

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

XVI

PALMA DE MALLORCA, 2016

Con la colaboración de:



Parlament de les Illes Balears

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

XVI

PALMA DE MALLORCA, 2016

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, EMÉRITOS, ELECTOS, DE HONOR Y FALLECIDOS	pág.	9
III.-	MEMORIA DEL CURSO ACADÉMICO 2013-2014 por la Secretaria General de la Real Academia Doña MARIA PILAR FERRER VANRELL	pág.	11
IV.-	DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2014-2015	pág.	33
	<i>Corrupció i regeneració social en temps de Ramon Llull,</i> por Don ANTONIO MONSERRAT QUINTANA, en conmemoración del séptimo centenario de la muerte de Ramón Llull	pág.	35
V.-	MESA REDONDA SOBRE “EL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO”	pág.	59
	1. <i>El Reglamento (UE) N° 650/2012 en materia sucesoria: su integración en el derecho interregional español,</i> por Don LUIS GARAU JUANEDA	pág.	61
	2. <i>El Certificado Sucesorio Europeo,</i> por Don CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO	pág.	73
VI.-	MESA REDONDA SOBRE “EL CONTROL DE LOS FONDOS PÚBLICOS, ¿ASIGNATURA PENDIENTE?”	pág.	95
	1. <i>El control de los fondos públicos: generalidades y especial referencia al control externo autonómico,</i> por Don PEDRO ANTONIO MAS CLADERA	pág.	97
	2. <i>El control de los fondos públicos en la Unión Europea,</i> por Don JUAN RAMALLO MASSANET	pág.	111
VII.-	XII PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ	pág.	125
	1. <i>La responsabilidad del cónyuge no deudor ante</i>		

	<i>terceros por obligaciones contraídas en el sostenimiento de la familia y el deber de información entre cónyuges en el Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio</i> , de Doña CRISTINA GIL MEMBRADO. Trabajo ganador del Premio	pág. 127
	2. <i>La aparición de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante en la Compilación de 1990 relatada por un testigo presencial</i> . Intervención de Don MIQUEL MASOT MIQUEL en el acto de entrega . .	pág. 201
VIII.-	MESA REDONDA SOBRE “LA LEY CONCURSAL Y SUS MODIFICACIONES, CON ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS MÁS RECIENTES”	pág. 221
	1. <i>El convenio tras la reforma del RDL 11/2014</i> , por Don VÍCTOR FERNÁNDEZ GONZÁLEZ	pág. 225
IX.-	MESA REDONDA SOBRE SOBRE “ÉTICA JURÍDICA: ABOGACÍA, JUDICATURA, NOTARIADO”	pág. 241
	1. <i>Ètica jurídica dels “Missers”</i> , por Don JOSÈ NADAL MIR.	pág. 245
	2. <i>Breu introducció a una possible Ètica judicial</i> , por Don CARLOS GOMEZ MARTINEZ	pág. 255
	3. <i>Ètica jurídica: Notariado</i> , por Don JAIME FERRER PONS.	pág. 263
X.-	MESA REDONDA SOBRE SOBRE “LOS ARBITRAJES TRAS LA LEY 11/2011 DE 20 DE MAYO: UNA VISIÓN CRÍTICA”	pág. 271
	1. <i>Cultura arbitral</i> , por Don LORENZO ROS SANCHEZ	pág. 273
	2. <i>Notas sobre el arbitraje de equidad</i> , por Don MIGUEL COCA PAYERAS	pág. 279
	3. <i>La anulación del laudo arbitral</i> , por Don ANTONIO MONSERRAT QUINTANA	pág. 291
XI.-	COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PÚBLICO	pág. 317
	1. <i>El “nomen iuris” de los recursos: entre la Filología y el Derecho y entre el Derecho procesal y el administrativo</i> , por Don TOMÁS MIR DE LA FUENTE	pág. 321

2.	<i>Notas a propósito de la llamada doctrina Parot y la reforma del Código penal (LO 1/2015 de 30 de Marzo),</i>	
	por Don ANTONIO J. TERRASA GARCÍA	pág. 451
3.	<i>El régimen jurídico de las sociedades mixtas urbanísticas locales,</i>	
	por Don JUAN ALEMANY GARCÍAS	pág. 467
XII.-	COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO.	
	ESTUDIO JURÍDICOS SOBRE LAS PAREJAS	
	NO CASADAS	pág. 483
	Introducción	pág. 483
1.	<i>Parejas no matrimoniales (ponencia),</i> por Don CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO	pág. 487
2.	Informe apresurado sobre un aspecto de la ponencia del Académico Don Carlos Jiménez Gallego sobre la reforma de la ley de parejas estables de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, por Don TOMÁS MIR DE LA FUENTE.	pág. 539
3.	Grandes concordancias y leves discrepancias con una magnífica ponencia; y una reflexión final a favor de la Ley de Parejas Estables de las Illes Balears, por Don MIQUEL MASOT MIQUEL.	pág. 547
4.	Notas sobre la regulación de las parejas no matrimoniales, por Don ANTONIO MONSERRAT QUINTANA	pág. 557
5.	Análisis de ciertas cuestiones que se han presentado, recientemente, sobre las parejas estables. Una especial referencia a la llamada “pensión de viudedad”, por Doña MARÍA PILAR FERRER VANRELL	pág. 563
6.	Unas notas sobre el “ámbito genérico” del tema de “parejas no casadas”, por Don JOSÉ CERDÁ JIMENO	pág. 597
7.	Acta de la sesión académica de 21 de Abril de 2015	pág. 669
XIII.-	RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS	
	PUBLICADOS EN ESTE BOLETÍN	pág. 675

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, EMÉRITOS, ELECTOS, 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. Jaime Ferrer Pons
Ilmo. Sr. D. Antonio Pérez Ramos
Ilmo. Sr. D. Rafael Perera Mezquida
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

ACADÉMICOS EMÉRITOS

- Ilmo. Sr. D. José Zaforteza Calvet
Ilmo. Sr. D. Miguel Suau Rosselló

ACADÉMICOS ELECTOS

Ilmo. Sr. D. Joan Oliver Araujo

Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez

EX-ACADÉMICO DE NÚMERO

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

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

III.- MEMORIA DEL CURSO 2013-2014.

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

A lo largo del curso académico se acumulan muchas actividades científicas de diversa índole y las mismas aparecen perfectamente descritas y sistematizadas en la Memoria adjunta, la cual deslinda, de una parte, las sesiones de la Academia y su actividad interna, y, de otra, las actividades de proyección exterior. Al hacer referencia a las primeras se aborda la actividad de los órganos de la Academia (Junta General, Junta de Gobierno y Comisiones Académicas de Derecho Público y de Derecho Privado), dedicando una especial referencia a las nuevas incorporaciones a la Academia, a los actos de reconocimiento póstumo a dos Académicos y a la importante modificación de los estatutos, que ha permitido la creación de la figura de los Académicos Eméritos, que son los Académicos de Número que, a petición propia, quedan dispensados de las obligaciones científicas que impone la pertenencia a nuestra Corporación.

Las actividades de proyección exterior son de muy diversa

índole, comprendiendo la entrega del XI Premio Luis Pascual González, las publicaciones de la Academia, las actividades dirigidas a la creación de la Conferencia Española de Academias de Jurisprudencia y Legislación y las conferencias y mesas redondas que, sobre los más actuales temas jurídicos, se han impartido a lo largo del curso.

La Memoria se cierra con estas palabras que, con satisfacción, reproducimos.

“La Memoria del curso 2013-2014 es una síntesis del intenso trabajo realizado por los Académicos de esta Corporación como lo demuestra las actividades realizadas, operibus credite et non verbis (San Juan, 10, 38).

La continuidad en las actividades propias de la Academia y el rigor en los estudios realizados por los Académicos a lo largo del curso, son prueba de la vitalidad de la Institución,

Sólo destacar, para finalizar, la importancia de la actividad externa que ha realizado la Academia en este curso que termina, que demuestra su imbricación con la sociedad balear, en el cumplimiento de uno de sus principales finalidades como es el fomento de la cultura jurídica.”

MEMORIA DE LAS ACTIVIDADES DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE LAS ILLES BALEARS DURANTE EL CURSO 2013-2014.

María Pilar Ferrer Vanrell

SUMARIO.

Introducción

1. Sesión de apertura del nuevo curso académico 2013-2014.
2. Las Sesiones de la Academia y su actividad interna.
 - 2.1 La Junta General.
 - 2.2 La Junta de Gobierno.
 - 2.3 Las Comisiones de Estudio: de Derecho Público y Derecho Privado.
 - 2.4 Los nuevos Académicos. Discurso de ingreso en la Academia.
 - 2.5 La Modificación de los Estatutos de la Academia. La creación del Académico Emérito.
 - 2.6 Actos de reconocimiento póstumo a dos Académicos.
3. Actividades de Proyección exterior.
 - 3.1 Entrega del Premio Pascual González en su XI convocatoria.
 - 3.2 El Protocolo de Intenciones para la creación de la Conferencia Española de Academias de Jurisprudencia y Legislación.
 - 3.3 Las publicaciones de la Academia.
 - 3.3.1 El Boletín de la Academia número XIV.
 - 3.3.2 Las páginas de la Academia en la Revista *Missèr*.
 - 3.4 Otras Actividades de proyección externa.

- 3.4.1 Conferencias organizadas y pronunciadas en el seno de la Academia y otras colaboraciones.
 - A. Actividades de proyección externa organizadas en el seno de la Academia.
 - B. Otras colaboraciones y actividades de la Academia y de los Académicos.
- 3.4.2 Asistencia a diversas actividades académicas y culturales.
- 3.4.3 La página web de la Academia.

Epilogo.

Introducción.

En cumplimiento de lo preceptuado en el art. 37 de los Estatutos de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, esta Memoria relata, de forma sintética, la intensa y fecunda actividad académica que se ha desarrollado durante el Curso 2013-2014.

Las importantes actuaciones, que se han realizado y resume esta Memoria, dan cumplimiento a lo preceptuado en el art. 2 de sus Estatutos, que determina que los fines de la Academia son “el estudio y la investigación del Derecho, la colaboración en la reforma de la legislación y el fomento de la cultura jurídica”. Por esta razón nos referiremos no sólo a los trabajos científicos que, en el ámbito interno, han realizado los Sres. Académicos, sino a la transferencia de estos resultados a la sociedad, como también a otras diversas actividades de proyección exterior.

Dividiremos la Memoria, partiendo de la solemne apertura del nuevo curso académico 2013-2014, en dos apartados, la actividad interna y las actuaciones de proyección exterior.

1. Sesión de apertura del Nuevo Curso Académico 2013-2014.

El día 21 de octubre de 2013, a las 19 horas, tuvo lugar el Acto de

apertura del curso 2013-2014; se celebró en la Sala de Actos del Ilustre Colegio de Abogados de las Illes Balears, en sesión pública y solemne de acuerdo con el art. 36 de sus Estatutos.

Abrió el Acto su Presidente, el Excmo Sr. D. Miquel Masot Miquel, y dio la palabra al Secretario de la Corporación, Ilma. Sra. Dña María Pilar Ferrer Vanrell, para que procediera a dar lectura a la Memoria de las actividades correspondientes al curso 2012-2013, que se publicará en el Boletín nº XV de la Academia. Seguidamente, el Ilmo Sr. Académico D. Carlos Jiménez Gallego, impartió la lección inaugural disertando sobre un tema de actualidad, que lleva por título “Cláusulas abusivas en la contratación de préstamos hipotecarios”, que también se publicará en el citado número XV del Boletín.

2. Las Sesiones de la Academia y su actividad interna.

La Actividad interna de la Academia, en líneas generales, se ha desarrollado en las reuniones celebradas 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. Se destaca, por su importancia, y en primer lugar, el ingreso de un nuevo Académico de número, que leyó su discurso en Acto público y solemne durante este año académico que hoy finaliza; así como la modificación de sus Estatutos para la creación de la categoría de Académico Emérito.

2.1 La Junta General.

La Academia se reunió, en una primera sesión ordinaria y preparatoria del nuevo curso académico, el 23 de septiembre de 2013, para tratar y acordar, entre otros extremos, la fijación de la fecha de la sesión inaugural del curso 2013-2014, que quedó acordada para el día 21 de octubre. Se acordó, también, la programación de los estudios a realizar por las Comisiones: de Derecho Público y de Derecho Privado.

Las siguientes sesiones ordinarias se celebraron el 13 de enero de 2014, el 7 de abril de 2014; y el 29 de mayo de 2014 como última y de cierre del curso académico 2013-2014.

2.2 La Junta de Gobierno.

Por su parte, la Junta de Gobierno se reunió en diversas ocasiones para tratar las cuestiones propias de su competencia, además de la constante relación entre sus miembros para el buen funcionamiento de la Academia.

En la vía de modernización de la Academia, además del mantenimiento de la página web de reciente creación, se propuso modificar el sistema de llevanza de actas, pasando del sistema manuscrito al sistema digital con soporte papel debidamente numerado y seriado, del que se dio cuenta a la Junta General. Para dicha llevanza de Actas se ha dictado una normativa interna.

2.3. Las Comisiones de Estudio: de Derecho Público y de Derecho Privado.

Las Comisiones de Estudio son una de las actividades más fructíferas que realizan los Académicos, al tratarse de uno de los principales fines que tiene la Academia de acuerdo con los artículos 2 y 3 de sus Estatutos. Estos trabajos de investigación abarcan la elaboración de estudios y propuestas legislativas, principalmente en materia de Derecho Civil propio y Derecho Público autonómico, con la finalidad de contribuir a las reformas y progresos de la legislación balear.

La Comisión de Derecho Público se reunió para tratar el tema del lenguaje jurídico. Se presentaron a debate las siguientes ponencias: *“El lenguaje de las Leyes (destinadas al “ciudadano medio”)*”. Este estudio, redactado por el Académico Don Tomás Mir de la Fuente, trata de la importancia de las palabras porque son la letra de la ley; indicando que la *“Legística”* es un medio para mejorar la técnica legislativa y analiza las directrices para lograrlo, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas. El Sr. Mir de la Fuente también es el autor de una segunda ponencia que lleva por título *“La mayúscula inicial en las palabras de las Leyes: particularmente, en Estado y Derecho”*, Este estudio es secuencia del análisis anterior sobre técnica legislativa. Centra su atención en las directrices del Gobierno publicadas en el BOE nº 180, de 19 de julio de 2005, prestando especial atención a la Directriz 102 respecto a la adecuación a las normas gramaticales y ortográficas de la Real Academia Española y su Diccionario en la redacción de los textos legales.

La tercera ponencia redactada por el Presidente, Don Miquel Masot, lleva por título *“Algunes consideracions sobre el llenguatge de la Compilació del Dret Civil de les Illes Balears”*. Entre sus conclusiones dice: *“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...”*, a lo que añado *“y que de solución a todos los problemas que se plantean en la sociedad actual”*.

Por último, el Académico Don Antonio J. Terrasa Garcia contribuyó a estos importantes trabajos con un artículo titulado "*Alternativas terminológicas a la condición de imputado*", en el que trata un tema lingüístico de gran actualidad como es el uso de otros términos que puedan sustituir a la palabra "imputado" para designar a las personas contra las que se siguen causas penales.

La Comisión de Derecho Privado se reunió en trabajo conjunto, en varias sesiones, para proceder al estudio de la Definición y el Finiquito de legítima regulados en los artículos 50 y 51 del Libro I y art. 77 del Libro III de la Compilación, con el fin de presentarlo a la Molt Hble. Sra. Margalida Durán, Presidenta del Parlament de las Illes Balears para una reforma de la Compilación de Derecho civil que pueda producirse 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'Autonomía de les Illes Balears.

La Academia, mediante la elaboración de estos estudios de investigación, 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 en cumplimiento de los Convenios suscritos con los órganos de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

El trabajo presentado en el seno de la Comisión de Derecho Privado lleva por título "*Ponencia sobre la difinitio (arts 50 y 52 y 77 de la CDCIB) y propuesta de resolución de las cuestiones que plantea*"; su redacción corrió a cargo de la Académica Dña. María Pilar Ferrer Vanrell. El estudio se centra en el análisis de la institución, sin olvidar sus antecedentes históricos para la correcta interpretación e integración (ex art. 2 CDCIB) de la figura jurídica, y su posible desarrollo para una mejor adaptación a las necesidades de hoy; por esto se analizan aspectos de la institución relativos a la problemática que presenta en el ámbito tributario, así como su importancia en relación a los "Protocolos Familiares".

A la ponencia se presentaron tres comunicaciones:

- "Notas a la ponencia sobre "definición" de la Académica Pilar Ferrer.", presentada por el Académico D. Jaime Ferrer Pons.

- "De los pactos de renuncia a la herencia (art. 77 CDCIB)", cuyo autor es el Académico D. José Cerdá Gimeno.

- Y una tercera, presentada por el Presidente Dr. D. Miquel Masot Miquel, con el título "Consideraciones sobre la ponencia presentada por la Académica Doctora María Pilar Ferrer Vanrell".

Sobre el trabajo de la Comisión, tras el debate final celebrado el pasado

28 de abril, el Presidente redactó un Informe que se presentará a la Molt Hble. Sra. Presidenta del Parlament de las Illes Balears con la finalidad de sugerir la iniciación de 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'Autonomía de las Illes Balears.

2.4 Los nuevos Académicos.

Discurso de ingreso en la Academia.

El acto más importante que se celebra en la Academia es el discurso de ingreso de un nuevo Académico. Por esto, merece especial mención la solemne sesión de ingreso en la Academia, como Académico de número, del Excmo Sr. D. Antonio José Terrasa García, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, celebrada el día 3 de enero a las 19 horas, que cubre la vacante producida por la renuncia del Ilmo. Sr. D. Javier Muñoz.

El Acto público y solemne se celebró 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, especialmente, del ámbito judicial. El Académico electo leyó el discurso de ingreso que llevaba por título "*Competencia sobre las cuestiones prejudiciales del proceso penal. Sustrato material y límites constitucionales*", contestando, en nombre de la Academia, su Presidente, Excmo. Sr. Don Miquel Masot Miquel.

El discurso de ingreso y la contestación se publicarán en el Boletín nº XV de la Academia.

2.5 Modificación de los Estatutos.

La figura del Académico Emérito.

En el seno de la Academia se debatió la propuesta de creación de la figura del Académico Emérito. Serán Académicos Eméritos aquéllos que, siendo de número y teniendo una antigüedad de 10 años, presenten su renuncia, salvo que, expresamente, declaren su voluntad en contrario.

El debate se acompañó de una propuesta de modificación del artículo 5, el Título del Capítulo II del Título II, y los artículos 7, 16 y 17 de los Estatutos de la Corporación.

Esta figura da solución a los Académicos que por razón de edad o enfermedad están impedidos para llevar a cabo las obligaciones académicas que impone el art. 15 de los Estatutos y se vean en la necesidad de

renunciar, perdiendo su condición de Académico. Por esta razón se añade un tercer párrafo, de nueva creación, al artículo 16 que determina la condición del Académico Emérito diciendo *“Los Académicos Eméritos gozarán de los mismos derechos, facultades, prerrogativas y honores que los Académicos de Número, a excepción del derecho de voto y de formar parte de la Junta de Gobierno, no obstante lo cual estarán exentos de sus obligaciones”*.

Tras un debate sobre el texto articulado la propuesta de modificación se aprobó por unanimidad en la sesión de la Junta General de 7 abril de 2014.

Aprobada el Acta de la citada sesión, en la Junta General de 29 de Mayo de 2014, se presentó la modificación de los Estatutos para su inscripción en el Registro de Entidades Jurídicas, dependiente de la Dirección General de Relaciones Institucionales y Acción Exterior, adscrita a Vicepresidencia, Consejería de Presidencia, del Govern balear.

2.6 Actos de reconocimiento póstumo a dos Académicos.

No podemos cerrar este capítulo sin recordar los homenajes, a título póstumo, a dos Ilustres y recordados Académicos.

El 31 de diciembre, en la solemne Festa de l'Estendart, el Ayuntamiento de Palma otorgó el más alto honor y distinción de Hijo Ilustre al recordado Académico, eminente jurista y político, Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazazábal, que fue Presidente del Congreso de los Diputados, por su trayectoria profesional y defensa de los valores de la democracia. El Alcalde, Don Mateo Isern, pronunció un emotivo discurso, hizo su semblanza y descubrió, junto a su viuda Dña. Carmen Aguirre, su retrato, para su posterior colocación en la galería de Hijos Ilustres del Ayuntamiento. Asistieron al Acto el Presidente de la Academia, Don Miquel Masot y el Decano del Ilustre Colegio de Abogados, D. Martín Aleñar, que habían promovido, el 4 de julio de 2013, de acuerdo con el art. 4 b) del Reglament d'honors i distincions del Ajuntament de Palma (BOIB nº 85, de 4 de juny de 2005 nº 9798), la petición de otorgarle el máximo honor de la Ciudad.

El 4 de marzo, otro Ilustre y recordado Académico, notario y político, Ilmo. Sr. D. Raimundo Clar Garau, que fue Diputado en las Cortes constituyentes y Consejero de Cultura del Consell General Interinsular, recibió, a título póstumo, homenaje por parte del Ayuntamiento por el que le dedica una Plaza de la Ciudad. La antigua Plaça Nova Flassaders, del barrio de Sa Gerrería de Palma, ha cambiado el nombre por Plaça Raimundo Clar. Asistieron al Acto, junto al Presidente de la Academia, un nutrido número de Académicos.

3. Actividades de Proyección exterior.

Uno de los fines de la Academia, regulado en el art. 2 de los Estatutos, es “el fomento de la cultura jurídica”.

La transferencia del conocimiento a la sociedad se enmarca dentro uno de los principales cometidos de la Academia que se centra en su actividad de proyección externa.

De las principales actividades realizadas en el curso que finaliza, de las que da cuenta esta Memoria, citaremos, en primer lugar, el Acto de entrega del Premio Pascual González, creado para el cumplimiento de uno de los fines de la Academia que es el fomento del estudio e investigación del Derecho Civil propio de las Islas Baleares, no sólo en su ámbito interno sino que hace partícipe a la sociedad mediante la Convocatoria anual del Premio al mejor trabajo de investigación que se presenta.

3.1 Entrega del Premio Pascual González en su XI convocatoria.

El día 7 de abril a las 19 horas, en sesión pública y solemne, celebrada en la Sala de Actos del Colegio de Abogados, tuvo lugar la entrega del XI Premio Pascual González, que fue otorgado por unanimidad del Jurado a Dr. D. Pedro A. Munar Bernat, Catedrático de Derecho Civil de la Universitat de les Illes Balears. El estudio 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”.

Presidió el Acto, la Molt Hble. Sra. Margalida Durán i Cladera, Presidenta del Parlament de les Illes Balears.

La contestación, en nombre de la Academia, estuvo a cargo del Catedrático de Derecho Civil y Abogado Dr. D. Miguel Coca Payeras, miembro numerario de la Academia.

3.2 El Protocolo de Intenciones para la creación de la Conferencia Española de Academias de Jurisprudencia y Legislación.

El 13 de diciembre de 2013 tuvo lugar la sesión constitutiva y firma solemne del Protocolo de Intenciones para la creación de la Conferencia de Academias de Jurisprudencia y Legislación de España, a la que asistió el Presidente Excmo. Sr. D. Miquel Masot Miquel.

La finalidad es establecer instrumentos de colaboración recíproca, la difusión de la cultura jurídica y la función social que les son propias. En este acto se aprobaron los Estatutos de su Secretariado Permanente.

El Acto, por invitación del Presidente de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, a la que asistieron los Presidentes de las distintas Academias de Jurisprudencia y Legislación Españolas, se celebró en el Palau de la Generalitat, bajo la Presidencia de Honor del Molt Honorable President de la Generalitat Valenciana.

3.3 Las publicaciones de la Academia.

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

3.3.1 El Boletín de la Academia número XIV.

En este año académico que finaliza se publicó el número XIV del Boletín de la Academia, que fue presentado el 13 de febrero a la Molt Honorable Sra. Margalida Durán i Cladera, Presidenta del Parlament de les Illes Balears.

La materia contenida en el citado número XIV se relaciona a continuación:

1. La Memoria del curso académico 2011-2012 redactada por el Sr. Secretario Don Tomás Mir de la Fuente.

2. Discurso de apertura del curso académico 2012-2013:

- Discurso inaugural: "*Cap a una nova regulació del règim econòmic del matrimoni*", de Don Miquel Masot Miquel.

3. Sesión de ingreso en la Academia de Don Carlos Jiménez Gallego:

- Discurso de ingreso: *Instituciones de confianza en la ordenación de la sucesión y ejecución de últimas voluntades: evolución comparada y perspectivas de futuro.*

- Contestación, en nombre de la Academia: *Fundamentos de la confianza*, del Académico Dr. Don Antonio Monserrat Quintana.

4. Sesión de ingreso en la Academia de Don Miguel Coca Payeras:

- Discurso de ingreso: *Propiedad, contrato y familia: 123 años de evolución de instituciones civiles fundamentales.*

- Contestación, en nombre de la Academia: *De la propietat entesa com un dret subjectiu al registre de la propietat com a mecanisme de seguretat en el tràfic jurídic immobiliari*, a cargo de Don Josep Maria Quintana.

5. Conmemoración del 25 aniversario de la Academia:

- *Veinticinco años de creación de la Academia de jurisprudencia y legislación de Baleares*, de Don Gabriel Garcías Planas.

- *25 Aniversario de la Academia*, de Don Bartolomé Sitjar Burguera.

- *Conmemoración del 25 aniversario del otorgamiento de la escritura pública de la Fundación de la Academia*, de Don Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés.

- *Els meus anys de vida acadèmica* de Don Miquel Masot Miquel.

6. X Premio Luis Pascual González:

- *La compensación económica por trabajo para la casa en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares. Configuración y consecuencias*, de Doña Beatriz Verdura Izquierdo. Trabajo ganador del premio.

- *Reflexiones sobre el trabajo para el hogar y la analogía legis en el Derecho Civil de Mallorca*. Intervención de Don Miguel Coca Payeras, en el acto de entrega.

7. Jornadas Académicas sobre “la Nostra Mar: Art, Salut, Història i Dret”:

- *La Propiedad de (y en) las Islas Baleares*, de Don Tomás Mir de la Fuente.

- *El “mar balear” desde la perspectiva competencial*, de Don Pedro Aguiló Monjo.

- *La projecció del Dret Internacional en la delimitació dels espais marítims de les Illes Balears*, de Don Joan David Janer.

8. Mesa redonda sobre la reforma del Código Penal:

- *Breves notas sobre la reforma del Código Penal*, de Don Gabriel García Planas.

- *Reflexiones sobre la reforma del delito fiscal*, de Don Javier Boix Reig.

9. El Código de Derecho Canónico a los treinta años de su promulgación, de Don Antonio Pérez Ramos.

10. Informe de las Comisiones de Derecho Público y de Derecho Privado de la Academia sobre la Sucesión Intestada en las Illes Balears:

- Introducción.

- *Notas para una reforma de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears "realizable en el acto"*, de Don Tomás Mir de la Fuente.

- *Las Comunidades Autónomas como herederos abintestato: primera aproximación*, de Don Pedro Aguiló Monjo.

- *Notes sobre la regulació de la successió intestada en el dret civil de les Illes Balears*, de Don Miquel Masot Miquel.

- *Sucesión intestada. Examen de Derecho comparado*, de Don Carlos Jiménez Gallego.

- Actas de las reuniones conjuntas de las Comisiones Académicas de Derecho público y de Derecho privado.

11. Comentarios de Sentencias sobre Derecho Civil Balear, a cargo de Don Miquel Masot Miquel.

3.3.2. 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, que para el buen cumplimiento de los fines de la Academia, como es la transferencia del conocimiento a la sociedad, se publican en la Revista *Missèr*; así como se reseñan algunos actos de relieve de la vida de esta Corporación, de las que damos cuenta.

- **Missèr n° 98**, julio-septiembre 2013:

- Artículo doctrinal "¿Quo Vadis?" (II), a cargo de D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés. (La primera parte se publicó en el n° 97).

- Mesa redonda sobre la reforma del Código Penal, celebrada el 13 de mayo. La presentó el Presidente, Sr. Masot e intervinieron los Académicos Sr. Perera Mezquida; Sr. Garcías Planas, y el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia Dr. D. Javier Boix Reig.

- Reseña de la conmemoración del XXV aniversario del otorgamiento de la escritura de fundación de la Academia, ante el recordado notario y Académico D. Rafael Gil Mendoza. Intervinieron el Presidente, D. Miquel Masot Miquel, y los Académicos D. Bartolomé Sitjar Burguera, D. Gabriel Garcías Planas y D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés.

- Reseña sobre el Académico electo D. Antonio J. Terrasa García.

- Reseña de las Jornadas de las cuatro Academias sobre "la Nostra Mar".

- **Missèr n° 99**, octubre-diciembre 2013:

- “¿Podemos fiarnos de los Poderes?”, su autor, el Presidente, Don Miquel Masot Miquel.

- Reseña sobre la “Iniciación del curso académico 2013/2014”.

- Se publicitan las Bases del XII Premio Pascual González.

Missèr n° 100 enero-marzo 2014:

- “Un aspecto plausible y poco comentado de la reciente Ley sobre tasas judiciales: el fin de la postulación de los funcionarios públicos en el recurso contencioso-administrativo en materia de personal”, su autor, Don Tomás Mir de la Fuente.

- Ampliación de la reseña de la solemne sesión de inicio del curso académico 2013/2014, dando cuenta del discurso inaugural pronunciado por el Académico D. Carlos Jiménez Gallego que lleva por título “Cláusulas abusivas en la contratación de préstamos hipotecarios”.

- Reseña sobre la presentación a la Sra. Presidenta del Parlament de les Illes Balears del Informe sobre la Sucesión Intestada en las Illes Balears, junto a los artículos doctrinales de los Académicos Don 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”; y, “La Comunidades Autónomas como herederos *ab intestato*: primera aproximación” a cargo de Don Pedro A. Aguiló Monjo.

- Reseña de la Mesa redonda sobre los arrendamientos turísticos y su problemática, compuesta por el Presidente, Don Miquel Masot Miquel; el Dr. Don Anselmo Martínez Cañellas, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la UIB; y el Abogado, experto en Derecho Inmobiliario, Don Bernardo Feliu Amengual.

- También da noticia de la Firma del Protocolo de Intenciones para la Creación de la Conferencia de Academias de Jurisprudencia y Legislación de España, celebrado en Valencia el día 13 de diciembre de 2013.

- Conferencia dictada por la Académica, Dra. Dña. Isabel Tapia Fernández, Catedrática de Derecho Procesal, sobre “La responsabilidad del Estado por la actuación de la Administración de Justicia”.

- Reseña del Acto de Ingreso como Académico de número del Excmo. Sr. Don Antonio Terrasa García, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, que pronunció su discurso bajo el título “Competencia sobre las cuestiones prejudiciales del proceso penal. (Sustrato material y límites constitucionales)”.

- Por último, se publicitan las Bases del XII Premio Pascual González.

Missèr n° 101 abril- junio 2014:

- Inicia las página de la Academia, el artículo doctrinal, “Notas sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial “, su autor es el Dr. D. Antonio Monserrat Quintana, Académico y Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears.

- Mesa redonda sobre “El pasado, presente y futuro de los Censos y Alodios”, presidida por el Presidente, Dr. Don Miquel Masot Miquel que trató sobre el presente de los Censos y Alodios, y compuesta por el Académico Dr. Don Antonio Monserrat Quintana, que disertó sobre el pasado de los censos; el Abogado y diputado del Parlament Balear, Don Miguel Ángel Mas i Colom; y el Académico Don Pedro Aguiló Monjo que expuso el futuro de estas instituciones.

- Reseña de la Sesión solemne de entrega del XI Premio Pascual González, presidida por la Molt Hble. Sra. Margalida Durán i Cladera, Presidenta del Parlament de les Illes Balears, que resultó ganador el estudio presentado por el Catedrático de Derecho Civil, Dr. Don Pedro A. Munar Bernat, que disertó, en el acto de entrega, sobre el trabajo premiado; contestó por la Academia el Catedrático de Derecho civil y Académico Dr. Don Miguel Coca Payeras.

- Reseña de la presentación del XIV Boletín de la Academia a la Sra. Presidente del Parlament de les Illes Balears.

- Reseña del acto en homenaje al notario, político y Académico fallecido, Don Raimundo Clar Garau, por el que le dedican la llamada Plaça Nova Flassaders de Palma que cambiará este nombre por el del Académico.

- Se publican las Bases del XII Premio Pascual González.

3.4 Otras Actividades de proyección externa.

En el apartado de la actividad de proyección externa de la Academia 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 eventos culturales por parte de su Presidente o de los Académicos en quienes haya delegado; así como otras actuaciones encaminadas a su proyección exterior.

3.4.1. Conferencias organizadas y pronunciadas en el seno de la Academia y otras colaboraciones.

La Academia ha organizado Conferencias, Mesas de debate y otras actividades en relación al estudio del derecho y difusión de la cultura

jurídica con el fin de hacer transferencia de estos conocimientos a la sociedad, cumpliendo su finalidad de difusión de la cultura jurídica; como también ha colaborado en la organización de otras actividades culturales

A.- Actividades de proyección externa organizadas en el seno de la Academia.

- Mesa redonda celebrada, el 18 de noviembre de 2013, en la Sala de Actos del Ilustre Colegio de Abogados, en el marco del Protocolo general firmado el 13 de marzo de 2012 en colaboración con Vicepresidencia y Consejería de Presidencia del Govern balear, sobre “*Arrendamientos urbanos; de la Ley estatal 4/2013 a la ley general turística*”; actuaron como ponentes, el Dr. Anselmo Martínez Cañellas, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la UIB y D. Bernado Feliu Amengual, especialista en Derecho Inmobiliario.

- Conferencia dictada por la Académica Dra. Dña Isabel Tapia Fernández, Catedrática de Derecho Procesal, que lleva por título “*La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*”, celebrada en el Salón de Actos del Colegio de Abogados el día 13 de Enero de 2014, en el marco del Protocolo general firmado el 13 de marzo de 2012 en colaboración con Vicepresidencia y Consejería de Presidencia del Govern balear.

- El día 3 de febrero de 2014, en el Salón de Actos del Ilustre Colegio de Abogados, se celebró la sesión solemne de ingreso en la Academia, como Académico de número del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, D. Antonio J. Terrasa García, que disertó sobre “*Competencia sobre las cuestiones prejudiciales del proceso penal. (Sustrato material y límites constitucionales)*”. Contestó en nombre de la Academia, su Presidente, Dr. D. Miquel Masot Miquel. Este Acto, propio de la actividad interna de la Academia, y así se ha reseñado, tiene también relevancia exterior, al tratarse de una sesión abierta.

- Mesa de debate sobre “*Els Censos i alous: present, passat i futur*”, a cargo de los Académicos, Dr. D. Miquel Masot Miquel; Dr. D. Antonio Monserrat Quintana; D. Pedro A. Aguiló Monjo, y del abogado y diputado del Parlament Balear, D. Miquel Àngel Mas i Colom, que se celebró el día 10 de marzo de 2014, en la Sala de Actos del Colegio de Abogados, en el marco del Protocolo general firmado el 13 de marzo de 2012 en colaboración con Vicepresidencia y Consejería de Presidencia del Govern balear.

- Mesa redonda celebrada el pasado 29 de mayo en la Sala de Actos del Ilustre Colegio de Abogados, sobre “*La Justicia Penal en el banquillo*”, a cargo de los Académico D. Rafael Perera Mezquida, Abogado y Presidente del Consell Consultiu; y D. Gabriel Garcías Planas, Abogado y Profesor Titular

de Derecho Penal. Este acto se celebró en el marco del Protocolo general firmado el 13 de marzo de 2012 en colaboración con Vicepresidencia y Consejería de Presidencia del Govern balear.

B.- Otras colaboraciones y actividades de la Academia y de los Académicos.

Entre otras actividades de colaboración y potenciación de la actividad externa, destacaremos:

- Colaboración de la Academia en las Jornadas sobre *Constitucionalismo y Fuerzas Armadas*, en las que colaboró, también, la Reial Acadèmia d'Estudis Històrics. Las ponencias estuvieron a cargo de D. Román Piña Homs, Presidente de la Academia de Estudios Históricos y Catedrático de Historia del Derecho; y los juristas, D. Vicens J. Calafell Ferrà, Jefe del Departamento de Coordinación Normativa del Govern balear, y Profesor de Derecho Constitucional y D. José M^a Lafuente Balle, Abogado y Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Gerona. El Presidente, Sr. Masot Miquel, pronunció unas palabras en nombre de la Academia, en la inauguración y en la clausura de dichas Jornadas que se celebraron los días 21 y 22 de febrero de 2014.

- Presentación de la nueva edición del *Diccionari Jurídic Català (on line)*, en el que se incorporan las voces de derecho civil balear, cuyo autor es el Presidente de la Academia, Dr. D. Miquel Massot Miquel. El acto, celebrado el 24 de febrero en la Sala de Actos del Colegio de Abogados, estuvo presidido por D. Miquel Masot Miquel, Presidente de la Acadèmia de Jurisprudència y Legislación de les Illes Balears, D. Josep Cruanyes i Tor, Presidente de la Junta de Govern de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics de l'Institut d'Estudis Catalans; y por D. Pere Grimalt Servera, Secretario General de la Universitat de les Illes Balears.

- Mantenimiento de la página web de la Academia. El pasado curso académico 2012-2013 se creó la página web de la Academia (www.ajlib.es), que permite la consulta de lo relativo a esta Corporación, como es la historia de la Institución, la Junta Directiva, los Académicos, las actividades que lleva a cabo y las publicaciones de la Academia, que permiten una mayor difusión y transferencia a la sociedad de los estudios y actividades realizadas por esta Corporación.

3.4.2. Asistencia a diversas actividades académicas y culturales.

La Academia en su imbricación con las instituciones y la sociedad ha

estado presente en las actividades académicas y jurídico-culturales celebradas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, representada por su Presidente o por los Sres Académicos en quien haya delegado. Podemos destacar por orden temporal:

1º. Asistencia al Acto de entrega de las Medallas de Oro, Distinciones y Premios 2013, con motivo de la Diada de Mallorca.

2º. Asistencia al Solemne Acto de Apertura del Curso Académico 2013-2014 de la UIB, celebrada el pasado 19 de septiembre 2013.

3º. Visita, el 26 de septiembre de 2013, del Presidente y los Académicos a la Sra. Presidente del Parlamento Balear con ocasión de entregar el Informe realizado por las Comisiones Académicas de Derecho Público y de Derecho Privado sobre la “Sucesión Intestada”.

4º. Asistencia al acto de presentación del libro *Felicià Fuster, a l'ombre de les paraules*, en la sede de la Real Academia de Medicina, celebrado el 1 de octubre de 2013.

5º. Asistencia a la Mesa redonda *Salut i Mitjans de comunicació: transferència de coneixements*, celebrada en la Real Academia de Medicina, en su sede de Can Campaner, el 5 de noviembre de 2013.

6º. Asistencia a la inauguración de la exposición “*Derechos Humanos. ¿Todavía?*”, el pasado 25 de noviembre en la sede del Ilustre Colegio de Abogados.

7º. Asistencia a la inauguración del Curso Académico de la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià, celebrada el 4 de diciembre de 2013. La lección inaugural la dictó el Académico Sr. Xavier Carbonell i Castell, con el título *Aproximacions als sons i les músiques de passats culturals llunyanement remots (una confluència utòpica d'estratègies i metodologies, d'ètiques i estètiques)*.

8º. Asistencia al Pregó de l'Estendard 2013, pronunciado por D. Gaspar Sabater, President del Cercle de Belles Arts celebrado en el Saló de Sessions de l'Ajuntament de Palma, el pasado 30 de diciembre.

9º. Asistencia al acto de nombramiento de Hijo Ilustre de la Ciudad a D. Félix Pons Irazazábal. El Alcalde Isern hizo la semblanza y descubrió su retrato que se colocará en la galería de Hijos Ilustres del Ayuntamiento, que se celebró el día 30 de diciembre.

10º. Asistencia a la Recepción Oficial en el Salón del Trono del Palacio de la Almudaina, con motivo de la Pascual Militar que se celebró el 6 de enero de 2014.

11º. Asistencia al acto de ingreso como Académico de número, en la Reial Acadèmia de Belles Arts, del Sr. Andreu Riera Gomila con el discurso titulado “La música, l’instrument, les emocions”, al que siguió un magnífico concierto.

12º. Asistencia a la toma de posesión de los nuevos miembros de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados; a la entrega del premio Degà Miquel Frontera al jurista D. José Nadal Mir; y a la imposición de la Cruz Distinguida de Primera Clase a D. Joan Font, ex Decano del Colegio de Abogados; y al Acto de Jura de los nuevos colegiados, celebrado el día 30 de enero de 2014 en el Salón de Actos del Colegio de Abogados.

13º. Asistencia, dentro del ciclo dedicado al centenario del fallecimiento de l’Arxiduc Luís Salvador, a la conferencia impartida por la Excm. Sra. Carme Riera Guilera, con el título “S’Arxiduc, referent de l’imaginari illenc”, celebrada el 7 de febrero de 2014, organizado por la Reial Acadèmia Mallorquina d’Estudis Històrics.

14º. Asistencia al ciclo de conferencias “Las Fuerzas Armadas en la Historia del Constitucionalismo Español”, celebradas los días 21 y 22 de febrero cuyos ponentes fueron, el Sr. Piña Homs; el Sr. Calafell Ferrá y el Sr. Lafuente Balle. El Presidente pronunció unas palabras, en nombre de la Academia, en la inauguración y en la clausura de dichas Jornadas.

15º. El Vicepresidente, Sr. Aguiló Monjo, asistió, en representación de la Academia, a la conferencia “El amor apasionado por una pequeña Isla. El archiduque y Mallorca”, impartido por la Dra. Helga Shwendinger, por invitación del Presidente de la Academia Mallorquina de Estudios Históricos. El Acto se celebró en la sede de la Academia de Can Campaner, el día 27 de febrero de 2014.

16º. El 1 de Marzo, fiesta de las Illes Balears, el Académico y Presidente del Consell Consultiu, Sr. Perera Mezquida asistió en representación de la Academia, al Acto institucional conmemorativo celebrado en el Parlament de les Illes Balears.

17º. El 4 de marzo, el Presidente, junto a otros Académicos, asistió al acto en homenaje del que fue Académico, D. Raimundo Clar, al que se dedicó una Plaza de Palma.

18º. El Académico y Vicesecretario D. Jaime Ferrer asistió, en representación de la Academia, a la conferencia impartida por el Presidente de la Reial Acadèmia Mallorquina D’Estudis Històrics, D. Román Piña, con el título “S’Arxiduc, el regionalismo político y la Renaixença en Mallorca”, que se celebró en Can Campaner, el día 27 de marzo de 2014.

19º. El Presidente junto a otros Académicos asistieron a la comida en homenaje al Sr. Aguiló Monjo, vicepresidente de la Academia, con motivo de su jubilación, que se celebró el 10 de abril de 2014, a la que asistieron, también, tres ex Presidentes de la Comunidad Autónoma, Molt Hble Sr. Cañellas; Molt Hble Sr. Soler y Molt Hble Sr. Antich.

20º. Asistencia, por invitación del Presidente de la Real Academia Mallorquina de Estudios Históricos, a la conferencia pronunciada por el Dr. Sevilla Marcos, con el título “Coordenadas geopolíticas de la misión mediterránea del Archiduque Luís Salvador”, dentro del ciclo dedicado al centenario del fallecimiento del archiduque Luís Salvador de Austria, celebrada el 24 de abril.

21º. Por invitación de la Decana Autonómica de los Registradores de las Islas Baleares y el Decano del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares, el Presidente asistió a la Misa celebrada por D. Bernat Nadal, en la Iglesia de Santa Magdalena, con motivo de la fiesta de su patrón, San Juan Evangelista *Ante Portam Latinam*, y al cocktail que se sirvió en el Hotel Bendinat.

22º. El 23 de mayo pasado, el Presidente, asistió al Pleno del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears, con motivo del XXV aniversario de su constitución, celebrado en la Sala del Jurat del Palau de Justicia, por invitación de su Presidente y Académico D. Antonio J. Terrasa García.

Finalmente, reseñar que el Presidente de la Academia no ha podido atender las invitaciones para asistir a Actos organizados por otras Academias de Legislación y Jurisprudencia del territorio nacional, excepción hecha al Acto en que tuvo lugar la sesión constitutiva y firma solemne del Protocolo de Intenciones para la creación de la Conferencia de Academias de Jurisprudencia y Legislación de España, el 13 de diciembre de 2013 en el Palau de la Generalitat valenciana. También asistió al II Encuentro de Academias Jurídicas Iberoamericanas, celebrado en Granada los días 6 y 7 de mayo de 2014. Se nombró Presidente de la Mesa Permanente de la Conferencia al Profesor Luís Moisset Espanés; Secretario al Sr. Navarro Valls. A D. José María Rosales de Angulo. Director Ejecutivo del Secretariado Permanente de la Conferencia.

3.4.3 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 procedió, en el pasado curso académico 2012-2013, a la creación una página

web (www.ajlib.es) de la Academia, que permite la consulta de todo lo relativo a esta Corporación, como es la historia de la Institución, la Junta Directiva y las actividades que lleva a cabo y las publicaciones de la Academia. De todo ello ya se dio cuenta en la memoria del pasado curso.

Este curso que finaliza se ha seguido con la actividad de mantenimiento y puesta al día de las actividades y publicaciones que ha realizado durante el curso 2013-2014.

Epilogo.

La Memoria del curso 2013-2014 es una síntesis del intenso trabajo realizado por los Académicos de esta Corporación como lo demuestra las actividades realizadas, *operibus credite et non verbis* (San Juan, 10, 38).

La continuidad en las actividades propias de la Academia, el rigor en los estudios realizados por los Académicos a lo largo del curso, son prueba de la vitalidad de la Institución.

Sólo destacar, para finalizar, la importancia de la actividad externa que ha realizado la Academia en este curso que termina, que demuestra su imbricación con la sociedad balear, en el cumplimiento de uno de sus principales finalidades como es el fomento de la cultura jurídica.

IV.- DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2014-2015.

El 20 de Octubre de 2014 tuvo lugar el acto solemne de inauguración del curso académico 2014/2015. Y la ocasión resultaba extraordinariamente propicia para conmemorar el séptimo centenario del fallecimiento del más insigne de los mallorquines: Ramón Llull. Sus biógrafos consideran que puede situarse su fallecimiento en el año 1315, año en el que realizó su tercer viaje a Túnez –donde encontró el martirio–, ya que son de este año las últimas noticias que se tienen del mismo, consistentes precisamente en unos libros datados en dichas tierras.

El acto contó con la interesantísima lección inaugural dictada por el Lulista y Académico Antonio Monserrat Quintana, experto en conocimientos lulísticos y autor de una obra dedicada a la visión luliana del mundo del Derecho.

El título de la conferencia daba pie para realizar un repaso de la época de Ramón Llull, llegándose a la conclusión de que la corrupción, lamentablemente, no ha dejado de ser una lacra que siempre se ha encontrado en la historia de la humanidad. Y, en este sentido, los textos del Doctor Iluminado no pueden ser más relevantes, ya que en los mismos aparecen diatribas constantes en contra de las profesiones más relevantes como jueces, abogados y médicos, no escapando tampoco de la severa crítica luliana los mercaderes, los plateros y los juglares; y no librándose ni siquiera de la misma la figura de los reyes y príncipes. El

conferenciante fue desgranando, una tras otra, las diatribas lulianas en desmérito de quienes desempeñan dichos cargos y profesiones y no obran debidamente.

También se expusieron en el discurso los remedios lulianos para tanto mal, orientados a la consecución de la justicia y de la libertad, pero una libertad orientada hacia el Derecho y la virtud, pues la verdadera libertad siempre será esclava de la verdad.

La portentosa imaginación de Ramón Llull le llevó incluso a propugnar una especie de "Societat de Nacions" como manera de conseguir la paz entre los pueblos del orbe.

Resulta, por todo lo expuesto, una satisfacción insertar a continuación, para solaz del lector, este interesante discurso.

CORRUPCIÓ I REGENERACIÓ SOCIAL EN TEMPS DE RAMON LLULL.

Antoni Monserrat Quintana

Agraesc molt al President de l'Acadèmia, Dr. Miquel Masot, l'honor que em va conferir quan –amb el beneplàcit de la Junta de Govern– m'encarregà aquest discurs inaugural del nou Curs 2014-2015, que coincideix amb el 7^e centenari de la mort del Benaurat Ramon Llull. Aquesta circumstància explica també l'elecció del tema.

“... /...
cômo a nuestro paresçer
cualquiera tienpo passado
fuê mejor”

Aquestes paraules de Jorge MANRIQUE (1440-1478) a les *Coplas a la muerte del Maestro de Santiago don Rodrigo Manrique*¹ són una temptació constant. Sempre surt el dubte de si el que passa avui en dia no és pitjor que uns idealitzats temps d'una *Arcadia felix*, a òn tot era joia, pau, justícia i totes aquelles virtuts que fan una societat pròspera en la *tranquillitas ordinis* que dona la agustiniana *pax omnium rerum*².

¿Són els nostres dies pitjors o almenys semblants als de Ramon Llull? No sé què dir-vos, però tenc l'impressió de que el nostre Beat hagué de viure una època bastant més complicada que la nostra.

No és moment ni tenim temps de esmentar tots els grans problemes i dificultats que es produeixen durant la vida de Ramon Llull (1233/1234?-

1.- *Coplas...*, n. 1.

2.- Sant Agustí d'Hipona: *De civitate Dei*, XIX, c. 13, 1.

1315/1316?)³. Però bastarà al nostre propòsit evocar que, en vida de Llull hi hagué no menys de 18 papes⁴, entre ells el molt singular Celestí V^e (1294), el franciscà Pietro del Morrone, que, adelantant-se a Benet XVI, va dimitir del seu càrrec per –com aquest darrer– dedicar-se a la vida eremitana, amb gran repercussió en tots els cristians del seu temps. Ja sabeu que Llull es va inspirar en ell quan redactà el *Blanquerna*.

Per tal de comprendre la divisió de criteris pròpia d'aquesta época, i seguint amb Celestí V^e, seria suficient recordar que DANTE, nascut probablement al 1265 i mort el 1321, i per tant contemporani de Llull, a pesar de la canonització d'aquell (ocorreguda el 1313), a *La Divina Commedia* el situa a l'infern, i no una, sinò dues vegades: Vet-ací les cites, que me semblen bé interessants:

*Poscia ch'io v'ebbi alcun riconosciuto
vidi e conobbi l'ombra di colui
che fece per viltà lo gran rifiuto,
Incontanente intesi e certo fui
che questa era la setta de' cattivi
a Dio spiacenti ed a'nemici sui*⁵

I a un'altre indret:

*Lo ciel poss'io serrare e diserrare
come tu sai; pero son due le chiavi
che'l mio antecessor non ebbe care*⁶.

I com oblidar el gravíssim atentat d'Anagni, del que va esser víctima Bonifaci VIII^e, (en boca del qual posa el Dante les paraules acabades d'esmentar), el 8 de setembre de 1303, en que els sicaris de Philippe le Bel, Guillaume de Nogaret i Sciarra Colonna abofetejaren el Papa i el sotmeteren a injurïes i vexacions de tot tipus?⁷.

3.- Sobre aquesta qüestió, vegeu una més àmplia exposició a la meua obra *La visión luliana del mundo del Derecho*, Institut d'Estudis Balearics, Palma de Mallorca, 1987, pp. 13-24.

4.- Aquests Papes son: Gregori IX (1227-1241); Celestí IV (1241); Innocenci IV (1243-1254); Alexandre IV (1254-1261); Urbà IV (1261-1264); Climent IV (1265-1268); Sant Gregori X (1271-1276); Innocenci V (1276); Adrià V (1276); Joan XXI (1276-1277); Nicolau III (1277-1280); Martí IV (1281-1285); Honori IV (1285-1287); Nicolau IV (1288-1292); Sant Celestí V (1294); Bonifaci VIII (1294-1303); Benet X (1303-1304); i Climent V (1305-1314), perquè el seu successor, Joan XXII no regnà fins al 1316, ja probablement mort Ramon Llull.

5.- *La Divina Commedia, L'inferno*, c. 3, 58-64.

6.- Es refereix a Bonifaci VIII^e, successor de Celestí V^e: *ibid*, c. 27, 103-106.

7.- Sobre aquest conegut incident, vegeu, *ad exemplum*, ADAO DA FONSECA, Luis: *La Cristiandad Medieval*, Tom Vè de *Eunsa Historia Universal*, Pamplona, 1985, p. 436; ORLANDIS, José: *El Pontificado Romano en la Historia*, Palabra, Madrid, 1996, pp. 149-150; DACIO, Juan: *Diccionario de los Papas*, Barcelona, 1963, p. 114.

¿Quina era la situació a l'entorn occidental conegut?

Pel que fa a Italia, podem llegir el que també diu DANTE:

*Ahi, serva Italia, di dolore ostello,
nave senza nocchiere in gran tempesta
non donna di provincie, ma bordello*

És a dir:

*Ah, Italia esclava, alberg del dolor
nau sense pilot en gran tempesta
no senyora de províncies, ans bordell*

I més envant:

*ché le città d'Italia tutte piene
son di tiranni, ed un Marcel diventa
ogni villan che parteggiando vene⁸*

Que podem traduir, amb gran interès per la nostra situació actual:

*Que les ciutats d'Italia son totes plenes
de tirans, i un patrici romà es torna
qualsevol vil home que entra en un partit*

Deixarem de costat les lluites interminables entre l'imperi germànic i el papat; les creuades; les invasions mongòliques que posaren en perill d'extinció civilitzacions senceres⁹.

¿I qué succeïa a les nostres illes? Passat el regnat mallorquí de Jaume I (1229-1276), el seu fill Jaume II (1276-1311), gran protector i amic de Llull, al 1279 es declarà feudatari forçat del seu germà Pere el Gran. Acte seguit, Alfons II el Liberal, fill de l'esmentat Pere el Gran, s'apoderà de Mallorca l'any 1285, cremant vius –en prova de germanor– els famosos i canonitzats pel poble *Cabrit i Bassa*; i conquerí Menorca (1287). Jaume II d'Aragó, fill d'Alfons II el Liberal, retornà les Balears a Jaume II de Mallorca el 1298, essent aquest darrer succeït pel seu fill Sanç (1311-1314), que, havent mort sense fills, fou succeït per el malaurat Jaume III, nebot de Sanç (1324-1349), el qual es casà amb Constança, germana del nou Rei d'Aragó, Pere el Cerimoniós, net de l'anterior rei d'Aragó, Jaume el Just. Aquest Pere el Cerimoniós no ho devia esser tant, perque, malgrat fossin cunyats, es va

8.- *La Divina Commedia, Il purgatorio, Cant 6, 76 i 124.*

9.- Vegeu Jordi GAYÀ: *Ramón Llull en Oriente (1301-1302): circumstancies de un viaje*, a "Studia Lulliana", Vol. XXXVII, 1997, n° 93, pp. 25-78. Sobre els mongols, vegeu també l'article: *Khans*, a "National Geographic", February 1997, pp. 2 ss. *Vide* així mateix, la nota de Bonner, n° 58, al *Fèlix*, "Obres Selectes de Ramón Llull", Volum II, Mallorca, 1989, p. 65.

permetre arrebastar violentament al pobre Jaume III, Mallorca (1343), Menorca, Eivissa, el Rosselló..., fins a l'acte final de la batalla de Lluçmajor, a la que el nostre darrer rei va ésser escapçat, en combat contra les tropes comandades pel governador Gilabert de Centelles¹⁰ i Rimbau de Corbera, el 25 d'octubre de 1349. Feliçment, el nostre Beat ja havia mort feia més de trenta anys.

¿Hi havia corrupció en els temps de Llull? Vistes les fonts de que disposam¹¹, molta.

Així, començant per el gran Rei Jaume I el Conqueridor, basta veure les disposicions que va atorgar respecte de l'important càrrec de *Veguer*, paraula que vé de *vicarius comitis*, o representant del comte (en particular, del Comte de Barcelona), amb autoritat sobre un o alguns *vicus*, ciutat de certa importància, similar al *Corregidor* castellà. El seu territori era la *vegueria*, i fou suprimit pels Decrets de Nova Planta de Felip V^è, que va imposar els *corregidores* a tot el territori espanyol.

Doncs bé, a les *Constitutions de Cathalunya* podem llegir coses com les següents:

Manam fermament ésser observat, que Veguer no tenga en sa companya servidors Ladres, o Homens culpables, o diffamats, ni gos aquells trametre per sa Vegaria¹².

O bé:

No resmenys manam ésser observat, quels nostres Veguers no venan la Iustitia, ne prengan res de algu, perço que no façan Iustitia¹³.

I, finalment, en un exemple de *autoregulació ètica*, que diriem avui:

Statuim, e atorgam, que nos, per instituir Veguer, no rebam preu, o prestec algu¹⁴.

Sempre en vida de Llull, trobam també disposicions semblants de Alfons II el Franc o el Liberal, net de Jaume I, que, com hem vist, s'havia fetes seves Mallorca i Menorca entre 1285 i 1287.

Es veu que les mesures respecte dels Veguers del seu avi no havien estat suficients, perquè, també llegim a les *Constitutions de Cathalunya*

10.- ¡I aquest senyor, té un carrer dedicat al seu nom a Palma!

11.- N.B.: Hem mantingut la grafia original de les fonts documentals utilitzades.

12.- Jacme primer en Barcelona, Any MCCCXXVij, Cap. Xj, *Constitutions de Cathalunya*, 1, 48, 4.

13.- *ibid.*, Cap. Xij, *Constitutions...*, 1, 48, 5.

14.- *ibid.*, Cap. Xiiij, *Constitutions...*, 1, 48, 7.

mandats com:

Statuim, e ordenam, que algun Official no gos pendre servey de algu, sino solament de menjar, e de aquell poca cosa, e si ho fara, que encontinent perda lo Offici, e que li sie imputat, axi com a furt¹⁵.

I per si no ho havíem entès:

Ordenam, e stablim, que algun Veguer, Saig, o altre Official no puxa fer acapte, e si ho fa, que pac lo doble¹⁶.

I, finalment, encara durant el regnat d'aquest rei:

Ordenam... que si algun Veguer, Balle, o Cort, o altre Official nostre, diners, o altres cosas en poder seu comanadas, o secrestadas per raho de son Offici, despendra, o convertira en tot, o en part en usos nostres, o seus propis, o de altre, que tot allo que haura rebut, o despes, o haura fet pendre, despendre, o convertir en dits usos, haja de restituir en doble encontinent, e que en ningun temps tenga Offici nostre¹⁷.

És a dir: malbaratar cabals públics, o deixar-se subornar, es castigava amb la pèrdua de l'ofici, tant l'actual com qualsevol futur, i, a més, amb multa del doble de la quantitat rebuda.

Disposicions anàlogues, ben interessants, es troben també a les *Leges Palatinae* o *Lleis Palatines*, de Jaume III de Mallorca, promulgades el 9 de Maig de 1137, ja mort Ramon Llull, raó per la qual nomès extraurem que, en relació als *Escrivans de comptes*, es diu:

També estatuim que dit escrivà dels comptes, baix de la pena de perdre el seu ofici, no s'atrevesqui a intentar treure cap suma de diners, per a ninguna necessitat o raó, si no és per exercir degudament el seu ofici, ni tampoc prestar-la a algú, baix la pena de perdre la seva paga d'un any, a més de la paga dels tres mesos pròxims. Per tant, sobre aquestes coses, es comporti cautament i amb discreció¹⁸.

15.- Alfons Segon en la Cort de Montso, Any M.CC.LXXXViiiij, *Constitutions...* 1, 67, 2.

16.- *ibid.*, *Constitutions*, 1,67, 6.

17.- Alfons segon, en la tercera Cort de Barcelona, Any M.CCC.Xj, Cap. XV, *Constitutions*, 1, 67, 12.

18.- *Lleis Palatines*, IV Part, Traducció catalana, José J. de Olaneta, Editor, Barcelona, 1991, p. 110.

Més envant, a les mateixes *Leges Palatinae*, Jaume III, havent avisat dels perills del favoritisme, de l'alabança adulatòria i dels dons materials com a motius per a la prevaricació, sentència:

*l'oferiment, i molt més la recepció d'obsequis és la corca del règim*¹⁹.

Però, entenent que potser tanta prohibició podria ésser massa exigent, afegeix:

*concedim als nostres consellers que, segons la norma que segueix, puguin rebre solament comestibles, amb la condició que allò que acceptin d'una sola persona no superi la suma de 20 sous de moneda corrent en l'any i en el territori en què s'hagi realitzat el judici*²⁰.

Interessa destacar ara mateix que Llull, contrari a la pena de mort (especialment en el que fa als heretges o als infeels), la considera justa i apropiada per als malbaratadors dels cabals públics:

Esdevench se que un seu batle... se corrompe per diners, e feu malvat regiment en son ofici, sens que lo rey no n sabia res...

*Com lo rey sabe la malvada captivença de son batle, ell fo molt irat contra ell, e feu lo molt greu turmentar e morir, e tot quant havia haut de les gents lurs feu retre*²¹

Fins aquí, algunes disposicions legals per tal de combatre la corrupció.

Passem ara a les descripcions pràctiques, que Ramon LLULL ens pinta amb vius i dramàtics colors.

Corrupció a l'Administració de Justícia: els jutges i els advocats.

Segons Llull, la funció del jutge és *jutjar veritat*, de la mateixa manera que la dels advocats és *raonar veritat*²². Veritat que ha de coincidir amb la veritat material, no la merament formal. Aquesta veritat l'ha de cercar el jutge amb la més ampla independència, que no pot ésser pertorbada ni tan sols amb ordres emanades directament del rei.

19.- *Lleis Palatines*, cit., p. 110.

20.- *ibid.*, p. 114.

21.- *Felix*, 8^a part, Cap. LXVIII.

22.- *Libre de Contemplació en Deu*, Cap. 114, nn. 14 y 20.

Naturalment, per complir aquestes nobles funcions, el jutge ha de ser home virtuós i estudiós, i, remarca Llull, ha de prestar especial atenció a combatre la gola²³.

Juntament amb la gola i l'ignorància, Llull considera que el pitjor vici dels jutges –molt habitual al seu temps, segons afirma repetidament– era la venalitat, el suborn i la prevaricació per doblers.

En una descripció entre tràgica i còmica, Ramon Llull ens descriu uns dels mètodes utilitzats pels jutges: demanar pagaments tant a una part com a l'altra; i, quan han tret tot el que podien, per tal d'aconseguir-ne més, suspendre el dictat de la sentència, facilitant així la col·laboració dels advocats d'ambdues parts, de tal manera d'arribar a una composició extrajudicial que permeti que aquests darrers i el jutge quedin ben satisfets amb els doblers tan injustament recaptats²⁴.

Al capítol 114 del *Libre de Contemplació* hi trobam una descripció tremenda dels vicis principals dels jutges, compartits amb els *avocats*: ignorància, bogeria, beneïtura, amor als luxes, a l'ostentació i a tota injustícia, de tal manera que resulta vertaderament estrany trobar un jutge bo que cerqui la veritat en els plets: *Qui podia atrobar vertader jutge e vertader avocat, molt faria... com en ofici de jutge e d'avocacio age menys de bons homens e de vertaders que en altre ofici... benhaurats son, Sènyer, aquells jutges e aquells advocats qui no s'corrompen ni s'torsen per diners ni per precés ni per nulles altres coses*²⁵.

I no era per ignorància, ni per peresa, perquè, *null mestral ne official no treballa tant, ..., en son ofici com los jutges e ls advocats fan en lur ofici*²⁶, però, ¡ai!, *los jutges e ls advocats, ..., en lo comensament de lur estudi aprenen ab entencio que jutgen veritat e que raonen veritats: e puxes com an apresada la sciencia de dret, ells ne fan tort, e jutgen e raonen contra veritat*²⁷.

Per aquest motiu, *més valria a hom jutge o avocat leal menys de letres, que fals qui sabés moltes letres*²⁸.

¿Com usen de la llibertat els jutges i els advocats? Respon Llull:

En tot lo mon, Sènyer, no veg negun ofici tan vil ni tan

23.- *Arbre de Ciència*, Setzena Part, *De l'Arbre qüestionat*, III, 7, 10.

24.- *Libre de Contemplació en Deu*, Cap. 114, n. 13.

25.- *Libre de Contemplació...*, Cap. 114, n. 9.

26.- *ibid.*, n. 12.

27.- *ibid.*, n. 14.

28.- *ibid.*, n. 18.

àvol com es offici de jutge e d'avocacio: car la franca volentat que han, aquella venen; e lurs paraules e lurs pensaments veem, Sènyer, que venen; e cogitaments e remembraments e tota lur discreció venen per diners²⁹

Amb aquesta conducta, s'assemblen... jals ases i a les altres bèsties domèstiques!:

e per açò com a bestia ligada que hom mena lá on se vol, axí, Sènyer, los fa hom dir tot so que s vol, e ls mena hom lá on se vol³⁰.

I ¿quins son els principals ajudants per tal de fer aquestes feines corruptes? Els falsos testimonis:

... en dret està que los jutges no dejen jutjar si no per vertaders testimonis; mas per la falsia e l engan qui es en los malvats jutges e en los malvats advocats, los testimonis qui dien veritat reprenen e contradien per tal que no jutgen seguons veritat: e reeben falses testimonis per tal que sien excusats a jutjar falsament³¹.

Los falses testimonis... veem que s corrompen per diners e per loguer que hom los dona. On, per l engan quel s falses testimonis fan e per l engan qui es en los malvats jutjes e advocats es corruptut e torbat tot lo mon³².

El bé que poden fer al poble els jutges i els advocats és molt gran; però també ho és la pertorbació i el perjudici que malauradament fan la majoria d'ells:

Si ls jutges e ls advocats eren homens de veritat e homens qui amassen bones obres e que no s corrompessen per nulla re, ells son homens qui molt de be e d endressament poden donar als pobles en la major partida. Mas per so car ells son homens mals en la major partida e de mala entencio, no son neguns homens per que l poble sia tan torbat com es per ells³³.

I no és que els vagi malament amb les seves mangarrufes, i així,

29.- *ibid.*, n. 11.

30.- *Libre de Contemplació en Deu*, Cap. 114, n. 11.

31.- *Libre de Contemplació...*, Cap. 114, n. 5.

32.- *Libre de Contemplació...*, Cap. 114, n. 6.

33.- *ibid.*, n. 7.

Negun jutge ... no veg qui sapia jutjar en sos membres, que té ornats de bells vestiments e [s'associa de menjars] delicats e de diverses sabors³⁴.

No els manca res:

Los jutges e ls advocats veg anar... cavalcant en bells palafrens e en bells muls e mules, e veg los anar ben vestits, e veg lurs lits molt nobles, e veg los menjar molt delicadament.

mentre que

els pobres veg ... plorar e entristir e enmalautir per los engans e les injuries que prenen per falses jutges e per falses advocats³⁵.

El seu predicament públic és gros –naturalment, entre els privilegiats socials–:

Los jutges e ls advocats veg... qui son amats e honrats e preats e loats per los prínceps e per los alts barons e per los homens rics...

No és igual la visió que d'ells tenen els més desfavorits:

mas per los homens pobres e per los homens mesquins e despoderats veg que son malvolguts e blastomats e ayrats³⁶.

De totes maneres, el negoci de la corrupció judicial i advocacil al capdavall no resulta ésser massa profitós:

En tot aquest mon no veem neguns homens que tants ne muyren a mala mort com fan jutges e advocats; car tot dia veem que moren a mort sobtana, en la qual no ls leu confessar ni clamar mercè. On, beneyt siats vos, Sènyer, car molt se demostra la vostra sentència ésser dreturera; car pus ells per diners venen lurs paraules a dir falsies e lur enteniment a cogitar e a tractar engans, raó es que a la mort ajen defalliment de paraules e d'enteniment³⁷.

34.- *ibid.*, n. 16.

35.- *ibid.*, n. 26.

36.- *ibid.*, n. 25.

37.- *ibid.*, n. 10.

Metges i altres professionals sanitaris.

Però no penseu que tot han d'esser planys i queixes contra els jutges i els advocats. També reben els metges i, fins i tot, els apotecaris.

Los metges del cors veem ... qui van ben vestits e be encavalcats, e veem que ajusten riquèes e tresors...

¿I com ho fan, ens podem demanar? Molt senzill:

... dels grans engans que fan a lurs malautes, los quals enganen en totes maneres; car ells se gaben [se les donen] de conèixer la malautia, la qual no conexen; e ells alonguen ... als malautes lurs malauties per tal que major loguer n ajen³⁸.

Tot això amb la inestimable col·laboració dels **apotecaris**:

e ls donen als malautes exarobs e letovaris e altres coses, per tal car han lur part en lo guany que fan los especiayres [apotecaris] en les coses que venen als malaltes³⁹.

Tampoc prediquen amb l'exemple, més bé utilitzen els malalts com a conillets de laboratori:

Nos veem que metge esprova en lo malaute les bevendes e los exarobs e los letovaris⁴⁰, e en sí metex neguna d aquelles coses no vol esprovar, ans se n guarda molt be⁴¹.

I quan la cosa no va, la culpa sempre és del malalt mateix, mai del metge:

con han errada lur metgía sempre s en tornen sobre lo malaute, e reprenen lo e dien li que ell no està en dieta ni no ls diu veritat de la malautia. On, com ells deurien esser blasmats e reperezes de la errada que han feta en lo malaute, e ells blasmen e reprenen lo malaute qui mal no mer [que és innocent]⁴².

38.- *Libre de Contemplació en Deu*, Cap. 115, 10.

39.- *ibid.*, n. 10.

40.- *lletovari m* : Preparació farmacèutica feta amb pòlvores, polpes o altres materials, barrejades amb mel, xarop o un altre component, tot formant una massa pastosa (Font: *Diccionari específic dels substantius i dels adjectius del «Tirant lo Blanc»*, II, Diccionari (A-L), Tesi doctoral d'Eduard Baile López, Universitat d'Alacant, Alacant, Abril 2013.

41.- *ibid.*, n. 13.

42.- *ibid.*, n. 11.

¿Quines seràn les causes més fonamentals dels desastres mèdics?

Llull respon que són dues; la primera és l'ignorància supina:

La ocasió... per que la art de medicina se corromp pus fort e s'afolla, es per dues coses: la primera, per ignorancia dels metjes que la malautia no conexen, ne les coses qui son necessaries a curar la malautia no saben, ne no saben atemprar les quantitats de les qualitats contraries...

I la segona es pitjor:

l' altra occasio es per so car los metges no han ordenada entencio a usar de la art de medicina; car la primera entencio que ells han a usar de la art de medecina, es per tal que ajusten riquèes e que sien tenguts per bons metjes⁴³.

Sobre tot, volen ser rics i poderosos, i famosos, però sense massa feina ni molèsties:

Los metges... veem que sanen e guarexen los malautes, per tal que ajen dels malautes loguer e guardó per lo qual ajen de que pusquen viure... però no volen venir als malautes, tro que hom los demana o ls tramet misatge Això sí, quan arriben al malalt els metges generalistes "conexen la malautia per urina e per pols"⁴⁴, mentres que els metges de cerurgia ho fan d'una altra manera:

Lo cirurgia veg... que ajusta de les erbes e que n fa enpastre e polvorès, e puxes posa les en les nafres dels malautes⁴⁵.

Al principi, els metges solen confiar en que tot anirà bé, però a la fi l'assumpte canvia una mica:

En lo comensament de la malautia... los metges se confien en lur sciencia, e afermen que ells guarrán los malautes. Mas con ve a la fi, Sènyer, e ells veen que lur saber no ls basta a guarir lurs malautes, e ells recorren a vos, e dien que ells no poden guarir los malautes ne no y pot negú dar consell, de vos en fora⁴⁶.

43.- *ibid.*, 18.

44.- *ibid.*, 23, 24.

45.- *ibid.*, 21.

46.- *ibid.*, 14.

Resumint, la medicina és una aventura, això sí, ben cara:

En tot lo mon... no veg neguna sciencia ni neguna maestria en que hom obre tant a aventura con fa hom en feyta [medicina]. I la prova és clara: E que assò sia ver... en los metges se prova en so que s desacorden e s contrasten sobre lo malalte. On, la malautia es una, e les opinions dels metges son diverses. On, lo contrast dels metjes... significa que ells no han conexença de la malautia⁴⁷.

En definitiva, val més no anar de metges:

per assò... moren més homens per los metjes que no n guarexen: per que m par... que la cura que ls metjes fan es més perillosa que segura⁴⁸.

Els mercaders.

No tot han d'esser els juristes i els metges els acusats de corrupció. També n'hi ha per els mercaders, encara que no tots.

Los malvats mercaders, Sènyer, veem que en so que compren e que venen, que meten vostre nom en lur boca, jurans vos, per tal que pusquen per lo fals sagrament enganar los homens a qui venen o de qui compren⁴⁹.

En resum, que juren en fals sense cap problema.

En totes quantes mercaderies veem en est seggle, en totes veem que ha engans e maestríes e decebiments de gents per raó de los falsos mercaders qui les tracten e les menejen e les falsejen. On, tot est engan se fa per so car volen comprar a bon mercat e volen vendre a carestia⁵⁰.

I no deixa d'esser curiós que els malvats mercaders, qui ajusten riqueses e vicis, és a dir, es fan rics amb males arts, son en lo mon tenguts per savis e per certs mercaders; e aquells son loats per les gents, mentre que els mercaders honrats, son en est mon tenguts per nescis mercaders e per pecc^{51 i 52}.

47.- *ibid.*, 16.

48.- *ibid.*, 17.

49.- *Llibre de Contemplació en Deu*, Cap. 116, 23.

50.- *ibid.*, 25.

51.- *Pec: beneit, estúpid*.

52.- *ibid.*, 27.

Dins el gremi dels *mercaders* també hi podem incloure els **argenters**:

Nos veem que ls falses argenters e ls falsos moneders, que fan encamarament⁵³ en l argent e en l aur, e mesclen coure e lautò, e donen los color e forma d aur e d argent, per tal que pusquen enganar la gent⁵⁴.

Una especialitat curiosa la constitueixen els **drapers**. ¿I què fan aquests? Molt senzillament, *els drapers fan [los embans⁵⁵] per ço que haja tenebres en l obrador e hom no pusca bé veer la color dels draps... la lugor del sol [ès] tolta per los falses drapers qui enganen los homens qui d ells compren los draps⁵⁶.*

Els corsaris.

Aquests *professionals* son d'una pasta especial:

ells son los pus malvats homens e ls pus dissoluts qui sien en tot lo mon⁵⁷ i nulls homens no traen tant mal com ells fan⁵⁸.

Els joglars.

Ara arribam a una espècie, aparentment inofensiva, però que guarda molts de perills. El que avui en dia anomenariem com a *cantautores*. Els joglars. I ¿què passa amb ells?. Idò que, *la art de juglaria comensà en vos [Dèu] a loar e en vos a beneyr... però, altra vegada ¡ai!, en nostre temps tota la art de juglarias es mudada; car los homens que s entremeten de sonar estruments e de ballar e de trobar, no canten ni no sonen los instrument, ni no fan verses ni cansos si no de luxuria e de vanitats d aquest mon⁵⁹.*

Malgrat aquesta mala *mudança de l'art de juglaria*, son escoltats e demanats e apellats e volguts e amats⁶⁰. Talment els i les actuals fans dels ídols del pop.

53.- *encamarament*: mescla.

54.- *Libre de Contemplació...*, Cap. 122, 4.

55.- *Embà*: Cos que surt horitzontalment fora d'un mur (*Diccionari Català-Valencià-Balear*).

56.- *Blanquerna*, 76, 4, 5.

57.- *Libre de Contemplació en Deu*. Cap. 117, 5.

58.- *ibid.*, 4.

59.- *Libre de Contemplació...*, Cap. 118, 1, 2.

60.- *ibid.*, 4.

Si observam com viuen, no'ls va gens malament:

Los juglars mentiders e malparlers veem qui van vestits de vestidures reials, e menuguen davant los prínceps de les nobles viandes que ls prínceps menuguen... Als juglars veem que son donats cavalls e palafrens e enaps⁶¹ d'argent e nobles vestiments e diners d'aur e d'argent e d'altres rics dons⁶².

És meravella que sien tan estimats i valorats, perquè nos veem que per so que ls juglars fan e dien, que son contensons e guerres e baralles enfre ls prínceps e ls cavallers e ls pobles. E per los juglars son dones desmaridades, e puncelles corrompudes e ensutzades⁶³.

Ara bé, el perill més gros ve quan arriba la fosca:

On, los juglars... no tan solament los abasta lo dia a fer mal e a tractar, que encara volen fer mal de nits, on totes coses an occasio que posen...

I ¿què fan de tan dolent les nits?:

Los juglars veem que de nits van sonant los estruments per les places e per les carreres, per tal que mouen lo coratge de les fembres a puteria, e que fassen falsia e traicio a lurs marits⁶⁴.

També son un greu risc per l'estabilitat social i la pau entre les nacions:

Los malvats juglars veem esser maldígols e malmescladors enfre un príncep e altre, e enfre un baro e altre; e per la mala fama que sembren los juglars, e per l'oy⁶⁵ e la mala volentat que engenren enfre ls alts barons, per so veem destruir emperis e regnats e comdats e terres, viles e castells⁶⁶.

Tot el que els fa sumament perillosos:

en tot lo mon no veg ninguna art tan vil com art de juglaria: e assò esdevé per so car los juglars son los pus enujosos homens e ls pus proxòvols e ls pus mentiders e ls pus reprenedors que neguns homens qui sien en tot lo mon

61.- *Enap*: vas

62.- *ibid.*, 25, 26.

63.- *ibid.*, 7.

64.- *ibid.*, 8.

65.- *oy*: odi.

66.- *ibid.*, 9.

*E doncs, ¿quals homens fan tant de mal en est mon com juglars?*⁶⁷.

Però, curiosament, com ha passat sempre en l'Història,

*Tota la ocasió per que ls juglars... son mentiders e reprenen so que faria a loar e loen so que faria a rependre, esdevé per raó dels malvats prínceps e dels necis rics homens qui amen so qui es fals e an en oy so qui es ver; car per esta mala manera que ls juglars conexen en los prínceps e en los grans senyors, prenen manera de mentir, e van per aquella manera que ls prínceps e ls grans homens amen i volen*⁶⁸.

En resum, els prínceps i els personatges importants s'estimen més que els afalaguin que no qu'els diguin les veritats. Així anava ... ¡i així va!

Víctimes de la corrupció.

En el repàs de les diverses professions i oficis, Llull destaca, sobre tots, com a especialíssimes víctimes de la corrupció i dels abusos dels poderosos, als pagesos o llauradors, que son els que més desig tenen de pau⁶⁹, i que, en canvi, son els qui més pateixen.

*En tot lo mon no veem que neguna art ni negun offici sia a hom tan necessari con la art dels lauradors: car si lauradors no eren, null home no viuria*⁷⁰.

Però, en contrast amb aquesta cabdal importància dels agricultors, resulta que

*gran maravella me do com pot esser que ls lauradors son los pus avilats homens e ls pus injuriats e ls menyspreats de tot lo mon... car los reys e ls cavallers los roben e ls forsen e ls meten en guerra, on los fan murir e perdre tot quant an, e ls talen e ls destroexen lurs blats e lurs vinyes e lurs plantes, e ls cremen e ls enderroquen lurs albercs...*⁷¹.

Com sempre, les víctimes de totes les èpoques, son els pobres:

los mesquins de pobres qui per amor de vos demanen, los

67.- *Libre de Contemplació...*, Cap. 118, 9.

68.- *ibid.*, 12.

69.- *Libre de Contemplació...*, Cap. 121, 21.

70.- *Libre de Contemplació...*, Cap. 121, n. 17.

71.- *ibid.*, 18.

quals desijen que poguessen aver de les viandes ... aquells veem estar fora del palau, vestits de vils draps romputs, e son morts de fam e no es qui ls obra la porta ne qui bella cara ls fassa ni bon respot...

als mesquins de pobres ... son donats vils dons, car amb una mealla⁷² o ab una poca pessa de pa o ab una vestidura rota los cuida hom satisfacer a lur gran pobretat...⁷³.

El reis i els prínceps.

El temps passa, i mos hem d'anar acostant a la cimera de l'organització social: el Rei.

¿Quina és la funció principal i la raó d'esser del rei? Llull ho té ben clar, i ho posa en boca d'un bon Rei, que, contestant a les preocupacions expressades per la Reina, perquè no tenien descendència, li diu:

Reina, la raó per la qual som a l'offici de rei, no és per què tenga fill que sigui rei, ans és per què jo regni com a rei i faci justícia i pau en ma terra...⁷⁴.

Llull entén que qualsevol desviament d'aquesta funció de justícia i pau és corrupció de rei, i porta molts de mals al seu poble.

Aquestes desviacions –vertaderes corrupcions– son, entre altres, les següents:

- a) La ociositat, qu'el porta a passar els dies jugant als escacs: *molt de be se perdia en la ociositat del rey, e molt de mal s en seguia⁷⁵.*
- b) La caça (¿vos sona?): *Lo rey de qui vos parlats ha pres altre offici que no es de rey, car ell se es sotsmes a encalçar les besties salvatges, per les quals no es rey⁷⁶.*
- c) La convocatòria de reunions i corts inútils, en les que més que resultats pràctics, es persegueix malgastar i ostentar⁷⁷.
- d) El suborn passiu, (propi o impropri, diríem avui): *alcuns de los reys per*

72.- *mealla*: petita moneda.

73.- *Libre de Contemplació...*, Cap. 118, 25, 26.

74.- *Felix*, 1ª part, Cap. VI, Obres de R.L., Vol. III, Palma de Mallorca, 1903, p. 40.

75.- *Felix*, 1ª part, Cap. XII, Obres de R.L., Vol. III, ..., p. 79.

76.- *Felix*, *ibid.*, p. 76.

77.- *Felix*, 7ª part (*Libre de les Besties*), Cap. V, p. 232-233.

*una poca de moneda se corrompen en lur sentència*⁷⁸, la qual cosa succeeix com ama mes diners que justícia⁷⁹.

- e) L'abandonament de funcions i submissió a un *valido*: *Lo foll rei és sotsmés d'algun vil home*⁸⁰.
- f) Els mals consellers : *Demanà l'ermità al rei de quals hòmens havia major paor. Dix lo rei que neguns hòmens li podien tant de mal ni d'engan fer, com aquells de son consell ; e adoncs l'ermità dix al rei que no hagués hòmens en son consell negligents, indiscrets, cruels, ergulloses, envejoses, e sobre tots esquivàs més home avar que altre home, car home avar fa totes coses per diners*⁸¹.

Totes aquestes desviacions i abusos dels reis, incomplint el seu deure de cercar la pau i la justícia, fan la màxima corrupció, ja que *malvat príncep és mort e destrucció de son poble*⁸².

No és, doncs, d'estranyar, que a la pregunta : *Infern, ¿has beguda sang de rei ?*, la contestació sigui : *Paraís, tot n'estic vermell*⁸³.

No ens pot sorprendre aquest estat desastrós de la cosa pública, perquè, ja AGUSTÍ D'HIPONA va deixar escrit que:

*Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?*⁸⁴.

Es a dir, si es lleva la justícia, què son els regnes més que grans estols de lladres?

Algunes receptes de Ramon Llull.

Davant aquest panorama esgarrifós, ¿quines són les *receptes* de Ramon Llull? No les podem donar totes, però intentarem mencionar-ne algunes.

Educació.- En primer lloc, Llull pensa a l'educació dels infants i els joves. Tant seriosament es va prendre aquesta tasca, que —com sabeu— va redactar un llibre molt complet per l'instrucció, sobre tot moral i religiosa, del seu propi fill: la *Doctrina Pueril*. D'entre els molts de consells que

78.- *Libre de Contemplació...*, Cap. 38, Obres de R.L., Vol. II, Tom I, Mallorca, 1906, p. 191.

79.- *Felix*, 6ª part, Cap. II, Obres de R.L., Vol. III, Palma de Mallorca, 1903, p. 155.

80.- *Arbre de Ciència*, 16ª part, II, 16, 1.

81.- *Arbre de Ciència*, 7ª part, de *l'Arbre Qüestionari*, III, 9, 4.

82.- *Doctrina pueril*, 80, 4.

83.- *Arbre exemplifical*, VI (*De les flors*), 14, 5.

84.- Agustí d'Hipona: *De civitate Dei*, 4, 4.

paternalment dirigeix al seu fill Domènec, destaca la importància que dona als treballs manuals o mestrals, que considera de major dignitat –i seguretat– que el fer de burguesos:

Quax tots los hòmens qui són en los mesters... desiyen ésser en estament de burguès e volgren que lurs fills fossen burguesos; e no és en tot lo món negun ofici tant dampnós ne qui tant poch dur... Burguès diriva de los mesters..., cor en primer serà estat son linatge en algun mester, e aurà guanyat tant, que son successor serà burguès. E en lo burguès comensarà a declinar son linatge. E sabs per què? Per ço cor burguès despèn e no guanya, e ha fills, e cascú està ocíos, e vol ésser burguès, e la riquesa no pot a tuyt bastar⁸⁵.

En qualsevol cas, val més ésser pobre i honrat, que ric i corrupte:

Mellor cosa es e més val, fill, pobre temorós que ladre rich e orgullós; e mellor cosa es dir de no, que emblar e donar⁸⁶.

Crida l'atenció l'importància que atorga al compliment de la justícia, a la que eleva a raó de ésser i viure, i garantia de salvació:

La final rahõ per què és creat e recreat es justícia⁸⁷; Ffill, ama justícia, cor si no ho fas, justícia te jutgarà a sofrir foc perdurable⁸⁸.

O dit d'unaltre manera:

Manament ha Déus fet que hom no fassa ladronisse, cor si hom posseex ço qui hom ha emblat e no ho ret, no pot ésser salvat⁸⁹.

A més d'aquestes pensaments escatològics, hi ha raons pràctiques de felicitat terrenal, perquè l'injustícia i la corrupció no assacien:

Si en aquest món desiges injuriosament diners, possecions, honrament, fill, o algunes altres coses, injúria te farà més

85.- *Doctrina Pueril*, 79, 8.

86.- *Doctrina Pueril*, 19, 8.

87.- *Doctrina Pueril*, 40, 7.

88.- *Doctrina Pueril*, 1, 13.

89.- *Doctrina Pueril*, 19, 1.

*desigar sens negun sadolament*⁹⁰.

Aquí venen uns consells pràctics, sobre la ciència i l'exercici del Dret:

Com sempre, comencen per *rebre* els advocats i els jutges:

*No't dó per consell, fill, que aprenes dret civil, cor pochos són aquells qui bé n veyan usar; e per aço és peril apendre tal sciència, on quax totz aquells qui la aprenghen ne usen mal. Emperò no t desconsayll que n'aprenes, cor grant mèrit n'auràs si bé n vols usar...*⁹¹.

Sobre tot, es salven els advocats d'ofici, o *de pobres*:

*E si tu aprenes dret per mantenir los pobres qui no an què donen als avocats, maravellosament seràs agradable a les gents e a Déu*⁹².

I, en quant als jutges, *si tu és jutga, guarda't que no corrompes ton enteniment per pendre servey, ni si vols ésser jutgat a dret, no corrompes al jutge son enteniment per dons ne per prechs*⁹³.

La proclamació dels vertaders valors.- És impressionant la quantitat i número de vegades i indrets en els que Lluç es refereix al *franch albitre*, és a dir, la llibertat. I tant la considera, que arriba a proclamar que ... *negú no devia esperar que Déus li'n forças son franch albitre*⁹⁴, perquè Déus no pot, *ne deu (!), ne vol constrenyer en hom franca volentat*⁹⁵.

Però, naturalment, la llibertat no és per fer qualsevol cosa, sinò *amant ordenament e egualtat e dretura e vertut* i, si l'homo s'allunya d'aquests ordre, igualtat, dret i virtut, *adoncs aquella libertat e franquetat que hom ama es falsament amada e desijada*⁹⁶. La autèntica llibertat serà sempre *serva de la veritat*⁹⁷.

La vertadera riquesa.- La ciència, l'enteniment i la prudència són superiors als bens materials: *Amable fill, major do dóna lo Sant Esperit a*

90.- *Doctrina Pueril*, 40, 6.

91.- *Doctrina Pueril*, 76, 7.

92.- *ibid.*

93.- *Doctrina Pueril*, 55, 9.

94.- *Blanquerna*, 4, 85.

95.- *Fèlix*, 8ª part, 23.

96.- *Libre de Contemplació*, 297, 3.

97.- Cf. *Libre de Contemplació*, 162, 28.

*home com li dóna elevat e exalsat enteniment, que no fa com li dóna castells ne villes ne ciutats ne regnatz*⁹⁸.

Del treball ja n'hem parlat, però no estarà de més recordar que *los hòmens rics qui no fan fer a son fill o a ssa filla alguna cosa e nodrexen-los a ociositat... per açò, fill, esdevenen los fills dels rics hòmens mal nodrits, e són pererosos, flacs, niscis e inichs, e malmeten ço que lus lexa...*⁹⁹.

Després d'aquestes consideracions, no ha de estranyar que Lull proclamí obertament la igualtat en dignitat de tots els hòmens:

- els rics no són superiors als pobres, més bé al contrari: *ço que natura pert en los infants dels rics hòmens, guanya en los infants fills dels hòmens pobres*¹⁰⁰.
- tampoc el serf és inferior en dignitat a son senyor¹⁰¹.
- totes les persones, sigui quina sigui la seva raça, són iguals, perquè tots som germans: *tuit som nats e exits de Adam e de Eva... Com los uns homens sien grans e los altres pocs e los uns sien blancs e ls altres sien negres, per tot assò no es significat que siam venguts de diverses comensaments... tota la especie humana es una en natura sensual sens diversitat natural de forma ni de materi:*¹⁰²
- Finalment, ni tan sols el rei és superior als altres: *Lo rey, per senyoria, per sa força, bellea, saviea, poder, justícia, e axí de les altres coses, no és pus prop a essencia humana que l home qui és de leja figura e qui és son vassall e és home pobre e de poch poder, saber*¹⁰³.
- Per aquest motiu, ha d'esser rei el qui tengui més mèrit, no solament per la circumstància de ser fill de rei. Així resulta de la resposta que el rei dóna a la reina, quan aquesta es preocupava pel fet de no tenir fills:

Regina, la raho perque jo son en offici de rey, no es per ço que haja fill qui sia rey, ans es per ço que regne com a rey, e que tenga justícia e pau en ma terra... Per açò, per ventura si jo havia fill qui fos rey apres ma mort, e aquell rey

98.- *Doctrina Pueril*, 31, 4.

99.- *Doctrina Pueril*, 91, 15.

100.- *Doctrina Pueril*, 91, 13.

101.- *Ars Juris*, Pars Tertia (*De quaestionibus*), 27.

102.- *Libre de Contemplació*, 248, 4-6.

103.- *Blanquerna*, Vol. III, Ed. *Barçino*, Barcelona, 1954.

*era mal acostumat e no regnava com a rey, faria molt de mal... e per aço Deus, qui es savi en totes coses, ordena com apres ma mort sia tal rey que sia digne de esser rey, e seguesca la fin perque hom es en offici de rey*¹⁰⁴.

Els remeis dràstics contra la corrupció.- Fins ara ens hem referit a les solucions *internes* dels sistemes corruptes. Però Llull avança més. Una primera sortida és, senzillament, que el mal rei sigui deposat per el seu poble.

El fonament d'aquesta variant del clàssic *dret de resistència*, radica en què el rei basa tota la seva autoritat en dues columnes: la primera és la espasa, es a dir, el poder, però aquest té l'origen en la voluntat del poble, doctrina que Llull exposa àmpliament en el *Fèlix*¹⁰⁵. Es per aquest motiu que el rei és *subditus multis*¹⁰⁶, i, si el rei oblida els seus deures vers el seu poble, com que aquest darrer no està obligat a aguantar-lo (*quidam rex erat valde iniurosus. Modo quaeritur: Utrum populus teneatur ipsum habere pro rege?*¹⁰⁷), arribarà moment en què el poble mateix *desira esser en senyoria de altre rey, per ço car molt es perillosa cosa subjugacio de poble qui sia sotsmes a rey injurios, iros e traydor*¹⁰⁸. De manera que el rei *deu tembre son poble per ço que no façu ofensa a l'amor que li ha son poble, car gran injúria fa príncep a l'amor de son poble com fa contra ell falliment e engan*¹⁰⁹. I si no ho fa, l'història s'acabarà prest: *De malea de princep neix malea de poble, e de malea de poble neix noveyletat de princep*¹¹⁰, perquè *ninguna gran servitut és durable*¹¹¹. Més clar, aigua.

Com no sempre bastaran els remeis *casolans*, Llull va preveure no res menys que la *Societat de Nacions*, avui *Organització de les Nacions Unides*:

*L apostoli (és a dir, el Papa) tractà com una vegada l any cada potestat vengués a un loc segur on fossen totes les potestats, e que segons forma de capítol, que s tractàs amistat e correcció dels uns als altres, e puniment de moneda fos en aquells qui no volrien estar a dita dels difinidors del capítol*¹¹².

104.- *Fèlix*, 1^a part, Cap. VI.

105.- *Vegem Fèlix*, 7^a part, Cap. Primer, *passim*.

106.- *Liber Proverbiorum*, 1, 94, 16.

107.- *Ars de Iure*, II, B, 408.

108.- *Fèlix*, 7^a part, Cap. VI.

109.- *Arbre de Ciència*, 7^a part, 4, 3.

110.- *Libre de Mil Proverbis*, 3, 11.

111.- *Arbre exemplifical*, 4, 9, 4.

112.- *Blanquerna*, 95, 5.

Finale con brio.

Fa anys que em vaig convèncer de que els dos grans enemics de l'estat, de la democràcia i de la societat són, en els temps actuals, la corrupció i la droga. Crec que són adients unes reflexions que venen de dos grans referents morals contemporanis.

El primer, Sant Joan Pau II, que va deixar escrit:

*Cuando se disgrega el tejido moral de una nación, hay que temer cualquier cosa*¹¹³.

I el segon, l'actual Papa Francesc, del qui he llegit les coses més fortes i clares contra la corrupció, política, empresarial i eclesiàstica:

En los periódicos lo leemos muchas veces: ¡Ah!, han llevado al tribunal a ese político que se ha enriquecido mágicamente, como el jefe de esa empresa que se ha enriquecido mágicamente, es decir, explotando a sus trabajadores. Se habla mucho de un prelado que se ha enriquecido demasiado y ha dejado su deber pastoral para cuidar de su poder. Así los corruptos políticos, los corruptos de los negocios y los corruptos eclesiásticos. Los hay por todas partes.

(.../...)

¿Quién paga la corrupción? en realidad, la paga el pobre.

Si hablamos de los corruptos políticos o de los corruptos económicos, ¿quién paga esto? Pagan los hospitales sin medicinas, los enfermos que no reciben atención, los niños sin educación...

.../...

Cuando uno entra en el camino de la corrupción, quita la vida, usurpa y se vende.

El corrupto... es como si dejara de ser una persona para volverse mercancía, o sea, se compra y se vende.

El corrupto irrita a Dios y hace pecar al pueblo... escandaliza a la sociedad, escandaliza al pueblo de Dios.

113.- Joan Pau II: *Carta Apostòlica amb motiu del 50è aniversari del començament de la Segona Guerra Mundial*, 27-8-1989, n. 11.

El corrupto se vende para hacer el mal, pero él no lo sabe: él cree que se vende para tener más dinero, más poder, pero en realidad, se vende para hacer el mal ...

Cuando leemos en los diarios que éste es un corrupto, que aquél es un corrupto, que ha hecho tal acto de corrupción y que el soborno va aquí o allá... nuestro deber es pedir perdón por ellos y que el Señor les dé la gracia de arrepentirse, que no mueran con el corazón corrupto¹¹⁴.

Hem parlat de corrupció i de regeneració. Pens que les darreres paraules que acabam d'esmentar ho diuen tot: *cor corrupte*. Qualsevol remei de la corrupció ha de passar per una conversió del cor; no són, ni seran mai suficients les mesures coactives. Sempre serà necessària una revolució espiritual, una volta als valors que constitueixen la dignitat de la persona, *sustància individual de naturalesa racional*¹¹⁵, lliure, i per això, ésser moral.

He dit. Moltes gràcies a tots.

114.- Papa Francesc: *Homilies* a Santa Marta, Roma, 16 i 17 de juny de 2014.

115.- *Naturæ rationalis individua substantia*, Boeci *De persona et duabus naturis*, c. II.

V.- MESA REDONDA SOBRE EL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO.

El 17 de noviembre de 2014 se celebró una sesión académica sobre la entrada en vigor del Reglamento Sucesorio Europeo (RSE), auspiciada por la entrada en vigor del mismo al 17 de Agosto de 2015.

Se inició la misma con la intervención del Catedrático de Derecho Internacional privado de la UIB Luis Garau Juaneda, el cual expuso las características generales del RSE, y, en especial, su obligatoriedad en todos los países de la Unión Europea, a excepción de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, el sistema de determinación de la ley aplicable a las sucesiones transnacionales, la eficacia del RSE respecto de las inscripciones en los Registros Públicos y la posibilidad de aplicación del RSE a los conflictos internos.

Precisamente, en el artículo que sigue a continuación se desarrolla específicamente esta materia, centrándose en el estudio del art. 38 RSE (“los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales”), para examinar después su relación con el art. 36 del propio Reglamento –relativo a los conflictos territoriales de leyes suscitados en los Estados con más de un sistema jurídico–; se entra después en la cuestión de cuándo se estará ante un conflicto de leyes planteado exclusivamente entre unidades territoriales

españolas, señalando que será así en los casos en que, teniendo competencia un "tribunal" español tuviera además el causante la nacionalidad española, en cuyo supuesto el RSE permitiría la aplicación de los artículos 9.8 y 16 del Código civil. El trabajo finaliza con la consideración de si puede entenderse que España ha hecho o no uso de la facultad de no aplicar el RSE a los conflictos internos de leyes, entendiéndose que mientras esté en vigor el art. 16 del Código civil y exista una norma de conflicto en el Capítulo IV del mismo Título Preliminar en materia de sucesiones (el art. 9.8), se puede interpretar que el legislador hace tácitamente uso de la facultad que el art. 38 otorga a los Estados miembros. Se propugna en el trabajo que sigue la superación de esta situación transitoria, no debiendo mantenerse un doble sistema, uno para supuestos calificados como "internacionales" y otro para supuestos "interregionales", ya que las normas de Derecho interregional no son sino una prolongación de las normas de Derecho internacional privado para concretar, en los casos en los que estas últimas remitan a la aplicación del Derecho español, cuál de los ordenamientos que coexisten en España debe ser aplicado.

La intervención —y el trabajo que sigue— del otro ponente Carlos Jiménez Gallego, Notario de Palma y Académico de Número, se centró en el Certificado Sucesorio Europeo (CSE). Se examinan los precedentes del mismo (erbschein alemán, acta de notoriedad francesa y el certificado regulado por el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, que resultó un fracaso al estar ratificado por muy pocos países), se estudia detalladamente la competencia para la expedición del mismo así como la tramitación para su obtención. Se señala la no obligatoriedad del mismo, aunque, si se expide, surte todos sus efectos y no es preciso utilizar los instrumentos establecidos por el Derecho interno para la acreditación del hecho sucesorio de que se trate; goza de la presunción de veracidad y es un título legitimador para cobros y pagos, entrega de bienes y demás aspectos relacionados con la sucesión. Se aborda asimismo la cuestión de si sería de por sí suficiente, sin ningún otro documento, para causar inscripción en los Registros públicos, con exposición de las diversas teorías sobre el particular, decantándose por la consideración de su suficiencia en caso de un solo heredero, pero no en el supuesto de ser varios, ya que, en este caso, debería otorgarse la consiguiente escritura pública de manifestación, adjudicación y aceptación de herencia.

**V.1- EL REGLAMENTO (UE) N° 650/2012
EN MATERIA SUCESORIA:
SU INTEGRACIÓN EN EL DERECHO
INTERREGIONAL ESPAÑOL.**

Luis Garau Juaneda

Introducción.

- 1.- ¿Permite el artículo 38 del Reglamento excluir la aplicación de la totalidad del Reglamento o solo de una parte de él?
- 2.- Relación entre el artículo 36, por lo que se refiere a la sucesión de un español, y el artículo 38 del Reglamento.
- 3.- ¿Qué debe entenderse por conflictos de leyes que se plantean exclusivamente entre unidades territoriales de un mismo Estado?
- 4.- ¿Debe considerarse que España hace uso de la facultad contemplada en el artículo 38 del Reglamento?

Introducción.

El Reglamento (UE) N° 650/2012 del Parlamento y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo es aplicable, por razón del tiempo, a la sucesión de las personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o después de dicha fecha (artículo 83). La jurisdicción y la ley aplicable a la sucesión de las personas fallecidas antes de esta fecha (con independencia de que la cuestión sucesoria se plantee después del 17 de agosto de 2015) siguen sometidas a lo establecido en el artículo 22 de la LOPJ por lo que respecta a la jurisdicción y, por lo que respecta a la ley aplicable, al artículo 9°.8 el Código civil, complementado, tratándose de causantes españoles, por al artículo 16.1 y 16.2 del mismo cuerpo legal.

La cuestión que abordamos en este estudio es la del alcance del artículo 38 del Reglamento, según el cual *“los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales”*. De la respuesta que se dé a esta cuestión dependerá que los artículos 9°.8, 16.1 y 16.2 del Código civil aplicables a la sucesión de españoles fallecidos antes del 17 de agosto de 2015 sigan siendo de aplicación en todos sus extremos a la sucesión de españoles fallecidos después de esta fecha o que puedan serlo, pero no necesariamente a todos los españoles y, en este último caso, solo después de su integración con el resto de normas recogidas en el capítulo III del Reglamento.

1.- ¿Permite el artículo 38 excluir la aplicación de la totalidad del Reglamento o solo de una parte de él?

Una primera cuestión a dilucidar es la de si la exclusión del artículo 38 se refiere a la totalidad del Reglamento o solo a la parte de éste que regula la ley aplicable a la sucesión (el capítulo III).

Las normas sobre jurisdicción, independientemente de su origen estatal, internacional o de la Unión Europea, fundamentan la de los jueces y tribunales sin distinguir entre supuestos internacionales o internos, por más que en los casos en los que no aparece ningún elemento de extranjería la jurisdicción se dé por supuesta y únicamente se considere necesario hacer referencia a la competencia territorial. El hecho de que las normas sobre

jurisdicción no distinguan entre supuestos internacionales y supuestos internos nada tiene que ver, sin embargo, con el hecho de que en un mismo ordenamiento jurídico puedan coexistir diferentes normas sobre jurisdicción relativas a la misma materia. Este es el caso, por ejemplo, de la jurisdicción en materia de nulidad, separación y divorcio: el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, permite en su artículo 7º.1 que un juez o tribunal pueda declararse competente aplicando sus normas de origen estatal en aquellos casos en los que de las normas sobre jurisdicción del Reglamento no se derive la jurisdicción de los órganos jurisdiccionales de ningún Estado miembro. Es decir, el artículo 7º.1 del Reglamento permite justificar la jurisdicción de jueces y tribunales españoles en la LOPJ si éstos no la tuvieran en virtud del Reglamento y tampoco la tuvieran en virtud del mismo Reglamento los de ningún otro Estado miembro. En definitiva, las normas sobre jurisdicción contenidas en el Reglamento sustituyen las contenidas en la LOPJ, que solo tendrán el margen de aplicación que aquél les permite¹.

A diferencia del Reglamento 2201/2003, el Reglamento 650/2012 no solo no contiene ninguna previsión análoga al artículo 7º del Reglamento 2201/2003, sino que, para el caso de que ningún Estado miembro sea competente con arreglo a los artículos que regulan esta cuestión (artículos 4 a 10), su artículo 11 solo contempla la posibilidad de que un Estado miembro pueda llegar a conocer sobre una sucesión en calidad de *forum necessitatis*, sin hacer referencia alguna a sus posibles normas de origen interno².

Si a ello añadimos que el artículo 38 se halla dentro del capítulo III, relativo a la ley aplicable, y no en el Capítulo I, relativo al ámbito de aplicación del Reglamento, o en el VII, conteniendo las disposiciones

1.- El artículo 6º del Reglamento restringe aún más los supuestos de aplicación de la LOPJ en la medida en que un cónyuge con residencia habitual en un Estado miembro o nacional de uno de ellos solo podrá ser demandado en virtud de las normas del Reglamento. Esto supone, en definitiva, que para que las normas sobre jurisdicción de la LOPJ puedan ser de aplicación no solo es condición que ningún Estado miembro tenga jurisdicción en virtud del Reglamento, sino que, además, la parte demandada no ha de ser nacional ni residir en un Estado miembro. Vistas estas condiciones y el contenido del artículo 22 de la LOPJ la posibilidad de que un juez o tribunal español se pueda declarar competente en aplicación de la LOPJ son muy remotas.

2.- Artículo 11: "*Forum necessitatis*. Cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente con arreglo a otras disposiciones del presente Reglamento, los tribunales de un Estado miembro podrán resolver, en casos excepcionales, sobre la sucesión si resultase imposible o no pudiese razonablemente iniciarse o desarrollarse el proceso en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una vinculación estrecha. El asunto deberá tener una vinculación suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer de él."

generales y finales, la conclusión es que las normas sobre competencia del Reglamento han venido a sustituir totalmente las normas de competencia en materia de sucesiones contenidas en el artículo 22 de la LOPJ. Sorprende por ello que la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ, haya introducido en su artículo 22 quáter, letra g, reglas de competencia en materia sucesoria que aparentan querer ser una transposición de las reglas del Reglamento, alguna de las cuales en su literalidad resulta sin embargo incompatible con lo establecido en el Reglamento. Obviamente la primacía del Reglamento no pudo plantear ninguna duda, pero esta técnica legislativa no hace sino añadir dificultades a la correcta aplicación de las fuentes que integran nuestro ordenamiento jurídico. Un Reglamento no debe ser objeto de transposición y menos aún si ello solo sirve para generar confusión.

En cuanto a las normas que regulan el reconocimiento y ejecución de resoluciones, así como los efectos de los documentos públicos, incluyendo los efectos del certificado sucesorio europeo, parece claro que también quedan fuera de cualquier posible exclusión: en los capítulos relativos a estas cuestiones no aparece salvedad alguna con respecto a resoluciones o documentos públicos procedentes de un Estado plurilegislativo que haya hecho uso de la posibilidad que le confiere el artículo 38.

Queda por tanto como único objeto del artículo 38 la posible exclusión de las normas del Reglamento relativas a la determinación de la ley aplicable (artículos 20 a 38) en aquellos casos en los que el conflicto de leyes se plantee exclusivamente entre unidades territoriales de un mismo Estado, siendo de aplicación en todo caso las normas de competencia del Reglamento. Esta conclusión es importante como tendremos ocasión de ver en el epígrafe 3.

2.- Relación entre el artículo 36, por lo que se refiere a la sucesión de un español, y el artículo 38 del Reglamento.

El artículo 36 del Reglamento regula el problema que plantea el hecho de que la ley aplicable en virtud del mismo sea la de un Estado con diferentes unidades territoriales con un ordenamiento jurídico propio en materia sucesoria. Para determinar cuál de tales ordenamientos debe aplicarse, el artículo 36 remite en primer lugar a *“las norma internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado”*. A falta de tales normas, si el punto de conexión que ha remitido a la ley de un Estado plurilegislativo es la residencia habitual³, se deberá aplicar la ley vigente en la unidad territorial en cuyo territorio el

3.- El artículo 21 del Reglamento establece que *“salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento”*.

causante hubiera tenido su residencia habitual en el momento de fallecer; si el punto de conexión hubiera sido la nacionalidad⁴, deberá aplicarse la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido la vinculación más estrecha.

Pues bien, en la doctrina se ha sostenido que si bien el artículo 38 tenía sentido en la Propuesta de Reglamento, donde se regulaba la remisión a un sistema plurilegislativo por un sistema “directo” (es decir, sin referencia alguna a las normas de conflicto internas del Estado plurilegislativo), el empleo en el texto definitivo de un método “subsidiario” (remisión a las normas de conflicto internas del Estado plurilegislativo) hace que el artículo 38 no solo resulte innecesario, sino que constituya una incoherencia estructural⁵.

En mi opinión no existe tal incoherencia en su formulación general ni en la aplicación particular de estos artículos al caso español. Solo podría sostenerse, como hacen los autores citados en la nota 5, que “la primacía de las normas conflictuales del Estado cuya ley resulta de aplicación ... deja sin sentido la cláusula de no obligatoriedad” si entendiéramos que los conflictos a los que se refiere el artículo 38 son exclusivamente los derivados de la sucesión de un español (lo que, como veremos, es cierto) y quedara demostrado que la no aplicación en tal caso de las normas de conflicto del Reglamento, y su sustitución por las internas, lleva al mismo resultado al que llevaría la aplicación de “*las normas internas sobre conflictos de leyes*” a las que se refiere el artículo 36.1 (lo que, como veremos, no es cierto). Esta redundancia no existe.

En el primer caso, situados fuera del Reglamento, acudiríamos a los artículos 9^o.8, 16.1 y 16.2 del Código civil. De la combinación de lo establecido en los artículos 9^o.8 y 16.1 del Código civil se deriva que la sucesión de un español se regula por la ley del territorio cuya vecindad civil había poseído el causante en el momento de fallecer. Si la sucesión fuera testada y el causante hubiera cambiado de vecindad civil después de haber otorgado testamento, las disposiciones otorgadas de acuerdo con la ley

4.- Según el artículo 22.1 del Reglamento “*cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento*”.

5.- Pablo Quinzá Redondo y Gregor Christandl, “*Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español*”, InDret 3/2013, págs. 1 y ss., en particular pág. 16. Este trabajo recoge diferentes modelos para resolver el problema de la remisión a un ordenamiento plurilegislativo y analiza los cambios sufridos por el Reglamento con respecto a esta cuestión a partir del proyecto inicial. Apunta soluciones para los casos en los que sea de aplicación la ley española a la sucesión de un extranjero (más adelante se verá esta cuestión), pero pasa por encima de la aplicación del Reglamento a la sucesión de españoles.

correspondiente a la vecindad que poseía en el momento de testar conservarán su validez, pero las legítimas serán en todo caso las que correspondan según la ley del territorio cuya vecindad civil ostentaba en el momento de fallecer. En cuanto a los derechos sucesorios del cónyuge superviviente, quedan fuera de la ley sucesoria y se rigen por la ley que regula los efectos del matrimonio. Junto a esta reglamentación de carácter general, el artículo 16.2 del Código civil contiene una norma de conflicto unilateral que establece un ámbito de aplicación espacial-personal del usufructo viudal que regula el Código de Derecho Foral de Aragón, totalmente exorbitante en relación con el que le correspondería de acuerdo con los artículos 9^o.8 y 16.1 del Código civil. De acuerdo con el mencionado artículo 16.2, el usufructo viudal aragonés se aplica no solo al cónyuge viudo de un matrimonio cuyo régimen económico matrimonial hubiera sido el propio de Aragón, sino también si el causante tenía vecindad civil aragonesa en el momento de fallecer, aunque su matrimonio nunca hubiera estado sujeto al régimen económico matrimonial de Aragón.

Pues bien, si acudimos al artículo 36.1 ello implica que estamos dentro del capítulo III del Reglamento y, en consecuencia, resulta de aplicación el conjunto de normas que lo integran, en particular normas como su artículo 23.2 letra b que somete expresamente los derechos del cónyuge superviviente a la ley sucesoria; como el artículo 30, según el cual determinados bienes de la herencia pueden quedar sometidos a una ley distinta de la que regula el resto de la sucesión, lo que puede tener como resultado que al acudir al artículo 36.1 pudiéramos no estar ya ante la totalidad de la masa hereditaria, sino solo ante una parte de ella; o como el artículo 22, que posibilita elegir la ley aplicable a la sucesión. Es cierto que en este último caso podría sostenerse que la única ley elegible por parte de un español sería la de su vecindad civil o, más difícilmente, que la remisión del artículo 36.1 a las normas de conflicto internas constituye una regla específica que deja sin efecto lo establecido en el artículo 23.2 letra b y que, por lo tanto, habría que seguir sometiendo los derechos del cónyuge superviviente a la misma ley que su régimen de bienes. Pero ¿qué decir de la ley aplicable a la sucesión de un español, con bienes en España, cuya última residencia habitual hubiera estado fuera de cualquier Estado de la Unión Europea vinculado por el Reglamento⁶?: aplicando el artículo 38 acudiríamos a los artículos 9^o.8, 16.1 y 16.2, y por lo tanto a uno de los ordenamientos que coexisten en España, mientras que si lo ignoramos habría que acudir (en defecto de sumisión) al

6.- De acuerdo con el artículo 10.1 letra a del Reglamento, los "tribunales" españoles tendrían jurisdicción para conocer de esta sucesión. Según este artículo, *"aun en el supuesto de que el causante no tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento en un Estado miembro, los tribunales del Estado miembro en los que se encuentren los bienes de la herencia serán competentes para pronunciarse sobre el conjunto de la sucesión siempre que: a) el causante poseyera la nacionalidad de dicho Estado miembro en el momento del fallecimiento..."*.

artículo 21 del Reglamento que nos remitiría a la ley del país (fuera de los vinculados por el Reglamento) en el que el causante había tenido su última residencia habitual. También aquí podría decirse que tal vez en virtud del artículo 34 podría producirse un reenvío a la ley española y acabar así en el artículo 36, pero ello solo si las normas de conflicto de la ley del que fue país de residencia utilizaran como punto de conexión la nacionalidad.

No parece, en definitiva, que un análisis riguroso permita afirmar que omitir por parte de un “tribunal”⁷ español la existencia del artículo 38 y resolver la cuestión de la ley aplicable a la sucesión de un español acudiendo a lo establecido en el artículo 36.1 conduzca necesariamente y en todo caso al mismo resultado que si este “tribunal” aplica el artículo 38 y excluye la sucesión de los españoles de la aplicación del capítulo III del Reglamento. Tanto más si tenemos en cuenta que la aplicación de las normas de origen interno en el contexto del capítulo III del Reglamento fácilmente puede dar lugar a resoluciones distintas en casos análogos, dependiendo del “tribunal” que conozca del asunto⁸.

La existencia del artículo 38 no puede obviarse mediante el expediente de calificar sin más de incoherente al legislador europeo. Lo procedente es llevar a cabo su integración en el conjunto del Reglamento, para lo que es necesario precisar en primer lugar qué debe entenderse por conflictos de leyes que se plantean exclusivamente entre unidades territoriales de un mismo Estado, en particular en el caso de España (epígrafe 3) y, a continuación, concluir si debemos considerar que España hace uso o no de la facultad contemplada en este artículo (epígrafe 4).

7.- Téngase en cuenta que el término “tribunal” se utiliza en el Reglamento para referirse no solo a autoridades judiciales, sino también a cualquier otra autoridad que ejerza funciones jurisdiccionales en materia sucesoria (artículo 3.2 del Reglamento).

8.- Una cuestión con respecto a la cual no existen diferencias siguiendo la vía del artículo 36.1 o la del artículo 38 es la referida a la forma de las disposiciones testamentarias. En el primer caso, aunque el artículo 27 del Reglamento regula la validez formal de las disposiciones *mortis causa* realizadas por escrito, el artículo 75 lo deja sin aplicación para los Estados parte en el Convenio de La Haya de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, del que España es parte. El Convenio es igualmente de aplicación a los conflictos internos ya que en él no se prevé una posible exclusión de estos conflictos de su ámbito de aplicación, ni España formuló en ningún momento reserva alguna al respecto. En nada cambia lo anterior el hecho de que algunas Comunidades Autónomas hayan regulado el ámbito de aplicación espacial de ciertas normas en materia de forma de los testamentos ya que, además de estar viciadas de inconstitucionalidad por invadir una competencia exclusiva del Estado (el artículo 149.1.8ª de la Constitución), el resultado de su aplicación es el mismo que resulta de aplicar el Convenio de La Haya de 1961. Es el caso, por ejemplo, del artículo 417 del Código del Derecho Foral de Aragón o del artículo 24.3 de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco, ambos sobre testamento mancomunado, cuya aplicación lleva al mismo resultado que aplicando los artículos 1º y 4º del Convenio de La Haya.

3.- ¿Qué debe entenderse por conflictos de leyes que se plantean exclusivamente entre unidades territoriales de un mismo Estado?

Obviamente hay que empezar por rechazar que un conflicto de leyes entre unidades territoriales españolas se plantee automáticamente en todos los casos en los que sea de aplicación el derecho español a una sucesión, ya que para saber que es de aplicación el derecho español tendríamos que haber aplicado las normas de conflicto del capítulo III, precisamente para concluir que el capítulo III no es aplicable. Además, teniendo en cuenta la unidad de *foro* y *ius* que propicia el Reglamento, llegaríamos al absurdo de tener que concluir que en todos los casos en los que un "tribunal" español tuviera competencia para conocer de una sucesión (excepto en los que casos en los que se tratara de un causante extranjero que hubiera tenido su última residencia en España y hubiera designado como aplicable su ley nacional) estaríamos ante un conflicto planteado entre unidades territoriales españolas.

El adverbio "exclusivamente" es sin duda el término que da sentido al artículo 38 y nos traslada a aquellos supuestos en los que no solo todas las conexiones para determinar la jurisdicción y la ley aplicable concurren en un mismo Estado, sino en los que también está ausente cualquier elemento extranjero en relación con este Estado: supuestos que en un Estado plurilegislativo como el nuestro dan lugar a lo que se han venido denominado "conflictos internos" (precisamente el título que encabeza el artículo 38) y que constituyen el objeto del Derecho interregional.

La cuestión va a ser por tanto precisar en qué casos estamos ante un "conflicto interno".

En materia sucesoria la regla central de nuestro sistema de Derecho interregional está recogida en el artículo 16.1.1^ª del C. c., en relación con el artículo 9^º.8 del mismo cuerpo legal³. En consecuencia, en materia sucesoria debemos entender que estamos ante un conflicto de leyes planteado exclusivamente entre unidades territoriales españolas (un conflicto interno) en tanto en cuanto estemos ante la sucesión de un español. Y aquí debemos recordar que, como hemos tenido ocasión de ver en el epígrafe 1, las normas

9.- Artículo 16.1: "Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: 1.ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil ..." Según el artículo 9^º.1 "la ley personal correspondiente a las persona físicas es la determinada por su nacionalidad" y según el artículo 9^º.8 "la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento...".

del Reglamento que regulan la competencia se aplican siempre, lo que supone que para que un "tribunal" español pueda conocer de una sucesión es necesario, como regla general, que la residencia habitual del causante en el momento de fallecer estuviera en España o en un Estado no vinculado por el Reglamento y, en este último caso, poseyera bienes en España, ya que de lo contrario los "tribunales" españoles carecerían de competencia.

De acuerdo con todo lo anterior, estaríamos ante un conflicto de leyes planteado exclusivamente entre unidades territoriales españolas en los casos en los que, teniendo competencia un "tribunal" español, es decir, habiendo tenido el causante su última residencia habitual en España o en un Estado no vinculado por el Reglamento (y, en este último caso, poseyendo bienes en España), tuviera además la nacionalidad española. En tales casos, el Reglamento permite la aplicación de las normas de conflicto de origen estatal, esto es, de los artículos 9º.8 y 16 del Código civil. La cuestión, llegados a este punto, es discernir si España ha manifestado de algún modo la voluntad de hacer uso de la facultad concedida por el artículo 38 del Reglamento.

4.- ¿Debe considerarse que España hace uso de la facultad contemplada en el artículo 38 del Reglamento?

En mi opinión, mientras esté en vigor el actual artículo 16 del Código civil y exista una norma de conflicto en el Capítulo IV del mismo Título Preliminar en materia de sucesiones (el artículo 9º.8), esto es, mientras se mantenga una regulación específica para determinar la ley aplicable a la sucesión de los españoles (único conflicto interno existente para nuestro ordenamiento), se puede interpretar que el legislador español hace tácitamente uso de la facultad que el artículo 38 otorga a los Estados miembros. Es cierto que también puede sostenerse que el artículo 36.1 presupone precisamente que tales normas internas existen y que pueden aplicarse por esta vía y no necesariamente por la del artículo 38, pero aquella primera interpretación permite una mayor seguridad jurídica que la de regular la sucesión de los españoles por la vía del artículo 36.1: en el epígrafe 2 hemos señalado las dificultades que presenta conjugar nuestras normas de origen interno (artículos 9º.8 y 16 del Código civil) con las restantes normas del capítulo III del Reglamento. Siendo posible, como hemos visto, delimitar con precisión en qué casos estamos ante un conflicto que se plantea exclusivamente entre unidades territoriales españolas, la aplicación a estos conflictos de las normas internas españolas sin los condicionamientos del capítulo III facilita la labor de los operadores jurídicos españoles, familiarizados con nuestro tradicional Derecho interregional y, precisamente por ello, favorece la seguridad jurídica.

Si el legislador español hubiera considerado que el conflicto interno en la sucesión de españoles era susceptible de ser correctamente resuelto por la vía del artículo 36.1 y no del 38, debería haber modificado el contenido del artículo 9º.8 del Código civil para evitar las inadaptaciones entre este artículo y el capítulo III del Reglamento a las que ya nos hemos referido. Al no haberlo hecho, lo razonable es entender que ha optado implícitamente por mantener fuera del capítulo III del Reglamento los conflictos internos planteados por la sucesión de los españoles¹⁰.

En consecuencia, en aquellos casos en los que un “tribunal” español se encuentra ante la sucesión de un causante español (cuya última residencia estuvo en España, o fuera de España en un país no vinculado por el Reglamento y, en este último caso, con bienes situados en territorio español: si el causante español tuvo su última residencia en un Estado vinculado por el Reglamento no existiría jurisdicción) la ley aplicable a su sucesión es la que corresponda en aplicación de los artículos 9º.8 y 16 del Código civil. En tales casos el capítulo III del Reglamento queda fuera de aplicación¹¹.

Por el contrario, sobre la base de que los conflictos internos en materia de sucesiones a los que se refiere el artículo 38 del Reglamento solo se producen si el causante posee la nacionalidad española, si un “tribunal” español se encuentra ante la sucesión de un extranjero (lo que ocurrirá por haber tenido éste su última residencia en España) debe ser de plena aplicación el capítulo III del Reglamento y, en particular, si el causante no hubiera designado como ley aplicable su ley nacional, el artículo 36.2. Dicho artículo remite directamente a la unidad territorial española en la que el causante hubiera tenido su última residencia. El artículo 36.1 no puede ser de aplicación desde el momento en que, como hemos señalado reiteradamente, nuestro sistema de Derecho interregional, por su propio contenido

10.- El legislador ha tenido buenas oportunidades para pronunciarse al respecto, pero no lo ha hecho ni con ocasión de la modificación de los apartados 4, 6 y 7 del artículo 9º del Código civil (artículo segundo, número uno, de la Ley 26/2015) ni con ocasión de la introducción de una nueva Disposición final 26ª en la LEC sobre medidas para facilitar la aplicación del Reglamento 650/2012 en España (Disposición final segunda de la Ley 29/2015).

11.- Si un “tribunal” de un país de la UE vinculado por el Reglamento conociera de la sucesión de un español (lo que ocurriría por el hecho de haber tenido éste su última residencia habitual en tal país), solo debería aplicar la ley española en el caso de que el causante hubiera elegido como ley aplicable a su sucesión su ley nacional (de no ser así, la ley aplicable sería la del país de residencia). De haberse producido esta elección, a diferencia de un “tribunal” español que habiéndose acogido al artículo 38 no queda vinculado por el resto del capítulo III y no aceptaría elección alguna, el “tribunal” extranjero, al que no está dirigido el artículo 38 y por tanto no puede excluir la posibilidad de elección, debería decidir si debe dar o no validez a la elección de una ley española que no sea la correspondiente a su vecindad civil. De *lege ferenda* véase la nota 14.

(sustitución de la nacionalidad por la vecindad civil, de la que carecen los extranjeros), no es susceptible de ser aplicado a extranjeros.

Lo dicho hasta aquí debería ser, sin embargo, únicamente una solución transitoria. El legislador español tiene que abordar de una vez por todas la cuestión de la aplicación o no a los conflictos internos de los Reglamentos de la UE que incorporan tales cláusulas de excepción¹². En mi opinión no debería mantenerse un doble sistema, uno para supuestos calificados como “internacionales” y otro para supuestos “interregionales”. Las normas de Derecho interregional no deben ser entendidas como normas diferentes de las de Derecho internacional privado, sino solo como una mera prolongación de las mismas para concretar, en aquellos casos en los que estas últimas remiten a la aplicación del derecho español, cuál de los ordenamientos que coexisten en España debe ser aplicado¹³.

De este modo, lo establecido en el artículo 38 del Reglamento, lo mismo que cualquier otra formulación análoga, resulta totalmente incompatible con la concepción de un Derecho interregional entendido como una mera prolongación del Derecho internacional privado. Siguiendo esta línea de pensamiento, lo procedente sería que el legislador español ignorara lo establecido en el artículo 38, derogara los artículos 9º.8 y 16.2 del Código civil y se limitara a establecer cuál de los ordenamientos que coexisten en España debería ser aplicado a la sucesión de un español, utilizando para ello la conexión “vecindad civil”¹⁴. De esta forma, en los casos en los que según las normas de conflicto del Reglamento fuera de aplicación la ley española a la sucesión de un español¹⁵, se actuaría conforme a lo establecido en el artículo 36.1 del Reglamento; y en los casos en los que según estas mismas

12.- Véanse los artículos 22.2 del Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) o 25 del Reglamento 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

13.- Véase más ampliamente sobre esta cuestión mi trabajo “*El derecho interregional español ante un Derecho internacional privado europeo común*”, AEDIPr, t. VI, p.161 y ss.

14.- Bastaría con sustituir el actual contenido del artículo 9º.8 del Código civil por otro que estableciera que las sucesiones se regirán por lo establecido en el Reglamento 650/2012, añadiendo que en los casos en los que sea necesario precisar cuál de los ordenamientos que coexisten en España debe ser aplicado a un español, se aplicará aquél que corresponda a su vecindad civil y que, en caso de elección por un español de su ley nacional, ésta solo puede referirse a la de su vecindad civil o a la de una unidad territorial distinta con la hubiera mantenido una vinculación más estrecha.

15.- La ley española debe aplicarse por un “tribunal” español cuando se trate de la sucesión de un español cuya última residencia habitual hubiera estado en España o, mediando un reenvío, en un país no vinculado por el Reglamento y hubiera poseído bienes en España; un “tribunal” de otro Estado vinculado por el Reglamento solo aplicará la ley española a la sucesión de un español cuya última residencia habitual hubiera estado en tal país y que hubiera hecho uso de la posibilidad de elegir su ley nacional como ley aplicable a su sucesión.

normas de conflicto la ley española fuera aplicable a la sucesión de un extranjero, se actuaría conforme a lo establecido en el 36.2. En ambos casos cumpliendo con la totalidad de las normas que integran el capítulo III del Reglamento.

V.2- EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO.

Carlos Jiménez Gallego

Resumen:

El presente trabajo comenta el Certificado sucesorio europeo creado por el Reglamento 650/2012, aplicable desde el 17 de agosto de 2015. En primer lugar, lo relaciona con otros títulos sucesorios ya existentes a efectos de señalar los parecidos y diferencias. Sigue con un repaso de su tramitación desde la solicitud hasta su resolución por la Autoridad que cada Estado debe designar. Y señala sus principales efectos, poniendo de relieve, respecto de éstos, los ambiciosos objetivos del Reglamento y el choque con normas de Derecho interno que el propio Reglamento obliga a respetar. Concluye señalando que el certificado tiene su lugar propio en las sucesiones transnacionales más que en el Derecho interno español.

Indice.

- I.- Introducción.
 - II.- Algunas precisiones previas.
 - III.- El Certificado Sucesorio Europeo en el contexto de títulos sucesorios previamente existentes.
 - IV.- Competencia para expedir el Certificado.
 - V.- Procedimiento y resolución.
 - VI.- Eficacia del Certificado.
- Nota final.

I.- Introducción.

La acreditación de la condición de heredero se regula en la Unión Europea de maneras muy diferentes según el Derecho de cada Estado, tanto en las normas civiles, como procesales como de Derecho internacional privado. Este es el primer problema con que los herederos se han venido encontrando hasta ahora en una sucesión transnacional.

La Comisión europea realizó una consulta pública con diversas cuestiones en materia sucesoria que se recogieron el Libro Verde sobre sucesiones y testamentos de 1 de marzo de 2005. Se pidió opinión, principalmente, sobre la Ley aplicable a la sucesión, sobre criterios de competencia judicial y sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones. Y acababa planteando dos grupos de cuestiones: sobre un certificado europeo de herederos (menciones, contenido y autoridad expedidora) y sobre un eventual registro de testamentos: si hay que prever un sistema de registro en todos los países miembros, si hay que crear un Registro centralizado y cómo habría que facilitar el acceso a la información a herederos y autoridades.

En vista de las respuestas recibidas y los trabajos encargados por la propia Comisión, se redactó una propuesta de Reglamento que lleva fecha 14 de octubre de 2009 y finalmente el Reglamento, que es de fecha 4 de julio de 2012 (Reglamento 650/2012), del Parlamento y del Consejo, publicado por el Diario Oficial de la Unión Europea el 27 de julio de 2012. Su título es Reglamento “relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones, a la aceptación y ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo”. Por desgracia, no ha regulado nada acerca del registro de actos de última voluntad. En nuestra opinión, éste era un paso previo, pues parece conveniente y casi imprescindible que a la hora de declarar quiénes sean los herederos de una persona se pueda obtener información segura de forma ágil acerca de si hay o no testamento. La aplicación –a la sucesión– de la Ley de la residencia habitual no disminuye apenas el problema, pues aparte de que cabe la *professio juris* en relación a la *lex successionis*, el testamento puede haberse otorgado en país distinto al de la última residencia habitual.

Su entrada en vigor se produjo a los veinte días de su publicación, o sea, el 16 de agosto de 2012. No obstante, la aplicación sólo es a partir del 17 de agosto del año 2015, con dos excepciones, que afectan especialmente al certificado sucesorio:

- Desde el 5 de julio de 2012 se aplican los arts. 79, 80 y 81, que se refieren a determinadas obligaciones impuestas a la Comisión Europea para establecer la lista de autoridades y profesionales del Derecho con funciones jurisdiccionales (o delegadas) en el ámbito sucesorio, y para establecer las certificaciones y formularios previstos en el Reglamento.

- Y desde el 16 de enero de 2014 se aplican los artículos 77 y 78, que imponen a los Estados miembros la obligación de enviar a la Comisión información sobre los respectivos Derechos sucesorios, autoridades competentes en materia de sucesiones y determinados procedimientos.

Las normas del Reglamento son, como sabemos, de aplicación directa, sin necesidad de adaptación al Derecho interno de cada Estado. No obstante, el art. 75 dice que prevalecerán sobre el Reglamento los convenios internacionales que hayan suscrito los Estados miembros “en el momento de adopción del presente Reglamento” y se refieran a materias reguladas por él; en particular, el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. Hay una excepción: el Reglamento prevalece, en las materias reguladas por él, sobre los convenios celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros. En lo que se refiere al certificado sucesorio, no conocemos convenios suscritos por España sobre la materia, por lo que el Reglamento se aplicará sin excepciones. Sin perjuicio de que una unificación del Derecho sucesorio ni siquiera se plantea, ya tenemos una figura jurídica nueva unificada, igual en todos los Estados de la unión y que impone una misma eficacia.

Creemos que con buen criterio se ha rechazado la técnica del reconocimiento en los demás países del certificado emitido por un país determinado. Así se ha puesto de relieve por autores españoles y extranjeros (e.g. Carrascosa, Kinga-Bigler). Esta solución es la más adecuada al fin pretendido. El rechazo se basa, por un lado, en que no hay igualdad entre los diferentes Derechos en cuanto a la prueba de la condición de heredero, pues las diferencias entre las Ordenaciones de cada país son muy diferentes, no sólo en las cuestiones procedimentales sino en la profundidad del control jurídico que se realiza a efectos de emitir la declaración; por otro lado, incluso en el caso de documentos con valor parecido en el ámbito interno de sus respectivos países, su reconocimiento fuera del país de expedición es problemático, como sabemos por la práctica y ha sido puesto de relieve por algún autor (Kousola) pues exige una certificación escrita por jurista competente, debidamente legalizada y en su caso traducida, relativa, por lo menos, a si ese documento es el que determina quiénes son los herederos según la Ley del Estado que lo expide y a la eficacia de ese documento en el país de origen; además, la eficacia del mismo en el extranjero está supeditada no sólo a la Ley del país

donde se vaya a usar sino, lo que es de la máxima importancia, al valor que le dé la práctica de los juristas y profesionales en general de este último Estado, que a veces es nula aunque todo sea formal y sustantivamente correcto.

Son problemas que se solucionan con una regulación sustantiva unificada.

No podemos dejar de reconocer que también ha pesado la influencia alemana, que exaltó las ventajas del certificado sucesorio alemán (Erbschein) y se negó a reconocer la aplicación en Alemania de un documento que no tuviera el control jurídico y la fiabilidad de éste.

El Reglamento consta de 84 artículos y está dividido en siete capítulos: el primero se dedica a precisar el ámbito de aplicación y definiciones (arts. 1 a 3), el segundo, a la competencia (arts. 4 a 19), el tercero a la ley aplicable (arts. 20 a 38), el cuarto al reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones (arts. 39 a 58), el quinto, a los documentos públicos y transacciones judiciales (arts. 59 a 61), el sexto, al certificado sucesorio europeo (arts. 62 a 73) y el séptimo contiene una serie de disposiciones generales, finales y transitorias (arts. 74 a 84). De todo ello, ahora vamos a tratar solamente del certificado sucesorio europeo, al que abreviadamente nos referiremos como "CSE".

II.- Algunas precisiones previas.

a) En general:

El Reino Unido, Irlanda y Dinamarca han quedado fuera del Reglamento. Así se dice expresamente en los Considerandos 82 y 83 previos al texto articulado. Respecto del Reino Unido y de Irlanda se dice que pueden notificar su intención de aceptar el presente Reglamento tras su adopción. Respecto de Dinamarca ni siquiera se ha querido contemplar esta posibilidad. Por tanto, un CSE no podrá ser ni expedido ni utilizado en ninguno de estos tres países.

Hay que tener en cuenta que el Reglamento no se aplica a las siguientes materias: estado civil, relaciones familiares (y comparables), capacidad (salvo en dos supuestos en que el Reglamento se refiere a ella: arts. 23 y 26), desaparición, ausencia y presunción de muerte, regímenes económico-matrimoniales (y comparables), obligaciones alimenticias que no sean mortis causa, validez formal de disposiciones mortis causa hechas oralmente, donaciones, pactos de sobrevivencia, planes de pensiones, seguros y transacciones análogas, la naturaleza de los derechos reales y "cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro incluidos los requisitos para la práctica de los asientos y los efectos de la

inscripción". Destacamos la exclusión de los regímenes económicos matrimoniales, lo que va a plantear problemas dada la conexión entre éstos y la sucesión hereditaria: la fijación legal de los derechos forzosos del cónyuge viudo puede venir influida por lo que vaya a adquirir a consecuencia de la liquidación del patrimonio conyugal (no usamos esta última expresión en sentido técnico) y, es más, a veces (por ejemplo en el Derecho alemán) el pago de los derechos por la liquidación del régimen económico matrimonial se realiza mediante atribuciones hereditarias.

El término "sucesión mortis causa" es precisado por el art. 2 de la siguiente manera: cualquier forma de transmisión mortis causa de bienes, derechos y obligaciones "ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición mortis causa o de una sucesión abintestato". Aquí cabe el testamento, el pacto sucesorio y la sucesión intestada. No caben las donaciones entre vivos. La duda se puede plantear en el caso de las donaciones mortis causa.

También es interesante saber que el art. 2 da una definición de documento público y de "tribunal".

Es documento público aquél formalizado o registrado en tal concepto en un Estado miembro y cuya autenticidad "se refiera a la firma y al contenido del documento y haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada a tal efecto por el Estado miembro de origen." Observamos que la exigencia de autenticidad se refiere al contenido del documento. Los Notary Public del Reino Unido o Irlanda no desarrollan esta función. Parece que tampoco los finlandeses ni suecos.

Se da una definición de "tribunal" (art. 3.2) en la que no sólo caben lo que propiamente son jueces, sino todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de sucesiones "que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial , o actúen bajo su control" siempre que "ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas" y que sus resoluciones puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial y tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la materia. Sin perjuicio de esto, el Reglamento permite que también pueda expedir el CSE otra categoría de sujetos que no caben en esta definición, como en seguida veremos.

b) En relación al certificado sucesorio europeo (CSE):

Es el documento que acredita la condición de heredero, la cuota hereditaria, legatario, albacea, administrador de la herencia. Puede acreditar la atribución de bienes concretos a herederos o legatarios. No se descartan otros

contenidos, pues el Reglamento no los prohíbe, si bien el texto tendrá que ajustarse al modelo que apruebe la Comisión.

Sólo puede tramitarse a partir del 17 de agosto de 2015 y a la sucesión de personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o después de esta fecha (art. 83).

Se trata de un certificado que es directamente aplicable en cualquier otro Estado miembro de la UE sin necesidad de ningún reconocimiento y sin ni siquiera apostilla.

No sustituye a los documentos del Derecho de cada país que se utilizan en el respectivo ámbito interno.

Sólo puede expedirse en relación a sucesiones transnacionales, no en casos meramente internos. Esto se dice en el art. 69 (“se expedirá para ser utilizado en otro Estado miembro”) y se reitera en el art. 63. Pero, como veremos, no hay un control estricto de la transnacionalidad del supuesto.

No es obligatoria la utilización del certificado sucesorio europeo. Es decir, si los interesados quieren, podrán seguir utilizando los documentos que regula el Derecho de cada país y utilizar éstos en el extranjero.

Pero si se ha obtenido un certificado sucesorio europeo, puede utilizarse en el país en que se haya expedido y surtirá en él todos sus efectos, de forma que no hará falta en tal caso utilizar los documentos que exija el Derecho interno de ese país. No obstante, también podrán utilizarse éstos, pues el certificado europeo no es excluyente, aunque esto es de suponer que no interesará.

La eficacia del CSE no depende de la Ley interna de cada país.

III.- El CSE en el contexto de títulos sucesorios previamente existentes.

Hay tres tipos de documentos que han podido tener influencia en el diseño del CSE y que sin temor a equivocarnos diremos que han sido tenidos en cuenta: el “Erbschein” alemán, el “certificat d’héritiers” francés y el certificado internacional previsto en el Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973 sobre administración internacional de las sucesiones.

El Erbschein del Derecho alemán es un certificado emitido a resultas de un procedimiento que se tramita ante el Juzgado del último domicilio del difunto. Se inicia a instancia de parte y la tramitación es sencilla: aportación de documentos (testamentos, capitulaciones, renuncia de herederos o legatarios, acuerdos entre coherederos, incluido cesiones de cuotas

hereditarias, etc.) y notificación a los posibles interesados en la sucesión. No son necesarios testigos. La tramitación finaliza con una resolución de la Autoridad judicial que declara quiénes son los herederos y en qué proporción, teniendo en cuenta los acuerdos a que previamente pueden haber llegado los interesados. Se puede obtener tanto en caso de herencia intestada como testada. Hay presunción legal en cuya virtud se presumen herederos los sujetos que aparecen declarados como tales por el Erbschein. Es título directamente inscribible en el Registro de la Propiedad, si bien en cuanto a esto es preciso no olvidar que en el Derecho alemán no hay propiamente "aceptación" de la herencia, sino que la herencia se entiende siempre aceptada mientras no conste la repudiación. No es obligatorio tramitar un Erbschein, pues en caso de que exista testamento —o pacto sucesorio— otorgado en escritura pública, también es admisible un "acta de apertura" tramitada judicialmente, en la que básicamente se acredita que no hay otro testamento o pacto sucesorio, pero que no contiene una declaración de herederos. El acta de apertura de testamento notarial o de escritura de pacto sucesorio es documento directamente inscribible en el Registro de la Propiedad, según el art. 35 de la Grundbuchordnung (Ordenanza del Registro de la Propiedad), que sólo exige un Erbschein si a la vista del acta de apertura aparecen dudas sobre la sucesión. Pero en ningún caso el testamento por sí sólo basta para realizar las operaciones hereditarias.

El procedimiento del Erbschein alemán sigue un orden distinto y en parte inverso al del Derecho español. En éste se determinan en primer lugar los herederos a quienes se defiere la herencia y sólo después de esto se realiza la partición, mediante un acuerdo de los coherederos, aun en el caso de que todas las adjudicaciones sean en proindiviso y estrictamente conforme al título sucesorio. Y la determinación de los herederos sólo necesita un procedimiento en caso de herencia intestada, pues en caso de haber testamento sólo procede atenderse a éste, acreditado con certificación del Registro General de Actos de Última Voluntad que es el único o el último vigente. El procedimiento es más sencillo, y quizá es así porque históricamente el testamento notarial es muy frecuente en España y el testamento ológrafo es muy raro, situación contraria a la de los países europeos en general, en que la mayoría de personas muere intestada y los testamentos que se otorgan son en su mayoría ológrafos. En España se ha considerado siempre que si la voluntad del causante quedó expresada en documento público, no hace falta un procedimiento que en definitiva sólo acabaría reiterando aquélla. Y es que podemos preguntarnos, a la vista de la eficacia de las actas de apertura de testamento del Derecho alemán, qué habría ocurrido en Alemania si otorgar testamento hubiese sido históricamente algo tan habitual como en España...

En Francia, a diferencia de lo que ocurre en España, no es suficiente, ni lo ha sido en el pasado, la acreditación de la existencia de un testamento (o codicilo, contrato, etc.) previa justificación, con certificación del Registro de Actos de Ultima Voluntad, que no hay otro título sucesorio. Sin embargo, el Código de 1804 no contenía ninguna regla sobre la prueba de la cualidad de heredero. Se entendió por doctrina y jurisprudencia que el heredero podía probar su condición por cualquier medio de prueba. La práctica creó diversos documentos con el fin de que sirvieran de prueba: las actas de notoriedad autorizadas por notarios, los certificados de herencia o de propiedad, el encabezamiento de inventario y otros tipos de declaraciones. El uso de un acta de notoriedad implicaba forzar un poco las normas, ya que tal acta estaba concebida para otra finalidad, cual es que un determinado hecho es notorio o conocido en un determinado contexto social, pero el caso es que desde la entrada en vigor de una Ley de 3 de diciembre de 2001 todos los otros documentos han decaído en uso, pues se creó una regulación que hizo de las actas de notoriedad, que podían autorizar tanto notarios como secretarios judiciales, el principal medio de prueba. No es obligatorio tramitarla pero es lo usual en la práctica. Desde una Ley de 20 de diciembre de 2007 la competencia corresponde sólo a los Notarios.

El acta se abre a requerimiento de cualquier sucesor. Se aportan documentos (certificaciones del Registro Civil, testamento/s, contrato/s sucesorio/s, etc), se cita a interesados, se puede recoger la declaración de testigos y se realiza por el Notario una comprobación en el Registro de Actos de Ultima Voluntad. El acta tiene que contener la declaración de los requirentes relativa a que ellos, solos o con las demás personas que ellos mismos deben designar, son los herederos. El notario realiza una declaración relativa a quiénes son los herederos y la cuota de cada uno. La eficacia del acta se basa tanto en la declaración del notario como en las pruebas aportadas y en la responsabilidad en que incurren las personas que declaran ante el notario.

El principal efecto del acta de notoriedad es la presunción de la cualidad de heredero del o de los nombrados, mientras no se pruebe lo contrario. Los herederos nombrados disponen de la posesión legal ("saisine") y del poder dispositivo sobre los bienes. El acta es un título legitimador para el tráfico en beneficio de los terceros de buena fe. En esto es similar al Erbschein. Por otro lado, la designación de heredero realizada en el acta no implica aceptación de la herencia. Simplemente se produce la vocación y corresponde al heredero decidir libremente si acepta o repudia la herencia, actos éstos que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho alemán y al igual que ocurre en el Derecho español, son posteriores al acta. Por ello, el acta no es título directamente inscribible en el Registro de la Propiedad. El título

inscribible es la escritura de partición o adjudicación otorgada por los herederos.

El certificado regulado por el **Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973** es un certificado emitido por el Estado de la residencia habitual del causante, por una autoridad judicial o administrativa que cada Estado determinará, cuyo contenido debe ajustarse a un modelo standard fijado por el propio Convenio. La tramitación apenas se reguló, pues el Convenio se limitaba a exigir medidas de publicidad adecuadas para informar a los interesados y las indagaciones que fueran necesarias. El certificado se reconoce en todos los Estados contratantes sin ningún trámite, ni siquiera legalización o formalidad similar. El certificado es un título legitimador, pues presume la buena fe respecto de cualquiera que efectúe pagos o realice entregas de bienes al administrador o adquiriese bienes de éste.

Este Convenio ha sido de todas formas un fracaso porque muy pocos países lo han ratificado; en Europa, sólo Portugal y la antigua Checoslovaquia. Una causa del fracaso ha sido el haberse limitado al cargo administrador y no ser un certificado de herederos. En los sistemas continentales, no anglosajones, la figura del administrador tiene poca importancia, si es que la hay, y este certificado está diseñado, en palabras de un tratadista italiano (Padovini) desde la óptica anglosajona: entre el difunto y los herederos se interpone un administrador que liquida el caudal y después entrega el remanente a los herederos.

Como se ve, tres modelos muy diferentes, pero en todos late la preocupación por crear un título legitimador basado en un previo control jurídico que pueda circular libremente en un determinado ámbito (internacional en el caso del Convenio de La Haya).

En España la prueba de la condición de heredero es muy sencilla si hay testamento notarial. No hay más que demostrar con el certificado del Registro de Actos de Ultima Voluntad que dicho testamento es el único o el último. A partir de aquí, son los herederos los que han de decidir por unanimidad (o en su defecto deberá obtenerse una sentencia) sobre la adjudicación del caudal. Si el testamento es ológrafo, hay que tramitar el procedimiento de adverbación de los arts. 689 y ss CC, que es similar al procedimiento del "acta de apertura" del Derecho alemán.

Una declaración de herederos sólo se exige cuando la herencia es intestada. La competencia es de los notarios cuando se trata de declarar herederos a descendientes, ascendientes o cónyuge y corresponde a los Juzgados de Primera Instancia cuando se trate de declarar herederos a otras personas. Esto podría cambiar en el futuro, pero hoy por hoy es así. La tramitación notarial se hizo por la vía de forzar las normas del RN sobre actas de notoriedad. Las actas de notoriedad siempre habían estado un

poco en la frontera de la actividad notarial. Lo que las mantenía “dentro” era, en palabras del art. 209 RN, tener “por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos”, pues ello es una apreciación fáctica que puede hacerse con bastante objetividad, pero el “salto” venía por lo dispuesto en la regla 4^a: “cuando además de comprobar la notoriedad se pretenda el reconocimiento de derechos o la legitimación de situaciones personales y patrimoniales, se pedirá así en el requerimiento inicial y el Notario emitirá juicio sobre los mismos, declarándolos formalmente, si resultan evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso”. Esto se utilizaba por ejemplo, para la determinación de sustitutos vulgares o fideicomisarios cuando en el testamento sólo habían sido designados genéricamente. La reforma introducida por el R.D. 1368/1992 de 13 de noviembre, que creó el art. 209-bis, dio un paso adelante y dispuso que el notario “declarará qué parientes del causante son los herederos abintestato”, dándose a tal declaración los mismos efectos que la declaración hasta entonces realizada por los Jueces en los correspondientes expedientes de jurisdicción voluntaria. Esto último añadido a esa declaración, como se aprecia, no es lo mismo que un juicio de notoriedad. Es mucho más. Se traspasó el límite de la natural función notarial para encargar a los notarios una actividad que hasta entonces realizaban los jueces. No se entienda esto como una crítica. En realidad, la práctica ha demostrado que esto ha sido un éxito. Pero esto es otra cuestión.

Realizamos una comparación entre la actual tramitación notarial y la tramitación del CSE en los apartados siguientes. Lo que importa decir aquí es que el acta de declaración de herederos, ya sea judicial o notarial, se limita a declarar quiénes son los herederos y en qué proporción; pero son los herederos quienes después tienen que realizar la partición, al igual que ocurre en la herencia testada.

IV.- Competencia para expedir el CSE.

I.- En primer lugar hay que determinar la competencia territorial de uno de los Estados miembros.

El art. 64 dispone que la autoridad que lo expida debe pertenecer a un Estado que sea competente. La competencia de cada Estado se determina por los arts. 4, 7, 10 y 11 del propio Reglamento. Estos artículos remiten a foros distintos sin que por desgracia el Reglamento haya establecido una jerarquía.

Es competente el Estado de la residencia habitual del causante al tiempo del fallecimiento (art. 4).

También es competente el Estado cuya Ley haya sido elegida por el causante (art. 7), que sólo puede ser la de su nacionalidad, ya sea al tiempo de la *professio* ya al tiempo del fallecimiento.

El Estado en que se encuentren los bienes de la herencia es también competente, según el art. 10.1, si el causante tenía nacionalidad de dicho Estado al fallecer o hubiera tenido en él la residencia habitual hasta no más de 5 años antes de la muerte. La competencia se extiende a todos los bienes de la herencia, aunque sólo una parte de ellos se encuentren situados en dicho Estado. También es competente (art. 10.2) el Estado en que se encuentren bienes de la herencia si ningún tribunal de ningún Estado miembro es competente según el art. 10.1, pero en este caso la competencia se limita a dichos bienes, no al conjunto de la sucesión. El “título” de este artículo 10 ayuda algo a la interpretación de éste ya que se dice “competencia subsidiaria”.

El art. 11 da también la competencia “si hay vinculación suficiente con el Estado” cuando ningún tribunal de otro Estado miembro sea competente ni pueda iniciarse procedimiento en un tercer Estado (*forum necessitatis*).

¿Hay competencia única o competencia alternativa? ¿Cualquiera de los Estados designados por estos artículos son competentes o la competencia de uno excluye a todos los demás? La cuestión se resuelve en parte porque los artículos 10 y 11 son de aplicación subsidiaria; también porque en caso de elección de la Ley nacional, la práctica tenderá, creemos, a que el Certificado se expida en este Estado, ya que para las autoridades del Estado de la residencia habitual, si no coincidió con la nacionalidad, implica la aplicación de un Derecho sustantivo extranjero, algo que siempre resulta más complicado.

Nos abstenemos de tratar aquí este problema porque se trata en otra ponencia de esta misma Jornada. Sólo dejamos apuntado que incluso en el caso de que se estime que la competencia es única, no es imposible “de hecho” que más de un Estado pueda ser competente. Un e-Registro europeo de Certificados sería una buena idea.

En todo caso, las reglas de competencia que fija el art. 22 LOPJ (“cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España”) no deben ser ya de aplicación.

II.- En segundo lugar, una vez apreciada la competencia de un Estado miembro, hay que precisar la competencia funcional: qué tipo de autoridad u órgano de ese Estado es competente.

El art. 64 dispone que el certificado sólo lo podrá expedir un “tribunal” en el sentido amplio que le da el propio Reglamento en el art. 3.2, antes

reseñado, o también “otra autoridad que, en virtud del Derecho nacional, sea competente para sustanciar sucesiones mortis causa”. Estas palabras no son demasiado claras, pero creemos que deben entenderse en el sentido amplio de tener competencia en algún aspecto de la sucesión. En este sentido, caben sin duda los notarios.

La evolución durante la fase de elaboración del Reglamento ha ido hacia la competencia de los notarios (en palabras de J. Carráscoa). La propuesta de Reglamento de 2009 no permitía esto, pues se refería sólo a “autoridades jurisdiccionales”. El procedimiento de elaboración fue largo (duró varios años) y con disensiones continuas, como ha explicado Álvarez Torné.

En cualquier caso, el Reglamento no designa una determinada categoría de sujetos, sino que deja esta cuestión a cada Estado miembro. El Considerando 70 dice “Deba corresponder a cada Estado miembro determinar en su legislación interna qué autoridades serán competentes para expedir el certificado, ya sean tribunales tal como se definen a efectos del presente Reglamento ya sean otras autoridades con competencias en asuntos sucesorios como, por ejemplo, los notarios.”

Es posible que el Gobierno español encargue esta tarea a los Notarios.

Los notarios quedarán siempre sujetos a las reglas de competencia que hemos referido en el apartado anterior. Es decir, sólo tienen competencia si la tiene el Estado al que pertenecen. El art. 64 no permite, a nuestro juicio, otra interpretación, ya que en este punto no distingue.

III.- En tercer lugar, hay que determinar qué autoridad en particular tiene la competencia.

Sobre esto no hay norma en el Reglamento, por lo que habrá que estar al Derecho interno de cada Estado.

Si la competencia se atribuye a los Notarios, habrá que estar a lo que hay regulado para ellos. La normativa es el art. 979 de la antigua LEC, que sigue vigente a estos efectos hasta que algún día entre en vigor una Ley de jurisdicción voluntaria (disposición derogatoria única de la LEC) y el art. 209-bis del Reglamento Notarial (RN): es competente el Notario competente para actuar en el lugar del último domicilio en España del difunto. Si el difunto nunca hubiera tenido domicilio en España, el del lugar del fallecimiento, y si hubiese fallecido fuera de España, el lugar donde estuviere una parte considerable de los bienes o de las cuentas bancarias. Si en cualquiera de estos lugares hubiera más de un Notario competente, los interesados podrán elegir libremente Notario.

La posible actuación por más de un Notario se consigue evitar porque

el RN dispone que el requerimiento realizado a un Notario excluye la competencia de los demás y porque el párrafo 3 del art. 209-bis establece un procedimiento de comunicación obligatoria por todos los Notarios que sean requeridos, dirigido al Colegio Notarial y al Registro General de Actos de Última Voluntad, que tiene como efecto que el Notario que comunica en segundo o ulterior lugar el inicio de una tramitación es inmediatamente notificado del primer requerimiento y tiene el deber de suspender la tramitación.

V.- Procedimiento y resolución.

I. Solicitud (art. 65).

1.1 Quién puede solicitar el certificado.

El certificado sólo puede ser solicitado por los herederos, legatarios que tengan derechos directos en la herencia y ejecutores testamentarios o administradores de la herencia que necesiten invocar o ejercer sus facultades en otro Estado miembro.

La exigencia de ostentar “derechos directos en la herencia” impide que puedan solicitar el CSE personas como beneficiarios de modos o sublegatarios, que tienen un interés secundario, que no parece adecuado ejerzan sin contar con los beneficiarios directos de la sucesión.

Nos parece desafortunada la exigencia de necesitar el certificado en otro Estado miembro, porque esto limita la eficacia del Reglamento, pero el principio de subsidiariedad que opera en el ámbito de la UE ha obligado a ello. Por tanto, el CSE no se podrá tramitar si sólo se va a usar en el Estado emisor o en un Estado no miembro de la Unión. Es cierto que la invocación de otro Estado miembro es sólo una manifestación de quien lo solicita, pero al menos tendrá que realizar una declaración responsable.

El RN español, en cuanto a las actas de declaración de herederos intestados (art. 209bis, regla 2ª) dice que está legitimada para formular el requerimiento “cualquier persona con interés legítimo”. El art. 209, que regula las actas de notoriedad en general y es la norma supletoria del art. 209bis, utiliza la expresión “persona que demuestre interés en el hecho cuya notoriedad se pretenda establecer”. Las palabras del RN son más amplias que las del Reglamento europeo pero en la práctica llevan a un resultado parecido, pues los requerimientos siempre los formulará en todos los casos algún sucesor directo.

Puede solicitar un CSE cualquier interesado, no todos o la mayoría. En esto, no hay diferencia entre el Reglamento europeo y el Reglamento notarial español. No obstante, la práctica notarial española recomienda que

el requerimiento se realice por el mayor número posible de eventuales herederos.

1.2 El contenido de la solicitud.

El contenido de la solicitud se regula de forma detallada en el art. 65.3.

Resumiendo, podemos decir que hay que identificar al causante y posibles beneficiarios, los extremos en que el solicitante funda su derecho, aportar si los hubo, o al menos indicar dónde están, testamentos y/o capitulaciones matrimoniales, indicar si algún beneficiario ha aceptado ya o renunciado la herencia, declaración de la inexistencia de litigios, y cualquier otra información que se considere útil. En especial, hay que hacer constar “El fin para el cual se solicita el certificado de conformidad con el art. 63”; el solicitante tiene manifestar uno o varios de los siguientes fines (o todos): demostrar la cualidad “y/o los derechos” de cada heredero o legatario y sus respectivas cuotas, la atribución de uno o varios bienes concretos, o las facultades para ejecutar el testamento o administrar la herencia.

Se planteará un problema en el caso de testamentos ológrafos otorgados por españoles (y quizá por nacionales de otros países), ya que el Derecho español exige un procedimiento judicial de adveración que debe realizarse antes de cinco años tras el fallecimiento, sin lo cual el testamento no será válido. No puede entenderse que el Reglamento europeo ha derogado requisitos de Derecho interno para la validez de los testamentos, pero ¿puede entenderse que el procedimiento de tramitación del CSE hace innecesario el procedimiento de adveración judicial previsto en el Código Civil español? Nos abstenemos de adentrarnos en esta cuestión ya que lo relacionado con la Ley aplicable es objeto de otra ponencia de esta Jornada.

El RN español pide menos que el Reglamento europeo: aseverar la certeza de los hechos en que se deba fundar el acta, acreditar el fallecimiento, exhibir la certificación del RGAUV y en su caso el documento auténtico del que resulte que procede abrir la sucesión intestada, y demostrar el parentesco de los presuntos sucesores. No olvidemos que el procedimiento del RN es sólo para las sucesiones intestadas, pero que el certificado europeo parte de que acreditar la existencia de un testamento con el certificado del RGAUV no es suficiente, sino que hay que realizar siempre más comprobaciones (así ocurre, por ejemplo, en Alemania). De todas formas, la diferencia más llamativa está en que el Reglamento europeo pide (creo que con buen criterio) aportar capitulaciones matrimoniales y la declaración de inexistencia de litigios.

2. Actuación de la autoridad emisora (art. 66).

La autoridad emisora verificará toda la información, declaraciones y documentos presentados por el solicitante.

Respecto de otras actuaciones que pueda o deba realizar la autoridad emisora, el Reglamento ya no es tan claro. El art. 66.1 dice "Realizará de oficio las averiguaciones necesarias para efectuar esta verificación, cuando así lo disponga o autorice su propia legislación, o instará al solicitante a presentar cualesquiera otras pruebas que considere necesarias." El Reglamento ha preferido no inmiscuirse en la regulación de procedimiento de cada Estado miembro. El RN español permite que el Notario practique todas las pruebas que estime oportunas (art. 209.4.5^a); incluso la regla segunda del art. 209 dice, para que no haya duda, "sean o no propuestas por el requirente".

La autoridad emisora podrá solicitar información a autoridades competentes de otros Estados miembros, en particular a Registros de la propiedad inmobiliaria, Registros civiles, Registros de últimas voluntades o de otros hechos relevantes para la sucesión o para el régimen económico matrimonial del causante. Todos estos están obligados a facilitar dicha información en los mismos casos en que estén autorizadas por su Derecho interno a facilitarla a autoridades de su propio país. Esta solicitud de información "podrá" ser realizada por la autoridad emisora. Parece que esta palabra se utiliza para respetar la normativa del Estado de la autoridad emisora, pero no pretende "relajar" la actividad de ésta, pues el principio inspirador del Reglamento es que la autoridad emisora no se atenga meramente a lo aportado por el solicitante.

La autoridad emisora está obligada a tomar las medidas necesarias para informar a los beneficiarios de la solicitud de certificado. Esto no aparecía en la propuesta de Reglamento. En la práctica notarial, convendrá que sean requirentes todos los beneficiarios. En otro caso, parece que habrá que enviarles una cédula de notificación a los domicilios que indique el requirente, o bien publicar edictos en algún medio oficial o privado.

El Reglamento europeo concluye que, de ser necesario para acreditar lo que deba certificarse, oír a cualquier persona interesada y "publicará anuncios para que otros posibles beneficiarios tengan la oportunidad de alegar sus derechos". Esto es básicamente lo mismo que ya dice el RN español.

Es decir, en cuanto a la actuación de la autoridad emisora no hay diferencias dignas de mención entre el Reglamento europeo y el RN español, a salvo la insistencia del primero en notificar la solicitud a todos los interesados.

El Reglamento no exige recoger la declaración de testigos, a diferencia de lo que ocurre en las declaraciones de herederos españolas, tanto judiciales como notariales.

3. Resolución del procedimiento (arts. 67 y 68).

El Reglamento no ha creado un modelo de CSE, a diferencia de lo que realizó, por ejemplo, el Reglamento 805/2004 del Parlamento y del Consejo de 21 de abril de 2004, que reguló el título ejecutivo europeo y fijó un texto al que hay que atenerse estrictamente. El art. 80 del Reglamento 650/2012 dispone que la Comisión adoptará actos de ejecución para establecer y modificar posteriormente este certificado.

A día de hoy, este modelo todavía no existe, aunque el contenido se regula de forma prolija en el art. 68, ajustándose aproximadamente a los extremos que deben constar en la solicitud. Tras la identificación de la autoridad emisora, del solicitante, causante y beneficiarios hay que hacer constar:

- Información relativa a capitulaciones matrimoniales (o contrato análogo) e información relativa al régimen económico matrimonial (o equivalente).

- Ley aplicable a la sucesión y extremos que lo fundamenten.

- Si la herencia es testada o intestada, así como información sobre los extremos de que derivan los derechos de los herederos, legatarios, ejecutores o administradores. Esta información se hace necesaria porque no hay unificación de los Derechos sucesorios de los Estados, por lo que se pide que la autoridad que expida este CSE dé una explicación para que el CSE resulte comprensible en el Estado en que se vaya a ejecutar.

- Si procede, información sobre la aceptación o renuncia de cada beneficiario.

- Las facultades del executor o administrador, si lo hay, y sus limitaciones. Esto se regula por el Derecho que rige la sucesión. El Reglamento no contiene regulación material.

- La parte alicuota de cada heredero. Cuando proceda, los bienes y derechos que corresponden a cada heredero y/o legatario y las limitaciones de los derechos de los herederos o legatarios. Estas menciones merecen algún comentario.

La determinación de quién sea heredero o legatario y la parte de cada uno se realiza conforme al Derecho que rige la sucesión. El art. 2 dice "el presente Reglamento no afectará a las competencias de las autoridades de los Estados miembros en materia de sucesiones".

Se plantea un problema en los casos en que las reglas de liquidación del régimen económico matrimonial otorguen al cónyuge superviviente derechos hereditarios, como ocurre por ejemplo en Alemania, ya que la participación en las ganancias se abona con una cuarta parte de la herencia, de la que se

priva por tanto, a los herederos. Obsérvese que no nos estamos refiriendo a derechos que según el Derecho sucesorio correspondan al cónyuge viudo, sino a derechos derivados directamente del régimen económico matrimonial, que según el art. 1.1 del Reglamento quedan excluidos del ámbito de aplicación del propio Reglamento. Pero no pueden quedar excluidos de la herencia si así resulta de la Ley que rige el régimen económico matrimonial. Se plantea una cuestión de aplicación de Derecho extranjero cuanto el CSE se tramite por una autoridad del lugar de última residencia habitual de un causante que tuviera nacionalidad distinta de la correspondiente al Estado de dicha residencia. No reputamos correcto que se aplique sólo la Ley sucesoria, ni aun dejando a salvo los posibles derechos derivados del régimen económico del matrimonio.

Respecto de los derechos propiamente sucesorios que correspondan al cónyuge viudo, hay que tener en cuenta que el emisor del certificado está obligado a aplicar las normas de conflicto del Reglamento europeo y no puede aplicar ya las normas de conflicto de Derecho español; por ejemplo, no puede aplicar la norma del art. 9.8 CC referida a los derechos que por ministerio de la Ley correspondan al cónyuge supérstite, que ordena aplicar la ley que regula los efectos del matrimonio. Y esto es así tanto a efectos de emitir un CSE como en general en cualquier herencia.

Esta declaración, como se ve, es más que un juicio de notoriedad y más que una declaración formal de herederos por aplicación directa de normas legales, que es la declaración prevista en el art. 209-bis RN, ya que implica realizarla teniendo presentes muchos otros elementos de juicio, que habrá que valorar adecuadamente.

Por otro lado, si el CSE lo llegan a expedir los Notarios se plantea una discordancia curiosa entre el ámbito de actuación interno y el internacional, ya que en el primero no tienen competencia para declarar herederos intestados a parientes colaterales mientras que en el CSE lo van a poder realizar.

Una vez expedido el certificado, la autoridad emisora adoptará las medidas necesarias para informar a los beneficiarios de la expedición del mismo. No hay una norma parecida en la normativa notarial española.

4. Copias.

Se regulan en el art. 70. El Reglamento acoge el sistema del notariado latino: la autoridad emisora conserva el original del certificado y entregará una o varias copias al solicitante y a cualquier persona que demuestre un interés legítimo. Tiene que conservar una lista de las personas a quienes se entregaron copias auténticas. Esto es para el caso de rectificaciones o suspensión de efectos, pues en tales casos es obligatorio hacérselo saber.

Llama la atención que las copias tienen fecha de caducidad: 6 meses; en casos excepcionales justificados (no se dicen cuáles) la autoridad emisora podrá decidir ampliar el plazo (no se dice cuánto). Es necesario hacer constar en cada copia la fecha de expiración de sus efectos. Pasado el plazo, el poseedor de la copia tiene que pedir una prórroga de la validez o bien una nueva copia.

5. Recursos.

Se regulan en el art. 72, que a fecha de hoy no merece mayor comentario. Puede recurrir la resolución de la autoridad expedidora toda persona que tenga derecho a solicitar el certificado. En caso de recursos contra la resolución por la que se rectifique, modifique o anule un certificado ya expedido o se suspenda su eficacia, está legitimada cualquier persona que demuestre tener un interés legítimo.

El recurso tiene que plantearse ante un órgano judicial del Estado de la autoridad emisora. La competencia es única y excluyente.

Entendemos que la no presentación de recursos dentro del plazo que corresponda no cambia la naturaleza (eficacia) del certificado. Es decir, no convierte la declaración de herederos realizada en una verdad impuesta sin posibilidad de ser atacada.

VI.- Eficacia del certificado.

Los efectos del certificado se regulan en el importante art. 69.

En primer lugar, tiene eficacia en todos los Estados miembros, sin ningún otro requisito y "sin necesidad de ningún procedimiento especial". La norma dice "sus efectos": ¿quiere decir que surte los mismos efectos en cualquier país? Hay que entenderlo así, pero no surte efectos en materias que no son objeto del Reglamento, como la inscripción registral, sin perjuicio de que la Ley de un determinado estado pueda dárselos, como ocurre en Alemania con el Erbschein.

En segundo lugar, goza de presunción de veracidad: se presume que la persona declarada heredero, legatario, executor o administrador lo es realmente. Se trata de una presunción que puede destruirse impugnando el certificado ante la Autoridad judicial correspondiente (No nos estamos refiriendo ahora a los recursos previstos en el propio Reglamento). Esto está implícito en el término "presunción", aunque no se ha dicho expresamente; pero nos parece que el contexto de las normas que se dan en el propio Reglamento lo deja suficientemente claro.

En tercer lugar, es un título legitimador para pagos, recepción de bienes y actos dispositivos: quien efectúe pagos o entregue bienes a persona que

aparece en el certificado ha actuado correctamente, salvo que tenga conocimiento de que el certificado es incorrecto o no tenga conocimiento de ello por negligencia grave. Es decir, se recoge un criterio ético de la buena fe, pero limitado ya que sólo se dice "negligencia grave". La misma regla rige para el que adquiera de alguien que según el certificado tenga facultades dispositivas. Esto no quiere decir que la adquisición por tal persona sea válida sin más. Esto es cuestión que se resolverá conforme al Derecho de cada país.

Hasta aquí, podemos decir que la eficacia es aproximadamente la misma que la de las actas de notoriedad reguladas por la legislación española de jurisdicción voluntaria y notarial. Quizá el sentido "ético" y no meramente psicológico de la buena fe sea discutido por algunos, aunque no vamos a entrar ahora en esa polémica.

Pero el Reglamento va más allá, seguramente influido por legislaciones como la alemana, y dispone que el certificado es título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro correspondiente de un Estado miembro "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, letras k) y l)", que excluye la aplicación del Reglamento a "cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro incluidos los requisitos para la práctica de los asientos y los efectos de la inscripción."

La propuesta de Reglamento era más radical. Su art. 42.5 decía que "el certificado es título válido para la transcripción o la inscripción de la adquisición hereditaria en los Registros públicos del Estado miembro de situación de los bienes. La transcripción tendrá lugar según las modalidades establecidas por la ley del Estado miembro bajo cuya autoridad se lleva el Registro y produce los efectos previstos por ésta."

Afortunadamente la versión definitiva del Reglamento no ha querido regular una materia que es tan dispar en los Derechos de los Estados miembros. En lo que a España se refiere, el certificado no será sin más título inscribible en el Registro de la Propiedad u otros Registros. Es una cuestión de Derecho inmobiliario registral, no de Derecho sucesorio. La opinión de algunos Registradores se ha expresado en este sentido en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Díaz-Fraile, Gimeno Gómez-Lafuente). En nuestra opinión, la inscripción exige, salvo en el caso de heredero único, la previa aceptación de la herencia en escritura y el correspondiente acuerdo particional otorgado también ante Notario. Si tales acuerdos se han otorgado antes del CSE, habrá que acreditarlo a efectos de la inscripción en el Registro español y cumplir el requisito de otorgarse escritura pública, aunque el Erbschein haya declarado el "resultado final".

El CSE no es, por supuesto, un título ejecutivo ni una resolución judicial.

Nota final.

En el Derecho interno español no hace falta un certificado como el creado por el Reglamento europeo. La acreditación de la condición de heredero tiene lugar de manera más sencilla. La práctica no va a ir por la vía de tramitar un procedimiento que va a añadir muy poco, especialmente en el caso de sucesión regida por testamento notarial. Por ello, suponemos que el certificado europeo no desplazará las normas de Derecho interno y sólo se utilizará en sucesiones transnacionales.

No vemos razón para modificar la regulación de las actas de declaración de herederos intestados del Derecho español. Podría pensarse que sería bueno declarar, previa la actividad probatoria correspondiente, los derechos sucesorios del cónyuge viudo teniendo en cuenta del régimen económico matrimonial. Algo así ocurre en el Derecho de Cataluña, pero esta solución la encontramos problemática para el notario, porque se le obliga a realizar una declaración que quizá no cuente con el consentimiento de todos los presuntos herederos y que además es innecesaria, porque esta cuestión se decide al tiempo de otorgamiento de la escritura de partición. Dado que la escritura de partición es necesaria y a ella deben concurrir todos los herederos, creemos que éste debe ser el momento en que tal cuestión quede fijada. Y quedará fijada con mucha mayor eficacia, ya que a ella darán su consentimiento todos los interesados.

Pero la valoración del CSE sólo puede ser buena. Es necesario un documento cuya corrección y eficacia no sean puestas en duda en la vida extrajudicial y este objetivo puede considerarse conseguido, aunque sea a costa de sacrificar principios como la Ley nacional del causante como Ley reguladora de la sucesión. Y es especialmente bueno que se haya optado por la creación de una figura de Derecho material y se haya descartado la técnica del reconocimiento, que nunca hubiera solucionado las dificultades en la práctica.

Bibliografía

Alvarez Torné, María, "La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales", Marcial Pons, 2013.

Alvarez Torné, María, "El tratamiento de los sistemas legislativos no unificados en los textos internacionales y de la UE: el caso del Reglamento en materia sucesoria", en "vlex.com", enero 2012.

Carrascosa González, Javier, “El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico”, ed. Comares, 2014.

Díaz Fraile, Juan María, “El Reglamento Sucesorio europeo: el principio de adaptación de los derechos reales y los límites impuestos por la *lex rei sitae*. Especial referencia al certificado sucesorio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)* n° 741 (enero-febrero 2014).

Padovini, Fabio, “Il certificato successorio europeo” en Franzina, Pietro y Leandro, Antonio (coords) “*Il Diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*”, Giuffrè ed., 2013.

Gimeno Gómez-Lafuente, Juan Luis, “El certificado sucesorio europeo”, *RCDI* n° 741.

Jiménez Gallego, Carlos, “Presentación del nuevo Reglamento Sucesorio europeo (en especial, del certificado sucesorio)” en *Libro de los seminarios 2012-2013*, Colegio Notarial de las Islas Baleares.

Kousula, Aikaterini, “*Europäischer Erbschein*”, Nomos, 2008.

Weiss, Kinga y Bigler, Manuel, “EU succession regulation”, en “*vlex.com*”, febrero 2013.

VI.- MESA REDONDA SOBRE “EL CONTROL DE LOS FONDOS PÚBLICOS, ¿ASIGNATURA PENDIENTE?”.

Con tan interesante título se celebró el 15 de Diciembre de 2014 una mesa redonda, avalada por la categoría de los ponentes de la misma: Pedro Antonio Mas Cladera, a la sazón Sindic Major de la Sindicatura de Comptes de las Illes Balears, y Juan Ramallo Massanet, quien ha sido Miembro del Tribunal de Cuentas Europeo, así como Catedrático de Derecho financiero y tributario.

Ambos ponentes partieron de la distinción elemental entre control interno y control externo, según se realice en el propio seno del órgano administrativo objeto del control o fuera del mismo, analizando extensamente cada uno de ellos.

En la exposición del ponente Pedro Antonio Mas Cladera se hace referencia detallada al control externo, y en especial al que realizan los órganos de control externo autonómicos, de los cuales indicó que en España había doce, con nombres muy diversos (Sindicatura, Consejo, Cámara, Audiencia...). Se exponen en la ponencia que se inserta a continuación la manera de actuar de estos órganos así como las críticas que han recibido, no dejando de indicar una serie de medidas para salir al paso de las mismas, como serían el fortalecimiento del control financiero tanto previo como posterior, la simplificación de la gestión

económico-financiera –pues en ocasiones es la propia opacidad del sistema la que propicia conductas inadecuadas–, reforzar la independencia y objetividad de los órganos de control externo, así como agilizar su actuación, acercándola al momento en que se ha producido la gestión, aparte de la aprobación, de una vez por todas, de una ley de financiación de los partidos políticos.

En la exposición del ponente Juan Ramallo Massanet se parte de las dificultades que existen , en el seno de la Unión Europea, para realizar las actividades de control, dado que hasta el 85% de los gastos suponen transferencias a otras entidades públicas (Estados, Comunidades Autónomas, Estados Federados, Ayuntamientos...), destinados a financiar medidas políticas que se integran en el conjunto de la acción pública desarrollada en los distintos niveles políticos y administrativos europeos, con la consecuencia de que son otros órganos –y no los de la Unión Europea– los que realizan la gestión del gasto. Con lo que se produce la anomalía de que se examina la actuación de la Comisión Europea, cuando la gestión del gasto se ha realizado en el seno de los Estados miembros, aun cuando hay unas actividades de control conjunto. Se establece, además, de manera detallada, en la ponencia el funcionamiento del Tribunal de Cuentas Europeo, tanto al actuar en pleno o a través de las cuatro cámaras que lo componen.

VI.1- EL CONTROL DE LOS FONDOS PÚBLICOS: GENERALIDADES Y ESPECIAL REFERENCIA AL CONTROL EXTERNO AUTONÓMICO.

Pedro Antonio Mas Cladera

1.- Introducción.

Durante estos últimos años, debido a los numerosos casos de corrupción que han ido apareciendo en los medios de comunicación y también a causa de una mayor sensibilización de la población derivada de la crisis que venimos sufriendo, se ha puesto en cuestión en múltiples foros el sistema de control de los fondos públicos, al que se culpa de no haber servido para atajar aquellos casos. La principal carencia que se suele poner de manifiesto es la necesidad de arbitrar algún método para impedir que se produzcan hechos de este tipo, anticipándose a los mismos, puesto que las actuaciones a posteriori (sean sancionadoras, sean reparadoras) suelen llegar tarde y mal, en la mayoría de ocasiones (...si llegan).

Por ello, para determinar si el control de los fondos públicos es o no una asignatura pendiente, (es decir, para ver si se trata de un asunto en el que existen carencias y se puede mejorar de forma suficiente), convendrá empezar explicando cuál es el sistema de control actualmente establecido en los diversos niveles administrativos e, incluso, en el ámbito europeo. Ese análisis o exposición, nos permitirá deducir si se trata de una asignatura pendiente de aprobar o no (o si ya está aprobada, a nivel normativo y lo único que hace falta es que se aplique adecuadamente).

Lo primero que hay que decir es que el modo en que se controla la utilización de los fondos públicos puede no ser exactamente igual en todas

las administraciones, pues existen peculiaridades fruto de las distintas normativas, si bien, siempre hallaremos elementos comunes, puesto que el punto de partida es el mismo en todos los casos. En esencia, en esta materia, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y la Administración Local no presentan grandes diferencias, aunque nos encontremos con normas propias de cada ámbito que podrían dar lugar a una diversidad de sistemas (así, además de la Ley General Presupuestaria, cada Comunidad Autónoma cuenta con su propia Ley de Finanzas o Hacienda, y, en el ámbito local, rige el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales).

Otra cuestión importante a tener en cuenta es el hecho de que no es lo mismo el control de los fondos a cargo de una Administración directa o de cualquier otro ente sujeto a las formalidades del derecho administrativo —sector público administrativo, en terminología de la Ley General Presupuestaria—, que el caso de la utilización de fondos públicos por parte de otro tipo de entidades integrantes del llamado sector público empresarial. En el primer supuesto, la rigidez y la propia esencia del derecho administrativo (que otorga mayores armas a la Administración, pero, a la vez, la somete a unos procedimientos y modos de actuar muy pautados y en cierta forma no flexibles) hacen que todo lo atinente a los fondos públicos se vea sometido a unos controles que, en muchas ocasiones, serán previos, y, por ello, mucho más efectivos; mientras que en el caso de las empresas públicas en forma societaria, entidades públicas empresariales, consorcios, etc. (que encuentran su razón de ser en la necesidad de una gestión rápida y menos pautada, sin estar sometidas a procedimientos tan rígidos) la existencia de esos controles se ha venido relativizando un poco, con objeto de mejorar la eficiencia, precisamente, para no interferir en una acción más cercana al derecho privado que al público.

Hay que recordar, por otro lado, que, en términos generales es el poder judicial el que tiene encomendada la labor de controlar *“la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”* (artículo 106 CE), por lo que, en materia de manejo, custodia, administración o gestión de fondos públicos también son los tribunales de justicia quienes tienen la última palabra, ya sea en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa (para comprobar la adecuación a la normativa aplicable de los actos y actuaciones relativas a ese campo que se sometan a su conocimiento), ya sea en el de la penal (para determinar si el comportamiento de gestores y responsables públicos encaja en alguno de los tipos delictivos que se refieren a este tema), o en el ámbito de las jurisdicciones civil o social (por razón de la materia). En definitiva, pues, el control de los fondos públicos viene garantizado por la separación de

poderes propia de todo Estado de Derecho, con las ventajas y carencias que ello significa. Mencionar aquí, que la intervención del derecho penal en esta materia debería quedar reservada a aquellos supuestos más graves y que afecten a bienes jurídicos protegidos por normas de aquella naturaleza, en virtud del principio de intervención mínima del derecho penal, sin que sea posible encomendar todo el sistema de control de los fondos públicos a la actuación de la Fiscalía Anticorrupción o a los juzgados y tribunales del orden penal.

2.- Clases de control.

Entrando ya en el tema, y en términos generales, respecto de la gestión económico financiera del sector público, según la situación del sujeto que tienen atribuida la función de control, éste puede ser interno, si se lleva a cabo por órganos que se integran en la propia organización del ente controlado; o externo, cuando se ejerce por órganos o entidades ajenas a éste.

El control interno de la actuación económico financiera de los entes públicos está atribuido a los correspondientes órganos interventores (estatales, autonómicos o locales) y se ha de llevar a cabo, según la Ley General Presupuestaria –que, a estos efectos, nos sirve de ejemplo, aunque en cada caso haya particularidades– mediante el ejercicio de la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública. Más adelante volveremos sobre el significado de cada una de esas técnicas.

El control externo, en cambio está atribuido al Tribunal de Cuentas (artículos 136 y 153 CE) y a los llamados Órganos de Control Externo –OCEx– existentes en doce de las comunidades autónomas, en virtud de lo dispuesto en sus respectivos estatutos y legislación autonómica (en el caso de las Islas Baleares, el artículo 82 del vigente Estatuto de Autonomía y la Ley 4/2004, reguladora de la Sindicatura de Comptes de les Illes Balears). A ello hay que añadir la fiscalización que tiene encomendada el Tribunal de Cuentas Europeo en aquellos ámbitos en que interviene.

Vamos ahora a detallar, brevemente, cada una de estas formas de control y de qué modo se llevan a cabo.

3.- Control interno: formas.

3.1. En cada nivel administrativo existen los correspondientes órganos interventores que tienen encomendada la función de control interno que, en teoría, ha de ser ejercida con independencia y “plena autonomía respecto de las autoridades y demás entidades cuya gestión controle” (en palabras de LGP). Esa independencia y autonomía funcional es el primer requisito para

conseguir un auténtico control, de forma que han de exigirse suficientes garantías para lograr la separación entre el órgano gestor (decisorio) y el órgano interventor (llamado a controlar su actuación). Y es evidente que, por muchas que sean las cautelas y prevenciones que se establezcan para lograr que unos funcionarios insertos en una organización puedan, a la vez, actuar libre e incondicionadamente, como sujetos controladores de la misma, siempre nos encontraremos con dificultades prácticas, derivadas del propio sistema de función pública (retribuciones, cobertura de puestos de trabajo, etc.), que se harán más evidentes cuanto más reducido sea el ámbito a fiscalizar y cuanta más proximidad haya entre órgano activo y órgano interventor. No es lo mismo, claro está, ejercer esas funciones en el seno de una gran organización administrativa que en una corporación local pequeña o mediana.

En este tema, la legislación ha oscilado entre el práctico desapoderamiento del funcionariado, con la consecuente pérdida de independencia (en algunas épocas, singularmente, los años 80 o 90 pasados), hasta un fortalecimiento de su posición, fruto de las modificaciones y reformas realizadas como consecuencia de los diversos casos de mal uso de los fondos públicos que se han ido conociendo y, también, de la necesidad de ofrecer información fiable a las instituciones europeas, en aplicación de la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. En un artículo publicado el pasado mes de noviembre en el diario "El País", el escritor Antonio Muñoz Molina se refería al *"desguace de una Administración colonizada por los partidos políticos y privada de una de sus facultades fundamentales, que es el control de oficio de la solvencia técnica y la legalidad de las actuaciones"* y decía que *"desde el principio mismo de la democracia, los partidos políticos hicieron todo lo posible por eliminar los controles administrativos"*; y abogaba por la necesidad de *"un gran acuerdo político para despolitizar la administración y hacerla de verdad profesional y eficiente, garantizando el acceso a ella por criterios objetivos de mérito"*.

3.2. Volviendo a los modos en que se materializa el control interno, la función interventora puede definirse como aquella que tiene por objeto controlar, antes de que sean aprobados, los actos del sector público que den lugar al reconocimiento de derechos o a la realización de gastos, así como los ingresos y pagos que de ellos se deriven, y la inversión o aplicación en general de sus fondos públicos, con el fin de asegurar que su gestión se ajuste a las disposiciones aplicables (artículo 148 LGP).

Estaríamos, pues, ante el método más eficaz y efectivo de control, pues actúa antes de que se haya producido el gasto o el ingreso, pero, en la práctica, esa eficacia se ve muy limitada debido a varias circunstancias: primera, cabe acordar que la fiscalización previa sea sustituida por otros

controles a posteriori (lo cual deja fuera una parte importante de la actividad económico-financiera); en segundo lugar, es posible que la fiscalización quede reducida a la comprobación de sólo algunos aspectos concretos, lo que hace que disminuya su alcance (es el caso de la llamada fiscalización previa limitada); y, en tercer lugar, esa forma de control sólo se aplica —como norma general— a la actuación del sector público administrativo, pero no en el caso del sector público que hemos denominado empresarial (y que es, paradójicamente, el que mueve mayor volumen económico, con gran diferencia). Así, es habitual que la Administración directa gestione unas cantidades que no representan más que una cuarta parte —o incluso menos— del total de fondos públicos que gestiona su sector público instrumental, donde suele radicarse la capacidad inversora que conlleva mayor gasto, y, en cambio, aquel menor volumen económico está sometido a control previo —más intenso— mientras que la mayor parte de los recursos públicos son gestionados sin ese control previo. Esa es, entre otras, una de las causas que ha posibilitado la existencia de muchos de los casos que han llegado a la jurisdicción penal, originados en consorcios, empresas públicas y demás.

En conclusión, la función interventora (y la fiscalización previa que conlleva) cubre una parte muy pequeña del total de fondos públicos manejados por el sector público, lo que posibilita que, en los otros casos, el control siempre sea a posteriori y, además, sin referirse a la totalidad de actos, sino sólo a algunos de ellos. De una u otra forma, esto ha de ser así, ya que pretender que la fiscalización previa alcance a la totalidad de la actuación del sector público haría inviable una parte importante de ésta y necesitaría de unos recursos humanos y materiales del todo inasumibles por cualquier organización administrativa. Lo que hay que hacer es dimensionar adecuadamente la estructura organizativa y los controles a que se ha de someter cada ente, como más adelante comentaremos.

3.3. El control financiero (permanente) consiste en la verificación de una forma continua de la situación y el funcionamiento de las entidades del sector público en el aspecto económico-financiero, para comprobar el cumplimiento de la normativa y directrices que las rigen y, en general, que su gestión se ajusta a los principios de buena gestión financiera y en particular al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de equilibrio financiero (artículo 157 LGP).

Esta forma de control interno se ha de llevar a cabo en todos los entes que integran un determinado sector público, está a cargo de los correspondientes órganos interventores y se realiza con carácter posterior a la adopción de las decisiones, si bien, su materialización ha de ser permanente o continuada en el tiempo.

Así, el control financiero abarca el conjunto del sector público (no sólo las administraciones públicas) y tiene por finalidad la evaluación de la gestión de forma global, con vistas a la mejora de técnicas y procedimiento. Pretende revelar la verdadera situación económico-financiera y patrimonial del ente, más que señalar aspectos concretos de mala gestión.

Su función es complementaria de la fiscalización previa y tiene un alcance más amplio, siendo su objetivo conseguir una composición de lugar más genérica sobre el estado económico-financiero de los entes públicos y sus pautas de funcionamiento en este aspecto. Ello no obstante, en muchas ocasiones ha venido a sustituir a aquella, por considerarse que es un método más ágil y que favorece una mejor relación entre el órgano gestor y el controlador.

Hay que tener en cuenta que la función interventora —entendida como fiscalización previa— no llega a todas las actuaciones, bien sea por razones cuantitativas, de importe, o por el tipo de actividad o por verse reducida a determinados aspectos (la mencionada fiscalización previa limitada), en cuyo caso el papel del control financiero adquiere mayor importancia, ya que, en todos esos supuestos, va a ser la única ocasión en que se realice un control exhaustivo de los mismos, aunque sea con posterioridad a la adopción del acto o acuerdo.

3.4. La auditoría pública es el tercer método en que se materializa el control interno (en algunos casos, como en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, se considera como una forma de llevar a cabo la función de control financiero), y consiste en la verificación de la actividad económico-financiera del sector público, mediante la aplicación de procedimientos de revisión selectiva derivados de un conjunto de principios, normas y técnicas encaminados a obtener evidencia que permita informar sobre los distintos aspectos de la realidad de una entidad en esos aspectos.

La noción de auditoría se asocia con el ámbito privado, y, aunque tiene notas en común, en el caso del sector público presenta características distintivas y peculiares, derivadas del propio sujeto y de su actividad, encaminada al interés público (y no a la obtención de beneficio). Por ello, las cuestiones referentes al cumplimiento de la legalidad, así como las relativas a la gestión de los servicios con eficacia, eficiencia y economía, adquieren mayor importancia.

Las auditorías pueden clasificarse de muchas maneras, según la óptica que se tenga en cuenta, pero, para simplificar, podemos diferenciar la auditoría de regularidad (que incluye el aspecto financiero y el de cumplimiento) y la auditoría operativa o de gestión (encaminada a evaluar

cuestiones relacionadas con la organización, su funcionamiento, objetivos, etc., con el fin de comprobar si los recursos se han utilizado de modo racional).

En muchas ocasiones estas tareas se encomiendan por los órganos interventores a empresas privadas dedicadas a la auditoría (censores jurados de cuentas o economistas auditores), mediando el correspondiente contrato, con objeto de optimizar los medios de que disponen y conseguir llegar al mayor número posible de entidades. En estos casos de colaboración público-privada, la dirección de la fiscalización sigue estando en manos del órgano interventor.

4.- Control externo.

A diferencia del control interno que acabamos de ver, llevado a cabo por órganos situados en el seno de la Administración a la que controlan, el llamado control externo se ejerce por instituciones que no tienen dependencia de éstas, sino que tienen su origen en los respectivos poderes legislativos, y, de ahí, su calificación como “*externos*”, por hallarse fuera del poder ejecutivo.

Como ya hemos dicho, esa función está ejercida por el Tribunal de Cuentas, los Órganos de Control Externo Autonómicos (Sindicatura de Comptes, en el caso de las Islas Baleares) y el Tribunal de Cuentas Europeo.

4.1. El Tribunal de Cuentas tiene atribuidas, básicamente, dos tipos de funciones: la fiscalización externa de la actividad económico-financiera del sector público (estatal, autonómico y local; administrativo y empresarial) y la de enjuiciamiento (para la exigencia de responsabilidad contable); la primera de dichas funciones está compartida con los OCEX, mientras que la segunda la desarrolla en exclusiva el Tribunal de Cuentas, por tratarse de una función jurisdiccional, según su Ley Orgánica y la Ley de Funcionamiento, amparada en las previsiones del artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (*...sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos*).

En el caso de la función de fiscalización, ésta se define por la LO como la *fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público*, en consonancia con lo que establece el artículo 136 de la Constitución, y se refiere al sometimiento de esa actividad a los principios de legalidad, eficacia, eficiencia y economía. Se materializa en informes o memorias ordinarias o extraordinarias y en mociones o notas que el Tribunal dirige a las Cortes Generales, a las Asambleas legislativas autonómicas o a los plenos de las Corporaciones Locales. Esos informes o memorias se basan en técnicas y procedimientos muy similares a los de

control financiero y auditoría pública a que hemos hecho alusión en el apartado de control interno, y pueden referirse a cuentas anuales o generales o a aspectos concretos (tesorería, contratos, personal, etc.).

En cuanto al ámbito subjetivo de actuación, decir que tiene a su cargo, en exclusiva, la fiscalización de todo el sector público estatal y de los sectores autonómico y local en aquellas comunidades autónomas en que no exista OCEX, mientras que cuando hay una institución autonómica, las funciones del Tribunal se coordinan con las de éste, para evitar que se lleven a cabo actuaciones duplicadas (en síntesis, el OCEX autonómico se encarga de la fiscalización de la Administración de la Comunidad Autónoma y de los entes locales de esa Comunidad, de forma habitual, recogiendo el Tribunal de Cuentas los datos que constan en esos informes para que formen parte de los de ámbito nacional, junto a los datos propios; además, el Tribunal lleva a cabo algunas fiscalizaciones de tipo horizontal, para toda España, sobre materias concretas, en colaboración con los OCEX).

La función de enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que puedan incurrir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos es una función de tipo jurisdiccional encaminada a la exigencia de ese tipo de responsabilidad, mediante un proceso que se sigue ante los Consejeros y el Departamento de Enjuiciamiento del Tribunal, se rige por normas procesales jurisdiccionales (penales, civiles y contencioso-administrativas), y termina mediante una sentencia, que puede ser objeto de recurso ante la Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo.

El Tribunal de Cuentas está integrado por 12 Consejeros, designados por el Congreso y el Senado (seis cada uno), por mayoría de tres quintas partes, entre Censores del Tribunal de Cuentas, Censores Jurados de Cuentas, Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad y funcionarios públicos pertenecientes a Cuerpos para cuyo ingreso se exija titulación académica superior, Abogados, Economistas y Profesores Mercantiles, todos ellos de reconocida competencia, con más de quince años de ejercicio profesional.

La duración del mandato es de nueve años, siendo reelegibles. Los Consejeros de Cuentas del Tribunal son independientes e inamovibles y están sujetos a las mismas causas de incapacidad, incompatibilidades y prohibiciones establecidas para los Jueces. Los órganos del Tribunal son el Presidente, la Comisión de Gobierno y el Pleno, estructurándose en sección de fiscalización (8 consejeros) y sección de enjuiciamiento (4 consejeros), de conformidad con la función que se ejerce.

4.2. En la actualidad existen 12 Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas, por preverlo así el respectivo Estatuto de

Autonomía o la legislación específica, bajo diversas denominaciones (Sindicatura, Consejo, Cámara, Audiencia, etc.). Su puesta en marcha ha sido paulatina, comenzando por la Cámara de Comptos de Navarra (el año 1981), hasta la Cámara de Cuentas de Aragón (en 2010); la Sindicatura de Cuentas de las Islas Baleares, por su parte, inició su andadura en el año 2003.

Cada una de ellas tiene una regulación propia, por lo que existen diferencias en muchos aspectos, aunque, en general, puede decirse que tienen atribuida la función de fiscalización externa de la gestión económico-financiera y contable del respectivo sector público autonómico (que incluye, habitualmente, a las corporaciones locales). Tienen en común el hecho de ser instituciones de designación parlamentaria, que gozan de independencia y autonomía funcional. Además, suelen tener atribuida una función de consulta o asesoramiento a los respectivos parlamentos, de los que se configuran como institución colaboradora.

Su composición y organización es variopinta (desde las unipersonales, hasta las integradas por siete consejeros), lo mismo que el quórum de elección y la duración del mandato. En el caso de la Sindicatura de Cuentas de las Islas Baleares corresponde al Parlamento, por mayoría de tres quintas partes, la elección de los tres síndicos, entre personas de reconocida competencia que estén en posesión de alguno de los títulos de licenciado en derecho, economía, administración y dirección de empresas o profesor mercantil, o pertenezcan a cuerpos de funcionarios de categoría superior, siempre que cuenten con más de diez años de experiencia profesional acreditada. La elección es por período de seis años, pudiendo ser reelegidos. El cargo de síndico es incompatible con el ejercicio de cualquier otra actividad pública o privada, que no sea la administración de su propio patrimonio personal o familiar; la Ley que regula la institución, además, cita expresamente una serie de cargos de carácter representativo, político, asesor, consultivo o de dirección, con que se completa ese régimen de incompatibilidad absoluta.

El resultado de las fiscalizaciones que llevan a cabo los OCEX se materializa en informes o memorias que han de dar cuenta de lo examinado, conteniendo las conclusiones y recomendaciones que correspondan para la mejora de la gestión económico-financiera. En su ámbito territorial, juegan el mismo papel que el Tribunal de Cuentas a nivel nacional, en relación con el sector público autonómico y local.

Las principales críticas que se hacen al control externo –sea al Tribunal de Cuentas o a los OCEX– vienen referidas a su posible politización (dado su nombramiento por los respectivos parlamentos, a propuesta de los grupos políticos, lo que puede dar lugar a pérdida de objetividad) y al hecho de que

sus trabajos suelen llegar muy distanciados en el tiempo del momento de la gestión que se analiza (lo que es cierto en algunas ocasiones e inevitable en muchas otras, por tratarse de control *a posteriori*). También se les achaca —a nivel mediático, al menos— que sus informes tienen poca utilidad práctica, al no ser de obligado cumplimiento sus recomendaciones, ni servir directamente para detectar casos de corrupción.

A este respecto, hay que decir, por último, que su función no es tanto desentrañar o desenmascarar casos de presunta corrupción, cuanto poner de manifiesto el modo como se ha gestionado durante determinado periodo, lo que puede servir para que otras instituciones (el propio ente fiscalizado, el legislativo correspondiente o, singularmente, la Fiscalía Anticorrupción) adopten las medidas que consideren oportunas, a la vista del contenido de los informes de fiscalización.

4.3. Por lo que respecta al control en el ámbito de la Unión Europea, y, en particular, el llevado a cabo por el Tribunal de Cuentas Europeo, su papel y funciones serán objeto de la intervención del Dr. Ramallo.

5.- Consideraciones finales.

Expuesto el panorama del control de los fondos públicos, que, en teoría, debería haber sido suficiente para lograr que éstos estuviesen adecuadamente salvaguardados, la realidad nos ha demostrado que ello no ha sido así, por múltiples y variadas razones. Habrá que ver si se trata de que el sistema no ha funcionado (es decir, el sistema era bueno, pero se ha aplicado mal) o es el mismo sistema el que está mal diseñado para conseguir un resultado correcto. Adelantemos ya aquí que, probablemente, sean las dos cosas a la vez, y lo que haya que hacer sea mejorar el sistema de control en su conjunto y también su aplicación práctica, pero sin necesidad de hacer “inventos” o incrementar el número de controles, que parece ser la respuesta fácil y más mediática, aunque poco efectiva en la práctica.

Es frecuente encontrarnos en los medios de comunicación comentarios que, partiendo de la base de que algunos mecanismos de control no se han demostrado lo eficaces que sería deseable, postulan que todas las conductas irregulares en ese ámbito han de convertirse en delitos y abogan por la supresión de determinadas instituciones (como pueden ser los Órganos de Control Externo o el Tribunal de Cuentas), dada su inutilidad para evitar hechos y conductas de tipo corrupto o contrarios al buen uso de los fondos públicos. Estos planteamientos parten de una óptica simplista y pretender dar soluciones sencillas a problemas complejos (lo cual no suele ser garantía de acierto, sino todo lo contrario). En el VI Congreso Nacional de Auditoría

en el Sector Público celebrado en Palma el mes de noviembre de 2014 se expuso a nivel comparativo entre los distintos países, como había afectado la actual situación económica a estas instituciones, constatándose que en algunos casos (Suiza, Austria, Países Bajos...) se habían reforzado las instituciones de control, potenciando sus funciones como forma de luchar contra la crisis, mientras que en otros estados (Reino Unido, España, Francia o Alemania) se ha tendido a la reducción o limitación de la capacidad fiscalizadora por diversos medios, con el pretexto de disminuir o racionalizar el gasto público.

Por ello, y sin ánimo exhaustivo, pero con la finalidad de tratar el tema desde diferentes perspectivas, señalaremos algunas cuestiones que convendría tener en cuenta para conseguir que el control de los fondos públicos deje de ser una asignatura pendiente (o, al menos, que progrese adecuadamente). Como medidas a adoptar, vamos a citar algunas que irían en la buena línea, a los solos efectos de aportar ideas a un debate que está en la sociedad, en los medios de comunicación y también en la política, pero que muchas veces se aborda de forma demagógica y poco seria:

- El fortalecimiento de la función de fiscalización previa es imprescindible, ya que ésta es la única forma de evitar que llegue a producirse una actuación dañosa para las arcas públicas. Pero ello debe hacerse sin entorpecer el regular funcionamiento de las instituciones ni la imprescindible agilidad que se precisa en muchas ocasiones; lograr el adecuado equilibrio no es tarea fácil, pero es evidente que muchas de las cosas que han pasado no habrían sido posibles si hubiera actuado un sistema de control previo fuerte, independiente y con capacidad para oponerse a los deseos de los gestores públicos. Diseñar, pues, con precisión el marco en que ha de moverse la función interventora y lograr la independencia de quienes ejercen esa función constituyen hitos imprescindibles en el camino de la mejora del sistema de control. Me remito al artículo ya citado de Antonio Muñoz Molina, que va en esa dirección.
- Es preciso, también, mejorar el control financiero posterior, de manera que sea efectivo y cumpla realmente su función, consistente en comprobar –después de realizada la operación de que se trate– que la misma se ha llevado a cabo cumpliendo los requisitos legales y para alcanzar los objetivos señalados. En la actualidad, la realidad es que muchos de esos controles financieros alcanzan poca efectividad y se quedan en el aspecto formal, sin pasar al mundo de las realizaciones. Se trata de una cuestión de voluntad, más que de cambios legislativos, pues las previsiones existentes son bastante adecuadas.

- La simplificación de la gestión económico-financiera y de las cuentas de los sujetos públicos –cualquiera que sea la personificación bajo la que actúen– también son elementos que han de contribuir a que el sistema funcione más adecuadamente, por cuanto, en muchas ocasiones, es la propia opacidad del sistema lo que propicia conductas inadecuadas, amparadas en la dificultad de su detección y descubrimiento. Facilitar el conocimiento de esa actividad, tanto por los propios gestores públicos, como por los ciudadanos, está en línea con la transparencia, tan pregonada hoy por todo el mundo, pero que en muchos casos se queda en una mera declaración, consistiendo en trasladar una cantidad ingente de información, sin tratar ni “desbatar”, lo que, a efectos prácticos, sirve de muy poco y puede enmascarar actividades irregulares que, así, pasan desapercibidas. Ya se dice que la mejor manera de esconder un libro es poniéndolo en una biblioteca.
- En cuanto a los órganos de control externo, además del reforzamiento de su independencia y objetividad, es imprescindible agilizar su actuación y acercarla al momento en que se ha producido la gestión, dotándoles de medios de fiscalización más eficaces y de instrumentos de presión que puedan incidir sobre el sujeto fiscalizado que no quiere colaborar u opone resistencia (aunque sea pasiva). Pero lo que más hace falta en este campo es que los informes de esos órganos sean tomados en serio tanto por los gestores como por los parlamentos, y se les preste la debida atención y análisis, de forma que las recomendaciones no queden en el papel y se trasladen a la realidad, pues lo cierto es que, en la actualidad y de forma generalizada, los informes suelen ser bien acogidos por todos (principalmente por los grupos de la oposición política, no tanto por el gestor sometido a análisis), pero no se analizan con imparcialidad ni se adoptan medidas prácticas y efectivas. En ocasiones, incluso, se instrumentalizan en el curso del debate político, por razones que poco tienen que ver con la defensa de los fondos públicos, sino más bien con ánimo de desviar la atención de otros temas.
- La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ha tipificado como infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria diversas conductas que hacen referencia a un mal uso de los fondos públicos, con lo que se pretende que los gestores públicos sufran alguna consecuencia personal en esos casos. Es otra medida más que va en la buena dirección, pero parece más voluntarista que otra cosa. No creemos que vaya a resultar fácil que la propia Administración adopte

medidas contra alguno de sus altos cargos en los casos de pertenencia a un mismo partido político, puesto que hasta ahora ya estaba en su mano la posibilidad de cese y ha sido escasamente aplicada, antes al contrario, lo habitual ha sido la defensa a ultranza de los correligionarios. En mi opinión, se trata de medidas de carácter más bien estético y que van a tener poco recorrido. Y lo mismo sucede que la serie de iniciativas que, últimamente y debido a la presión ciudadana y mediática, se han puesto sobre la mesa, en materia de lucha contra la corrupción o de transparencia: no es trascendente lo que se publique en el Boletín oficial, sino la voluntad “real” de llevarlo a la práctica, para lo cual, en muchas ocasiones no era necesaria la existencia de ninguna norma que lo impusiera.

- En otro orden de cosas, tampoco hace falta introducir demasiados cambios en el Código Penal, tipificando a troche y moche nuevas conductas, sino que más bien lo que debería hacerse es clarificar algunos de los delitos ya tipificados, reforzar alguna penología y dejar su aplicación en manos de los tribunales de justicia, para que éstos, sin ingerencias ni inmisiones, pudiesen llevar a cabo su función. Lo que sería deseable es una real y efectiva colaboración con éstos por parte de las formaciones políticas y los gobiernos, ya que, en la actualidad, pese a las reiteradas manifestaciones de respeto y colaboración por parte de los responsables públicos, lo cierto es que ésta no se produce de forma tan clara, sino que se procura entorpecer esa labor y dilatar al máximo las causas, pues el factor tiempo siempre juega a favor de la dilución del asunto. Por no hablar del tema de los indultos y demás.
- Otra cuestión a la que no hemos hecho referencia, pero que sí conviene citar brevemente, es la siempre pendiente reforma del sistema de financiación de los partidos políticos, a la que muchas veces se alude cuando se habla de corrupción o de mal uso de los fondos públicos. Éste es un tema que merecería un comentario aparte, por lo que valga aquí con decir que si hubiera un sistema que fuera transparente y autosuficiente, acordado con amplio consenso y participación ciudadana, probablemente se verían reducidas las tentaciones de usar fondos públicos para financiar actividades de partido. Aunque ésta es una tentación que siempre ha estado ahí, si hemos de atenernos a las experiencias y antecedentes conocidos en otros lugares con mayor tradición democrática que el Estado español. Abordar una reforma de este tema, con valentía y sin condicionantes previos, por parte de todos los implicados, ayudaría mucho a su solución, pero no parece que sea tarea fácil. Recordemos aquí que desde el año 1987 (en que

se aprobó la primera norma sobre financiación de partidos políticos), este tema ha sufrido innumerables modificaciones (la última, en 2012), siempre forzadas por escándalos o actuaciones en absoluto ejemplares por parte de quienes detentaban el poder en cada momento; es decir, las reformas se han ido produciendo a la fuerza y por la presión ciudadana y mediática, no *motu proprio*.

En el fondo, pues, la mejora del control de los recursos públicos depende de muchos factores y tienen que ser todos ellos, conjuntamente los que produzcan efectos, sin que puedan esperarse soluciones milagrosas ni inmediatas. Lo que parece evidente, hoy en día, es que la ciudadanía se muestra muy sensible ante estos temas y exige de sus representantes públicos una decidida actuación que no se pare en meras manifestaciones, sino que sea efectiva y eficaz.

Ha que confiar en que, por el bien del Estado democrático de derecho y por la necesidad de recobrar la confianza en sus instituciones, seamos capaces de revertir la situación.

VI.2- EL CONTROL DE LOS FONDOS PÚBLICOS EN LA UNIÓN EUROPEA.

Juan Ramallo Massanet

I.- Introducción: la situación de partida.

El tema que nos convoca hoy aquí **no es de los fáciles**. Y no lo es precisamente en estos momentos en que la situación en España es agobiante, no sólo respecto de los fondos públicos sino también de los privados, y no sólo respecto a los controles públicos sino también de los controles privados, como pone de manifiesto la actuación de las Compañías de Auditoría (las cuatro grandes). Hace un mes se celebró en Palma el **VI Congreso Nacional de Auditoría del Sector Público** y son de destacar dos afirmaciones del Presidente del Tribunal de Cuentas de España. Por un lado afirmó que la situación de la corrupción en España es muy grave, pero que no es exclusiva de nuestro país y en nuestro país la mayor debilidad reside en los Ayuntamientos (nada del Estado ni, sobre todo, de las Comunidades Autónomas, ni de las auditoras privadas); de otro lado, recordó que entre los cometidos del Tribunal de Cuentas no está la lucha contra la corrupción.

La elaboración de un **cuadro de supuestos de hecho** que se engloban bajo el término genérico de corrupción es muy amplio y no tiene sentido intentar aquí llevarlo a cabo. Tanto la gestión pública, monetaria o no, como la gestión privada son susceptibles de proporcionar estos supuestos de hecho. Hay autores (Enrique Gil Calvo) que realizan una **tipología de la corrupción** distinguiendo entre: a) una llamada "**corrupción de derechas**", concentrada en los múltiples cohechos y el tráfico de influencias coprotagonizados por la banca, las grandes empresas, y el sector de la construcción y las infraestructuras, siendo su emblema la privatización de los servicios

públicos y las puertas giratorias entre la política y las grandes empresas; b) una llamada **“corrupción de izquierdas”**, manifestada por la distribución de fondos públicos entre las redes clientelares de los movimientos sociales afines; c) una llamada **“corrupción transversal”**, que afecta a todos los órdenes políticos e ideológicos, y que se manifiesta tanto en la financiación irregular de los partidos políticos, como en el magma de los intereses de la política local con el dinero negro que mana del ordenamiento urbanístico y la recalificación de terrenos.

El blanqueo o **lavado de dinero**, como ejemplo de la corrupción, se desarrolla en la esfera de la actividad privada y, como ustedes saben, tuvo su origen en los años 20 en USA cuando las mafias norteamericanas crearon una red de lavanderías para esconder la procedencia ilícita del dinero conseguido a través de actividades criminales. Y hasta la cubana **Celia Cruz** lo cantó en un bolero (“El chisme”): “Lavar dinero le dicen / a una simple operación / donde el dinero se moja / para quitarle el calor”.

Hace unos días, **Francisco López Peña**, perteneciente al cuerpo de interventores y auditores del Estado, se preguntaba: **“Cómo hemos llegado a esto”**, refiriéndose al grado de corrupción en el sector público español (El País, 5.11.14) y entre otras razones daba dos que están en directa relación con el tema del coloquio de hoy. Por un lado, “deslumbrados –decía– por la supuesta eficiencia empresarial, pensábamos que era posible **sustituir el derecho administrativo por el derecho privado**. En la lucha por hacer una administración más ágil, eliminamos todo tipo de controles, que siempre hacen más lenta la marcha de la administración”; por otro lado y en correlación a lo anterior “Ha habido una enorme **reducción del personal** dedicado en las distintas Administraciones públicas a tareas de control del gasto y auditoría pública”.

Quizás más que un problema del control de los fondos públicos sea un **problema de control del poder público**. Pero el control del poder público siempre ha tenido como pieza esencial y básica el control de los fondos públicos. Hoy que tenemos al Sindic Major de la Comunidad Autónoma de Baleares podemos recordar lo que decían **las Leyes Palatinas de Jaime III**, promulgadas en 1337 y cuya parte IV está dedicada al **“Mestre racional”** (el antecesor del Sindico) y comienza diciendo: “Ja que la casa reial, come signe de preeminencie, ha d'esser liberal i oberta a tots els qui recorren a ella, per això esta exposada a infinites i excessives despeses i dispendis que, amb tot l'ingeni humà a penes es poden moderar. Per això es sumamente important que el princep procuri que, sobre tot en la seva casa, no es realitzi el proverbí que esta escrit: Envides, sens mesura, dura la reial cura”.

Me corresponde a mi exponer el tema del control de los fondos públicos

Europeos. Lo voy a hacer siguiendo la clasificación que ha hecho el Sindicato Mayor entre control interno y externo, que también en la Unión Europea tiene algo de asignatura pendiente, como iremos viendo. Pero creo que antes de referirme a ello, tengo que detenerme en dos puntos que son previos a los tipos de control. Me refiero a las características del presupuesto europeo y a los conceptos de fraude, irregularidad y corrupción en el derecho de la Unión.

II.- Características del presupuesto comunitario. Sus consecuencias respecto de su control.

Antes de entrar en el análisis de los mecanismos de control de los fondos públicos europeos, siguiendo el esquema clásico del control interno y el externo, creo necesario hacer alguna observación sobre el presupuesto comunitario, tanto en la vertiente de los ingresos como de los gastos, porque sus peculiaridades nos ayudarán a entender algunas medidas del control.

El presupuesto para el presente ejercicio es de unos **135 mil millones de euros**. El origen de estos ingresos se dividen entre:

1. Los recursos propios «tradicionales». Son los establecidos por la Decisión de 1970 y se vienen percibiendo desde entonces. Representan aproximadamente el **12 %** del presupuesto. Son los derechos de aduana, los derechos agrícolas y las cotizaciones del azúcar y la isoglucosa. La flexibilidad y la disminución del control también llega a este tipo de recursos. Así, por ejemplo, la tensión existente entre las exigencias del comercio internacional (representadas por el GATT y la OMC: rapidez, agilidad) y los intereses financieros de la Unión Europea no son fáciles de conjugar. De ello son buena prueba los **procedimientos simplificados** que rigen en la Unión Europea y que suponen una reducción máxima de los controles aduaneros y que en la actualidad se han convertido en el procedimiento más utilizado, aplicándose al **74%** de las importaciones realizadas por la Unión Europea.

2. El recurso propio basado en el IVA. Aunque este recurso estaba previsto en la Decisión de 1970, no se recaudó hasta la armonización de los sistemas de IVA de los Estados miembros en 1979. En la actualidad consiste en transferir a la Comunidad un porcentaje del IVA estimado percibido por los Estados miembros. El producto de los ingresos por IVA asciende a casi un **11 %** de los ingresos totales.

3. El recurso propio basado en la RNB. Creado mediante la Decisión de 1988, este llamado «cuarto recurso» consiste en la transferencia, por parte de los Estados miembros, de un porcentaje uniforme de su RNB que se fija en el marco de cada presupuesto anual. Inicialmente fue concebido como **recurso de cierre** que solo se percibía si los demás recursos propios eran

insuficientes para cubrir los gastos, pero en la actualidad financia el grueso del presupuesto comunitario: el recurso propio basado en la RNB representa, aproximadamente, el **70 %** de los ingresos de la UE.

4. Otros ingresos y saldo prorrogado del ejercicio anterior.

También se cuentan entre los ingresos los tributos con que se grava el sueldo de los funcionarios de la Unión Europea, las contribuciones a programas de la UE por parte de países no pertenecientes a la Unión y las multas impuestas a las empresas cuando se constata que han incumplido la normativa en materia de competencia u otras normas. El saldo de cada ejercicio, de ser positivo, se consigna como ingreso en el presupuesto del año siguiente. Estos otros ingresos, los saldos y los ajustes técnicos han supuesto aproximadamente un **7 %** de los ingresos totales en 2012.

Excepto los recursos tradicionales (el arancel aduanero) y los tributos sobre el sueldo de los funcionarios, el resto, **más del 80% de recursos, no son más que una simple transferencia** de los Estados Miembros a la Unión Europea. No estamos ante un sistema tributario en el sentido como lo conocemos en el ordenamiento interno sino en un presupuesto de transferencias.

Un factor de distorsión de este sistema de transferencias es el producido por **los mecanismos de corrección**. Se mantiene el mecanismo de corrección para el Reino Unido (el **cheque británico**, que es pagado por el resto de países, aunque Alemania, Países Bajos, Austria y Suecia tienen una reducción, así como **tipos reducidos** de referencia del recurso propio basado en el IVA en el caso de Alemania, los Países Bajos y Suecia (0,15 %) y **reducciones brutas** en la contribución anual basada en la RNB de Dinamarca (130 millones de euros), los Países Bajos (695 millones de euros), Suecia (185 millones de euros) y Austria (30 millones de euros en 2014, 20 millones en 2015 y 10 millones en 2016). Por lo que se refiere a los gastos de recaudación de los recursos propios tradicionales, el porcentaje que pueden retener los Estados miembros se ha reducido del **25 % al 20 %, como premio de cobranza** pero a tanto alzado. Todas estas reducciones no responden más que a la negociación política.

En cuanto a los gastos, la parte más importante sigue correspondiendo a la financiación de programas para la “Conservación y la gestión de los **recursos naturales**” (50%), sigue la denominada política de “Crecimiento sostenible” que correspondo a los “**Fondos** de desarrollo regional”, al “Fondo Social Europeo” y los “**Fondos** de Cohesión” (44%). Como se ve el presupuesto de gastos es también un presupuesto de transferencias desde la Unión Europea hacia los Estados Miembros. En efecto, **más del 85% del presupuesto de gastos son transferencias** a otras administraciones

públicas en donde los fondos comunitarios se destinan a financiar o cofinanciar medidas o políticas que se integran en el conjunto de la acción pública desarrollada en los distintos niveles políticos y administrativos europeos (Estado, Comunidades Autónomas, Estados federados, Ayuntamientos). Y todas estas cantidades son de gestión "compartida" entre la Comisión y los Estados Miembros.

De lo anterior ya se pueden extraer **dos observaciones**. 1ª) Los **ingresos son difícilmente controlables** porque en lo que mas se puede controlar, el arancel aduanero común, se aplica en la mayoría de las importaciones a través de sistemas simplificados que suponen un mínimo control; en cuanto al resto de ingresos, sobre todo el IVA y el cuarto recurso RNB, son cálculos que hace el servicio de estadística, EUROSTAT (Dirección General dependiente de la Comisión), y, en consecuencia, el Tribunal de Cuentas tiene muy poco que decir. 2ª) En cuanto a los **gastos**, en donde la mayoría son por vía de transferencia y de gestión compartida, como hemos visto, el problema se plantea a la hora de contestar: **¿Quién es el responsable de la gestión y ejecución del presupuesto de gastos de la Unión?** Y, a continuación la pregunta vinculada a la anterior: **¿Quién es el órgano parlamentario competente para controlar la gestión y otorgar la descarga de la ejecución del presupuesto comunitario?** Intentaré contestar a estas preguntas más adelante.

III.- Los conceptos de irregularidades, fraude y corrupción.

Desde hace años, la Comisión y el Parlamento han hecho esfuerzos —algo desordenados, es cierto— para definir y dar contenido a estos tres conceptos.

a) Lo esencial del **fraude** (ya que no es un concepto igual en todos los ordenamientos de los Estados Miembros), según la "Convención relativa a la protección de los intereses financieros de las Comunidades europeas" (art. 1 (1) a. JO C 316 de 27.11.95) es que atente a los intereses financieros tanto en materia de gastos como de ingresos. En cuanto a los gastos, "constituye fraude todo acto u omisión intencional relativo a la presentación o utilización de declaraciones o documentos falsos, inexactos e incompletos que producen el efecto de la percepción o retención indebida de fondos provenientes del presupuesto general; la no comunicación de una información con violación de una obligación específica con igual efecto; el destino de estos fondos a un destino distinto de aquél por el que se otorgaron". En cuanto a los ingresos, "todo acto u omisión intencional relativo la utilización.... teniendo como efecto la disminución ilegal de recursos del presupuesto general de las Comunidades".

b) Una **irregularidad**, por el contrario (Reglamento del Consejo 2988/95 art. 1 (2)) es la contravención de reglas o de procedimientos que no implican necesariamente una ganancia o una intención ilícita: "Es una violación de una disposición de derecho comunitario como resultado de un acto u omisión de un operador económico que ha tenido o podría tener como efecto un perjuicio al presupuesto comunitario, sea por la disminución o supresión de ingresos procedentes de los recursos propios recibidos directamente por cuenta de las Comunidades, sea por un gasto indebido".

De estas dos definiciones se deriva que la **irregularidad no es de orden criminal sino de orden administrativo** y, en consecuencia, dará lugar a una sanción administrativa y no a una sanción penal, aunque está ampliamente reconocido que las irregularidades es el terreno abonado para que surja el fraude. El problema adicional que plantea esta distinción es **que no existe jurisdicción penal comunitaria ni un fiscal general**, por mucho que se haya pedido, con lo cual la resolución de los comportamientos delictivos queda en manos de las jurisdicciones penales de los Estados Miembros.

c) La **corrupción**. Normalmente se considera como un "caso especial" de fraude (arts. 2 y 3 del Primer Protocolo, JO C 313 de 23.10.96) y en el que se distingue entre "corrupción pasiva", como el hecho intencional por parte de un funcionario de **"solicitar y recibir ventajas... contrarios a sus deberes oficiales... que implica o puede implicar un atentado a los intereses financieros de las Comunidades"**; y la "corrupción activa" también como hecho intencional de **prometer o dar una ventaja a un funcionario... para que ejecute o se abstenga de un acto de forma contraria a sus deberes... que implique o pueda implicar un atentado a los intereses financieros de la Comunidad"**.

IV.- El control interno.

A) La auditoria.

En el **Segundo Informe sobre la Reforma de la Comisión de 10 de septiembre de 1999**, elaborado por un comité de expertos independientes presididos por André Middelhoek, como consecuencia de los escándalos y de la subsiguiente dimisión de la Comisión Santer y previo al Reglamento Financiero de 2002, hoy en vigor aunque con múltiples reformas, sobre todo la de 2010, comenzaba su Capítulo IV con la pregunta **¿En donde se encuentra el control interno?** Su propuesta era superar la concepción del control interno "*ex ante*". El control interno debe comprender todas las actividades, instrucciones y procedimientos que, en el seno de cada dirección

general, están destinados a garantizar la gestión adecuada y segura de los activos y recursos financieros de cada DG. Se proponía, por lo tanto, **un sistema de control interno descentralizado basado en la responsabilidad de cada director general** y añadía "el Comité quiere señalar que lo que propone no tiene nada de anárquico" (pág.119) La introducción a las recomendaciones del citado Comité en este Capítulo IV afirma : "La existencia de un procedimiento en donde todas las transacciones deben recibir una previa y expresa autorización por parte de un servicio de control financiero distinto (del gestor) ha sido un elemento determinante que ha privado a los gestores de la Comisión del sentido de la responsabilidad personal en las operaciones que ellos autorizan. Por otra parte, la combinación de esta función con una función (débil) de auditoría interna realizada en el seno de otra dirección general única entrañaba potencialmente conflicto de intereses por parte del controlador financiero", que dan lugar a procedimientos contradictorios infinitos entre la dirección general de control y el resto de direcciones generales de gestión.

Así pues, la auditoría interna pasó de ser un control ex ante o a priori llevado a cabo por una parte de la organización (la Dirección General de control) sobre el resto de Direcciones Generales a ser un sistema en que cada Dirección puede atender sus objetivos sectoriales con un máximo de eficacia y al mismo tiempo contribuir a introducir en sus directores el sentido de la responsabilidad necesaria para asegurar un control financiero eficaz. Como dice el Institute of Internal Auditors, la auditoría interna "ayuda a la organización, a atender sus objetivos mediante un tratamiento sistemático y disciplinado de evaluación y de mejora de los procedimientos de gestión de riesgos, de control y de gobernanza de empresa".

Este cambio de orientación en la auditoría interna respecto de los fondos públicos **desde un control previo ex ante a un control financiero a posteriori** se debe a la orientación anglosajona que se ha impuesto en casi toda Europa y también en la Unión Europea. En la ejecución del presupuesto se trata de definir un nuevo sistema de gestión financiera basado en los resultados, cualidades y la responsabilidad de los ordenadores, lo cual supone **la integración de los controles dentro del propio procedimiento de gestión** y por lo tanto como parte de los servicios que deben llevar a cabo los ordenadores. Para aclarar estas competencias hay que recordar que el Reglamento financiero (art. 58) define las funciones de los agentes financieros diciendo que "Las funciones de ordenador y contable son funciones separadas e incompatibles entre sí". Es el ordenador el que asegura la legalidad, la regularidad y la buena gestión financiera de sus dotaciones presupuestarias y el destino a que van dirigidas.

Los sistemas de control interno combinado, ex ante y ex post,

están desapareciendo y lo mismo ha ocurrido en la ejecución del presupuesto comunitario. Ante la ineficacia en la detección de errores del modelo anterior, puesta de manifiesto tanto por el Comité de Expertos, antes mencionado, como por los Informes anuales del Tribunal de Cuentas europeo, la Comisión ya en el Reglamento Financiero de 2002 optó por la llamada **“cultura de la autonomía de la gestión”**, eliminando el control interno previo y trasladándolo al propio gestor. Esta nueva configuración implicó la creación de una red de unidades de auditoría interna situadas orgánicamente en cada Dirección General, Servicio o Agencia.

B) El Servicio de Auditoría.

La redefinición funcional y orgánica que se acaba de exponer no fue tan radical como para la desaparición de una autoridad **dentro de cada una de las Instituciones Comunitarias**, de un Servicio de Auditoría Interna. En efecto, el Capítulo 8 del Título IV del Reglamento Financiero regula “El Auditor Interno”, cuyo art. 85 preceptúa que “Cada institución creará una función de auditoría interna...(que) será responsable ante ésta (la institución) de la verificación del buen funcionamiento de los sistemas y procedimientos de ejecución del presupuesto (de la institución). Este servicio tiene las funciones de supervisión y coordinación de los trabajos de ejecución efectuados. Asesora a la institución sobre la **calidad de los sistemas de gestión y control, formulando recomendaciones para la mejor gestión financiera.** Incluso, en ocasiones (como sucede en la institución del Tribunal de Cuentas europeo) existe también un Comité de Auditoría interna (formado por tres miembros del Tribunal y un auditor privado externo) al que el Auditor rinde sus informes que luego el presidente de dicho comité presenta al pleno del tribunal.

C) La Instancia especializada en materia de irregularidades financieras.

Es este otro órgano, incluido dentro de la Dirección General de Recursos Humanos de la Comisión, formado por seis funcionarios de distintas instituciones y de los sindicatos y presidido por una persona ajena a la Comisión (que en estos momentos soy yo). Tiene por objeto decidir cuándo **existen conflictos de intereses de los funcionarios**, en los términos del art. 52 del Reglamento Financiero, que dice: “Se prohíbe a los agentes financieros y demás personas implicadas en la ejecución, gestión, auditoría control del presupuesto, adoptar cualquier medida que pueda acarrear un conflicto entre sus propios intereses y los de la Unión. De presentarse semejante caso el agente en cuestión tendrá la obligación de abstenerse de actuar y deberá elevar la cuestión a la autoridad competente. Existirá

conflicto de intereses cuando el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones de los agentes financieros...se vea comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional o por cualquier otro motivo de comunidad de intereses con el beneficiario". **Los dos últimos casos** de conflictos de intereses los vimos antes del verano y fueron declarados irregulares y contrarios a la prohibición del conflicto de intereses.

D) La Oficina de Lucha contra el Fraude (OLAF).

Un cuarto elemento del control interno está constituido por la OLAF, dependiente de la Comisión y competente para realización de **investigaciones tendentes a la detección de irregularidades y fraudes** en los intereses financieros de la Unión. Su origen se encuentra en la Decisión de la Comisión de 28 de abril de 1999 y sustituyó a la Unidad de Coordinación de la lucha antifraude (UCLAF) que se había creado en 1988 como consecuencia de las **presiones de los parlamentarios europeos**. Este antiguo organismo funcionaba con bastantes deficiencias y fue el **Informe Especial 8/1998 del Tribunal de Cuentas** el que con sus críticas –unido al hecho de la dimisión de la Comisión Santer– impulsó su sustitución por la OLAF. Esta oficina es competente para realizar investigaciones administrativas, sin ningún tipo de preaviso, en todas las instituciones y otros organismos de la Unión. Todas estas instituciones y organismos tienen la obligación de cooperar en las investigaciones y a comunicar toda información relativa a casos de fraude. Cuando el fraude afecte a **un Estado Miembro**, la investigación tiene que hacerse de acuerdo con los **procedimientos previstos por la ley nacional** de dicho Estado. Aunque la OLAF forma parte de la Comisión, tiene garantizada la independencia operacional y administrativa, al contar con presupuesto independiente y su director es nombrado de común acuerdo entre las instituciones por un período de cinco años, renovable por una vez.

No le han faltado **críticas a la OLAF**, empezando por una tan sencilla como la pregunta de **¿Es indispensable?** En efecto, hay quienes piensan que si bien la función de la auditoría interna tiene que ser claramente reforzada, se cuestiona la necesidad de un órgano específico de este tipo. De todos modos hay que tener clara la distinta función de estas dos manifestaciones del control interno: mientras que **la auditoría interna** es un instrumento que tiene por objetivo verificar **la regularidad y la eficacia de la gestión financiera** así como identificar las debilidades del sistema, y, en consecuencia, el auditor **no tiene como objetivo típico y esencial la detección de actos delictuosos**; el órgano de lucha antifraude, por su parte, fue creado para **estudiar concretos casos de fraude y corrupción en el cuadro del derecho penal** y de acuerdo con las exigencias de la buena administración.

La principal carencia de la OLAF es, sin lugar a dudas, la **inexistencia de jurisdicción penal comunitaria y, como ya indiqué, de un ministerio fiscal europeo** integrado con los ministerios públicos nacionales. Esta jurisdicción **debería estar en la Corte de Justicia** y no podemos entender que esta ausencia se vea suficientemente asegurada por la existencia de un Comité de supervisión, formado por cinco miembros. Solo el sometimiento a una autoridad judicial es garantía de independencia y de respeto a los procedimientos así como la protección de los derechos civiles de las personas directa o indirectamente afectadas por las investigaciones de la OLAF.

La única Oficina Antifraude existente en España es la catalana, creada por la Llei 14/2008, del 5 de noviembre, dando aplicación al art. 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, aprobada en New York el 31 de octubre de 2003. Las competencias son paralelas a las de la OLAF comunitaria. Cabe señalar que su origen hay que buscarlo en el hecho del **gobierno tripartito catalán** y no en ningún caso especial y concreto de corrupción que hubiese surgido en aquellos momentos. Más bien la situación del tripartito explica la creación de la Oficina Antifrau dado que el PSC presidía la Sindicatura de Cuentas, IU la Sindicatura de Greuges y Esquerra Republicana no presidía nada. Mediante la creación de la oficina catalana también ERC pasó a presidir un órgano de control. La peculiaridad respecto de la OLAF comunitaria es que mientras ésta se encuentra ubicada en la Comisión, la Oficina Antifrau catalana lo **está en el Parlament**, al igual que las otras dos instituciones y para evitar estar bajo la dependencia de un Conseller de Hisienda que en aquellos momentos era del PSC (A. Castells).

V.- El control externo: El Tribunal de Cuentas Europeo.

Una de las reglas básicas en derecho presupuestario es la de **separación de funciones** presupuestarias; elaboración, aprobación, ejecución y control. Si en derecho interno (español, alemán o francés) estas funciones están atribuidas a distintos poderes del Estado, en derecho comunitario la situación cambia y se complica. La aprobación del presupuesto no es exclusivo del **Parlamento sino de éste con el Consejo**; la ejecución del presupuesto no es competencia exclusiva de la Comisión (en cuanto poder ejecutivo) sino una **ejecución compartida entre la Comisión y los Estados Miembros**. Por último, el control externo, siempre a posteriori evidentemente, no sólo compete al Tribunal de Cuentas europeo sino **también a los Tribunales u órganos equivalentes de los Estados**.

El Tribunal de Cuentas europeo está **formado por** un miembro de cada Estado miembro (28) propuesto por el gobierno nacional, examinado por la

Comisión de Control Presupuestario del Parlamento europeo y nombrado por el Consejo. Actúa en Pleno y en Cámaras (cuatro) y su labor fundamental –aparte de los **Dictámenes** que le pide la Comisión– es, por un lado, la elaboración y aprobación del **Informe Anual** sobre la fiabilidad de las cuentas y sobre la legalidad y regularidad de las operaciones subyacentes a los gastos de la Comisión; y por otro lado, los **Informes Especiales** sobre buena gestión financiera en relación a distintos temas, previamente aprobados en el Plan de Trabajo anual del Tribunal.

El Tratado de Lisboa introdujo unas modificaciones que, en principio, no suponían alteración del reparto competencial en materia de ejecución presupuestaria, aunque sí añadió algo más de ambigüedad a la redacción anterior.

Por un lado –y por lo que hace referencia a la **ejecución del presupuesto**– el **art. 317 TF** mantuvo que la ejecución es competencia de la Comisión bajo “*su propia responsabilidad*”, pero se añadió que dicha ejecución se hará “*en cooperación con los Estados miembros*”. También se introdujo un párrafo segundo en este artículo que dice: “*el reglamento determinará las obligaciones de control y auditoría de los Estados miembros en la ejecución del presupuesto, así como las responsabilidades que de ello se derivan*”. Esta segunda modificación, dado el lugar en que se ubica, supone dos cosas: primero que estamos en la fase de ejecución del presupuesto y, por lo tanto, el TF, en este punto, se refiere al control y auditoría interna y no al control externo; y, segundo, que sí aparece por primera vez una responsabilidad de los Estados miembros en la ejecución del presupuesto comunitario.

En cuanto al **control externo**, el **art. 287 TF** no fue modificado y sigue manteniendo que “*en los Estados miembros, el control se efectuará en colaboración con las instituciones nacionales de control....El Tribunal de Cuentas y las instituciones nacionales de control de los Estados miembros cooperarán con espíritu de confianza y manteniendo su independencia*”. Como es fácil de apreciar la utilización, para referirse a una misma actividad, de términos como **colaboración, cooperación, confianza e independencia**, es demostrativa de una cierta inseguridad sobre cada uno (Unión y Estados miembros) tiene que hacer, debe de hacer o puede hacer.

Por lo que se refiere al último paso del ciclo presupuestario es el **procedimiento de descarga** –acción política del Parlamento por la que se exonerará, o no, al poder ejecutivo controlado–. Es la máxima expresión del control político. De los artículos 287 y 317 TF se sigue derivando, a mi entender, que es a la Comisión la sometida al procedimiento de descarga por ser suya “la responsabilidad” de la ejecución del Presupuesto.

El problema esencial reside en los **gastos** del presupuesto de la Unión que se ejecutan de **forma "compartida"** (art. 53 bis Reglamento Financiero). Si la ejecución se lleva a cabo fundamentalmente en los Estados miembros, el que unos gasten (los Estados miembros) y otro (la Comisión) sea la responsable de dicha ejecución, parece, evidentemente, una contradicción en términos de teoría jurídico-política del presupuesto. Lo que creo que ocurre, en mi opinión, es que **el Parlamento Europeo no quiere desprenderse de esta competencia del control político** último que implica el procedimiento de la descarga y por eso el Tratado reserva a la Comisión la ejecución "bajo su propia responsabilidad" porque es lo que le permite al Parlamento "arrastrar" en su favor la competencia del control sobre la totalidad del presupuesto comunitario. Quizás —es una hipótesis— la pretensión del Parlamento europeo sea la de tener la competencia para pronunciarse sobre la descarga política de todos aquellos que participan en la ejecución del presupuesto de la Unión, bien sea la Comisión y sus Comisarios, bien sean los Ministros de Hacienda de los 28 países miembros, bien, incluso, los Consejeros de Hacienda de los gobiernos autonómicos, regionales o federados.

Hace ya muchos años que el Parlamento europeo intentó que los Ministros de Hacienda de los gobiernos nacionales hicieran anualmente **una declaración sobre la gestión nacional** de los fondos europeos gastados en sus respectivos países. La **negativa en el Consejo** fue generalizada. Los únicos países que lo han hecho de forma voluntaria han sido Dinamarca, Reino Unido, Holanda y Suecia, y que a pesar de tener ámbito y enfoque distintos, en todos los casos han sido certificados por los Tribunales de Cuentas o Auditores Generales de cada país.

El Reglamento Financiero que siguió al Tratado de Lisboa, en aplicación de sus artículos 317 y 322, no recogió estas Declaraciones Nacionales sino que crea un **nuevo elemento de cooperación entre los Estados y la Unión** partiendo de las obligaciones de control y auditoría consistente en que la autoridad de acreditación de los fondos comunitarios de cada país hará "*una declaración de fiabilidad del órgano directivo relativa a la exhaustividad, exactitud y veracidad de las cuentas, el buen funcionamiento de los sistemas de control interno, así como de la legalidad y regularidad de las operaciones correspondientes y el respeto del principio de buena gestión financiera*" (art. 53 bis 5.c)). Como se ve, el Reglamento Financiero establece, dentro del ámbito de la gestión presupuestaria y no del control externo, una obligación según la cual los **Estados miembros deben dar anualmente a la Comisión una llamada "declaración de fiabilidad"** a la que se da el mismo nombre y contenido que el art. 287 utiliza para la "Declaración de fiabilidad" que el Tribunal de Cuentas Europeo debe rendir anualmente al Parlamento y Consejo para la descarga de la Comisión. Lo que, en última instancia,

siempre ha pretendido el Parlamento europeo, por lo menos una parte del mismo, es que el Tribunal de Cuentas hiciera no “una” declaración de fiabilidad de las cuentas y de la regularidad y legalidad de las operaciones subyacentes, que es lo que manda el Tratado sino una **declaración de fiabilidad por cada uno de los países**, no tanto controlar a la Comisión cuanto controlar a los Estados miembros, saber cómo actúa cada uno de ellos respecto de los dineros europeos.

Una última cuestión, para concluir esta parte del control de los fondos públicos europeo, es la que se refiere a **la tasa de error**. El Tribunal de Cuentas europeo siempre ha sido consciente de que no todas las políticas del presupuesto de la Unión están afectadas del mismo tipo y grado de riesgo. Mientras que el **riesgo inherente al área de gastos administrativos** es muy bajo, el riesgo inherente a las **políticas de cohesión** es muy elevado, aunque solo sea por la complejidad de la legislación. El riesgo de error también varía en función de los **tipos de programas y, en particular, de los tipos de gestión**. La gestión **directa** realizada por la propia Comisión es menos propicia a errores que la gestión **compartida**. Ahora bien, es muy importante distinguir, en este tema, lo que sea **la tasa de error material** desde el punto de vista del control externo y que se guía por normas internacionales de auditoría y lo que sea **el nivel de riesgo tolerable** desde el punto de vista político que se guía por consideraciones de ese orden político.

En opinión del Tribunal de Cuentas europeo, corresponde a las instituciones políticas (**Parlamento y Consejo**) **la adopción de la decisión sobre el nivel de error tolerable** en el momento de la aprobación de los programas de gasto para su valoración posterior en el momento de la descarga. Sin embargo, la definición de **la tasa de error material corresponde efectuarla al auditor externo** con arreglo a normas internacionales de auditoría. Esta distinción es la que nos permite entender que el Tribunal europeo haya dado durante casi veinte años una declaración de fiabilidad negativa sobre la legalidad y regularidad de las operaciones subyacentes a las partidas presupuestarias ejecutadas por la Comisión mientras que el **Parlamento europeo ha concedido siempre** (con excepción de la Comisión Santer) **la descarga política a la Comisión**.

El actual art. 28 ter del Reglamento Financiero, que lleva por título “Riesgo de error admisible”, regula que la Autoridad Legislativa determinará... un nivel de riesgo admisible para un grado de agregación apropiado del presupuesto. El nivel de riesgo de error admisible se basará en un análisis de los costes y los beneficios de los controles”.

De las dos últimas observaciones que acabo de hacer sobre lo que se

pretende del control del Tribunal de Cuentas europeo, es decir, que haya una declaración de fiabilidad por país y que haya una distinta tasa de error por actividad o grupo de actividades, quizás pudiera pensarse que se pretende modificar, en relación a lo que hoy dice el Tratado, el control externo del presupuesto europeo.

VI.- Observaciones finales.

- 1) El control de los fondos públicos es una pieza esencial del control del poder público.
- 2) Mucha información y muchos controles pueden volverse en contra y proporcionar menos control e información.
- 3) El control de los fondos públicos no puede depender de la forma en que se ejerzan las funciones o servicios públicos a los que están destinados aquellos fondos (art. 53 RF): gestión directa, indirecta o compartida con los Estados miembros.
- 4) Continuas medidas contra el fraude y la corrupción y la contradicción con la supresión de órganos de control (caso de Castilla-La Mancha, supresión del control externo). La contradicción es vender como medida de control del gasto la supresión de órganos de control del gasto.
- 5) Ante casos de corrupción y fraude se dice: "Si estos casos se conocen quiere decir que el control ha funcionado". Sin embargo, la mayor parte de los casos se originan por denuncia (de una novia despechada, de un trabajador de banco descontento o de un concejal frustrado, etc.)
- 6) La supresión del control previo a priori (legalidad) y su sustitución por el control situado en los órganos de gestión (tendencia anglosajona) puede ser teóricamente aceptable pero debería hacerse compatible con aquél, aplicándose de forma aleatoria y no en todos los casos, al igual que funcionan los planes de la inspección de Hacienda.

VII.- XII PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ.

Los Premios Luis Pascual González continúan dando lugar a producciones muy interesantes que enriquecen el acervo doctrinal centrado de nuestro Derecho civil propio. Nuevamente ha sido el Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio el que ha motivado los afanes de nuestros investigadores, tal como ocurrió, asimismo, con relación a la pasada edición. En esta ocasión ha sido la Profesora de Derecho civil de la UIB Cristina Gil Membrado la que ha hecho un completo e interesante trabajo centrado en dos aspectos de dicha ley: la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante por las obligaciones destinadas al levantamiento de las cargas familiares y el deber de información entre cónyuges.

Es una satisfacción insertar a continuación dicho trabajo, que se inicia con referencias a dos apartados que constituyen presupuestos de las materias a tratar, como son la concepción de la separación de bienes como régimen legal supletorio en nuestra Comunidad Autónoma y el concepto de cargas familiares, como antecedente preciso para la determinación de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante. Centrándose en esta última se estudian especialmente los elementos y presupuestos de esta especial responsabilidad, las divergencias que, entre los regímenes de Mallorca y Menorca de una parte, y las Pitiusas de otra, se aprecian en el Anteproyecto, la distinción entre cargas y necesidades ordinarias de la familia y la consideración de que la subsidiariedad de esta especial

responsabilidad se aviene mejor que la solidaridad con el régimen de separación de bienes.

Por lo que atañe al deber de información entre cónyuges, se expone en el trabajo que a continuación se inserta que esta información no tiene porqué ser pormenorizada, pero sí debe ser suficiente para que los cónyuges tengan cabal conocimiento de los recursos y disponibilidades económicas de su consorte, a fin de establecer, con suficiente fundamento, la contribución a las cargas, así como para saber cuando entrará en juego la responsabilidad subsidiaria del no contratante de las cargas familiares, dada la necesaria y previa excusión de bienes del que contrató.

Los estudios que se han venido haciendo sobre estas materias —que, casualmente, han coincidido en el hecho de haber merecido los Premios Luis Pascual González en sus ediciones XI y XII— demuestran el interés con el que, en los ámbitos jurídicos, se espera que este Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio se convierta, de una vez por todas, en una verdadera ley dictada por nuestro Parlament.

**VII.1- LA RESPONSABILIDAD DEL
CÓNYUGE NO DEUDOR ANTE TERCEROS
POR OBLIGACIONES CONTRAÍDAS
EN EL SOSTENIMIENTO DE LA FAMILIA
Y EL DEBER DE INFORMACIÓN ENTRE CÓNYUGES
EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE
RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.**

Cristina Gil Membrado

SUMARIO.

**I. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL LEGAL EN BALEARES:
LA SEPARACIÓN DE BIENES.**

A. Los regímenes económico matrimoniales.

B. La separación de bienes en Baleares.

i. Antecedentes.

ii. La Compilación de Derecho Civil de les Illes Balears.

iii. El Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial de Matrimonio.

II. EL SOSTENIMIENTO DE LA FAMILIA.

A. Orígenes del deber de contribuir.

B. Alcance del deber de contribuir.

C. Aplicación analógica de la Ley de Parejas Estables.

D. Postura del Anteproyecto ante las cargas.

- i. ¿Qué son cargas familiares?
 - 1. Alimentos.
 - 2. Especial referencia a la vivienda familiar.
 - a. La conservación.
 - b. El arrendamiento.
 - c. La adquisición.
 - 3. Atenciones de previsión, médicas y sanitarias.
 - 4. Bienes privativos utilizados por la familia.
- ii. Los usos y el nivel de vida de la familia.

E. Obligados.

F. Beneficiarios.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE NO CONTRATANTE EN EL ANTEPROYECTO.

A. ¿Es un elemento ajeno a la separación de bienes?

B. Fundamento.

C. Régimen de responsabilidad en la Compilación.

i. En Mallorca y en Menorca.

ii. En Ibiza y en Formentera.

D. La regulación por el Anteproyecto.

i. La distinción entre cargas y el más restringido concepto de las necesidades y gastos familiares.

ii. La responsabilidad frente a terceros.

1. Por las obligaciones contraídas en el ejercicio de la dirección de la casa.

2. Por las obligaciones contraídas al margen del ejercicio de la dirección de la casa.

iii. Solidaridad o subsidiariedad.

E. Derecho comparado.

IV. EL DEBER DE INFORMACIÓN.

A. Alcance del deber de informar.

B. La constitucionalidad del deber de informar entre cónyuges.

C. La fijación por el Anteproyecto del deber de informar.

i. La naturaleza de la obligación de informar.

ii. Cuándo y cómo informar.

V. CONCLUSIÓN.

VI. TABLA DE JURISPRUDENCIA.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

El objeto de este trabajo que se presenta al XII Premio Luis Pascual González convocado por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears versa sobre la aproximación al régimen de la responsabilidad del cónyuge que no participa en la contratación de las obligaciones tendentes al sostenimiento de la familia y las particulares a la luz de nuestro Derecho Civil propio.

Previamente a ello es necesario analizar el alcance del término cargas familiares, o el más restringido que corresponde a las necesidades y gastos familiares ordinarios de acuerdo a los usos y al nivel de vida de la familia.

Con posterioridad, abordaremos el mecanismo que coadyuva a que los cónyuges determinen las necesidades de la familia en relación a sus circunstancias y a los usos que no es sino la obligación recíproca que tienen de informarse sobre su situación patrimonial.

El interés que reviste la materia radica en lo que de «comunitario» puedan imprimir estos elementos en un régimen de absoluta separación de bienes, por lo que cualquier matiz que se introduzca o desaparezca en la modificación o en el desarrollo de nuestro Derecho Civil debe ir precedido de una serena reflexión.

Es por ello que abordamos la regulación contenida en la Compilación de Derecho Civil de les Illes Balears¹ —en adelante CDCIB o Compilación— y la proyectada mediante el Avantprojecte de Llei de Règim Patrimonial del Matrimoni², todo ello ilustrado con la doctrina de expertos en la materia y con la jurisprudencia, así como con lo que de beneficioso pueda resultar la comparación con la normativa propia de las distintas comunidades autónomas sobre régimen económico matrimonial y la establecida por el Código Civil, sin olvidar especialmente el sistema de aplicación integradora de la norma que la Compilación reserva a la tradición jurídica balear, además de su valor interpretativo.

I. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL LEGAL EN BALEARES: LA SEPARACIÓN DE BIENES.

El matrimonio produce una serie de efectos y de consecuencias jurídicas que se traducen en una situación que se presenta como un haz de derechos y de obligaciones que tradicionalmente se han situado en la esfera personal y en la patrimonial.

1.- Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de les Illes Balears (BOIB núm. 120, de 2.10.1990).

2.- Utilizaremos el texto en exposición pública el 17 de septiembre de 2103. Versión publicada en www.caib.es/govern/archivo.do?id=1604777

Así, por un lado, los efectos personales son los referidos a la vida en común, mientras que los patrimoniales dimanar de las relaciones económicas que mantienen los cónyuges y las de estos con los terceros.

Los efectos patrimoniales del matrimonio dependerán, en gran medida, del régimen económico por el que se rija la economía del matrimonio.

El régimen económico matrimonial puede definirse como un conjunto de reglas que tiene como finalidad la de dotar de un régimen especial a los intereses patrimoniales de los cónyuges, tanto en sus relaciones entre sí como en las relaciones con terceros¹.

A. Los regímenes económico matrimoniales.

Hay un gran abanico de posibilidades a la hora de elegir el régimen económico conyugal¹, entre un régimen en el que todos los bienes del matrimonio pasan a ser comunes², las distintas posibilidades intermedias en las que coexiste el patrimonio común integrado con las ganancias habidas con posterioridad al matrimonio³ con los patrimonios privativos de los cónyuges, hasta la separación más absoluta en la que los cónyuges mantienen con independencia sus patrimonios sin que se comuniquen en absoluto⁴.

3.- En este sentido, MORENO MARTÍNEZ, J.A., «Título III (Libro IV del Código Civil) Del régimen económico matrimonial», en RAMS ALBESA, J.; MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coords.), *El régimen económico del matrimonio*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 14.

4.- Puede ser legal o paccionado. Estos se realizan por medio de un convenio entre los cónyuges a modo de capítulos o capitulaciones matrimoniales -con la incidencia en nuestro estudio de los *espólits* a los que luego nos referiremos-. El régimen legal deriva o bien de la aplicación directa de la ley o bien de esta como supletoria.

5.- En este caso se constituye una masa común integrada por todos los bienes de los cónyuges, sean presentes o futuros, adquiridos a título oneroso o gratuito. Este régimen está vigente en el Derecho de Vizcaya, en los municipios de Llodio y Aramayona, en Álava, en territorios de Extremadura sujetos al Fuero de Baylió y también tiene su encaje en ciertas comarcas catalanas como pacto por mitad o *agermanament*.

6.- Así sucede con el sistema de bienes gananciales, que es un régimen de comunidad limitada, donde coexiste además del patrimonio ganancial, un patrimonio privativo de cada cónyuge, y que se plasma en los artículos 1344 a 1410 del Código Civil, como régimen legal supletorio de primer grado en defecto de capitulaciones o ante la ineficacia de estas. Encuentra también reflejo este régimen en las conquistas en Navarra, en el consorcio conyugal aragonés y en algunos supuestos en Vizcaya y en Álava.

También es exponente de estas alternativas intermedias el régimen de participación, que a todos los efectos se asimila al de separación de bienes durante la vigencia del matrimonio y en el momento de la disolución se liquida de modo similar a un régimen de comunidad, ya que uno de los cónyuges tiene derecho a participar en las ganancias del otro durante la vigencia del matrimonio, mediante el cálculo del patrimonio inicial y del final de cada cónyuge, dividiendo por mitad la suma de la ganancia de cada uno de ellos.

7.- En el régimen de separación de bienes cada cónyuge es propietario de los bienes obtenidos antes y durante el matrimonio. Puede administrar su patrimonio con libertad y actuar con independencia. Este régimen está vigente en Cataluña, Baleares y Valencia.

Los cónyuges tienen plena libertad para elegir el régimen económico matrimonial al que van a sujetar sus relaciones patrimoniales, pero a falta de pacto entra en juego el régimen supletorio previsto legalmente. En realidad el ordenamiento jurídico establece uno o varios sistemas típicos y ofrece a los interesados la posibilidad de fijar otro o de modificar el legalmente establecido para que sea este el que rija sus relaciones patrimoniales. Si no establecen pacto al respecto o bien este es considerado ineficaz el matrimonio regirá sus relaciones patrimoniales por el que la normativa a la que se sujete⁸ determine.

B. La separación de bienes en Baleares.

El régimen legal previsto en Baleares a falta de capitulaciones matrimoniales⁹ o de *espòlits*¹⁰ es la separación de bienes. Se caracteriza este régimen porque cada cónyuge conserva la titularidad de lo que tenga en el momento en que entre en funcionamiento, así como de lo que adquiera durante su vigencia con independencia de cuál sea el título de adquisición¹¹.

8.- A falta de capitulaciones matrimoniales los efectos económicos del matrimonio se regulan por la ley que se aplica de modo supletorio de acuerdo a lo previsto en el artículo 9.2 CC, es decir, en función de la ley personal común de los cónyuges, a falta de ella, por la ley personal o de la residencia habitual de uno de ellos elegida por ambos en documento auténtico antes de celebrar el matrimonio, o en su defecto por la ley de la residencia habitual común tras la celebración, o en su defecto por la del lugar de celebración del matrimonio.

La ley personal se determina por la vecindad civil tal y como determina el artículo 16.1 CC.

Estas normas de conflicto son competencia estatal exclusiva de acuerdo a lo previsto por el artículo 149.1.8 CE, y así lo afirmó el Tribunal Constitucional con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad y por ello la nulidad del inciso «y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil» tal y como rezaba el artículo 2 párrafo primero de la Compilación de Derecho Civil de Baleares en la redacción dada por el artículo único del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre. STC. 6.5.1993 (RTC\1993\156).

9.- Las capitulaciones matrimoniales son un contrato que, entre otros aspectos, puede regular el régimen económico al que se sujeta el matrimonio (en el Código Civil vienen recogidas en el artículo 1315). En Baleares los Capítulos han venido organizando la familia, tanto desde el ámbito familiar como desde el sucesorio —su función histórica ha sido organizar la «Casa»—. En Ibiza, los *espòlits* conforme a lo establecido por el artículo 66.2 CDCIB cumplen esta función. En Mallorca, conforme al artículo 3.1 y en Menorca, de acuerdo al artículo 65 de la CDCIB, determinan el régimen económico. A falta de Capítulos el régimen legal es el de separación de bienes tal y como establece el artículo 3.1. Sobre este tema en profundidad véase FERRER VANRELL, M.P., «Los capítulos matrimoniales como negocio jurídico: su función, concepto y presupuesto. Antecedentes», en FERRER VANRELL, M.P. (coord.), *Lecciones de Derecho Civil Balear*, 2ª ed., Palma, 2003, págs. 201 y ss.

10.- CARDONA GUASCH, O., «Los *espòlits*», en FERRER VANRELL, M.P. (coord.), *Lecciones de Derecho Civil Balear*, 2ª ed., Universitat de les Illes Balears, Palma, 2003, págs. 210 y ss.

11.- La atribución del régimen de separación de bienes a falta de pacto viene dada por la ley personal común al tiempo de contraerlo —siendo que la ley personal se determina por la vecindad civil de acuerdo al artículo 16.1.1ª CC—. En caso de que la vecindad civil de los contrayentes no sea común se aplicarán las normas de conflicto previstas por el artículo 9.2 CC.

Sin perjuicio de que el régimen de separación de bienes se regula tanto en el Código Civil como en los derechos civiles de vigencia prioritaria en distintos territorios¹², no se observa una regulación idéntica pese a lo que pueda parecer al utilizar la misma nomenclatura¹³, por lo que siendo el objeto de este trabajo nos centraremos en los efectos patrimoniales que lleva consigo la adopción de este sistema en Balears, tanto mediante la aproximación al vigente texto de la CDCIB como al venidero Avantprojecte de Llei de Règim Patrimonial del Matrimoni.

Nos centraremos, en particular, en la responsabilidad del cónyuge no contratante en el sostenimiento de la familia y en el deber de información recíproca de los cónyuges en relación a su situación económica.

i. Antecedentes.

Siguiendo a FERRER VANRELL¹⁴ el régimen legal de separación de bienes resultó del desuso del régimen dotal.

RIPOLL Y PALOU defendió el régimen de separación de bienes argumentando que en nuestro territorio «los bienes gananciales [...] son [...] desconocidos. La completa separación de patrimonios entre el marido y la mujer [...] presta [...] tal distintivo a la familia, que sería difícil en su actual organización que pudiera acomodarse a otro sistema»¹⁵.

12.- Baleares, Cataluña, Navarra y Valencia.

13.- Véase JIMÉNEZ GALLEGO, C., «La separación de bienes como régimen económico del matrimonio en el derecho comparado español», *Jornadas de Derecho Civil Balear con motivo del 50 aniversario de la Compilación*, Colegio Notarial de las Islas Baleares, Palma, 2012, págs. 77 y ss.

14.- MONSERRAT QUINTANA se refiere a la dote romana como la que ha regido en el Derecho Civil Balear, siendo un conjunto de bienes o cosas singulares que la mujer, u otra persona por ella, entrega al marido, con la finalidad de atender al sostenimiento de las cargas matrimoniales. Por su parte, el régimen dotal es el que rigió en Baleares, especialmente en Mallorca, como antecedente inmediato del régimen de separación de bienes –se apoya en palabras de FERRER VANRELL–.

MONSERRAT QUINTANA, A., «Lección 20: La dote y las instituciones paradotales: el excreix», en FERRER VANRELL, M.P. (coord.), *Lecciones de Derecho Civil Balear*, Universitat de les Illes Balears, 2ª edic. revis., Palma, 2003, pág. 218.

FERRER VANRELL, M.P., «La determinación de las masas patrimoniales; titularidades dudosas y la protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación de bienes en la Compilación Balear», *Jornadas de Derecho Civil Balear con motivo del 50 aniversario de la Compilación*, Colegio Notarial de las Islas Baleares, Palma, 2012, pág. 114.

Véase también FERRER VANRELL, M.P.; MUNAR BERNAT, P.A., *Materials precompilatoris del Dret Civil de les Illes Balears*, UIB-Parlament de les Illes Balears, Palma, 2002.

15.- Citado por FERRER VANRELL, M.P., «La determinación de las masas patrimoniales...», *op.cit.*, pág. 115. Hace referencia según describe la autora a la Memoria de RIPOLL Y PALOU sobre las Instituciones de Derecho Civil de las Baleares. Escrito conforme a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880. Imprenta de la Casa de la Misericordia. Palma, 1885, pág. 227.

Se establece este régimen como supletorio a falta de capítulos en los Proyectos de Apéndice al Código Civil del Derecho Balear redactados en 1903, en 1920 y en 1949¹⁶.

Se ha afirmado con certeza que el régimen económico conyugal se ha convertido en «piedra fundamental de la construcción jurídica del hogar mallorquín»¹⁷. No es en vano que si acudimos a la Exposición de Motivos de la Ley 8/1990, de 28 de junio¹⁸, al referirse al Libro I sobre disposiciones aplicables a la Isla de Mallorca señala respecto a las normas relativas al régimen económico matrimonial, que no puede sino mantenerse la separación de bienes atendiendo al fuerte «arraigo en las costumbres mallorquinas, su inveterada tradición y general aceptación popular, como lo prueba el hecho de que sea insólito el otorgamiento por parte de mallorquines, de capitulaciones matrimoniales para pactar regímenes distintos»¹⁹.

El rasgo fundamental del régimen de separación de bienes es la inexistencia de una masa común, al margen de que los cónyuges sean copropietarios de las adquisiciones conjuntas.

Lo anterior entronca con la plena libertad en relación a las facultades de administración y de disposición de los bienes por parte de ambos cónyuges que tradicionalmente ha existido en Baleares, de modo que la mujer al contraer matrimonio nunca ha visto mermada su capacidad de obrar como ha sucedido históricamente en los territorios de derecho común.

Así, en esta línea, la Exposición de Motivos de la Ley 8/1990, de 28 de junio señala como hitos demostrativos el Styl 11 de las Ordinacions de Mossèn Erill de 1344 en cuanto muestra de que la mujer casada mallorquina podía afianzar a su marido, al margen de la prohibición romana.

Apunta la autora cómo en el Apéndice a la Memoria de 1880 RIPOLL no lo denomina expresamente régimen de separación de bienes, ya que regía el régimen dotal. No obstante sí que alude al primero negando la vigencia en Baleares del régimen de gananciales: «no existe en el territorio Balear la sociedad legal entre los cónyuges, y por lo mismo no resultan del matrimonio bienes gananciales. Cada cónyuge conserva la propiedad de sus bienes sin consideración al vínculo matrimonial».

16.- Véase FERRER VANRELL, M.P., «La determinación de las masas patrimoniales...», *op.cit.*, pág. 115.

17.- AAP Baleares, 29.12.2003 (AC\2004\350). En el mismo sentido se pronuncia la STSJ Baleares, 3.9.1998 (RJ\1998\8505).

18.- Ley 8/1990, de 28 de junio, que modifica la Compilación de 19 de abril de 1961 (BOIB núm. 86, de 17.7.1990).

19.- Señala igualmente como el régimen de separación de bienes ha sido perfeccionado progresivamente y muestra de ello es la supresión de instituciones hoy injustas y obsoletas como la presunción muciana y la cuarta marital que fueron eliminadas por los compiladores de 1961.

También es sintomático de ello el hecho de que la dote no haya tenido según la tradición carácter obligatorio.

«En este último aspecto vale la pena resaltar, además, que tal régimen económico conyugal, «piedra fundamental de la construcción jurídica del hogar mallorquín» (en expresión de Félix Pons Marqués), ha sido objeto a lo largo de la historia de Mallorca de un perfeccionamiento progresivo, que ha conllevado la supresión de instituciones obsoletas o injustas (como, por ejemplo, la presunción muciana, la cuarta marital y la Ley «Hac Edictali» instituciones eliminadas por los compilares de 1961); y ha tenido hitos de progresividad no sólo en el Styl 11 de las Ordinacions de Mossen Arnal d'Erill de 1344 (en relación con la posibilidad de la mujer mallorquina de afianzar a su marido renunciando al Senado consulto Veleyano), sino, sobre todo, ya en nuestros tiempo, a través de la ya citada Ley 8/1990, de 28 junio, aprobada por el Parlamento de las Islas Baleares: Ley a través de la cual, respetándose el arraigo del sistema de separación absoluta de bienes en la conciencia jurídica y en las costumbres del pueblo mallorquín, se retocaron o modificaron una serie de preceptos de la anterior Compilación de 1961, para adecuarlos a los principios de la nueva Constitución Española y para adaptarlos a la realidad social actual y a las necesidades del momento presente. Así, se introdujeron modificaciones tendentes a una mayor protección de la familia, se reguló el modo de contribuir al levantamiento de las cargas familiares, se abrió la posibilidad de que la autoridad judicial adopte medidas encaminadas a conseguir mayor rentabilidad del patrimonio del cónyuge que no genere recursos, se recogió el principio de que los cónyuges puedan celebrar entre sí toda clase de contratos, y se suprimió la presunción de copropiedad de los bienes no privativos, limitándola solamente a los bienes integrantes del ajuar doméstico»²⁰.

De modo paralelo, sin menoscabar esta autonomía entre los cónyuges, el ordenamiento ha ido introduciendo modificaciones con el propósito de instrumentar una mayor protección a la familia, entre las que destaca el régimen de la contribución de ambos cónyuges al sostenimiento de las cargas familiares.

En definitiva, respetándose el sistema de separación absoluta de bienes que tradicionalmente ha regido en la conciencia jurídica y en las costumbres, la norma se ha ido adaptando a la realidad social y en particular a los

20.- STSJ Baleares, 3.9.1998 (RJ\1998\8505).

principios de la Constitución Española. Con ello, se consigue una regulación «completa y sin fisuras, actualizada [...] una regulación que aúna la tradición jurídica de la isla con la progresividad de los tiempos modernos y que tiene como eje axial [...] el principio de separación absoluta de bienes de los esposos, con la consiguiente capacidad de cada uno de ellos para realizar por sí solo (art. 3 de la Compilación) cualesquiera actos o negocios de dominio, administración, disfrute y disposición de sus propios bienes, si bien ello con la obligación de atender al levantamiento de las cargas del matrimonio de conformidad con lo que establece el artículo 4 de la misma»²¹.

ii. La Compilación de Derecho Civil de les Illes Balears.

En materia de régimen económico matrimonial en Baleares, y ya abordando la regulación vigente, el artículo 1 de la CDCIB, en su párrafo primero establece que el Derecho Civil de las Islas rige con preferencia al Código Civil y demás leyes estatales, a tenor de lo establecido en la Constitución Española y en el Estatuto de Autonomía –con la excepción de que determinadas normas de carácter civil, de acuerdo a lo previsto por el artículo 149.1.8 CE, son de aplicación directa y general–.

Actualmente el régimen económico matrimonial legal en Baleares se rige por la CDCIB teniendo en cuenta su integración e interpretación considerando los principios generales informadores, así como las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas –conforme a lo que dispone el párrafo 2º del citado artículo de la CDCIB–.

En defecto de Ley y de Costumbre, será de aplicación de modo supletorio el Código Civil y demás normas estatales, siempre y cuando estas normas no se opongan a los principios de su ordenamiento jurídico, conforme determina el párrafo 3º del artículo 1 de la CDCIB.

La CDCIB ha venido ofreciendo una «regulación completa, coherente y armónica de los efectos patrimoniales de los matrimonios»²² sujetos a nuestro Derecho Civil. Una vez por sentado lo anterior, en ocasiones es preciso acudir al Código Civil a los efectos de colmar una laguna, un vacío o una imprecisión. No obstante, es necesario constatar previamente si existe una costumbre o principio informador balear que regule la cuestión, por ser estos derecho supletorio en defecto de Ley preferente al Código Civil y a otras normas estatales. De no ser así, todavía habría que examinar si el derecho supletorio estatal que se pretenda aplicar es contrario a estos principios, ya

21.- AAP Baleares, 29.12.2003 (AC\2004\350).

22.- STSJ Baleares, 3.9.1998 (RJ\1998\8505).

que atendiendo al artículo 1, apartados segundo y tercero de la CDCIB, no es posible aplicar como supletorio un ordenamiento que pugne con la tradición jurídica balear²³.

En la materia que nos ocupa, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en Sentencia de 3 de septiembre de 1998²⁴ viene a sostener, en la línea ya expuesta, que el Título I del Libro I de la Compilación contiene una regulación completa, coherente y armónica de los efectos patrimoniales de los matrimonios sujetos a sus disposiciones, que se asienta fundamentalmente en el principio de separación absoluta de bienes.

«El estudio del Título I del Libro I de la «Compilación de Derecho Civil de Baleares» (en la redacción dada al mismo por la Ley del Parlamento Balear 8/1990, de 28 junio) permite concluir que dicho título contiene una regulación completa, coherente y armónica de los efectos patrimoniales de los matrimonios sujetos al Derecho Civil de Mallorca: Una regulación que, dejando a salvo el derecho y la libertad de los cónyuges para pactar, antes o después de la celebración del matrimonio, el régimen económico que más les conviniere, se asienta y fundamenta, para los demás, en el sistema de absoluta separación de bienes, con las concretas consecuencias que del mismo se derivan, que están debidamente reguladas y matizadas en el texto de la Compilación»²⁵.

En concreto, el artículo 3.1 de la Compilación establece el régimen de separación de bienes²⁶, a falta de capitulaciones, como el que regirá en Mallorca, y tomando en consideración que el artículo 65 del mismo texto establece como aplicables las previsiones del Libro I, salvo excepciones que no afectan al objeto de estudio, a la isla de Menorca, a esta también le será de aplicación dicho régimen.

«El régimen económico conyugal será el convenido en capitulaciones, formalizadas en escritura pública, antes o durante el matrimonio, y, a falta de ellas, el de separación de bienes»²⁷.

23.- Véase sobre el particular MUNAR BERNAT, P., «Disposición de la vivienda familiar y donaciones entre cónyuges. Algunas consideraciones críticas sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio de 2013». XI Premio Luis Pascual González. En prensa.

24.- STSJ Baleares, 3.9.1998 (RJ\1998\8505).

25.- Ídem.

26.- Véase CLAR GARAU, R., «Régimen matrimonial de separación de bienes en el Derecho Foral Balear», *Jornada de Derecho Foral*, Libro homenaje al illtre. Sr. D. Félix Pons Marqués. Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, Palma, 1973; MASOT MIQUEL, M., *El régimen económico matrimonial en la Compilación de Derecho Civil especial de Baleares*, Temis, Zaragoza, 1962.

27.- Art. 3.1 CDCIB.

El régimen de separación de bienes vigente, de acuerdo a lo previsto por el artículo 3.2 de la Compilación implica que «cada cónyuge estará facultado para realizar cualesquiera actos o negocios de dominio, administración, disfrute y disposición de sus bienes».

«Sin perjuicio queda a salvo lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Compilación: «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 objetos artísticos e históricos de considerable valor. Al fallecimiento de uno de los cónyuges, corresponderán aquéllos en propiedad al sobreviviente, sin computárselos en su haber».

Por su parte, el libro III —para Ibiza y Formentera— establece igualmente la separación de bienes como régimen económico a falta de *espòlits*²⁸, de acuerdo a lo previsto en los artículos 66 y 67.

«El régimen económico conyugal será el convenido en capitulaciones matrimoniales, nombradas «espòlits», que podrán otorgarse antes o durante el matrimonio, necesariamente en escritura pública»²⁹.

«En defecto de «espòlits», el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes, que reconoce a cada cónyuge el dominio, disfrute, administración y disposición de sus bienes propios»³⁰.

En su momento, la Compilación de Derecho Civil Especial de las Islas Baleares de 1961³¹ fue reformada por la Ley 8/1990 con el objeto de adaptar su texto a la Constitución Española, que en lo que nos interesa para el

28.- «Capitulación matrimonial verdaderamente típica y entrañable, especialmente entre las familias campesinas, comprensiva de un conjunto de contratos unidos a la ley de sucesión familiar», ZAFORTEZA DE CORRAL, L., *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo. Antecedentes, Documentos y Actas*. Universitat de les Illes Balears, Palma, 1992, pág. 178.

Véase CAVANILLAS MÚGICA, S., «Espòlits, carácter sinalagmático, no aplicación a adquisiciones posteriores a la separación de hecho», *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 17, 1991; COSTA RAMÓN, J., «Los Espòlits o capitulaciones matrimoniales», *Revista de Ibiza*, núm. 27, 1948.

29.- Art. 66,1 CDCIB.

30.- Ídem.

31.- Fue uno de los hitos que motivaron su reforma la eliminación del término «especial», puesto que tras la entrada en vigor de la Constitución Española los derechos civiles de las distintas regiones no suponen un derecho de excepción frente al Código Civil, sino más bien un derecho común de vigencia prioritaria en los distintos territorios. Así se puso de manifiesto en las Conclusiones del Congreso Nacional de Jurisconsultos españoles sobre «Los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución», Zaragoza, 1981. Así reza la Exposición de Motivos de la Ley 8/1990, de 28 de junio, que modifica la Compilación de 19 de abril de 1961 (BOIB núm. 86, de 17.7.1990).

objeto de nuestro trabajo supuso un avance en la protección de la familia instrumentada a través del principio de la obligación de los cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

Como muestra de que nuestro Derecho está vivo, en ciernes se aproxima un nuevo texto, esta vez en forma de Ley especial completa, sectorial sobre el régimen patrimonial del matrimonio, con el objeto de adaptar la institución propia a las nuevas realidades y a las necesidades de los habitantes de Ses Illes.

iii. El Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio.

Conforme relata su Exposición de Motivos, el Anteproyecto de Ley fue elaborada en sus inicios por la Comissió Assessora de Dret Civil de les Illes Balears y posteriormente teniendo en cuenta las aportaciones y trabajos del Consell Asesor del Dret Civil Propi d'Eivissa i Formentera.

Los materiales que han servido de base para la discusión y para la elaboración del texto son el Anteproyecto y el Proyecto de modificación del Título I, del Libro I de la Compilación entregado al Govern por la Comissió Assessora de Dret Civil de les Illes Balears respectivamente en el año 2004 y en el 2007, las diferentes normas de las distintas Comunidades Autónomas relativas al régimen económico matrimonial y la familia que se han promulgado en los últimos años, la doctrina y la jurisprudencia más reciente, así como las propuestas presentadas por el Consell Assessor de Dret Civil Propi d'Eivissa i Formentera.

El Avantprojecte de Llei de Règim Patrimonial del Matrimoni, deja a un lado la reforma de la CDCIB y se estructura como una ley especial, aplicable de modo general al territorio balear, si bien respetando las especialidades propias de Ibiza y de Formentera a imagen y semejanza de lo que hace la CDCIB en su Libro III³². En el caso de esta Ley es el Título VII el que recoge el régimen aplicable a estas islas.

32.- VILA RIBAS parte de la efectiva existencia en Ibiza y en Formentera de un derecho consuetudinario y singular respecto del resto de las islas. Muestra de ello hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1986 acerca del régimen aplicable a un matrimonio entre un vecino de Formentera y su esposa canaria en el sentido de que «no es la Compilación quien sujeta el matrimonio celebrado en mil novecientos cincuenta y uno al régimen de separación absoluta de bienes, sino la costumbre cuya existencia y régimen se descubren a través de su ulterior acogida en el texto compilado». Al margen de ello, la autora ve en la arquitectura de la Compilación la influencia del azar –para ello se apoya en la tesis sostenida por CERDÁ GIMENO en «Breves reflexiones sobre la insularidad y la temática de la Codificación Civil», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXIX, págs. 419-420. Sostiene el

El texto del Anteproyecto deriva del marco competencial establecido por el artículo 149.1.8ª de la Constitución Española en cuanto que delimita la competencia en legislación civil y por el artículo 30.27 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears de 2007³³ en tanto en cuanto asume dicha competencia, es decir, la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio de les Illes Balears.

La Exposición de Motivos relata cómo los treinta años de competencia legislativa sobre derecho civil propio han estado presididos por un estado de atonía, y con esta norma se pretende instaurar la primera pieza de un diseño de política legislativa dirigido a renovar y a impulsar el derecho civil propio.

Si bien la Compilación, hasta el momento, ha servido para la conservación del derecho civil propio, la nueva realidad social y las necesidades de los habitantes de Ses Illes imponen la necesidad de apelar a las otras competencias –la modificación y el desarrollo– con el objeto de que las instituciones de derecho civil propio se adapten a los tiempos actuales.

La primera novedad es el cambio en la técnica legislativa, ya que se opta por la elaboración de una ley sectorial especial derogadora parcialmente de los preceptos de la Compilación sobre la materia. Se es consciente, no obstante, y así se deriva de la Exposición de Motivos, que ello supondrá más adelante decidir si se mantiene la dispersión normativa sectorial, o bien se refunden estas normas en una nueva Compilación o cuerpo de derecho civil propio.

Como reza la propia Exposición de Motivos el texto se denomina «de régimen patrimonial del matrimonio», en lo que late la idea de incluir los distintos aspectos patrimoniales derivados del hecho de contraer matrimonio

autor que, a consecuencia de una copia del Anteproyecto que llega al Notario de Ibiza Cruz Carraseo, éste convoca a las fuerzas vivas, integradas por expertos payeses en particiones sucesorias y profesionales, procediendo en un tiempo record a la elaboración de un Anteproyecto en 1960, que prácticamente es aceptado en su integridad-. Por otro lado, la autora achaca la estructura al deseo de la Comisión de Juristas de Ibiza que consideraron «que ni por el origen del derecho de Ibiza y Formentera, 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 Mallorca, y hay que afirmar por el contrario, su más próximo parentesco con el derecho foral catalán» –de acuerdo al «Acta de la sesión celebrada por la Comisión de Juristas de Ibiza» de ZAFORTEZA DE CORRAL en *La Compilación de Derecho Civil de Baleares a través de su proceso formativo. Antecedentes, Documentos y Actas*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 1992. VILA RIBAS, C., «El régimen económico legal del matrimonio en las islas de Ibiza y Formentera», en LLEDÓ YAGÜE, F., FERRER VANRELL, M.P. (dir.), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010-.

33.- Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de les Illes Balears (BOIB núm. 32, de 1.3.2007).

de un modo completo, con el objeto de que no sea necesario acudir a regulaciones supletorias y superador de una regulación del régimen económico para las distintas islas, como recoge la Compilación.

MONSERRAT QUINTANA en las Jornadas de Derecho Civil Balear con motivo del 50 aniversario de la Compilación señala que en materia de régimen económico matrimonial, cada vez la legislación balear se aproxima más al Código Civil. Muestra de ello aduce la similitud entre los artículos 3 a 5 de la Compilación, y el Título III, Capítulo Primero, Disposiciones Generales, artículos 1315 a 1324 del Código Civil. Señala que el artículo 1438 del Código Civil aun encontrando identidad con el artículo 4.1 de la Compilación es mejor desde un punto de vista técnico. Aconseja el autor ir adaptando determinadas disposiciones del Código Civil a la Compilación, especialmente en lo que se refiere al régimen de separación de bienes³⁴.

«Hay que concluir, pues, en relación con las cuestiones planteadas en el anterior fundamento de Derecho (y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá), que, ante la existencia de una Ley –la Compilación de Derecho Civil de Baleares– que es la aplicable al supuesto fáctico planteado, cuyas previsiones aportan la solución legal, completa y adecuada al mismo, no puede ni plantearse la posibilidad de aplicar al caso otra fuente legal distinta: Ni las normas supletorias establecidas en la propia Compilación Balear (a las que sólo podría recurrirse « en defecto de la ley», artículo 1.3 Compilación); ni, menos, el Código Civil (última norma supletoria), cuya inaplicabilidad, por demás, resulta patente ya que el régimen conyugal mallorquín está informado por un principio con fuerza expansiva propia (el principio de separación de bienes); que, en el peor de los casos, sería de aplicación preferente a dicho Código Civil, a efectos de colmar, por la vía de la integración, cualquier laguna detectable en la regulación del caso»³⁵.

II. EL SOSTENIMIENTO DE LA FAMILIA.

El régimen económico matrimonial primario se conforma por una serie de disposiciones acerca del régimen patrimonial del matrimonio que se aplican con independencia de cuál sea el régimen económico por el que se rija. Se ocupa,

34.- MONSERRAT QUINTANA, A., «Parte II: algunas sugerencias sobre temas varios» *Tercera Ponencia en las Jornadas de Derecho Civil Balear con motivo del 50 aniversario de la Compilación*, Colegio Notarial de las Islas Baleares, 2012, pág. 141.

35.- STSJ Baleares, 3.9.1998 (RJ\1998\8505).

entre otros aspectos, del sostenimiento de la familia, que es un deber de ambos cónyuges.

En el régimen económico patrimonial de separación de bienes es todavía, si cabe, de mayor importancia fijar unas reglas según las cuales los cónyuges hagan frente a las necesidades de la familia, ya que no hay un patrimonio común especialmente afecto al levantamiento de estos gastos.

A. Orígenes del deber de contribuir.

Siguiendo a FERRER VANRELL³⁶, la contribución a los gastos de la familia se fundamenta en la convivencia marital y en la igualdad entre los cónyuges, que desde el prisma de la tradición jurídica balear entronca con la dote³⁷ constituida y entregada al marido con el objeto de que con sus frutos se levantaran las cargas del matrimonio. Ante la falta de dote o ante la insuficiencia de esta, los frutos de los bienes parafernales se destinaban a pagar las deudas familiares que fueran cargas de la familia. La mujer, en este sistema, contribuía al sostenimiento de la familia y, a diferencia de la mujer castellana, tenía capacidad para actuar sin ser necesaria la venia marital.

Por ello, tal y como afirma la autora³⁸, no es extraño al derecho balear, la obligación de contribuir ambos cónyuges a las necesidades familiares.

En 1961³⁹ se preveía para Mallorca y para Menorca el régimen de separación de bienes de modo que cada cónyuge retenía el dominio y la administración de sus bienes y los frutos de estos, si bien se fijaba la

36.- FERRER VANRELL, M.P., «Los efectos patrimoniales inter vivos del matrimonio», FERRER VANRELL, M.P. (coord.), *Lecciones de Derecho Civil Balear*, Universitat de les Illes Balears, 2ª ed. revis., Palma, 2003.

37.- FERRER VANRELL refiere como en la Conclusión VI de la Exposición elevada por el Colegio de Abogados de Palma de Mallorca al Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia en 1881 decía «Respecto al sistema dotal rige y conviene que siga rigiendo el derecho romano. El sistema dotal, como e sucesorio, afecta profundamente a la familia y a la propiedad, y todo ataque a su actual constitución en esta isa fuera ocasionado a graves males que prudentemente desean evitarse». FERRER VANRELL, M.P., «Régimen económico matrimonial de separación de bienes en Mallorca y Menorca (Libro I Y II)», en: LLEDÓ YAGÜE, F., FERRER VANRELL, M.P. (dirs.), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*. Dykinson, Madrid, 2010, págs. 655-656.

38.- FERRER VANRELL, M.P., «Régimen económico matrimonial de separación de bienes...», *op.cit.*, págs. 655-656.

39.- Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil especial de las Islas Baleares (BOE núm. 95, de 21.4.1961). En relación al régimen económico matrimonial, la Exposición de Motivos expone cómo se proclama con mayor energía la autonomía patrimonial de los cónyuges en el régimen legal de separación de bienes. Así se omite la alusión al *escreix* como institución en desuso y se suprime la presunción muciana.

Véase ZAFORTEZA DE CORRAL, L., *La Compilación de 1961... op.cit.*

«obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio» por los cónyuges. El Libro III, sobre regulación aplicable a Ibiza y Formentera no se pronunciaba sobre ello⁴⁰.

En 1990 se perfiló de modo más detallado la regulación para Mallorca y para Menorca y se introdujo la regulación sobre esta materia para Ibiza y Formentera. No en vano, es la propia Exposición de Motivos de la Ley 8/1990 la que se pronuncia en el sentido de que se apunta a una mayor progresividad centrada en una serie de modificaciones inspiradas en la protección de la familia, que en definitiva no son más que las consecuencias del principio fundamental de la obligación de los cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

Todo ello se fragua así en el actual texto de la CDCIB, que regula la contribución al levantamiento de cargas familiares para Mallorca y para Menorca en el artículo 4.1.

«Los bienes propios de cada cónyuge estarán afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio. En defecto de pacto, cada uno de los cónyuges contribuirá en proporción a sus recursos económicos, entendiéndose como contribución el trabajo para la familia».

Por su parte, en el artículo 67.2 recoge el régimen matrimonial legal aplicable a Ibiza y Formentera (Libro III).

Siguiendo a CARDONA GUASCH⁴¹, en relación al sostenimiento de la familia, prevalece el pacto contenido en espòlits o en cualquier otra escritura pública, en un documento privado, o bien verbal, sea expreso o tácito. En el caso en que no exista pacto, si se hubiera constituido dote, sus frutos y rentas se aplicarán a levantar las cargas con preferencia, y si no se ha constituido o sus frutos no bastan, los cónyuges contribuirán según sus respectivos recursos económicos.

40.- En ocasiones la distinta regulación prevista en la Compilación en el Libro III para Ibiza y Formentera ha llevado consigo cuestiones interpretativas, a modo de ejemplo, la duda de si es aplicable la presunción de copropiedad recogida en el artículo 3.3 de pertenencia a los cónyuges, por mitades, de los bienes integrantes del ajuar doméstico. Los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse al respecto en el sentido de que existen «serias dudas sobre la procedencia de aplicar dicha presunción, contraria al régimen de separación absoluta de bienes, en la isla de Ibiza, puesto que ni el legislador de 1961 ni el actual de 1990 la han incluido en la regulación del régimen económico matrimonial propio de la indicada isla, por lo que no se trata de una laguna legal sino de una exclusión buscada de propósito por el legislador por ser contraria dicha presunción a la tradición jurídica ibicenca que rige el sistema económico matrimonial, al conservar cada cónyuge la propiedad exclusiva y excluyente de sus bienes, incluso de los que integran el denominado ajuar familiar». SAP Balears, 27.3.1999 (AC\1999\4616).

41.- CARDONA GUASCH, O., «Los efectos patrimoniales del matrimonio en el Libro III de la Compilación», *Lecciones de Derecho Civil Balear*, Universitat de les Illes Balears, 2ª edic. revis., Palma, 2003, pág. 198.

«Los cónyuges vendrán obligados a contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta del pacto, lo harán en proporción a sus recursos económicos.

Si existe dote u otros bienes afectos al sostenimiento de las cargas familiares, sus frutos y rentas se aplicarán preferentemente a dicho fin».

Deriva de todo ello un concepto de derecho imperativo, en tanto en cuanto los cónyuges están obligados al sostenimiento de la familia, que se organiza en torno a unas relaciones internas entre ambos y a unas relaciones externas frente a terceros.

B. Alcance del deber de contribuir.

No es sencillo dar contenido al sostenimiento de la familia en tanto que se trata de un concepto indeterminado y cambiante que depende de la realidad social y de las circunstancias familiares concretas. No obstante, siendo el objeto de nuestro estudio la responsabilidad ante terceros por las obligaciones que dimanar del levantamiento de cargas familiares, conviene precisar cuáles de las contraídas por los cónyuges se sujetarán al régimen especial de responsabilidad al que nos referiremos más adelante.

DOMENGE AMER ha sostenido que a esta dificultad se une el que si bien el concepto de cargas es común a todos los regímenes matrimoniales, un criterio más estricto tiene que seguirse en el sistema de separación de bienes, al no existir un patrimonio común vinculado al sostenimiento de las atenciones de la familia⁴².

La indeterminación apuntada ha sido vista como favorable por la doctrina, en cuanto a que ciertos autores, entre ellos REBOLLEDO VARELA, señalan que la falta de previsión no es sino un acierto, ya que proporcionar un concepto genérico de las mismas facilita la labor de particularizarlas a las circunstancias de cada familia en concreto, lo que sería imposible si la norma nos proporcionara un concepto cerrado y estático⁴³.

42.- DOMENGE AMER, B., «El sostenimiento de las cargas familiares en el régimen de separación de bienes», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 15, 1993, págs. 80-81.

Con todo, aun teniendo un concepto de cargas familiares, el propio autor pone de manifiesto la dificultad en muchos casos de precisar si determinados gastos son o no cargas familiares. Para ello se hace eco de la postura de DELGADO ECHEVARRÍA, J. *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Tecnos, Madrid, 1974, pág. 341 que afirma que no pueden entenderse imputables a cargas familiares un cruceo de placer realizado por uno solo de los cónyuges o una operación innecesaria de cirugía estética. En contra se manifiesta REBOLLEDO VARELA

43.- REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes en el matrimonio*, Montecorvo, Madrid, 1983. Citado por MASOT MIQUEL, M., «La responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante según el artículo 3.4 de la Compilación del Derecho Civil de Baleares», en *Estudios de derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1993.

MIRALLES GONZÁLEZ incluye de un modo genérico la cobertura de todos los gastos necesarios para la vida diaria de los cónyuges y de los hijos que puedan comprenderse dentro de una gestión razonable de la economía doméstica⁴⁴.

JIMÉNEZ GALLEGO⁴⁵ incluye en el concepto de cargas del matrimonio los alimentos en sentido legal, es decir, sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación y además las atenciones de previsión según el nivel social de la familia, así como los gastos de conservación, mantenimiento y reparación de las viviendas y demás bienes de uso de la familia. En los alimentos incluye los hijos no comunes y otros parientes que convivan en el hogar familiar, pese a que la ley hable de matrimonio y no de familia. No considera carga del matrimonio la adquisición de la vivienda familiar si pertenece a uno de los cónyuges —caso distinto sería la conservación—. No incluye ni siquiera como carga la parte que pudiera corresponder al valor de uso⁴⁶.

MONSERRAT QUINTANA sugiere realizar una nueva regulación de las cargas del matrimonio. Propone un listado no exhaustivo: los alimentos tal y como se definen en el artículo 142 CC; los gastos usuales de la familia, tales como el transporte, la alimentación, la escuela, agua, electricidad, teléfono, impuestos y gastos de la vivienda habitual, reparaciones, seguros de daños, de enfermedad, farmacia, prensa, internet, ropa, calzado, coincidiendo con el contenido del artículo 1362 CC aunque con una redacción más clara; los gastos de colocación o carrera de los hijos, retomando el antiguo artículo 1409 CC y el dinero de bolsillo o cantidades para atender las necesidades más urgentes y necesarias del día a día⁴⁷.

Por su parte, JIMENEZ GALLEGO⁴⁸ considera que la Compilación incluye en el concepto de cargas del matrimonio los alimentos en sentido

44.- MIRALLES GONZÁLEZ, I., «El deber de contribuir a las cargas del matrimonio constante el matrimonio», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, págs. 583 y ss.

45.- JIMENEZ GALLEGO, C., «Cuestiones sobre el régimen de separación de bienes regulado en la Compilación Balear», *Epílogo a la segunda jornada. Jornadas de Derecho Civil Balear con motivo del 50 aniversario de la Compilación*, Colegio Notarial de las Islas Baleares, 2012, pág. 153.

46.- Reflexiona el autor en la eliminación a partir del Código Civil Catalán del inciso que antes se recogía en la normativa y asignaba el carácter de carga «en la parte que corresponda al valor de su uso». Para JIMÉNEZ GALLEGO no es coherente que el cónyuge no titular de la vivienda familiar pueda acabar siendo responsable frente a terceros precisamente por el mecanismo de la responsabilidad generada a consecuencia de la asunción de obligaciones que sean cargas familiares. Al contrario, en Valencia sí que se prevé este valor de uso como carga familiar.

47.- MONSERRAT QUINTANA, A., «Parte II: algunas sugerencias... *op.cit.*», pág. 142-143.

48.- JIMENEZ GALLEGO, C., «Cuestiones sobre el régimen de separación de bienes... *op.cit.*», pág. 152 y ss.

legal, las atenciones de previsión adecuadas al nivel social de la familia y los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de viviendas y demás bienes de uso de la familia. Considera el citado autor que salvo que se vaya a considerar como carga algo que en principio no se considere como tal —pone como ejemplo el gasto de adquirir bienes propios de un cónyuge cuyo uso sea familiar—, no cree que se tengan que regular con detalle las cargas, ya que en supuestos de normalidad matrimonial no generan conflicto, por lo que es más partidario de regular las situaciones de crisis, dejando la determinación de las cargas tal y como figuran en la Compilación.

CARDONA GUASCH⁴⁹, aclara que si bien la CDCIB no define el concepto de cargas no debemos adoptar la acepción técnica sino la genérica de gastos familiares como deber impuesto a los cónyuges.

Para DOMENGE AMER⁵⁰ son circunstancias familiares atendibles la residencia, las ocupaciones, los ingresos y los condicionamientos individuales de los componentes de la familia.

Para LACRUZ los gastos de sostenimiento de la familia no se corresponden exclusivamente con los alimentos del artículo 142 CC sino que en general hacen referencia a los que se devengan en la vida cotidiana de la familia, aunque no sean necesarios. Así se incluirían los viajes o los regalos a terceros de acuerdo a los usos sociales, siempre acordes al nivel económico de la familia⁵¹.

En el mismo sentido se pronuncia MASOT MIQUEL al concluir que al término sostenimiento de la familia hay que darle un alcance amplio, entendiendo el mantenimiento no en un nivel primario y elemental sino que comprenda también los gastos dedicados al esparcimiento de la familia —entre otros— siempre y cuando estén en consonancia con el nivel de la familia⁵².

Así, el autor adopta acertadamente un concepto amplio de cargas del matrimonio, afirmando que no por encontrarnos ante el régimen económico matrimonial de separación de bienes implica que tengamos que adoptar un

49.- CARDONA GUASCH, O., «Los efectos patrimoniales... *op.cit.*, pág. 198.

50.- DOMENGE AMER, B., «El sostenimiento de las cargas familiares... *op.cit.*, págs. 82.

51.- Para LACRUZ los gastos de sostenimiento de la familia no se corresponden exclusivamente con los alimentos del artículo 142 CC sino que en general hacen referencia a los que se devengan en la vida cotidiana de la familia, aunque no sean necesarios. Así se incluirían los viajes o los regalos a terceros de acuerdo a los usos sociales, siempre acordes al nivel económico de la familia. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, vol. I, 3ª ed. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 432.

52.- MASOT MIQUEL, M., «La responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante... *op.cit.*, pág. 1670-1671.

criterio más estricto. Ello supone que además de la obligación de satisfacer las necesidades mínimas vitales, conlleva la realización de los miembros de la familia, dentro de los usos y conforme a las circunstancias de la familia⁵³.

Para el autor solo así se garantiza que ambos cónyuges contribuyan en gastos tales como la formación universitaria de los hijos y los viajes de vacaciones –entre otros gastos– de modo que únicamente si nos adscribimos a un concepto amplio caben en las cargas familiares, con el único límite del concepto no jurídico que es el del nivel de vida.

Además de una nutrida doctrina, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en la Sentencia de 3 de septiembre de 1998⁵⁴ ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto y ha definido las cargas familiares como «los gastos originados por el sostenimiento de los miembros de la familia, esposos e hijos, y la educación de estos, acomodados a los usos y circunstancias de la familia, pero no las operaciones de inversión».

C. Aplicación analógica de la Ley de Parejas Estables.

Al margen de las distintas posturas doctrinales, hasta el momento se viene aplicando analógicamente la definición de cargas dada por la Ley de Parejas Estables de 2001⁵⁵ –en adelante, LPE–. Se trata de una integración por analogía lógica si reparamos en que la pareja estable convive en análoga relación de afectividad a la conyugal tal y como se deriva de lo dispuesto en el artículo 1.1 de la LPE.

«Tienen la consideración de gastos para el sustento de las cargas familiares los necesarios para el mantenimiento de la pareja y de los hijos, comunes o no, que convivan con ellos, de acuerdo con los usos sociales y el nivel de vida de la pareja, y especialmente:

53.- MASOT MIQUEL, M., «La responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante...» *op.cit.*, pág. 1671.

54.- STSJ Baleares, 3.9.1998 (RJ\1998\8505).

55.- Art. 5.2 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de Illes Balears (BOIB núm. 156, de 19.12.2001).

Véase COCA PAYERAS, M., «Aspectos generales de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de las Illes Balears», *Tribuna Parlamentaria*, Parlament de les Illes Balears, 2003. FERRER VANRELL, M.P., «Efectos patrimoniales de la constitución de la pareja estable en la Ley 18/2001, de 19 de diciembre», *Tribuna Parlamentaria*, Parlament de les Illes Balears, 2003; MUNAR BERNAT, P.A., «Principios inspiradores de las distintas regulaciones autonómicas de las uniones estables de pareja», *Tribuna Parlamentaria*, Parlament de les Illes Balears, 2003; TORRES LANA, J.A., «De nuevo sobre relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», *Aranzadi Civil*, II, 1993.

a) Los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio.

b) Los de conservación de la vivienda u otros bienes de uso de la pareja.

c) Los originados por las atenciones de previsiones médicas y sanitarias.

No se consideran gastos comunes aquellos derivados de la gestión y de la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni los que, en general, corresponden al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja⁵⁶.

La aplicación por analogía de la Ley 18/2001 ya se ha barajado en otras ocasiones ya que atendiendo al sistema de fuentes del Derecho Civil Balear, se consideró por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares⁵⁷ que el derecho a solicitar por parte del convivente perjudicado una compensación económica si la convivencia ha supuesto un desequilibrio patrimonial constitutivo de enriquecimiento injusto alcanza al matrimonio porque existe entre ambos supuestos la identidad de razón requerida por el artículo 4 del CC⁵⁸.

Conviene aclarar, llegados a este punto, que la LPE presenta una estructura distinta a la Compilación –que contiene regímenes distintos para las Islas–, ya que se aplica de modo uniforme a todo el territorio balear. Esta particularidad se ha achacado a que las instituciones jurídicas compiladas han tenido una evolución distinta en el derecho de cada isla, lo cual era reflejo de distintas prácticas en una sociedad esencialmente heterogénea, sin embargo la LPE responde a una petición social homogénea. Así según COSTA RAMÓN «Cada una de las islas del archipiélago balear tiene modalidades peculiares, que las diferencian entre sí y que a su vez han impreso su huella en el campo del derecho, reflejándose en la vida jurídica»⁵⁹.

56.- Artículo 5.2. LPE.

57.- TSJIB 24.3.2010 (RJ\2010\4019). En concreto se dilucida acerca de la aplicación de uno de los derechos mínimos comprendidos en la Ley, en concreto que «El convivente perjudicado puede reclamar una compensación económica cuando la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto», en los casos legalmente previstos. En el mismo sentido se pronuncia la SAP Baleares, 12.6.2012 (JUR\2012\239821).

58.- Supuso, por lo tanto, la integración del contenido del artículo 4.1 de la CDCIB con el del artículo 9.2 de la Ley de Parejas Estables.

59.- Según refiere CARDONA GUASCH, O., «Conexiones entre la Ley de Parejas Estables y el Libro III de la Compilación», *Comentarios a la Ley de Parejas Estables de las Illes Balears*, Institut d'Estudis Autònomic, Palma, 2006. Cita a COSTA RAMÓN, J., «Derecho foral

D. Postura del Anteproyecto ante las cargas.

El título II, a tenor de la propia Exposición de Motivos de la norma, se refiere a las cargas familiares y junto a los dos títulos siguientes adopta un régimen económico matrimonial primario que es aplicable a todos los matrimonios que se sujeten al Derecho Civil propio, aunque su régimen matrimonial no sea el de separación de bienes.

Entre otros aspectos, que son ajenos a este trabajo —por lo que pasaremos de puntillas—, se distingue entre la obligación de levantar la carga y la contribución a su levantamiento. Ya en relación al objeto de este estudio, se regula la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros en el levantamiento de cargas familiares⁶⁰, a lo que nos dedicaremos en lo sucesivo, no sin antes profundizar en las obligaciones que constituyen cargas familiares en el seno del Anteproyecto puesto que ello será fundamental para determinar posteriormente el régimen de responsabilidad de los cónyuges respecto a la contratación de diversas obligaciones.

En lo que nos interesa, a los efectos de este trabajo, indagaremos sobre aquellas deudas que, por responder al levantamiento de las cargas, son de responsabilidad subsidiaria⁶¹ o solidaria —en función de que el derecho aplicable sea el de Mallorca-Menorca o el de Ibiza-Formentera respectivamente— del cónyuge no contratante.

i. ¿Qué son cargas familiares?

Una de las novedades del Anteproyecto es que recoge con detalle los actos que por contribuir al sostenimiento de la familia se consideran cargas, a diferencia del texto de la CDCIB.

ibicenco», separata de Ibiza, *Revista del Instituto de Estudios Ibicencos*, 2ª época, núm. 5, 1945. Remite también a lo dispuesto en ZAFORTEZA DE CORRAL, L., *La Compilación de 1961... op.cit.*; FERRER VANRELL, M.P.; MUNAR BERNAT, P., *Materials precompilatoris... op.cit.*

OLGA CARDONA sostiene que la Comisión de Juristas de Ibiza reproduce las palabras de COSTA RAMÓN en el Acta de la sesión de 14 de marzo de 1960. Determinó un cambio de rumbo en el proceso compilador adoptando un criterio novedoso para regular las instituciones jurídicas de Baleares basado en el método libro-isla que fue acogido por la Compilación de 1961 y pervive en el Texto Refundido de 1990.

60 La Exposición de Motivos únicamente se refiere a la subsidiaria. Olvida que para Ibiza y Formentera se contempla la solidaridad.

61 VILA RIBAS canaliza el régimen de la subsidiariedad a la regulación prevista por el CC para la fianza. VILA RIBAS, C., El régimen económico matrimonial en el Proyecto de Reforma de la Compilación del Derecho Civil de Baleares, *Cuadernos de la Facultad de Derecho* 16, Palma de Mallorca, 1988, pág. 211.

Véase MASOT MIQUEL, M., «La responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante... op.cit.

En principio, la redacción de la LPE ha sido acogida por el Anteproyecto, que al enumerar en el artículo 6 una relación de lo que debemos entender por cargas familiares coincide, en parte, con la ya adoptada por la misma⁶² en su artículo 5.2, al que anteriormente nos hemos referido por ser el que se viene aplicando analógicamente para colmar el vacío de la CDCIB. No obstante, conviene ser cautos, porque si bien resultado de un primer acercamiento los regímenes parecen similares, existen algunos matices que conllevarán –una vez que el Anteproyecto vea la luz y a expensas de las modificaciones– un distinto tratamiento.

Partiremos, para posteriormente desgranarlo, del tenor literal del artículo 6 del Anteproyecto de Régimen Patrimonial del Matrimonio.

«Article 6

De les càrregues familiars

1. Tenen la consideració de càrregues familiars les necessàries per al manteniment de la família d'acord amb el seu nivell de vida i els usos socials.

2. En particular, són en tot cas càrregues familiars les originades per:

a) Aliments, que inclouen tot el que és indispensable per al manteniment, l'habitatge, el vestit, i l'assistència mèdica. Igualment, l'educació i la instrucció en la minoria d'edat, i en la majoria si la formació no hagués conclòs per raons alienes a l'alimentat.

b) Atencions de previsió, mèdiques i sanitàries.

c) Conservació de l'habitatge familiar o altres béns utilitzats per la família.

3. No són càrregues familiars les que responen a l'interès exclusiu d'un dels cònjuges, ni les derivades de la gestió i defensa dels béns privatis, llevat que aquests siguin utilitzats per la família».

Como venimos sosteniendo, en los casos en los que se ha regulado una enumeración de las cargas familiares, se trata, en todo caso, de una relación no taxativa teniendo en cuenta que la definición de cargas familiares nos proporciona un punto de partida que no es otro sino lo necesario para el mantenimiento de la familia, que posteriormente habrá que ir ajustando atendiendo al caso concreto.

62.- Véase FERRER VANRELL, M.P., «Artículo 5. Régimen económico de la pareja», *Comentarios a la Ley de Parejas estables de las Illes Balears*, Govern de les Illes Balears, Palma, 2006, págs. 125 y ss.

Por ello, en relación al concepto jurídico indeterminado que conlleva enjuiciar qué es lo necesario para el sostenimiento de la familia MASOT MIQUEL⁶³ hace notar que al hilo del concepto de cargas figuran dos elementos correctores: el nivel de vida de la familia y los usos sociales⁶⁴. Ello implica que ciertas cargas, en esencia, serán comunes para cualquier familia, mientras otras variarán en atención a dichos factores correctores.

‘Dicho de un modo sencillo, lo necesario, lo ordinario, lo indispensable para una familia no tiene por qué serlo para otra.

1. Alimentos

En relación a los alimentos previstos como carga en el artículo 6.2.a del Anteproyecto, se viene a restringir la acepción dada por el artículo 5.2.a de la LPE. Así, en esta última, se sostiene que se trata de «los originados en concepto de alimentos en el sentido más amplio»⁶⁵. Bajo esta dicción no cabe duda de que se incluyen los alimentos en el sentido indicado por el artículo 142 CC, pero como FERRER VANRELL⁶⁶ pone de manifiesto, también su sentido da cobijo a actuaciones tales como la contratación de vacaciones y los viajes de recreo, entre otros gastos que podríamos considerar prescindibles para el sostenimiento de la familia. La única vara de medir en este caso serán los usos sociales y el nivel de vida de la pareja, que se convierten en los parámetros que determinarán si esos gastos se incluyen en el concepto de alimentos.

Parece claro que un viaje de placer, con independencia del nivel de vida de la familia, no puede considerarse indispensable, por lo que a tenor del concepto que brinda el Anteproyecto, no podría ser considerado como carga familiar, restringiendo, a nuestro modo de ver, el Anteproyecto la acepción barajada por la LPE. Quizá en este matiz lata como trasfondo la separación de patrimonios propia del régimen balear, por lo que es coherente que las cargas se reduzcan, teniendo en cuenta además la responsabilidad que se establece para el cónyuge que no ha contraído la obligación, como luego tendremos ocasión de abordar.

63.- MASOT MIQUEL, M., «Cap a una nova regulació del règim econòmic del matrimoni», *Boletín de la Acadèmia de Jurisprudència y Legislació de les Illes Balears*, núm. 14.

64.- Coincide con los términos utilizados por el Código Civil al referirse en el artículo 1362.1^o «a los usos y circunstancias de la familia».

65.- Esta misma acepción se recoge también el Código Civil de Cataluña en el artículo 231.5.1.a, remitiendo a su vez al propio concepto de alimentos que el texto adopta.

66.- FERRER VANRELL, M.P., CARDONA GUASCH, O., *et al.*, *Comentarios a la Ley de Parejas Estables de las Illes Balears*, Institut d'Estudis Autònoms, Palma, 2006, págs. 136-137.

2. Especial referencia a la vivienda familiar

Plantea dudas interpretativas la cuestión de si los gastos tendentes a subvenir la vivienda para la familia se incluyen en el concepto de cargas familiares. El Anteproyecto incluye entre las cargas, en el seno de los alimentos, la vivienda, de modo genérico, para luego hacer referencia a su conservación.

a. La conservación

La CDCIB no se pronuncia sobre el particular. En el Anteproyecto se da una redacción más clara y mejorada que la prevista en el Código Civil, que hace referencia a los alimentos –y por lo tanto a la habitación según el artículo 142 CC–. Así, si bien en la norma proyectada se hace mención a la vivienda en el apartado a) del artículo 6.2, como parte de los alimentos, los límites se clarifican en el apartado c) al considerar como carga la conservación de la vivienda familiar y de otros bienes utilizados por la familia. Toma esta redacción de lo dispuesto en el artículo 5.2.b de la LPE.

FERRER VANRELL⁶⁷ en relación a la dicción recogida por la LPE precisa que únicamente cabe considerar como carga los gastos de conservación necesarios y, afinando más, solo los que fueran ordinarios, siendo los extraordinarios de cargo del propietario.

«Por gasto necesario se entiende aquel que se hace para conservación y mantenimiento de la cosa y la Sentencia de 3 diciembre 1991 dice que son los que resulten imprescindibles de forma tal que de no haberlos llevado a cabo, la cosa habría dejado de existir o desmerecido»⁶⁸.

Sería conveniente que el Anteproyecto precisara este extremo ya que con la redacción actual persiste lo que probablemente fue un olvido del legislador catalán⁶⁹ en su momento, aunque en la actualidad ha mejorado la letra a través del Código Civil Catalán, que en su artículo 231.5.1.b recoge como gastos de la familia «Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de las viviendas o demás bienes de uso de la familia»⁷⁰.

67.- Ídem.

68.- STS, 11.2.1998 (RJ\1998\753).

69.- En la actualidad es más explícito el Código Civil catalán, que en su artículo 231.5.1.b recoge como gastos de la familia «Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de las viviendas o demás bienes de uso de la familia».

70.- Ley 25/2010, de 29 de julio, que aprueba el Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia (DOGC núm. 5686, de 5.8.2010).

FERRER VANRELL⁷¹ señala que si bien el Código de Familia de Cataluña⁷², para el matrimonio, en su artículo 4.1.b⁷³ sí que distinguía los gastos de conservación derivados de la propiedad de aquellos consecuencia del uso, la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña⁷⁴ no los distingue, y teniendo en cuenta que la Ley de Parejas Estables de Baleares la ha tomado como modelo, es este texto el que ha pasado al Anteproyecto, por lo que sería deseable su precisión.

Así, en atención a ello, la Audiencia Provincial de Barcelona⁷⁵ ha concluido que «las derramas extraordinarias derivadas del régimen de propiedad horizontal se consideran de cargo del titular de la finca», razón por la cual están excluidas del concepto de carga familiar, «mientras que las cuotas ordinarias de comunidad son de cargo del usuario, por corresponderse con el uso o disfrute de la cosa»⁷⁶, por lo que deben ser afrontadas por ambos cónyuges como cargas familiares⁷⁷.

En otra ocasión, la Audiencia Provincial de Barcelona⁷⁸, en atención a lo dispuesto en la Ley de Uniones Estables de Pareja concluye con que la conservación y la mejora –hagamos notar que utiliza un concepto amplio de conservación al introducir la mejora– de los bienes de uso común de la pareja se consideran cargas de carácter familiar. Ello implica que la rehabilitación de la casa de uso común –al margen de quién sea el propietario– se considera contribución al sostenimiento de las cargas.

71.- FERRER VANRELL, M.P., CARDONA GUASCH, O., *et al.*, *Comentarios a la Ley de Parejas Estables...* *op.cit.*, págs. 138.

72.- Ley 9/1998, de 15 de julio, de Código de Familia de Cataluña (DOGC núm. 2687, de 23.7.1998). En vigor hasta 1.1.2011.

73.- «Los de adquisición y mejora, si es de titularidad conjunta, de las viviendas u otros bienes de uso de la familia y, en todos los casos, los gastos de conservación. Los derivados de la adquisición, de pago de mejoras y de préstamos concedidos con la finalidad de adquirir o realizar mejoras en la vivienda familiar o en otros bienes de uso de la familia únicamente tienen la consideración de gastos familiares, en la parte que corresponda al valor de su uso, si se trata de bienes de titularidad de uno de los cónyuges en el régimen de separación de bienes o si se trata de bienes privativos en los demás regímenes económicos matrimoniales. En todos los casos también son gastos familiares los de conservación».

74.- Ley 10/1998, de 15 de junio, de uniones estables de pareja de Cataluña (DOGC núm. 2687, de 23.7.1998). En vigor hasta 1.1.2011.

75.- SAP Barcelona, 22.3.2010 (JUR\2010\16869).

76.- SAP Barcelona, 28.10.2009 (SAP\2009\10957); SAP Barcelona 10.6.2008 (SAP\2008\5585); SAP Barcelona 30.6.2009 (SAP\2009\7709).

77.- SAP Barcelona 1.9.2009 (SAP\2009\10375).

78.- SAP Barcelona, 18.5.2004 (AC\2004\1588).

b. El arrendamiento

Otra duda que se ha suscitado en torno a las redacciones que venimos desgranando es si el arrendamiento de vivienda que se destine a albergar a la familia reviste el carácter de carga.

Se ha venido entendiendo que el dotar de un techo a la familia, y para ello arrendar un inmueble, supone atender las necesidades ordinarias de la familia.

Así se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid: «no puede negarse la consideración como doméstica y de carga matrimonial de la responsabilidad por rentas y desperfectos en el inmueble alquilado que fue objeto del proceso en la instancia, siendo atribuible la misma a ambos cónyuges, pese a la existencia de separación de bienes pactada en capitulaciones matrimoniales por ser los preceptos que regulan dicho régimen los que derivan dicha responsabilidad en tal caso»⁷⁹.

La Audiencia Provincial de Vizcaya⁸⁰ enjuicia un supuesto en el que el objeto del litigio era la existencia de rentas devengadas e impagadas en concepto de arrendamiento del domicilio familiar, estando los cónyuges casados en régimen de separación de bienes y siendo únicamente uno de ellos el arrendatario

En este caso se considera «aplicable la excepción del art. 1440 del Código Civil de la regla de la responsabilidad exclusiva sobre el patrimonio de cada uno de los cónyuges contratantes, excepción que presenta una doble faz: respecto de los terceros, se responde no sólo por el cónyuge que ha contratado, sino también por el otro cónyuge, en la forma que determina el art. 1319, esto es, de modo subsidiario, en otras palabras, responde «erga omnes» de modo principal el cónyuge contratante y de modo subsidiario el no contratante, por lo que sólo en el supuesto de que no existan bienes propios del contratante don Carlos B. R. o éstos sean insuficientes, la condena será hecha efectiva por los bienes privativos de doña María R. R.»⁸¹.

De modo similar se pronuncia la Audiencia Provincial de Cáceres⁸² en un supuesto análogo al anterior, en concreto, la falta de pago de las rentas correspondientes a un contrato de arrendamiento de vivienda familiar contraído por uno de los cónyuges.

79.- SAP Madrid, 7.11.2000 (JUR\2000\313092).

80.- SAP Vizcaya, 3.4.2000 (AC\2000\4824).

81.- SAP Vizcaya, 3.4.2000 (AC\2000\4824).

82.- SAP Cáceres, 27.6.2002 (JUR\2002\226663).

«no puede desconocerse que la deuda surgida por la falta de pago de las rentas correspondientes al contrato de arrendamiento constituye, con toda evidencia, una obligación contraída por el codemandado, Sr. F. M., en el ejercicio de la potestad doméstica, de manera que, rigiendo entre los cónyuges el régimen económico matrimonial de absoluta separación de bienes [...] es de aplicación el artículo 1.440 del Código Civil en su párrafo segundo, conforme al cual, en cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria, responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1.319 y 1.438 de este Código. De esta manera, los dos primeros párrafos del artículo 1.319 del Código Civil –aplicables al supuesto que se examina– disponen que cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma, y que de las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge. Resulta evidente, pues, que la codemandada-apelante ha de responder de la deuda reclamada por el impago de las rentas correspondientes al contrato de arrendamiento concertado sobre la que fue la vivienda familiar [...] mas no ha de hacerlo solidariamente con su cónyuge sino con carácter subsidiario, o, lo que es lo mismo, en defecto del mismo»⁸³.

En estos casos, por lo tanto, procede exigir al cónyuge no contratante responsabilidad subsidiaria o solidaria –en su caso–, si así está previsto por la normativa que sea de aplicación.

Disentimos, sin embargo de la postura de la Audiencia Provincial de Cáceres⁸⁴ que considera que la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante continúa a pesar de que a partir de una fecha determinada abandona el domicilio familiar a consecuencia de la separación y se instala en otra vivienda. Desde el momento en que esas rentas ya no constituyen cargas familiares, ya no puede resultar aplicable la regla especial de responsabilidad que hace al cónyuge no contratante responsable.

«Este Tribunal, sin embargo, no comparte la tesis de la parte apelante relativa a que la codemandada, Sra. P. C., sólo habría de responder de la deuda reclamada hasta la mensualidad de Enero de 2001. Es cierto que la indicada parte acompañó a su Escrito de

83.- SAP Cáceres, 27.6.2002 (JUR\2002\226663).

84.- SAP Cáceres, 27.6.2002 (JUR\2002\226663).

Contestación a la Demanda, señalado como Documento con el número 3, un Contrato de Arrendamiento de fecha 1 de Febrero de 2001, cuyo objeto es una vivienda distinta, que, en principio, acreditaría que, desde esa fecha, no ocuparía la vivienda que fue alquilada al actor por D. Julio F. M., porque esta circunstancia no desvirtúa la naturaleza de la deuda cuyo importe se reclama (derivada del ejercicio de la potestad doméstica ordinaria) y porque fue la indicada demandada la última persona que ocupó esa vivienda hasta que dejó de hacerlo (advírtase que la propia parte actora, en el acto de la Audiencia Previa al Juicio, manifestó que la vivienda se encontraba deshabitada y que no vivía nadie en ella). Debe recordarse, además, que el apartado 1 del artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece que, en los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil, añadiendo el apartado 2 del mismo precepto que la voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda; y, en este caso, no consta acreditado que la codemandada-apelante hubiera efectuado formalmente la comunicación expresada. En consecuencia, la responsabilidad que se exige ha de ser asumida por D^a. Felipa P. C. en el importe total reclamado, si bien —como ya se ha indicado— subsidiariamente respecto del demandado D. Julio F. M.⁸⁵.

Avala la postura en contra de este pronunciamiento el de la Audiencia Provincial de Cantabria⁸⁶, de modo que, aunque el supuesto fáctico difiere del anterior, en el fondo de la argumentación late la idea de que si el cónyuge no contratante no habita la vivienda difícilmente se le puede hacer responsable de las rentas no pagadas por el contratante. En este caso hace pechar en exclusiva al cónyuge contratante con el pago de las rentas⁸⁷.

85.- SAP Cáceres, 27.6.2002 (JUR\2002\226663).

86.- SAP Cantabria, 20.4.1999 (AC\1999\753).

87.- En realidad el motivo se acaba desestimando porque en el supuesto concreto se muda la causa petendi ya que el objeto del proceso era exclusivamente en primera instancia el debate sobre si la parte era o no arrendataria. Es en segunda instancia cuando se pretende desviar el asunto centrándose en si es una carga del matrimonio el alquiler de la vivienda familiar.

No obstante, en lo que nos interesa, la Sala afirma que en el caso de que se pudiera entrar a debatir si se trata o no de una carga sería necesario afirmar la convivencia.

c. La adquisición

En relación no ya al arrendamiento, sino a la adquisición de la vivienda, se ha venido sosteniendo que no se trata de una deuda propia del ámbito doméstico sino que la adquisición superaría la necesidad familiar y más bien se trataría de un acto en interés exclusivo de uno o de ambos cónyuges⁸⁸.

Consecuencia de esta postura es la doctrina jurisprudencial⁸⁹ según la cual las cuotas hipotecarias que gravan la vivienda familiar no constituyen deudas que deriven de la obligación de contribuir al sostenimiento de cargas familiares, sino que son deudas que tienen que afrontarse y liquidarse conforme a lo que determine su título constitutivo, de conformidad al régimen económico matrimonial.

«Aun sin decirlo expresamente, la sentencia considera el pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal como una carga propia de un matrimonio, y lo pone a cargo del padre sin otra motivación que la siguiente: “sin perjuicio de la repercusión que debe tener en la liquidación del régimen económico matrimonial o de las obligaciones directamente nacidas de las partes con el Banco concedente del préstamo”. Lo cierto y evidente es que la sentencia desconoce las sentencias de esta Sala, de 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 129) y 29 de abril de 2011, expresivas de que la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 del CC, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de

88.- La Exposición de Motivos del Código Civil de Cataluña se pronuncia sobre ello: «En cuanto a los gastos familiares, se excluyen los de adquisición y mejora de la vivienda familiar, ya que son gastos de inversión que es preciso vincular a la titularidad del inmueble. De hecho, el Código de familia ya los circunscribía a la parte correspondiente al valor de uso, pero eso tampoco se adecuaba al hecho de que esta misma obligación de contribución no se aplicase también si la vivienda ya pertenecía a uno de los cónyuges antes del matrimonio o bien si la había adquirido a título lucrativo durante éste. Por otra parte, si la mencionada regla de contribución se ponía en relación con el régimen de responsabilidad por las obligaciones contraídas por razón de los gastos familiares, tampoco resultaba coherente que el cónyuge no titular pudiese acabar respondiendo de esta obligación de forma solidaria».

89.- Sentada por la Sentencia 28.3.2011: «El pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el artículo 1362.2º CC, y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 del Código Civil». STS, 28.3.2011 (RJ\2011\939). En el mismo sentido se pronuncian las STS, 5.11.2008 (RJ\2009\3); 17.2.2014 (RJ\2014\918); 20.3.2013 (RJ\2013\4936); 26.11.2012 (RJ\2013\186).

dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario.

“La noción de cargas del matrimonio, dice la sentencia de 31 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3502), debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (artículo 103-3^a del Código Civil). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia [...] la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil, que establece que el concurso de los participes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales”⁹⁰.

3. Atenciones de previsión, médicas y sanitarias

El punto b) del artículo 6.2 del Anteproyecto se refiere como cargas a las «Atencions de previsió, mèdiques i sanitàries». Se sigue en este apartado la observación de la doctrina⁹¹ que reparó en la falta de coma de la redacción de la LPE, cuyo texto rezaba: «Los originados por las atenciones de previsiones médicas y sanitarias». El olvido de la coma detrás de «previsiones» implicaba que solo abaricara las previsiones médicas y sanitarias, no otras con los seguros de responsabilidad civil, de vida o de robo, entre otros. Incluso como afirma FERRER VANRELL en la LPE este punto constituye una redundancia en sí misma puesto que las atenciones de previsión médica y sanitaria ya están subsumidas en el primer punto que se refiere al concepto de alimentos en sentido amplio. Con este argumento convendría por una mayor coherencia de la redacción eliminar del Anteproyecto el inciso «médicas y sanitarias».

90.- STS, 26.11.2012 (RJ\2013\186).

91.- FERRER VANRELL, M.P., CARDONA GUASCH, O., et al., *Comentarios a la Ley de Parejas Estables...* op.cit., págs. 139.

4. Bienes privativos utilizados por la familia

Conforme al texto del Anteproyecto, en concreto tal y como dispone el artículo 6.3, no son cargas familiares las que responden al interés exclusivo de un cónyuge, ni las derivadas de la gestión y defensa de bienes privativos, salvo que estos sean utilizados por la familia.

La novedad del Anteproyecto es la inclusión en las cargas familiares de los bienes privativos que sean de uso común por la familia. En realidad esta previsión ya se recogía en la LPE, en concreto en el 5.2.b al señalar como cargas familiares no solo la conservación de la vivienda sino también la de los bienes de uso de la pareja. Con este mismo texto ha pasado al artículo 6.2.c del Anteproyecto. De todos modos el texto del Anteproyecto amplía el concepto de cargas en este sentido en tanto en cuanto abarca no solo la conservación de estos bienes, como se incluye en la LPE, sino también la gestión y la defensa de los mismos.

ii. Los usos y el nivel de vida de la familia.

Como hemos tenido ocasión de adelantar, el concepto de cargas viene tamizado por el nivel de vida de la familia y por los usos sociales.

FERRER VANRELL⁹² pone de relieve que estos parámetros no están presentes en la Compilación para determinar en qué medida una familia concreta tiene unas determinadas cargas que sostener. Sí se recoge en el artículo 1319 CC en forma de «usos y [a las] circunstancias de la familia». No obstante, se ha venido aplicando al recoger la LPE «los usos sociales y el nivel de vida de la pareja» para determinar el gasto de sostenimiento de la familia, tal y como se establece en el artículo 5.2. La autora argumenta la justificación de la aplicación analógica por la propia similitud que encarna la normativa sobre parejas estables en relación al matrimonio como realidades sociales similares, de modo que lo previsto para la pareja estable, en esta concreta materia, es aplicable al matrimonio, al guardar el hecho de la concreción de las cargas en ambos casos identidad de razón⁹³. Además a lo anterior habría que añadir el hecho de que «el nivel de vida» entronca con la

92.- FERRER VANRELL, M.P., «Los efectos patrimoniales inter vivos... *op.cit.*, pág. 177.

93.- Los Tribunales han ido concretando, partiendo de que la relación de hecho es distinta al matrimonio, los supuestos en que las normas del matrimonio son o no aplicables analógicamente. Como muestra, en repetidas ocasiones se ha sostenido que el régimen económico matrimonial en bloque no es aplicable a la pareja de hecho por analogía legis. STS, 30.10.2008 (RJ\2009\404). Al contrario, en materia de atribución del uso de la vivienda familiar y las medidas que afectan a hijos menores, se ha venido aplicando la analogía legis por concurrir la identidad de razón necesaria. SAP Asturias, 14.3.2000 (AC\2000\1147).

tradición jurídica balear, en concreto, su traducción en un gasto acorde con el «poder de la Casa»⁹⁴.

E. Obligados.

En el artículo 8 del Anteproyecto se establece que «Els cònjuges han de contribuir a l'aixecament segons allò pactat expressament entre ells, i, a falta de pacte, en proporció als seus ingressos, rendes i patrimonis, tret de l'existència d'un patrimoni afecte».

Conviene puntualizar que como adelanta el artículo 8 y como reitera el artículo 11 a la hora de levantar las cargas familiares se da primacía para su cobertura a la existencia de un patrimonio especialmente afecto.

Se establece también la obligación de contribuir equitativamente por parte de otros miembros de la familia de acuerdo a sus posibilidades y a los gastos que generen cuando convivan en la unidad familiar, tal y como dispone el artículo 8.2 del Anteproyecto.

Nada impide, a nuestro modo de ver, que por vía paccionada se libere a uno de los cónyuges de la contribución al levantamiento de las cargas familiares, aunque conviene aclarar que la eficacia del pacto se limitará a las partes y no afectará a terceros. PARRA LUCÁN⁹⁵ considera que estos pactos no son contrarios a la igualdad de los cónyuges, máxime si consideramos que la igualdad supone tratar desigualmente situaciones desiguales y sería precisamente incurrir en desigualdad el obligar a contribuir a quien nada tiene o al que tiene escasos recursos. Sí atentaría a la igualdad y a la dignidad un pacto por el que cada uno de los cónyuges asume sus gastos personales cuando uno de ellos careciera de lo necesario para subsistir mientras que el otro lo pudiera hacer holgadamente.

94.- FERRER VANRELL se refiere a la organización de la «Casa» como elemento histórico esencial donde se ha asentado la mayoría de las disposiciones sobre Derecho de Sucesiones y de Familia. En el derecho balear la sitúa como punto de convergencia de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Para la citada autora la Casa es una noción ampliada de familia en la que el matrimonio no crea una nueva Casa, sino que más bien uno de los cónyuges se incorpora a la casa del otro, generalmente la mujer a la del marido. Cita como referencia de ello a BADOSA COLL, F., *Comentaris a les Reformes del Dret Civil de Catalunya*, Bosch, Barcelona, 1987, pág. 392. En FERRER VANRELL, M.P., «Régimen económico matrimonial de separación de bienes...*op.cit.* Sobre la organización de la familia en torno a la casa también FERRER VANRELL, M.P., «El matrimonio, su regulación y efectos», en FERRER VANRELL, M.P. (coord.), *Lecciones de Derecho Civil Balear*, Universitat de les Illes Balears, 2ª ed., Palma, 2003, págs. 165-166.

95.- PARRA LUCÁN, M.A., «Autonomía de la voluntad y derecho de familia», *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I Derecho de la Persona, Familia y Sucesiones, Wolters Kluwer, Consejo General del Notariado, 2012.

No obstante, no es pacífica la doctrina anterior, ya que se enfrenta a la que considera que el pacto entre cónyuges tiene como límite la igualdad de derechos por lo que no es válida la exención total a un cónyuge de su obligación de contribuir⁹⁶.

Por otro lado, las obligaciones propias de las cargas familiares deben ser contratadas de común acuerdo por ambos cónyuges, según dispone el artículo 7.2 del Anteproyecto.

Con todo, el apartado 3 del citado precepto, permite contraer por parte de un solo cónyuge obligaciones para atender las necesidades y los gastos ordinarios de acuerdo con los usos y el nivel de vida de la familia y se presume que la contratación se realiza con el acuerdo del otro.

Se trata en este caso de una presunción *iuris tantum* y por lo tanto desvirtuable mediante prueba en contrario.

Hagamos notar, sin perjuicio de que nos referiremos a ello más adelante, que el Anteproyecto habilita a actuar a un cónyuge sin el consentimiento del otro únicamente para contraer obligaciones «per atendre les necessitats i les despeses familiars ordinàries d'acord amb els usos i el nivell de vida de la família». Sin embargo, la contratación de cargas familiares –como concepto más amplio que engloba el anterior– «s'ha de dur a terme de comú acord per ambdós cònjuges».

F. Beneficiarios.

Al referirse al sostenimiento de la familia, lo que deba entenderse por esta corresponde, de acuerdo a lo previsto en el artículo 2.2 del Anteproyecto al núcleo conformado por «els cònjuges, els fills comuns, els propis de l'un o de l'altre, com també la resta de descendents i ascendents, sempre que convisquin en el domicili familiar».

III. LA RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE NO CONTRATANTE EN EL ANTEPROYECTO.

Detenernos en el estudio de las cargas familiares requiere por una parte analizar su contenido, el modo en que cada cónyuge contribuye al levantamiento de las mismas, que será fundamental para trazar la asunción

96.- CLEMENTE MEORO, M.E., «La Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano», en GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J.L., RAJOY BREY, E. (coords.) *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones: (derecho común, foral y especial)*, Vol. 1, Civitas, Pamplona, 2008, págs. 443-470. Así lo deduce el autor de lo establecido en el artículo 3 de la Ley 10/2007 de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

de las mismas en la relación interna —a lo cual ya nos hemos referido con anterioridad— y la responsabilidad frente a terceros por las deudas contraídas en este concepto, en este caso nos referiremos a la relación externa, que trataremos en lo sucesivo, en concreto a la del cónyuge que no ha contraído la obligación.

Los cónyuges, como ya hemos expuesto, pueden pactar contribuir cada uno de modo distinto a las cargas del matrimonio. Cosa distinta, para la normativa que regula esta situación, es la relación con terceros con los que se realicen negocios en ejercicio del sostenimiento de las cargas familiares. Así, de cara a los terceros, habrá que atender a las reglas legales que imponen, en ocasiones, la responsabilidad frente al patrimonio del cónyuge que no ha contratado.

En principio, se podría afirmar que en un régimen de separación de bienes absoluto sería un contrasentido imponer la responsabilidad frente a un tercero al que no ha contratado. No obstante, lo que ha venido persiguiendo el legislador es dotar a las necesidades familiares de un régimen específico precisamente para que no se eluda su satisfacción. Por ello, ha establecido la responsabilidad del cónyuge que no ha contratado pero que se beneficia del acto, al realizarse este en ejercicio del sostenimiento de las cargas.

A. ¿Es un elemento ajeno a la separación de bienes?

Con todo, la introducción de esta especial responsabilidad del cónyuge no contratante de las obligaciones tendentes a la cobertura de necesidades familiares, no ha estado exenta de críticas por quien afirma que el objeto de estudio como elemento «comunitario», casa mal con el régimen de separación de bienes. Frente a esta postura se alza la que lo entiende compatible.

FERRER VANRELL⁹⁷ considera que no desvirtúa el carácter absoluto del régimen de separación de bienes contemplado en la Compilación el hecho de que el acreedor pueda dirigirse frente al cónyuge no deudor, de modo subsidiario, si la deuda responde al levantamiento de cargas familiares conforme determina el artículo 3.4 CDCIB. Considera la autora que ello es debido a la naturaleza de la obligación que se asume, ya que ambos cónyuges tienen el deber de levantar las cargas conforme a lo previsto por el artículo 4.1 CDCIB. No existe por lo tanto comunidad alguna, sino preocupación porque se asegure el cumplimiento de esas obligaciones familiares. En realidad si consideramos que cabe reintegro en lo que se pague de más no acaba respondiendo el patrimonio del cónyuge no deudor, aunque esto sucede en la relación interna entre ellos.

⁹⁷- FERRER VANRELL, M.P., «La determinación de las masas patrimoniales... *op.cit.*, págs. 117-178.

A otra conclusión llega VILA RIBAS⁹⁸, que considera que la previsión de este precepto implica hacer más comunitario un régimen económico que, por definición, es contrario a la comunicación de patrimonios y de responsabilidades⁹⁹.

FERRER VANRELL, por el contrario, precisa que este régimen es consecuencia de la obligación de contribuir de ambos cónyuges, ya que aprovechan a los dos por lo que los dos deben responder frente a terceros.

No obstante, en la relación interna será el reembolso el que ajuste los excesos de un cónyuge en beneficio o en detrimento del otro, de modo que el que ha pagado más de lo que le toca se verá reintegrado, o tendrá que reembolsar a aquel que ha soportado menos de lo que le corresponde.

Lo mismo sucede, precisa la autora, en la regulación prevista en el Libro III para Ibiza y Formentera, ya que aunque no está prevista la subsidiariedad en la CDCIB, el cónyuge que responde más de lo que le corresponde en concepto de cargas tendrá derecho al reintegro conforme al artículo 67.2 CDCIB.

Lo cierto es que para otros autores, y así se pronuncia MONSERRAT QUINTANA¹⁰⁰, el régimen de separación de bienes balear «se está comunitarizando progresivamente», y una de las causas, para el citado autor, lo constituye precisamente la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante en relación a las obligaciones contraídas por el otro en el levantamiento de las cargas del matrimonio.

MASOT MIQUEL, por su parte, considera que «es necesario humanizar el régimen de separación de bienes estableciendo estas cuñas comunitarias, pues no puede olvidarse que el matrimonio crea una mezcla y conjunción de

98.- VILA RIBAS, C., *El régimen económico matrimonial en el Proyecto de Reforma de la Compilación...op.cit.*

99.- La autora pone de manifiesto que a falta de mención expresa en el artículo 67 de la CDCIB para Ibiza y Formentera, a diferencia de lo previsto en el artículo 3.4 de dicho cuerpo normativo y en el 5.3 de la Ley de Parejas Estables, parte de la doctrina considera que no es aplicable a Ibiza la responsabilidad del cónyuge no contratante de cargas familiares, ya que lo contrario iría en contra del principio de no comunicación de la responsabilidad entre los cónyuges, al encontrarnos en un régimen de absoluta separación de bienes. En este sentido la autora cita CARDONA GUASCH, O., en *Lecciones de Derecho Civil Balear*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 2003, págs. 210 a 217. Por otra parte, cierta doctrina se inclina por responsabilizar en estos casos al cónyuge no contratante mediante el argumento de que es una medida que «robustece el crédito de la familia, evitando que pueda utilizarse la separación de bienes en perjuicio de los acreedores que hacen posible el levantamiento de cargas». En este sentido la autora cita a COCA PAYERAS y a MASOT MIQUEL.

100.- MONSERRAT QUINTANA, A., «Parte I: algunos mitos que conviene aclarar» Tercera Ponencia en las *Jornadas de Derecho Civil Balear con motivo del 50 aniversario de la Compilación*, Colegio Notarial de las Islas Baleares, 2012, pág. 136.

intereses y realidades económicas determinantes de que la separación de bienes en modo alguno pueda ser absoluta»¹⁰¹.

B. Fundamento.

MASOT MIQUEL señala que la doctrina ha mostrado preocupación tradicionalmente por el hecho de que el régimen de separación de bienes pueda utilizarse para defraudar, en concreto, a los acreedores de uno de los cónyuges y a los legítimarios. Apela a la práctica de los Tribunales y relata cómo en ocasiones los esposos se han transmitido bienes concretos o se han comprado bienes por un cónyuge con el dinero del otro al objeto de escriturar el bien a nombre del cónyuge que no tiene deudas con terceros¹⁰².

En definitiva, la absoluta separación de bienes que rige en Derecho Civil Balear no puede poner en peligro las legítimas expectativas de los terceros que contratan con uno de los cónyuges actos que redunden en beneficio de la familia.

A nuestro modo de ver, y en relación a la previsión concreta de responsabilidad del cónyuge no contratante frente a terceros, consideramos que se fundamenta no tanto en el bien del acreedor, que en definitiva no vemos por qué tiene que resultar privilegiado en función de que la deuda provenga o no de la obligación de sostener a la familia, sino más bien la idea es garantizar precisamente el sostenimiento, de modo que la contratación de estas obligaciones sea más sencilla para los cónyuges precisamente por esa garantía que se le concede al acreedor.

El fundamento de que un cónyuge pueda comprometer el patrimonio del otro, tiene que ver, en esencia, con los deberes de colaboración y de solidaridad entre ambos cónyuges en cuanto a que deben contribuir al levantamiento de cargas familiares.

101.- MASOT MIQUEL, M., «La responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante... *op.cit.*, pág. 1680.

Muestra de sus palabras, apostilla el autor, es que la realidad práctica es un espejo de ello en tanto en cuanto los matrimonios mallorquines han venido escriturando la vivienda familiar a nombre de ambos cónyuges, por mitades indivisas. Así lo sostiene en MASOT MIQUEL, M., «El régimen económico del matrimonio mallorquín», *La mujer y el Derecho Civil y Canónico*, Palma, 1986, pág. 60.

102.- Para una visión exhaustiva de la justificación de la responsabilidad subsidiaria en la posible existencia de transmisiones fraudulentas entre cónyuges véase MASOT MIQUEL, M., «La responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante... *op.cit.*, pág. 1675. Cita como fuente de la casuística en la materia a CAVANILLAS MÚGICA, S., «La prueba de simulación en la doctrina de la Audiencia de Palma de Mallorca, un estudio de jurisprudencia menor», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4/1990.

MASOT MIQUEL¹⁰³ encuentra la fundamentación de la responsabilidad del cónyuge no contratante en principios tales como *ubi emolumentum ibi onus*, es decir, quien se ha beneficiado de la situación generada por el contrato tiene que responder del buen fin de la contraprestación que ha sido asumida al contratar. También la doctrina del enriquecimiento injusto justificaría la responsabilidad del cónyuge no contratante que se ve enriquecido con la actuación del otro. Tomando en consideración que el enriquecimiento injusto puede reflejarse tanto en el ingreso en el patrimonio de un bien, como en la adquisición de un derecho de crédito, o en la liberación de una obligación o gravamen, o incluso en la adquisición de la posesión, parece claro que la adquisición de la vivienda familiar por parte de uno de los cónyuges beneficia al otro, que también disfruta la vivienda y ve cumplida la carga de dotar de un hogar a la familia.

C. Régimen de responsabilidad en la Compilación.

En función de lo expuesto, y en términos generales, aun en el régimen de separación de bienes, las obligaciones que contraigan los cónyuges tienen distinto tratamiento según sean en el ejercicio de derechos de administración y de disposición de bienes privativos, o a consecuencia de actos tendentes a levantar las cargas familiares.

En 1961, en la Compilación no se realizó previsión al respecto. En 1990, se reguló esta materia para Mallorca y Menorca, pero no para Ibiza y Formentera. Es por esa razón que lo abordaremos de modo separado.

i. En Mallorca y en Menorca.

La responsabilidad del cónyuge que no ha contratado las obligaciones en el sostenimiento de cargas familiares frente a los terceros aparece por vez primera en la Ley de reforma de la CDCIB¹⁰⁴.

Actualmente se contempla en el Libro I de la Compilación la responsabilidad patrimonial de los cónyuges en el artículo 3.4 de modo similar a la universal prevista en el artículo 1911 CC. Así «cada cónyuge responderá con sus bienes propios del cumplimiento de las obligaciones que hubiere contraído» en estrecha relación con que cada uno de los cónyuges «puede realizar cualesquiera actos o negocios de dominio, administración, disfrute y disposición de sus bienes» conforme a lo establecido en el artículo 3.2. No obstante, hay una excepción al régimen de responsabilidad individual

103.- MASOT MIQUEL, M., «La responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante...», *op.cit.*, pág. 1678-1679.

104.- Ley 8/1990, de 28 de junio.

universal, que es la responsabilidad a consecuencia de contraer obligaciones para atender a la familia, que según reza el artículo 3.4 de la Compilación implica la posibilidad que tiene el acreedor de ir contra el cónyuge no deudor, que es responsable subsidiario en el supuesto de que no pueda hacerse efectivo el crédito dirigiéndose contra el patrimonio del cónyuge deudor.

En consecuencia, la Compilación regula la posibilidad de que el acreedor se dirija contra el cónyuge no contratante de obligaciones contraídas para atender las necesidades de la familia, de modo subsidiario.

FERRER VANRELL¹⁰⁵ señala que del artículo 3.4 de la CDCIB se desprende que, por una parte, es deudor el cónyuge que contrae la obligación, por lo que rige el principio de titularidad formal. Por lo tanto, este es el que tiene que saldar la deuda, con su patrimonio, de modo que el acreedor únicamente a él puede exigirle la deuda.

La autora hace notar que lo anterior no es más que el resultado del juego del régimen general de las obligaciones. Sin embargo, el hecho de que la obligación concreta responda al mantenimiento de la familia, es lo que la convierte en «matrimonial». La consecuencia de ello es la responsabilidad que surge en la relación externa por las deudas en interés de la familia frente a los acreedores.

FERRER VANRELL¹⁰⁶ considera que esta regla no es una regla de capacidad ni legitima para actuar en el ejercicio de la dirección de la casa, ya que ello se presupone, sino que únicamente se ocupa de establecer la responsabilidad frente a los acreedores derivada de determinadas actuaciones.

Responderán ante el impago los bienes del deudor y, subsidiariamente, los del no deudor, por lo que el artículo 3.4 CDCIB constituye un régimen excepcional a la previsión establecida por el artículo 1911 CC.

Con todo, conviene poner de manifiesto que el alcance del artículo 3.4 de la CDCIB no es coincidente con el del artículo 1319 CC, en tanto en cuanto este último establece la responsabilidad subsidiaria del no contratante únicamente en relación a la atención de las necesidades ordinarias de la familia, concepto más estrecho que el de las cargas del matrimonio, que es el que adopta el artículo 3.4 de la CDCIB¹⁰⁷.

105.- FERRER VANRELL, M.P., «Los efectos patrimoniales inter vivos... *op.cit.*, pág. 181.

106.- FERRER VANRELL, M.P., «Los efectos patrimoniales inter vivos... *op.cit.*, pág. 183.

107.- VILA RIBAS encuentra la justificación de este diferente tratamiento no en un olvido o desconocimiento del legislador, sino más bien en la preferencia de un mayor gravamen para el cónyuge no contratante en beneficio del acreedor. VILA RIBAS, C., *El régimen económico matrimonial en el Proyecto de Reforma de la Compilación...* *op.cit.*, pág. 203.

Quizá restringir la responsabilidad a las necesidades ordinarias resulte demasiado limitado y ajeno a la finalidad del establecimiento de la responsabilidad del no contratante. Es por ello que determinada doctrina¹⁰⁸ insta a interpretar extensivamente el inciso del Código Civil a los efectos de que quepan en él la mayor parte de los actos que corresponden al levantamiento de cargas familiares –por lo menos todos que la elasticidad propia de la interpretación extensiva permita–.

Por su parte, MASOT MIQUEL pone de manifiesto el carácter superfluo del precepto en el caso de que adoptáramos una interpretación literal del mismo. Considera el autor que si únicamente abarca la alimentación, el vestido y demás necesidades del día a día no tiene razón de ser la responsabilidad subsidiaria fijada, ya que este tipo de necesidades se atienden de modo inmediato, precisamente porque no son de gran cuantía, por lo que respecto de ellas de nada sirve fijar una responsabilidad subsidiaria para el caso en que no puedan ser atendidas por el cónyuge contratante.

En nuestra opinión, sí que hay un matiz relevante entre ambos conceptos –cargas y necesidades ordinarias de la familia– sin que vía interpretación extensiva puedan llegar a asimilarse. Sí que es posible adoptar un concepto de alimentos todo lo amplio posible, de modo que las necesidades ordinarias puedan abarcar actos que en función de las circunstancias y del nivel de vida de la familia puedan subsumirse –por ejemplo, un viaje de placer para la familia–. Cosa bien distinta es incluir otros actos, que aun siendo cargas, no son necesidades ordinarias de la familia.

Así, si bien no es fácil trazar los límites entre las «necesidades ordinarias de la familia» y otras propias de la familia, podemos considerar que las primeras serían aquellas del día a día, que se satisfacen con habitualidad o que entran dentro de los estándares razonables de consumo de la familia, sin que estas queden restringidas a la cesta de la compra –o por lo menos no en todo caso, atendiendo a las particulares circunstancias de la familia–.

La LPE adopta en su artículo 5.3 la redacción dada por la CDCIB en tanto en cuanto se establece la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante por las obligaciones causadas por el levantamiento de cargas familiares.

Así, en resumen, bajo el régimen descrito es indiferente la contribución de cada uno de los cónyuges en la relación interna, ya que ambos responderán –aunque el no contratante de modo subsidiario– frente al acreedor de las obligaciones causadas por el levantamiento de las cargas familiares, siempre que sean adecuadas al uso social y al nivel económico de la pareja.

108.- REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes... op.cit.*, págs. 396-397.

ii. En Ibiza y en Formentera.

Nada dice la CDCIB sobre la responsabilidad del cónyuge no contratante de cargas familiares frente a los terceros en el Libro III dedicado a la normativa aplicable a Ibiza y a Formentera.

En la Exposición de Motivos de la Ley 8/1990, de 28 de junio, se deja patente que ha sido analizado con rigor el asunto de la normativa aplicable en los casos de ausencia, omisión o insuficiencia de una norma compilada del Derecho de Ibiza y de Formentera.

Se ha aceptado partir del principio de autointegración y, con ello, atender a lo dispuesto en el artículo 1.2 de la CDCIB y hacer uso de los precedentes históricos, los usos y las costumbres insulares, de la jurisprudencia de las islas y de los comentarios de la doctrina científica en consonancia con lo dispuesto en los artículos 149.1.8 CE y en el Estatuto de Autonomía.

Hay que tener en cuenta que, como se deduce de la Exposición de Motivos de la Ley 8/1990 no siempre es posible aplicar de modo directo y de forma supletoria el Código Civil cuando nos encontramos ante una laguna legal, bien porque no esté regulado por el Código o bien porque este contenga regulación diversa¹⁰⁹.

Si nos remitimos a lo dispuesto en el artículo 67.2 de la Compilación, dentro del Libro III, se establece la obligación para ambos cónyuges de

109.- Existe doctrina autorizada en relación al sistema de fuentes de Derecho Civil Balear. No profundizaremos en este aspecto por exceder al objeto de nuestro trabajo. No obstante a los efectos de remisión para ello a la doctrina véanse: FERRER VANRELL, M.P.: «La codificación civil y la llamada “cuestión foral” en Baleares: discurso de ingreso»; *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, N.º 13, 2012, págs. 85-181; «Competencia exclusiva en legislación civil versus asunción de la competencia en derecho civil balear. El art. 30.27 EAIB», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 3, 2008; «El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares y la competencia legislativa en derecho civil propio», *RJIB. Revista jurídica de les Illes Balears*, N.º 2, 2004, págs. 33-68; «Las fuentes del derecho civil balear: artículo 1 de la CDCB», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 56, N.º 1918, 2002, págs. 1817-1841; *El informe sobre la reforma de la compilación de dret civil de Balears: (su origen y fundamento, la STSJB de 3 de septiembre de 1998)*, Universitat de les Illes Balears, 2000; *Tradició jurídica mallorquina: autors del segle XV al XVIII*; *Universitat de les Illes Balears*, Secretariat de Publicacions i Intercanvi Científic, 1990. LLODRÀ GRIMALT, F. «El sistema de fonts del dret civil balear (1990-2006). Estudi amb motiu del projecte de reforma del títol preliminar de la Compilació balear», *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 8, 2007. COCA PAYERAS, M. «El despliegue del artículo 149.1.8.º de la Constitución en el ámbito jurídico balear», *Derecho privado y Constitución*, N.º 2, 1994 (Ejemplar dedicado a: Segundo número monográfico sobre el reparto competencial en materia de derecho civil), págs. 35-54; «Conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio, en la doctrina del Tribunal Constitucional» *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 93, N.º 2, 1994, págs. 435-442. MASOT MIQUEL, M., «El Código Civil y su aplicación en el Derecho Civil balear», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Vol. 2, 1990, págs. 1299-1332; *Derecho civil de Mallorca*, Embat, Palma, 1979.

contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, y a la falta de pacto, dicha contribución se realizará proporcionalmente a sus recursos económicos.

Sin embargo, nada dice el Libro III, como ya hemos puesto de manifiesto, acerca de la responsabilidad del cónyuge que no ha contraído la deuda aun cuando se trate del levantamiento de las cargas familiares.

Por ello, con la CDCIB en la mano, y de un primer vistazo al texto, el acreedor sujeto al régimen previsto para Ibiza y Formentera queda en una situación de mayor desamparo que el que goza de la aplicación del régimen previsto para Mallorca y para Menorca ya que en este último caso, y como ya hemos abordado, si la deuda responde al sostenimiento de la familia y el deudor resulta insolvente, podrá dirigirse contra el no deudor.

Si nos ceñimos a lo anterior, podría pensarse que la separación patrimonial implica que el cónyuge no deudor no responderá nunca aunque de cargas del matrimonio se trate.

No parece ser esta la solución más acorde a una institución, la de las cargas del matrimonio, que persigue la satisfacción de los deberes que pesan sobre ambos cónyuges en atención al sostenimiento de la familia, como ya hemos tenido ocasión de tratar. Además, atendiendo al fundamento de esta previsión, no tendría ningún sentido que se recogiera para unas islas y no para otras.

Al estar prevista esta responsabilidad en la LPE que se aplica en bloque a todas las islas, si no lo hacemos extensivo al régimen previsto en el Libro III de la CDCIB nos topáramos con el contrasentido de que una pareja estable ibicenca o formenterense, en el caso de que uno de los integrantes contrate una obligación de la que derive una deuda propia del levantamiento de cargas familiares responderá de modo principal el que contrate y subsidiariamente el otro miembro¹¹⁰. Con la CDCIB en la mano, y si no realizamos interpretación correctora alguna, en el mismo supuesto y mediando un vínculo matrimonial el patrimonio del cónyuge no deudor estaría a salvo de cualquier responsabilidad, al margen de que tenga como objeto el levantamiento de cargas familiares y de que sea acorde al nivel de vida de la familia. Parece claro que no tiene que ser este el sentido que se le dé a la regulación prevista en el Libro III de la CDCIB.

Descartada esta postura, entonces, y dado por sentado que la responsabilidad del cónyuge no contratante de las cargas familiares se extiende a Ibiza y a Formentera, cabe plantearse, ante el silencio, si el cónyuge no deudor

110.- Repara en ello FERRER VANRELL, M.P., CARDONA GUASCH, O., *et al.*, *Comentarios a la Ley de Parejas Estables...*, *op.cit.*, págs. 401-403.

respondería solidaria o subsidiariamente de las deudas contraídas por uno de los cónyuges en atención a subvenir las necesidades familiares.

No recoge el Libro III una disposición de subsidiariedad similar a la prevista en el ordenamiento propio de Mallorca y, como hemos apuntado, en esta materia, de Menorca. ¿Podríamos entonces afirmar que de ello se deriva una responsabilidad solidaria en estos casos atendiendo a que el artículo 67.2 obliga a la contribución a las cargas en proporción a los recursos de cada cónyuge?

Consideramos que se impone en estos casos un esfuerzo hermenéutico a los efectos de que mediante una interpretación extensiva se aplique el precepto previsto para Mallorca y Menorca también a las Islas de Ibiza y de Formentera. Es un argumento que avala esta postura el hecho de que no solo viene establecida la responsabilidad del no contratante de las cargas familiares en el artículo 3.4 el Libro I de la CDCIB sino que además viene determinada en la Ley de Parejas Estables de les Illes Balears, como hemos apuntado, en concreto en su artículo 5.3 —y por lo tanto, de aplicación a todas las islas—.

«Cada miembro de la pareja responde con sus bienes del cumplimiento de las obligaciones que haya contraído. Aun así, de las causadas por el levantamiento de las cargas familiares, es subsidiariamente responsable el otro miembro, siempre que sean adecuadas al uso social y al nivel económico de la pareja».

Pensamos que la solidaridad, aunque referida exclusivamente a las deudas contraídas en concepto de cargas, atentaría contra el propio régimen de separación de bienes, y ello pasa por entender que la interpretación más apropiada es la de considerar que el cónyuge no deudor responde de un modo subsidiario en consonancia con lo previsto expresamente en el Libro I aplicable a Mallorca y, en este particular, a Menorca.

Otra posibilidad es apelar a la tradición jurídica porque entendemos que Ibiza y Formentera tienen la propia. No en vano, contra la postura que sostenemos, se alza la que considera que el estar recogido en la Compilación no implica una aplicación automática al encontrarnos ante una laguna legal. Es la propia Compilación la que está conformada por tres Libros, correspondientes a las distintas islas, lo que implica una distinta tradición jurídica, contando Ibiza y Formentera con unas costumbres y unos principios propios.

Ante la falta de previsión en estos casos, una postura considera que ante una laguna legal el vacío se llenará con lo dispuesto en la Compilación utilizando el mecanismo de autointegración, según lo dispuesto por el artículo 1.2 de dicho texto.

A ello se opone quien considera que deberá aplicarse el Código Civil¹¹¹.

Entre medias, la tradición jurídica ibicenca, que si se acerca a la catalana, es por ello probablemente que se haya introducido la solidaridad en el Anteproyecto, como luego veremos –ya que no cabe adoptar la regulación prevista en el Código Civil si esta pugna con la tradición jurídica pitiusa–.

GARCÍAS DE ESPAÑA respecto de la discusión acerca de si por la remisión del artículo 84 de la CDCIB es aplicable el Código Civil a la cuestión de la aplicación del Código Civil en sede de sucesión intestada a tenor de lo dispuesto por el artículo 84 CDCIB aboga por cubrir las lagunas con las disposición del Código Civil, por un lado, porque a este remite claramente dicho precepto y, por otro, «teniendo en cuenta que la mayoría de la doctrina y los tribunales observan cómo, cada vez más, priman en el Derecho Ibicenco las instituciones de Derecho Común en perjuicio incluso de las propias. Es más, no podemos olvidar que los principios básicos de la

111.- Así en un supuesto que lo que se lleva a debate es la diferencia que existe, por un lado entre el Código Civil y el ordenamiento de Mallorca y de Menorca y, por otro lado, el de Ibiza y Formentera en relación a la condición del cónyuge viudo como legitimario se concluye: «El párrafo segundo del art. 1, de otro lado, preceptúa que el Derecho Civil de Baleares se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan, así como las Leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas. La Compilación reserva a la tradición jurídica, pues, el cometido de servir de instrumento auxiliar en la aplicación del derecho vigente: aclarando el significado y alcance de la norma dudosa y, en su caso, completando los vacíos de que ésta adolezca. La tradición jurídica, por tanto, sólo puede operar en conexión con una norma, escrita o consuetudinaria, actualmente en vigor. Carece de valor, por el contrario, como fuente de aplicación directa, conclusión que corrobora el dato de que las normas de la Compilación llevaron consigo la sustitución del derecho civil balear de todo orden que regía con anterioridad, según establece su Disposición Final primera. Por consiguiente, y aun cuando resulta pacífico que la sucesión testamentaria sigue en Mallorca y Menorca las pautas esenciales y más características del modelo romano, como lo es igualmente que el derecho romano justinianeo forma parte de la tradición jurídica de dichas islas, no cabe hoy día acudir directamente a las reglas de ese derecho para solventar los conflictos que susciten las disposiciones de una sucesión testamentaria abierta tras la entrada en vigor de la Compilación. Aunque referida a la rescisión por lesión ultradividuum, la sentencia de este Tribunal Superior de 26 de enero de 2005 (RJ 2005, 1029) hubo de advertir, en esta misma línea, que el fundamento romano de una institución y el hecho de que haya estado vigente en épocas históricas no es suficiente para declarar su aplicabilidad en estos momentos». STSJ Baleares, 24.11.2005 (RJ\2006\208).

Analiza este asunto GARCÍAS DE ESPAÑA, E., «La posición del cónyuge viudo en Ibiza en la sucesión intestada y su regulación a través de la técnica de la remisión estática al Código Civil (a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, 4/2012 de 24 de octubre de 2012)», *Revista Jurídica de les Illes Balears*, 10 de julio de 2013.

<http://revistajuridicaib.icaib.org/?p=115>

sucesión que rigen en la isla de Mallorca y Menorca son antagónicos a los del territorio pitiuso»¹¹².

Una matización es necesario hacer en relación al régimen previsto en el Libro III para Ibiza y Formentera. El artículo 67.2 puntualiza que en el caso en el que existiera dote u otros bienes afectos al sostenimiento de las cargas familiares, los frutos y las rentas obtenidas se aplicarán con preferencia a ese fin.

En definitiva primero respondería de las deudas contraídas en atención al levantamiento de cargas la dote u otros bienes afectos. De modo subsidiario lo haría el cónyuge que ha contraído la deuda, y si no bastara este patrimonio para saldarla, se verían comprometidos los bienes del otro cónyuge de modo subsidiario.

D. La regulación por el Anteproyecto.

Lo dicho hasta ahora en relación al texto de la CDCIB es aplicable a la regulación apuntada por el Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio.

Vamos a detenernos, no obstante, en algunos cambios que, una vez que vea la luz, supondrá respecto al régimen vigente en la actualidad.

i. La distinción entre cargas y el más restringido concepto de las necesidades y gastos familiares.

Llama la atención que si bien el texto de la Compilación en la reforma de 1990 viene a otorgar idéntico tratamiento a todas las cargas familiares desde el punto de vista de la responsabilidad del cónyuge no contratante, el Anteproyecto vuelve a trazar la brecha entre aquellas que corresponden al concepto más amplio de cargas y aquellas propias del ejercicio –en palabras del Anteproyecto– de la «potestad doméstica», o «para atender las necesidades y gastos familiares».

En relación a la potestad doméstica, FERRER VANRELL puntualiza que a tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución Española, ambos cónyuges pueden y deben dirigir la familia en un mismo plano. Esto unido a que dicho concepto nunca ha regido en Baleares, ve preferible referirse a la dirección de la casa en interés de la familia. La autora refleja cómo en otros territorios la dirección de la familia correspondía al hombre y para la

112.- GARCÍAS DE ESPAÑA, E., «La posición del cónyuge viudo en Ibiza... *op.cit.*

<http://revistajuridicaib.icaib.org/?p=115>

operatividad de determinadas situaciones surgió la «potestad de la llave», que era una facultad para dirigir la economía doméstica de manera que la mujer podía representar a su marido, sin olvidar que el marido podía suprimir tal potestad de la mujer¹¹³.

Históricamente esta situación nunca se dio en Baleares, ya que la mujer no tenía mermada su capacidad de obrar, pudiendo gestionar su patrimonio, por lo que no era necesario apelar a esta figura de la potestad doméstica para que la mujer pudiera actuar.

El Anteproyecto concede con ello a cada cónyuge una parcela de actuación individual, en concreto, para aquellos actos que supongan la satisfacción de las necesidades ordinarias de la familia, es decir, los alimentos, entendiendo estos por remisión al artículo 6.1.a a lo indispensable para el mantenimiento, la vivienda, el vestido y la asistencia médica, así como la educación y la instrucción en la minoría de edad y en la mayoría si la formación no se hubiera completado por causas no imputables al alimentado.

ii. La responsabilidad frente a terceros.

En materia de responsabilidad, en el escenario trazado por el Avantprojecte de Llei de Règim Patrimonial del Matrimoni, hay una obligación de ambos cónyuges a levantar las cargas y hay una responsabilidad solidaria cuando ambos contratan las obligaciones tendentes a sostener la familia, conforme dispone el artículo 12.1. Por su parte, el punto 2 del mismo precepto alude a las necesidades y los gastos familiares respecto a los cuales la contratación por uno de los cónyuges dará lugar a la responsabilidad subsidiaria del no contratante. Para el caso de Ibiza y de Formentera en este último supuesto se acoge la responsabilidad solidaria conforme dispone el artículo 46.

Así la nueva norma apunta al modelo del Código Civil en cuanto que restringe la responsabilidad subsidiaria –para Mallorca y Menorca– a las necesidades y gastos familiares, no utilizando el concepto más amplio de cargas familiares, que sí que se utiliza en la regulación aplicable a Ibiza y a Formentera para la responsabilidad solidaria de los cónyuges en relación a las obligaciones tendentes al sostenimiento de las cargas contraídas por ambos. Del mismo modo en el artículo 46 –para Ibiza y Formentera– se contempla la relación solidaria no solo para el levantamiento de las cargas contraídas conjuntamente por los cónyuges, sino también en aquellos casos en los que uno de ellos contrate, eso sí, en ejercicio de la potestad doméstica. Nos dedicaremos a todo ello en lo sucesivo.

113.- Desapareció al establecerse, por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, la igualdad de derechos entre ambos cónyuges desapareciendo las restricciones de capacidad de la mujer.

1. Por las obligaciones contraídas en el ejercicio de la dirección de la casa

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto en relación a los principios inspiradores de la Ley se hace referencia a la igualdad entre cónyuges en cuanto a derechos y deberes y a la dirección familiar.

Como ya hemos apuntado, al margen de la obligación de contratación conjunta de las cargas familiares en general, el Anteproyecto en su artículo 7.3 autoriza a uno de los cónyuges a contraer obligaciones en el ejercicio de la dirección de la casa, a nuestro modo de ver nos encontraríamos ante la potestad doméstica que corresponde al levantamiento de las cargas ordinarias de la familia, es decir, aquellas que responden a las necesidades y gastos familiares –al margen de otros gastos que aun siendo cargas se consideran extraordinarios–.

En relación a estas necesidades y gastos familiares ordinarios de acuerdo con los usos y el nivel de vida el Anteproyecto al regular la responsabilidad frente a terceros es confuso.

Así, el artículo 7.3 establece que cualquier cónyuge 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, presumiendo que lo hace con el consentimiento del otro.

En los casos de contratación por uno de los cónyuges, el artículo 12.2 establece que la responsabilidad será subsidiaria del cónyuge no contratante. Se refiere este artículo a las necesidades y gastos familiares –a imagen de lo establecido en el 7.3– aunque obvia el término «ordinarios». Consideramos que pese al olvido, al utilizar idéntico término –necesidades y gastos familiares– se está refiriendo esta responsabilidad subsidiaria a la dirección doméstica ordinaria¹¹⁴. No es exigible, por lo tanto, responsabilidad subsidiaria al cónyuge no contratante de cargas familiares extraordinarias –cuyo régimen ya hemos expuesto–.

En la misma línea, por lo que sirve como apoyo a la postura sostenida, la Ley de Parejas Estables únicamente se refiere a los gastos para el sustento de las cargas familiares a los «necesarios» en su artículo 5.2, por lo que entronca con la dirección doméstica ordinaria, y es para estos gastos para los que establece la responsabilidad subsidiaria. Por lo tanto, únicamente se pronuncia en relación a gastos necesarios y que sean conformes al uso social y al nivel económico de la pareja.

114.- En términos similares al pronunciamiento del artículo 1440.2º CC, distinguiendo también esta norma entre potestad doméstica ordinaria y extraordinaria –constituyendo en ambos casos cargas familiares–.

MASOT MIQUEL¹¹⁵ repara en las dificultades que plantea esta distinción desde un punto de vista técnico doctrinal ya que delimitar los conceptos de cargas del matrimonio y de las necesidades ordinarias de la familia es complicado. El autor considera que el único modo de atender a la finalidad del precepto es adoptar una interpretación amplia, ya que teleológicamente el precepto persigue que de las obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges para satisfacer cargas familiares puedan responder todos los bienes, los propios del que ha contratado y los del que no lo ha hecho pero se ha beneficiado¹¹⁶.

2. Por las obligaciones contraídas al margen del ejercicio de la dirección de la casa.

Según dispone el artículo 12.1 del Anteproyecto, los cónyuges responden de modo solidario de las obligaciones que contraen de modo conjunto para el levantamiento de las cargas familiares.

Es acorde esta disposición con lo dispuesto por el artículo 7.2 del Anteproyecto, que establece que las cargas familiares tienen que contratarse de común acuerdo por ambos cónyuges.

La cuestión que suscita lo anterior es ¿qué responsabilidad tiene el cónyuge no contratante en relación a las obligaciones contraídas en el levantamiento de cargas familiares de carácter extraordinario?

En estos casos consideramos que respondería con todo su patrimonio el cónyuge contratante y de ningún modo podría afectarse el del no contratante, puesto que nos hallamos ante cargas familiares extraordinarias –y por lo tanto al margen de las vistas anteriormente que responden a las necesidades y gastos familiares ordinarios–. No existe previsión –como sucede en el levantamiento de cargas familiares ordinarias– de presunción *iuris tantum*, en este caso, de que el cónyuge que ha contratado unilateralmente una obligación para satisfacer necesidades familiares extraordinarias lo haya hecho con el consentimiento del otro.

iii. Solidaridad y subsidiariedad.

A la cuestión anterior hay que sumar el régimen de responsabilidad dispar que se contempla para las distintas islas. En el artículo 12.2 establece que en los casos en que uno de los cónyuges contraiga estas obligaciones este responde frente a terceros, y de modo subsidiario responde el cónyuge

115.- MASOT MIQUEL, M., «La responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante... *op.cit.*, pág. 1673-1674.

116.- MASOT MIQUEL se apoya en la argumentación de REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes... op.cit.*, pág. 365.

no contrayente de la obligación. Sin embargo, si reparamos en el artículo 46, en el seno de las disposiciones aplicables a Ibiza y Formentera, se establece una responsabilidad solidaria tanto para las obligaciones que se contraen de modo conjunto para el levantamiento de las cargas familiares como de las que se contraen por uno de los cónyuges en el ejercicio de la dirección de la casa determinada en el artículo 7.3 del Anteproyecto.

Se produce, entonces, una distinta regulación, ya que de las deudas contraídas en el ejercicio de la dirección de la casa deriva una responsabilidad subsidiaria para el cónyuge no contratante en el ordenamiento previsto para las islas de Mallorca y de Menorca y solidaria para Ibiza y Formentera.

No obstante, como ya hemos apuntado anteriormente, en realidad el régimen previsto no es tan dispar, puesto que el artículo 7.3 establece una presunción *iuris tantum*, como ya hemos apuntado anteriormente, de que el cónyuge que contrae obligaciones para atender necesidades y gastos familiares ordinarios se presume que lo hace con el consentimiento del otro. Significa esto que si no se destruye esta presunción la responsabilidad será solidaria conforme dispone el artículo 12.1 del Anteproyecto.

A nuestro modo de ver, la solidaridad en estos casos, tal y como se deduce de la letra del Anteproyecto, tiene difícil encaje en el régimen de separación de bienes. Es, al contrario, lógico que en los regímenes de comunidad, al ser estos actos de cargo de la sociedad de gananciales¹¹⁷, respondan de este modo la masa ganancial y el patrimonio del cónyuge que contrae la obligación. Por el contrario, en un régimen de separación, al no haber un patrimonio común, no tiene razón de ser la responsabilidad solidaria, aunque sí la subsidiaria del cónyuge que no contrató en tanto en cuanto tiene el deber de contribuir al levantamiento de las cargas familiares.

La doctrina oscila entre decantarse por la solidaridad o por la subsidiariedad. Así, algunos autores consideran que la regla de la solidaridad es más acorde a la idea de colaboración que late en el matrimonio con independencia del régimen económico al que se sujeten, en especial en relación a estos gastos¹¹⁸. Otros autores analizan la preferencia de la responsabilidad solidaria desde el punto de vista del beneficio de los acreedores, que no tienen que esperar a la insuficiencia patrimonial del cónyuge contratante para dirigirse contra el patrimonio del otro cónyuge¹¹⁹. No parece que esta última postura legitime por sí misma un tratamiento privilegiado del acreedor de un determinado tipo de obligaciones —por ejemplo,

117.- Así se establece en los artículos 1362, 1365, 1369 CC.

118.- REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes... op.cit.*

119.- DE LOS MOZOS, J.L., «Comentario a los artículos 1435 a 1444», en ALBADALEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVIII, vol. III, Madrid, 1985, pág. 398.

si el regalo al tercero que compra un cónyuge es adecuado a las circunstancias familiares, el acreedor resultaría privilegiado, mientras que si el regalo excede del nivel económico de la familia, seguiría el tratamiento de cualquier obligación contraída por uno de los cónyuges, es decir, la general del 1911 CC-. Más coherente nos parece la postura a favor de la solidaridad que sostiene ÁLVAREZ OLALLA¹²⁰, que considera que la solidaridad es más ventajosa en tanto en cuanto no perjudica al cónyuge diligente, que es aquel preocupado por atender las necesidades ordinarias de la familia, frente al cónyuge inactivo que se vería privilegiado por la regla de subsidiariedad y no así por la de la solidaridad. El cónyuge diligente tendría que esperar, en todo caso, para verse resarcido a posteriores acciones de reembolso por lo pagado de más en el seno de las relaciones internas entre cónyuges. Si el deber de sostener las cargas familiares corresponde a ambos cónyuges, es justo que ambos respondan frente a terceros en condiciones de igualdad.

Cierta parte de la doctrina también utiliza argumentos detractores de la solidaridad y considera que la subsidiariedad se ajusta mejor a la figura, ya que protege suficientemente a los acreedores, puesto que en caso de no responder o no hacerlo suficientemente el contratante, lo hará el otro, como expone ÁLVAREZ OLALLA¹²¹ como contraargumento del antes utilizado. LACRUZ¹²², por su parte, utiliza un argumento que no deja de ser también coherente, a saber que al ser responsable en primera instancia el cónyuge contratante se cuidará de no incurrir en excesos y dedicar a las cargas lo adecuado a las circunstancias familiares.

En relación a la regla de subsidiariedad, elegida para Mallorca y, por remisión, para Menorca, a propósito de ser la misma por la que opta el Código Civil RIBERA BLANES¹²³ comenta que el fundamento por el que el legislador elige esta regla es el deber de satisfacer las necesidades de la familia de modo conjunto y recíproco¹²⁴, por lo que la actuación de un cónyuge beneficia a toda la familia. Hasta aquí también sirve, y quizá en mayor medida, este razonamiento para justificar la solidaridad. No obstante a renglón seguido la autora repara en que al encontrarnos en el ámbito del régimen de separación de bienes, su esencia impide que la actuación de un cónyuge de

120.- ÁLVAREZ OLALLA, M.P., *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 174.

121.- ÁLVAREZ OLALLA, M.P., *Responsabilidad patrimonial... op.cit.*, pág. 175.

122.- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil IV... op.cit.*, pág. 537.

123.- RIBERA BLANES, B., «Del régimen de separación de bienes», en RAMS ALBESA, J., MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coords.), *El régimen económico del matrimonio*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 871.

124.- En concreto en los artículos 1318 y 1438 CC.

modo unilateral, aunque sea para satisfacer una necesidad conjunta, eleve a la categoría de deudor principal al otro cónyuge. Se trata así de la mayor pertinencia de la regla de subsidiariedad en tanto en cuanto garantiza mejor la independencia patrimonial de los cónyuges. Se logra así cohonestar, por un lado, dicha independencia ya que primero responde el cónyuge que contrató y, por otro lado, la naturaleza especial de estas deudas para sostener la familia, ya que es lógico que el cónyuge que no las contrata no se vea exonerado completamente de la responsabilidad por ellas, ya que es su obligación el levantamiento de las mismas.

De lege ferenda, JIMÉNEZ GALLEGO¹²⁵ propugna que, entre la disyuntiva de establecer una responsabilidad solidaria o subsidiaria, es mejor no introducir modificaciones en contra de la tradición jurídica. No habiendo existido nunca la solidaridad, salvo que se considerase como necesario o lo clamara la realidad social, no ve motivos para instaurarla. Ve no obstante en ella un avance para la seguridad del tráfico, aunque se adscribe a la opinión de MIQUEL MASOT¹²⁶, en cuanto que sostiene que la subsidiariedad no perjudica al acreedor, puesto que la demanda se puede dirigir contra el deudor y, en el caso de que no pague, contra su cónyuge. No obstante, JIMÉNEZ GALLEGO¹²⁷ considera que debería regularse en el Derecho de Ibiza y Formentera, sin perder la perspectiva de la influencia de la regla de solidaridad.

MASOT MIQUEL¹²⁸ considera que la responsabilidad subsidiaria es la que mejor casa con el régimen de separación de bienes y ve en la solidaridad un elemento perturbador a este régimen puesto que al hablar de responsabilidad solidaria es inevitable la mezcla de los patrimonios de los deudores que responden de este modo. Para el autor, considerando que este mecanismo de la responsabilidad del cónyuge no contratante viene justificado en la protección de los acreedores estima que estos quedan suficientemente protegidos con la responsabilidad subsidiaria. Concluye con que una cosa es que sean responsables ambos cónyuges de este tipo de obligaciones y otra bien distinta que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra cualquiera de los cónyuges.

125.- JIMENEZ GALLEGO, C., «Cuestiones sobre el régimen de separación de bienes...
op.cit., pág. 157-158.

126.- MASOT MIQUEL, M., «La responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante...
op.cit., pag. 1684.

127.- JIMÉNEZ GALLEGO, C., «Cuestiones sobre el régimen de separación de bienes...
op.cit., pág. 157-158.

128.- MASOT MIQUEL, M., «La responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante...
op.cit., pág. 1684.

Sin entrar en lo oportuno de dicho cambio, cuyo sentir coincide con las posturas doctrinales expuestas, parece que se le dotaría al sistema de una mayor coherencia si la regulación de las islas fuera uniforme.

E. Derecho comparado.

En la Exposición de Motivos del Avantprojecte de Llei de Règim Patrimonial del Matrimoni se deja constancia de cómo las leyes de las diferentes Comunidades Autónomas relativas al régimen económico matrimonial y la familia que se han promulgado en los últimos años han formado parte, entre otros, de los materiales que han servido de base a la discusión y a la elaboración del texto.

En Navarra, la ley 103¹²⁹ establece que de las obligaciones que contraiga un cónyuge para atender las necesidades ordinarias de la familia de conformidad a sus circunstancias y al uso del lugar responderán de modo subsidiario los bienes del otro cónyuge si fuera insuficiente el patrimonio del deudor.

Por su parte, también Navarra, aunque ahora refiriéndonos a la regulación establecida para las parejas de hecho por la Ley 6/2003, de 3 de julio¹³⁰, establece la responsabilidad solidaria de los convivientes frente a los terceros por las obligaciones contraídas para mantener la casa y para atender a los hijos comunes.

La Ley valenciana¹³¹, en su artículo 6, fija el régimen de separación de bienes como supletorio y claramente no le asigna otra trascendencia que afectar a sus respectivas rentas y patrimonios al levantamiento de cargas del matrimonio.

Esta misma Ley en su artículo 11¹³² establece la responsabilidad

129.- Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núm. 57, de 7.3.1973).

130.- Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (BON núm. 82, de 7.7.2000).

131.- Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (DOCV núm. 5475, de 22.3.2007).

132.- 1. De los actos de un cónyuge dirigidos a satisfacer las necesidades ordinarias de la familia, según los usos del lugar y las circunstancias de esta, responderán frente a terceros, en primer lugar y solidariamente, los bienes del cónyuge que contrajo la deuda, los bienes agermanados y, en su caso, las donaciones por razón del matrimonio a que se refiere el artículo 31 y, subsidiariamente, los del otro cónyuge.

2. En las relaciones internas entre los cónyuges, el que haya satisfecho más cantidad de la que le correspondía, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8 de la presente ley, tendrá derecho a ser reembolsado por el otro cónyuge.

subsidiaria del cónyuge que no ha contratado cuando el objeto sea la satisfacción de necesidades ordinarias de la familia. El precepto fija que en primera instancia responden de manera solidaria los bienes del cónyuge que contrajo la obligación y los agermanados¹³³ y las donaciones por razón de matrimonio. En su defecto, responderán de modo subsidiario los del otro cónyuge.

El precepto utiliza la expresión «necesidades ordinarias de la familia» y no la de cargas del matrimonio, que sí que aparece en otros preceptos¹³⁴, por lo tanto habrá que entender que esta responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante únicamente opera en esos supuestos, que aunque no se aclaran de modo expreso, responden a una acepción más restringida que las cargas del matrimonio.

En Cataluña¹³⁵, por el contrario, si atendemos a la Ley 25/2010, que aprueba el Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, la regla que rige estas relaciones es la de solidaridad de los cónyuges frente a los terceros cuando uno de ellos contraiga una obligación para subvenir las necesidades y los gastos familiares ordinarios de acuerdo

133.- «La germanía se caracteriza por su extraordinaria flexibilidad o maleabilidad, pues puede comprender todos, alguno o algunos de los bienes de los esposo, y su composición puede modificarse durante su vigencia, tanto en el sentido de aportar bienes como en el de excluirlos (Art. 39 LREMV). Por tanto, puede ser un régimen de comunidad universal; esto es, de todos los bienes que adquieran los cónyuges durante el matrimonio –acaso también de los que aportaran, dado lugar a una comunicación universal de bienes similar a la del Fuero del Baylio o más próximamente a la del agermanament de Tortosa, que comprende todos los bienes que tengan los cónyuges al casarse o en el momento de convenir el pacto y los que adquieran por cualquier título mientras el pacto subsista, y de las ganancias o lucros de toda clase que obtengan durante la unión– pero también puede pactarse una comunidad limitada a ciertos bienes, incluso a uno sólo; y puede modificarse en cualquier momento, con división por mitad a la disolución o al tiempo del fallecimiento de uno de los cónyuges (Art. 43.1)». PLA PASTOR, J.V., «Los bienes agermanados en la nueva Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. Posibles repercusiones tributarias», *Noticias Jurídicas*, octubre, 2011.

<http://noticias.juridicas.com/articulos/35-Derecho-Fiscal—Financiero-y-Tributario/481-los-bienes-agermanados-en-la-nueva-ley-de-r-gimen-econ-mico-matrimonial-valenciano-posibles-repercusiones-tributarias.html>

134.- En concreto en los artículos 6, 8.1, 9 y 12 de la Ley.

135.- El régimen económico matrimonial regulado en la Compilación de 1960 se modificó por la Ley 13/1984, de 20 de marzo y por el Decreto Legislativo 1/1984 con lo que se consiguió la adaptación del cuerpo legal a los requerimientos de la Constitución Española. Posteriormente por la Ley 8/1993, de 30 de septiembre y por el Código de Familia aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio se profundizó en la regulación de los efectos patrimoniales del matrimonio. La norma que en la actualidad regula esta materia viene dada en forma de Libro II del Código Civil de Cataluña, que fue aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de junio.

con los usos y el nivel de vida de la familia, conforme a lo dispuesto por el artículo 231.8 del Código¹³⁶.

El Anteproyecto no se aleja tanto del modelo catalán, a pesar de que una primera lectura pueda llevarnos a concluir que son regímenes bien distintos en cuanto al mecanismo de responsabilidad que establecen.

Así, en el modelo catalán los cónyuges responden frente a terceros de modo solidario cuando atienden obligaciones contraídas para subvenir las necesidades y los gastos familiares ordinarios de acuerdo con los usos y con el nivel de vida de la familia.

Sin embargo, si nos ceñimos al artículo 12 del Anteproyecto, la responsabilidad es subsidiaria para el cónyuge que no ha contratado la cobertura de necesidades y gastos familiares. Es necesario poner este precepto en concordancia con lo dispuesto en el artículo 7 del Anteproyecto para recaer en que en el ejercicio de esa potestad de dirección y sostenimiento de la familia cuando un cónyuge contrata y lo hace de acuerdo a los usos y al nivel de vida de la familia se presume que lo hace con consentimiento del otro, y por lo tanto la responsabilidad es solidaria conforme determina el artículo 12.1. Con todo, se trata de una presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada mediante prueba en contra, con lo que el cónyuge no contratante respondería de modo subsidiario, mientras en Cataluña lo seguiría haciendo de manera solidaria.

En definitiva, cuando nos referimos a la contratación por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de la dirección de la casa se compromete *iuris tantum* el patrimonio del otro, que solo responderá de modo subsidiario si se acredita que no consintió el acto realizado por el otro cónyuge. Así, con el texto del Anteproyecto en la mano puede concluirse que cualquiera de los cónyuges, al margen de la distribución interna que se puntualiza en el artículo 8, tiene legitimación para realizar los actos dirigidos a la atención de las necesidades ordinarias de la familia, vinculando el patrimonio del otro.

Al hilo de la solidaridad establecida en el Código Civil de Cataluña JIMÉNEZ GALLEG¹³⁷ comenta que, en este caso, no supone en la práctica apenas diferencia con la subsidiariedad, ya que la demanda puede dirigirse contra ambos cónyuges reclamando el pago, demandando a uno de ellos de modo subsidiario.

136.- «Artículo 231.8. Responsabilidad por gastos familiares.

Ante terceras personas, ambos cónyuges responden solidariamente de las obligaciones contraídas para atender a las necesidades y los gastos familiares ordinarios de acuerdo con los usos y nivel de vida de la familia. En caso de otras obligaciones, responde el cónyuge que las contrae».

137.- JIMÉNEZ GALLEG¹³⁷, C., «La separación de bienes como régimen económico del matrimonio... *op.cit.*

La solidaridad también rige en Aragón, tal y como se establece en el artículo 189 del Decreto Legislativo 1/2011 que aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón¹³⁸, en el sentido de que los cónyuges responden de modo solidario frente a terceros de buena fe de las obligaciones que uno de ellos contraiga con el objeto de atender las necesidades familiares.

En el Código Civil de acuerdo a lo previsto en el artículo 1438, los cónyuges contribuirán al sostenimiento de cargas del matrimonio.

Por su parte, las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria, a tenor de lo que establece el artículo 1440 CC, conllevan una responsabilidad que alcanza a ambos cónyuges, con independencia de que la contrajera uno de ellos únicamente. Las obligaciones que pueden calificarse contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica conforme reza el artículo 1319 CC son aquellas dirigidas a la atención de las necesidades ordinarias de la familia que sean conformes al uso del lugar y a las circunstancias de la misma.

De estas deudas responde con preferencia el que la contrajo y de modo subsidiario el otro, al margen del derecho a reintegro que tiene el cónyuge con cuyos bienes se hubiera hecho frente a la deuda en mayor medida de lo que le correspondía según las relaciones internas entre cónyuges¹³⁹.

En definitiva, según el régimen previsto en el Código Civil frente a los terceros, en el ejercicio de la potestad doméstica, se responde conforme a lo previsto por el artículo 1319. Sin embargo, entre los cónyuges la distribución de la deuda se realiza según lo dispuesto por el artículo 1438 en función de cómo contribuya cada uno de ellos al levantamiento de cargas del matrimonio.

IV. EL DEBER DE INFORMACIÓN.

El deber de información, en principio, puede resultar ajeno al régimen de separación de bienes, y no es extraño que el Código Civil únicamente haga referencia a esta obligación en sede de gananciales¹⁴⁰, a consecuencia precisamente de la existencia de un patrimonio común entre los cónyuges

138.- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm. 63, de 29.3.2011).

139.- Todo ello se deriva de concordar los artículos 1319, 1438 y 1440.2º CC.

140.- Véanse artículos 1383 y 1393.4º CC.

DÍAZ ALABART, S., «El deber de información entre cónyuges en el régimen de gananciales, y también en los de separación y participación», CUENA CASAS, M., ANGUITA VILLANUEVA, L.A., ORTEGA DOMENECH, J. (coords.), *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 1281-1292.

y el correspondiente interés de ambos cónyuges en la gestión y en la administración de estos bienes. Así, es en los artículos 1383 y 1393.4^o donde se hace mención expresa a esta obligación, en el seno de la regulación del régimen de gananciales.

Así el artículo 1383 CC recoge el deber de información entre los cónyuges de modo que recíprocamente tienen la obligación de comunicarse el estado de sus asuntos económicos¹⁴¹.

«las dotes y capacidades de cada sujeto para el trabajo, la libertad misma de trabajo y sus consecuencias, no obstante, su aptitud para generar ingresos económicos están tan vinculados a los derechos de la personalidad que, en puridad conceptual, no cabe más que considerarlos como bienes privativos, pero el ejercicio externo de estas capacidades o cualidades por muy propios del sujeto que sean (v. gr. condiciones de artista o habilidades profesionales, etc. si se traducen en una actividad productiva, tiñe de ganancialidad a los bienes económicos obtenidos, por aquella. Por tanto, como explica la sentencia recurrida «sean cuales sean las competencias profesionales» de un óptico-optimetrista es lo cierto que la «Optica Cabrera Valido» es un negocio de naturaleza ganancial»¹⁴².

DÍEZ PICAZO Y GULLÓN¹⁴³ apuntan que aun en el seno de la sociedad de gananciales la implantación del artículo 1383 tuvo que superar escollos ya que se señaló que no era justo ni prudente tratar a los cónyuges como si fueran socios de una sociedad mercantil y que existen límites a la hora de informar acerca de actividades económicas y profesionales que deben mantenerse en la esfera personal de cada cónyuge.

No obstante, el derecho común olvida que aun constante el régimen de separación de bienes es posible comprometer el patrimonio del otro cónyuge. Así, es común a los distintos regímenes económicos normativamente previstos la sujeción al levantamiento de las cargas del matrimonio y, en relación a ello, existe responsabilidad de ambos cónyuges por las deudas que, aun uno de ellos, contraiga en aras de su levantamiento.

Más acertada resulta en su regulación la Ley 25/2010, que aprueba el Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, que en su artículo 231-7 establece la obligación recíproca de los cónyuges de informarse de modo adecuado de la gestión patrimonial que lleven a cabo en

141.- Véase MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario al artículo 1383 CC», en BERCOVITZ RÓDRIGUEZ-CANÓ, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2009.

142.- STS, 20.11.2000 (RJ\2000\9346).

143.- DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 10^a ed., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 189.

atención a los gastos familiares. Esta obligación recíproca se establece como disposición general a todo tipo de régimen económico matrimonial, y por lo tanto, como régimen primario.

Del mismo modo el artículo 10 de la Ley 10/2007 de Régimen Económico Matrimonial Valenciano recoge la obligación de información económica recíproca entre cónyuges. CLEMENTE MEORO¹⁴⁴ sostiene que el deber de información, en el caso valenciano, se encuentra vinculado a la obligación de sostener las cargas del matrimonio, ya que aparecen como inseparables en tanto que difícilmente se puede hablar de este último si no existe el primero. Establece, el citado régimen, el deber de informar no solo del patrimonio sino de los rendimientos de este y de las actividades puesto que tanto el patrimonio como las rentas son los criterios que determinan la contribución a las cargas del matrimonio.

DÍEZ PICAZO Y GULLÓN¹⁴⁵ señalan que este deber de información es una medida prudente y apropiada, ya que no es extraño que uno de los cónyuges viva durante mucho tiempo con el convencimiento de la buena gestión de los intereses familiares por parte del otro, siendo que esta confianza ciega supone una gran ignorancia que acarrea efectos negativos habitualmente cuando el matrimonio entra en crisis.

A. Alcance del deber de informar.

Es precisamente por esta responsabilidad en el levantamiento de las cargas familiares la razón por la que, con independencia del régimen económico matrimonial, se justifica este deber de información entre cónyuges.

No cabe duda de que el deber de informar se entenderá de modo más amplio en el régimen de gananciales, y así lo considera parte de la doctrina¹⁴⁶, teniendo en cuenta que la masa ganancial constituye una confusión de patrimonios¹⁴⁷. Está claro que en este régimen el rendimiento de un cónyuge incrementa la masa común ganancial por lo que es coherente con la mecánica del propio régimen la información recíproca¹⁴⁸. De modo similar podemos concluir respecto del régimen de participación¹⁴⁹.

144.- CLEMENTE MEORO, M.E., -La Ley 10/2007, de régimen económico..., *op.cit.*, págs. 443-470.

145.- DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV..., *op.cit.*, pág. 189.

146.- RAMS ALBESA, J., *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.

147.- Ver STS, 12 marzo 2007 (RJ 2007\2578).

148.- Así lo considera LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo 6, Trivium, Madrid, 1997, pág. 226.

149.- CARDONA GUASCH, O.P., *Acolliment en la quarta part dels milloraments: un estudi sobre la tradició jurídica mallorquina*, Leonard Muntaner, Palma, 2013.

Es por ello que DIEZ PICAZO Y GULLÓN¹⁵⁰ consideran –desde la perspectiva ganancial– que el deber de información no debe recaer sobre las actividades económicas o profesionales en sí mismas consideradas sino sobre la ganancia –como objeto del consorcio– y en concreto sobre todo aquello que altere su balance.

Así tal y como concluye DÍAZ ALABART¹⁵¹ en estos casos la información es precisa a los efectos del control de la administración y de la disposición de los bienes y, en su caso, para ejercer las acciones de nulidad, prevista en el artículo 1378 CC, la de anulabilidad, en el 1322 CC, la de rescisión, recogida en el artículo 1391 CC y para reclamar, en caso de que procediera el daño sufrido conforme disponen los artículos 1390 y 1391 CC.

No obstante, DÍAZ ALABART¹⁵² concluye con que incluso en estos regímenes de comunidad existe la obligación de informar sobre los bienes privativos. De hecho, la autora refiere como la letra del artículo 1383 es amplia en el sentido de que se refiere a la información que deriva de «cualquier actividad económica de los cónyuges».

Avala su postura el hecho de que aun siendo privativos los bienes tienen incidencia en el régimen de gananciales ya que de la buena administración de los bienes depende la productividad, que es ganancial¹⁵³. Además, y en cuanto al objeto de este trabajo, el hecho de que todos los bienes de los consortes estén sujetos al levantamiento de cargas matrimoniales, implica un legítimo interés de cada uno de los cónyuges a conocer la situación económica del otro.

ALBADALEJO¹⁵⁴, por su parte, señala que a tenor de la letra del artículo 1383 la información hace referencia a «cualquier actividad económica», por lo que el deber recae sobre la situación de la actividad y los rendimientos que genere. Además, el citado autor considera que la información abarca aquello que aunque no sea estrictamente propio de la actividad económica, afecte a esta –por ejemplo, si un bien del informante se destruye de modo fortuito–. Por ello se extiende a la actividad relativa a los gananciales y a sus resultados y de la economía privativa del informante.

150.- DIEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV... *op.cit.*, pág. 189.

151.- DÍAZ ALABART, S., «El deber de información entre cónyuges...» *op.cit.*, págs. 1281-1292.

152.- Ídem.

153.- Hay que reparar en que en el régimen económico de gananciales los frutos, las rentas y los intereses que produzcan los bienes privativos, tienen carácter ganancial, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1347.2º del CC.

154.- ALBADALEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 10 ed., Edisofer, Madrid, 2006, pág. 177.

B. La constitucionalidad del deber de informar entre cónyuges.

Sobre el deber de información entre cónyuges y su constitucionalidad, en concreto sobre la cuestión de si vulnera el derecho a la intimidad, ha tenido ocasión de pronunciarse la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, de 20 de febrero¹⁵⁵.

El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del sistema único de tributación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ya que a consecuencia de esta declaración única se vulneraba el artículo 18 de la CE en tanto en cuanto el derecho a la intimidad de los cónyuges conlleva la reserva de sus actividades económicas.

Late en la resolución que una cosa es informar de modo suficiente, y otra bien distinta obligar mediante este sistema a que cada cónyuge revele al otro hasta el último detalle de su actividad económica y de la gestión de su patrimonio. Cada uno de los cónyuges tiene derecho a la intimidad económica, pero ello no significa, o al menos no se deduce de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de deberes de información recíproca como el previsto por el artículo 1383 CC.

Realmente lo que se debatió en la Resolución fue la inconstitucionalidad de las leyes tributarias del momento que obligaban a que la unidad familiar matrimonial presentara una declaración de IRPF única, suscrita por ambos y de la que respondían solidariamente. Aun habiendo desacuerdo entre ambos cónyuges, uno tendría que declarar las rentas del otro.

Claramente este sistema vulneraba el principio de igualdad en tanto en cuanto el matrimonio se veía grabado fiscalmente en mayor medida que la pareja no matrimonial. Y la vulneración de este derecho es precisamente el que justifica el fallo ya que el Tribunal manifiesta que «el problema es, más bien, si vulnera el derecho a la igualdad la aplicación a los contribuyentes casados de un régimen tributario especial basado en la acumulación de rentas, sin razón alguna que lo justifique y por el solo hecho de haber contraído matrimonio»¹⁵⁶.

155.- STC, 20.2.1989 (RTC\1989\45).

Véase REQUEIJO PASCUA, A., «Una aproximación a la STC de 20 de febrero de 1989»

http://www.injusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344064689?blobheader=application/pdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment;%20filename=Ver_Estudio_Doctrinal.pdf&blobheadervalue2=1288777402049

156.- STC, 20.2.1989 (RTC\1989\45).

Al margen de ello, permanece la obligación de información recíproca entre cónyuges, que es el instrumento para que cada uno de ellos pueda velar por los intereses de la familia y, llegado el momento, poder ejercer los derechos reconocidos.

C. La fijación por el Anteproyecto del deber de informar.

El Anteproyecto recoge en su artículo 3.2 en el seno de la igualdad entre cónyuges la obligación de informarse recíprocamente y de modo periódico y suficiente de sus ingresos, actividades económicas y gestión de su patrimonio, al objeto de poder adoptar de modo conjunto las decisiones oportunas para subvenir las necesidades de la familia.

i. La naturaleza de la obligación de informar.

Se trata, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.2 del Anteproyecto de una obligación recíproca para ambos cónyuges, por lo que a tenor de esta naturaleza y conforme al artículo 1100.3º del CC si uno no cumple no podrá exigir al otro el cumplimiento.

No obstante no se prevé sanción expresa por el no cumplimiento. Distinto sería el caso de negativa de uno de los cónyuges a proporcionarla. DÍAZ ALABART sostiene que no tiene ningún sentido que quien nunca se interesó por la situación económica del cónyuge reclame porque esta no se le facilitó. Llegado el momento si el cónyuge que no informó ha incurrido en culpa, incluso en dolo, cabrá la reclamación de daños, pero no por el hecho de que no le proporcionaran una información que no llegó a solicitar¹⁵⁷.

El dudoso encaje en el régimen de separación de bienes se acentúa si atendemos a los pronunciamientos jurisprudenciales, que consideran al precepto como una manifestación más de la colaboración en un contexto de *bona fides*, que naturalmente se produce entre los cónyuges. Sin embargo una vez rota la confianza mutua, cesa lo anterior y por lo tanto no es posible exigir esa obligación. Únicamente en el caso de incumplimiento grave y reiterado cabría apelar a la consecuencia que para el régimen económico de gananciales asigna el artículo 1393.4º CC, es decir, la disolución de la sociedad a instancia del consorte cuyos requerimientos se han obviado¹⁵⁸.

No obstante, no hay que olvidar que nos encontramos en el ámbito del régimen de separación de bienes, por lo que el juez podrá constreñir al

157.- En este sentido se pronuncia LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil IV... op.cit.*, pág. 464.

158.- En este sentido se pronuncia la SAP Segovia 22.11.2001 (AC\2001\2497).

cónyuge incumplidor a que facilite la información requiriéndole a solicitud de otro cónyuge para que realice la prestación *in natura*, pero en este caso no es procedente la sanción prevista para gananciales de extinción del régimen de acuerdo a lo previsto en el artículo 1393.4º CC. De todos modos, sea cual sea el régimen al que se sujete el matrimonio cabrá, en su caso, reclamar por los daños causados, bien sean materiales, o bien morales a consecuencia de la deslealtad¹⁵⁹.

En relación al carácter imperativo de la obligación de informar, nada dice el Anteproyecto. En el derecho comparado, el artículo 10 de la Ley 10/2007 de Régimen Económico Matrimonial Valenciano prevé la posibilidad de dispensa expresa, salvo, sobre los actos de administración realizados sobre el patrimonio común, en caso de que lo haya y, sobre los gastos que los cónyuges realicen para satisfacer las cargas del matrimonio.

CLEMENTE MEORO¹⁶⁰, hace notar, no obstante, que la dispensa puede tornarse en peligrosa si tenemos en cuenta que si las relaciones personales y económicas van bien entre los cónyuges, es normal dispensar de modo tácito la obligación de informar. Sin embargo, cuando la relación se deteriora es fundamental esta información, que no tendrá por qué darse si previamente se ha dispensado.

II. Cuándo y cómo informar.

DÍEZ PICAZO Y GULLÓN¹⁶¹ señalan que el artículo 1383 CC no establece la obligación de rendir cuentas a modo de lo preceptuado para las relaciones mercantiles –de modo que a similitud de los cierres de ejercicio haya que justificar y probar de modo minucioso y pormenorizado cualquier operación—. Se trata, según los autores, de un sencillo deber de informar, cuya seña de identidad es la flexibilidad.

Se considera que no es necesario que uno de los cónyuges requiera a otro la información, sino que esta debe prestarse *ope legis*.

«Este Tribunal comparte con la defensa de la parte apelante, en cuál es la naturaleza del párr. 3.º del art. 1393 del Código Civil, es decir, que no consideramos necesario que por la hoy apelante se efectúen requerimientos o se realicen actos tendentes a solicitar a su

159.- En este sentido, DÍAZ ALABART. DÍAZ ALABART, S., «El deber de información entre cónyuges... *op.cit.*, págs. 1281-1292.

160.- CLEMENTE MEORO, M.E., «La Ley 10/2007, de régimen económico... *op.cit.*, págs. 443-470.

161.- DIEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil IV...op.cit.*, pág. 189.

cónyuge que le rinda cuentas, estado y situación de los actos y disposición de los bienes que componen la sociedad de gananciales, y ello porque el deber de informar nace por imperativo legal y debe ser cumplido por ambos cónyuges, por lo tanto, su aplicación será “*ope legis*”¹⁶².

El Anteproyecto establece la obligación de informar de modo periódico sin determinar qué es lo que debe entenderse por dicha periodicidad. Lo que sí parece coherente con el precepto es que sí que habrá la obligación de informar cada vez que un cónyuge lo solicite¹⁶³.

Parece claro que, con carácter general, la confianza que reina constante matrimonio conlleva esa información.

«es cierto que esta norma establece una exención de la obligación ordinaria de rendición de cuentas de los mandatarios, justificada por el hecho de existir convivencia matrimonial entre mandante y mandatario y la presunción de la “*bona fides*”. Es más, en el mismo sentido si bien en el régimen de la sociedad de gananciales, el art. 1383 CC establece una obligación de información periódica de las actividades, dicha norma ha sido considerada una simple exhortación a los cónyuges, no coercible, en aras a la presunción de la buena fe entre cónyuges conviventes»¹⁶⁴.

Así, si bien el Anteproyecto señala la obligación de proporcionar información suficiente de manera periódica no creemos que deba entenderse de un modo rígido que obligue a cada uno de los cónyuges «a rendir cuentas» cada cierto tiempo y menos en un régimen de clara tradición de separación total de patrimonios¹⁶⁵. Es más, se entiende que en condiciones normales existe dicha información sin necesidad de que los cónyuges la soliciten, y quizá el límite a la hora de solicitar la información es el ejercicio de la facultad sin que ello constituya un abuso.

Avala esta postura la mantenida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de noviembre de 2004¹⁶⁶. En el caso concreto se discute la hipotética nulidad de actuaciones a consecuencia del requerimiento de pago del débito

162.- SAP Vizcaya, 20.1.1994 (AC\1994\80).

163.- En este sentido se pronuncia LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil IV...* *op.cit.*

164.- SAP Las Palmas, 13.4.2005 (JUR\2005\129915) que hace referencia a SAP Segovia 22.11.2001.

165.- En este sentido se pronuncia DÍEZ PICAZO, L., *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.

166.- STS 2.11.2004 (RJ\2004\6865).

hipotecario practicado en el domicilio a los cónyuges codeudores en la persona de uno de ellos. Se considera en este caso la diligencia practicada válida y se presume el conocimiento por ambos cónyuges.

«Los hechos probados ponen de manifiesto que tal requerimiento fue practicado el 28 de diciembre de 1989 en la persona del esposo de la demandante que recurre, don Jose Augusto, y en el domicilio que consta en la escritura de constitución de la hipoteca, habiéndose efectuado entrega de la correspondiente cédula que contenía los datos identificativos de los deudores, entidad bancaria acreedora y las responsabilidades económicas que se reclamaban.

El referido artículo 131 de la Ley Hipotecaria autoriza a practicar el requerimiento de pago con el pariente más próximo y aquí lo fue con el marido, codeudor con la recurrente, del préstamo hipotecario otorgado por la demandada Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, conforme escritura de 23 de marzo de 1987, el que fue objeto del procedimiento hipotecario tramitado a instancia de la referida entidad bancaria, seguido contra el matrimonio de referencia.

El requerimiento controvertido ha de ser declarado bien practicado y con ello válida y eficaz la cédula entregada respecto a la actora del pleito, pues nada se demostró de que el matrimonio viviera separado o los cónyuges no mantuvieran comunicación. Se presenta conclusión dotada de intensidad lógica que ambos esposos estuvieran interesados en la marcha y situación del préstamo que habían conjuntamente constituido y que les obligaba a asumir su devolución o, en otro caso, pechar con las consecuencias de su impago.

El motivo no se atiende pues no se instauró ninguna situación de efectiva indefensión y a mayores razones el artículo 1383 del Código Civil se presenta previsor para estos casos, ya que dispone que los cónyuges deben informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya. En casos parecidos esta Sala de Casación Civil ha decretado la validez del requerimiento llevado a cabo en uno de los cónyuges y no directamente con el otro, ya que las circunstancias concurrentes no permiten presumir que no llegara a su conocimiento (Sentencia de 30-10-1996 [RJ 1996, 7436] y 23-10-1992 [RJ 1992, 8403]).¹⁶⁷.

Probablemente cuando medie una crisis matrimonial al decaer la confianza en la misma medida lo hará la información que se proporcionen

167.- Ídem.

ambos cónyuges, por lo que la previsión del precepto es en estos casos en los que alcanza su máxima virtualidad.

«es sólo a partir del año 2001, cuando se ha dictado auto de medidas provisionales de separación (13 de marzo de 2001) y se ha producido la primera demanda de conciliación exigiendo rendición de cuentas (31 de julio de 2001) cuando podemos considerar desaparecido el principio de la buena fides y la convivencia matrimonial que son la razón de ser de la exoneración del deber de rendición de cuentas del art. 1439 del CC. En consecuencia, sería contrario a la legalidad, y a la propia conducta de la demandante, el exigir cuentas en períodos en que existía convivencia matrimonial y presumiblemente, conforme a la ley, se considera que los frutos percibidos y consumidos se han invertido en las atenciones de la propia familia; sin que existe prueba en contrario que destruya la presunción. A partir del momento en que se ha quebrado la convivencia y se solicita por la esposa rendición de cuentas, la actuación del demandado de ignorar esta petición no puede considerarse de buena fe, por lo que tal rendición de cuentas debe ser efectuada»¹⁶⁸.

«Así las cosas y en relación a la naturaleza del mencionado deber, ante la situación de separación ya existente al tiempo de presentación de la demanda e incluso con anterioridad, desde aproximadamente, las Navidades del año 1988, lógico deviene entiende este Tribunal, que se acceda a la liquidación de la sociedad de gananciales, puesto que la misma sólo tiene su razón de ser, cuando existe una convivencia y afectividad entre ambos cónyuges, puesto que, la propia situación de separación ya trae consigo que ambos cónyuges incumplan sus propios deberes tanto en relación a su convivencia, al no existir, como en relación a los bienes que conforman una sociedad inexistente, al realizar cada uno, actos propios e independientes del otro, al no existir entre ellos lazos o relaciones en común, por así haberlo interesado ellos mismos; en relación con la cesación de la vida en común, es lógico, que el hoy apelado declare que no informa porque no convive y es, precisamente, tal motivo de inexistencia de convivencia la que permite entender a este Tribunal que el deber legal que incumbe a ambos cónyuges de informar de los rendimientos de la sociedad de gananciales se incumpla y que por lo tanto existiendo tal infracción del art. 1393.4 la Sociedad de Gananciales debe ser liquidada conforme a los trámites señalados en los arts. 1394 y siguientes del CC»¹⁶⁹.

168.- SAP Las Palmas, 13.4.2005 (JUR\2005\129915).

169.- SAP Vizcaya, 20.1.1994 (AC\1994\80).

Cuando la crisis matrimonial se traduzca en un mero cese de convivencia, el Tribunal Supremo sostiene que este hecho hace decaer los deberes recíprocos de información.

«la propia situación de separación ya trae consigo que ambos cónyuges, incumplan sus propios deberes tanto en relación a su convivencia, al no existir, como en relación a los bienes que conforman una sociedad inexistente, al realizar cada uno, actos propios e independientes del otro, al no existir entre ellos lazos o relaciones en común, por así haberlo interesado ellos mismos; en relación con la cesación de la vida en común, es lógico, que el hoy apelado declare que no informa porque no convive y es, precisamente, tal motivo de inexistencia de convivencia la que permite entender a este Tribunal que el deber legal que incumbe a ambos cónyuges de informar de los rendimientos de la sociedad de gananciales se incumpla y que por lo tanto existiendo tal infracción del art. 1393.4, la Sociedad de Gananciales debe ser liquidada conforme a los trámites señalados en los arts. 1394 y ss. del CC»¹⁷⁰.

En cuanto a lo que se considera como incumplimiento del deber de informar el Tribunal Supremo se ha pronunciado en torno a lo que entiende como incumplimiento grave y reiterado¹⁷¹.

El texto del Anteproyecto no precisa ni el alcance ni el modo en que debe proporcionarse la información. Únicamente habla de que esta sea suficiente, lo cual nos lleva a concluir, como ya hemos apuntado, que no se trataría de proporcionar una información sobre ingresos, actividades económicas y gestión del patrimonio hasta el último detalle –ya que por otra parte se desnaturalizaría la independencia patrimonial de que han gozado los cónyuges en nuestro sistema tradicionalmente–. A falta de previsión en contra la información se proporcionará de modo verbal y sin coincidir necesariamente con actos que modifiquen el patrimonio de cada cónyuge ya que no supone un consentimiento o asentimiento previo sino simplemente la obligación se cumple con la información periódica del estado patrimonial conforme a los usos del matrimonio.

DÍAZ ALABART¹⁷² sobre este particular considera que si la información se solicita de modo expreso no basta una información genérica y habrá que

170.- STS, 4.5.1998 (RJ\1998\2495).

171.- Ídem.

172.- En este sentido, DÍAZ ALABART. DÍAZ ALABART, S., «El deber de información entre cónyuges... *op.cit.*, págs. 1281-1292.

considerar las circunstancias del caso en particular. Distingue, la autora, que se refiere al régimen de gananciales, entre los gananciales y los privativos, limitando la información sobre estos últimos de modo que no se convierta en fiscalización.

V. CONCLUSIÓN.

El propio Avantprojecte de Llei de Règim Patrimonial del Matrimoni afirma en su Exposición de Motivos que «la Compilació ha retut un servei important a la conservació del nostre dret civil, però ha arribat l'hora de modificar-lo i desenvolupar-lo, per tal de completar-lo, sobre la base útil existent, amb normes que siguin més conformes a la nova realitat social».

En materia de régimen económico patrimonial del matrimonio la Ley proyectada pretende regular el régimen de modo completo abarcando los diferentes aspectos patrimoniales que derivan del hecho de contraer matrimonio respetando las particularidades propias de la tradición jurídica balear propia de las distintas islas.

Aspectos tales como la clarificación del régimen de las cargas del matrimonio, la responsabilidad del cónyuge que no contrae obligaciones en aras al sostenimiento de la familia y el deber de información recíproca a los efectos de valorar cuál es el nivel de vida de la familia, deben conciliar la separación absoluta de bienes que rige en Baleares con la protección de la familia, siempre bajo el amparo de nuestras tradiciones jurídicas.

VI. TABLA DE JURISPRUDENCIA.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TC	20.2.1989	RTC\1989\45
TC	6.5.1993	RTC\1993\156

TRIBUNAL SUPREMO

TS	11.2.1998	RJ\1998\753
TS	4.5.1998	RJ\1998\2495
TS	20.11.2000	RJ\2000\9346
TS	2.11.2004	RJ\2004\6865
TS	12.3.2007	RJ 2007\2578
TS	30.10.2008	RJ\2009\404
TS	5.11.2008	RJ\2009\3
TS	28.3.2011	RJ\2011\939
TS	26.11.2012	RJ\2013\186
TS	20.3.2013	RJ\2013\4936
TS	17.2.2014	RJ\2014\918

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE BALEARES

TSJ	3.9.1998	RJ\1998\8505
TSJ	24.11.2005	RJ\2006\208
TSJ	24.3.2010	RJ\2010\4019

AUDIENCIA PROVINCIAL

AP VIZCAYA	20.1.1994	AC\1994\80
AP BALEARES	27.3.1999	AC\1999\4616
AP CANTABRIA	20.4.1999	AC\1999\753
AP ASTURIAS	14.3.2000	AC\2000\1147
AP VIZCAYA	3.4.2000	AC\2000\4824
AP MADRID	7.11.2000	JUR\2000\313092
AP SEGOVIA	22.11.2001	AC\2001\2497
AP CÁCERES	27.6.2002	JUR\2002\226663
AP BALEARES	29.11.2003	AC\2004\350
AP BARCELONA	18.5.2004	AC\2004\1588
AP LAS PALMAS	13.4.2005	JUR\2005\129915
AP BARCELONA	10.6.2008	SAP\2008\5585
AP BARCELONA	30.6.2009	SAP\2009\7709
AP BARCELONA	1.9.2009	SAP\2009\10375
AP BARCELONA	28.10.2009	SAP\2009\10957
AP BARCELONA	22.3.2010	JUR\2010\16869
AP BALEARES	12.6.2012	JUR\2012\239821

VII. BIBLIOGRAFÍA.

ALBADALEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 10 ed., Edisofer, Madrid, 2006.

ÁLVAREZ OLALLA, M.P., *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

BADOSA COLL, F., *Comentaris a les Reformes del Dret Civil de Catalunya*, Bosch, Barcelona, 1987.

CARDONA GUASCH, O., «Los espòlits», en FERRER VANRELL, M.P. (coord.), *Lecciones de Derecho Civil Balear*, 2ª ed., Universitat de les Illes Balears, Palma, 2003.

CARDONA GUASCH, O., «Los efectos patrimoniales del matrimonio en el Libro III de la Compilación», *Lecciones de Derecho Civil Balear*, Universitat de les Illes Balears, 2ª ed. revis., Palma, 2003.

CARDONA GUASCH, O., «Conexiones entre la Ley de Parejas Estables y el Libro III de la Compilación», *Comentarios a la Ley de Parejas Estables de las Illes Balears*, Institut d'Estudis Autònoms, Palma, 2006.

CARDONA GUASCH, O.P., *Acolliment en la quarta part dels milloraments: un estudio sobre la tradición jurídica pitiusa*, Lleonard Muntaner, Palma, 2013.

CAVANILLAS MÚGICA, S., «La prueba de simulación en la doctrina de la audiencia de Palma de Mallorca, un estudio de jurisprudencia menor», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4/1990.

CAVANILLAS MÚGICA, S., «Espòlits, carácter sinalagmático, no aplicación a adquisiciones posteriores a la separación de hecho», *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 17, 1991.

CLAR GARAU, R., «Régimen matrimonial de separación de bienes en el Derecho Foral Balear», *Jornada de Derecho Foral, Libro homenaje al Iltre. Sr. D. Félix Pons Marqués*, Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, Palma, 1973.

CLEMENTE MEORO, M.E., «La Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano», en GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J.L., RAJOY BREY, E. (coords.) *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones: (derecho común, foral y especial)*, Vol. 1, Civitas, Pamplona, 2008.

COCA PAYERAS, M. «El despliegue del artículo 149.1.8ª de la Constitución en el ámbito jurídico balear», (Ejemplar dedicado a: Segundo número monográfico sobre el reparto competencial en materia de derecho civil), *Derecho privado y Constitución*, núm. 2, 1994.

COCA PAYERAS, M. «Conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio, en la doctrina del Tribunal Constitucional» *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 93, núm. 2, 1994.

COCA PAYERAS, M., «Aspectos generales de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de las Illes Balears», *Tribuna Parlamentaria*, Parlament de les Illes Balears, 2003.

COSTA RAMÓN, J., «Derecho foral ibicenco», separata de Ibiza, *Revista del Instituto de Estudios Ibicencos*, 2ª época, núm. 5, 1945.

COSTA RAMÓN, J., «Los Espòlits o capitulaciones matrimoniales», *Revista de Ibiza*, núm. 27, 1948.

DE LOS MOZOS, J.L., «Comentario a los artículos 1435 a 1444», en ALBADALEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVIII, vol. III, Madrid, 1985.

DELGADO ECHEVARRÍA, J. *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Tecnos, Madrid, 1974

DÍAZ ALABART, S., «El deber de información entre cónyuges en el régimen de gananciales, y también en los de separación y participación», en CUENA CASAS, M., ANGUITA VILLANUEVA, L.A., ORTEGA DOMÉNECH, J. (coords.), *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2005.

DÍEZ PICAZO, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.

DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

DOMENGE AMER, B., «El sostenimiento de las cargas familiares en el régimen de separación de bienes», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 15, 1993.

FERRER VANRELL, M.P. *Tradició jurídica mallorquina: autors del segle XV al XVIII*; Universitat de les Illes Balears, Palma, 1990.

FERRER VANRELL, M.P., *El informe sobre la reforma de la Compilació de Dret Civil de Balears: (su origen y fundamento, la STSJB de 3 de septiembre de 1998)*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 2000.

FERRER VANRELL, M.P. «Las fuentes del derecho civil balear: artículo 1 de la CDCB», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 56, núm. 1918, 2002.

FERRER VANRELL, M.P., «El matrimonio, su regulación y efectos», en FERRER VANRELL, M.P. (coord.), *Lecciones de Derecho Civil Balear*, Universitat de les Illes Balears, 2ª ed. revis., Palma, 2003.

FERRER VANRELL, M.P., «Efectos patrimoniales de la constitución de la pareja estable en la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, *Tribuna Parlamentaria*, Parlament de les Illes Balears, 2003.

FERRER VANRELL, M.P., «Los capítulos matrimoniales como negocio jurídico: su función, concepto y presupuesto. Antecedentes», en FERRER VANRELL, M.P. (coord.), *Lecciones de Derecho Civil Balear*, Universitat de les Illes Balears, 2ª ed. revis., Palma, 2003.

FERRER VANRELL, M.P., «Los efectos patrimoniales inter vivos del matrimonio», FERRER VANRELL, M.P. (coord.), *Lecciones de Derecho Civil Balear*, Universitat de les Illes Balears, 2ª ed. revis., Palma, 2003.

FERRER VANRELL, M.P. «El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares y la competencia legislativa en derecho civil propio», *RJIB. Revista jurídica de les Illes Balears*, núm. 2, 2004.

FERRER VANRELL, M.P., «Artículo 5. Régimen económico de la pareja», *Comentarios a la Ley de Parejas estables de las Illes Balears*, Govern de les Illes Balears, Palma, 2006.

FERRER VANRELL, M.P. «Competencia exclusiva en legislación civil versus asunción de la competencia en derecho civil balear. El art. 30.27 EAIB», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2008.

http://www.indret.com/pdf/565_es.pdf

FERRER VANRELL, M.P., «Régimen económico matrimonial de separación de bienes en Mallorca y Menorca (Libro I Y II)», en LLEDÓ YAGÜE, F., FERRER VANRELL, M.P. (dirs.), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010.

FERRER VANRELL, M.P., «La determinación de las masas patrimoniales; titularidades dudosas y la protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación de bienes en la Compilación Balear», *Jornadas de Derecho Civil Balear con motivo del 50 aniversario de la Compilación*, Colegio Notarial de las Islas Baleares, Palma, 2012.

FERRER VANRELL, M.P.: «La codificación civil y la llamada "cuestión foral" en Baleares: discurso de ingreso»; *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 13, 2012.

FERRER VANRELL, M.P.; MUNAR BERNAT, P.A., *Materials precompilatoris del Dret Civil de les Illes Balears*, UIB-Parlament de les Illes Balears, Palma, 2002.

FERRER VANRELL, M.P., CARDONA GUASCH, O., et al., *Comentarios a la Ley de Parejas Estables de las Illes Balears*, Institut d'Estudis Autònoms, Palma, 2006.

GARCÍAS DE ESPAÑA, E., «La posición del cónyuge viudo en Ibiza en la sucesión Intestada y su regulación a través de la técnica de la Remisión estática al código civil (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, 4/2012 de 24 de octubre de 2012)», *Revista Jurídica de les Illes Balears*, 10 de julio de 2013.

<http://revistajuridicaib.icaib.org/?p=115>

JIMÉNEZ GALLEGO, C., «La separación de bienes como régimen económico del matrimonio en el derecho comparado español», *Jornadas de Derecho Civil Balear con motivo del 50 aniversario de la Compilación*, Colegio Notarial de las Islas Baleares, Palma, 2012.

JIMENEZ GALLEGO, C., «Cuestiones sobre el régimen de separación de bienes regulado en la Compilación Balear». *Epílogo a la segunda jornada. Jornadas de Derecho Civil Balear con motivo del 50 aniversario de la Compilación*, Colegio Notarial de las Islas Baleares, 2012.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, vol. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo 6, Trivium, Madrid, 1997.

LLODRÁ GRIMALT, F. «El sistema de fonts del dret civil balear (1990-2006). Estudi amb motiu del projecte de reforma del títol preliminar de la Compilació balear», *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 8, 2007.

MASOT MIQUEL, M., *El régimen económico matrimonial en la Compilación de Derecho Civil especial de Baleares*, Temis, Zaragoza, 1962.

MASOT MIQUEL, M. *Derecho civil de Mallorca*, Embat, Palma, 1979.

MASOT MIQUEL, M., «El régimen económico del matrimonio mallorquín», *La mujer y el Derecho Civil y Canónico*, Palma, 1986.

MASOT MIQUEL, M. «El Código Civil y su aplicación en el Derecho Civil balear», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. 2, 1990.

MASOT MIQUEL, M., «La responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante según el artículo 3.4 de la Compilación del Derecho Civil de Baleares», en *Estudios de derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1993.

MASOT MIQUEL, M., «Cap a una nova regulació del règim econòmic del matrimoni», *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 14.

MIRALLES GONZÁLEZ, I., «El deber de contribuir a las cargas del matrimonio constante el matrimonio», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987.

MONSERRAT QUINTANA, A., «Lección 20: La dote y las instituciones paradotales: el excreix», en FERRER VANRELL, M.P. (coord.), *Lecciones de Derecho Civil Balear*, Universitat de les Illes Balears, 2ª edic. revis., Palma, 2003.

MONSERRAT QUINTANA, A., «Parte I: algunos mitos que conviene aclarar», *Tercera Ponencia en las Jornadas de Derecho Civil Balear con motivo del 50 aniversario de la Compilación*, Colegio Notarial de las Islas Baleares, Palma, 2012.

MONSERRAT QUINTANA, A., «Parte II: algunas sugerencias sobre temas varios» *Tercera Ponencia en las Jornadas de Derecho Civil Balear con motivo del 50 aniversario de la Compilación*, Colegio Notarial de las Islas Baleares, Palma, 2012.

MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario al artículo 1383 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2009.

MORENO MARTÍNEZ, J.A., «Título III (Libro IV del Código Civil) Del régimen económico matrimonial», en RAMS ALBESA, J.; MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coords.), *El régimen económico del matrimonio*, Dykinson, Madrid, 2005.

MUNAR BERNAT, P.A., «Principios inspiradores de las distintas regulaciones autonómicas de las uniones estables de pareja», *Tribuna Parlamentaria*, Parlament de les Illes Balears, 2003.

MUNAR BERNAT, P., «Disposición de la vivienda familiar y donaciones entre cónyuges. Algunas consideraciones críticas sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio de 2013». XI Premio Luis Pascual González. En prensa.

PARRA LUCÁN, M.A., «Autonomía de la voluntad y derecho de familia», *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I, Derecho de la Persona, Familia y Sucesiones, Wolters Kluwer, Consejo General del Notariado, 2012.

PLA PASTOR, J.V., «Los bienes agermanados en la nueva Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. Posibles repercusiones tributarias», *Noticias Jurídicas*, octubre, 2011.

<http://noticias.juridicas.com/articulos/35-Derecho-Fiscal-Financiero-y-Tributario/481-los-bienes-agermanados-en-la-nueva-ley-de-r-gimen-econ-mico-matrimonial-valenciano-posibles-repercusiones-tributarias.html>

RAMS ALBESA, J., *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.

REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes en el matrimonio*, Montecorvo, Madrid, 1983.

REQUEIJO PASCUA, A., «Una aproximación a la STC de 20 de febrero de 1989».

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344064689?blobheader=application/pdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment;%20filename=Ver_Estudio_Doctrinal.pdf&blobheadervalue2=1288777402049

RIBERA BLANES, B., «Del régimen de separación de bienes», en RAMS ALBESA, J., MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coords.), *El régimen económico del matrimonio*, Dykinson, Madrid, 2005.

TORRES LANA, J.A., «De nuevo sobre relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», *Aranzadi Civil*, II, 1993.

VILA RIBAS, C., «El régimen económico matrimonial en el Proyecto de Reforma de la Compilación del Derecho Civil de Baleares», *Cuadernos de la Facultad de Derecho* 16, Palma de Mallorca, 1988.

VILA RIBAS, C., «El régimen económico legal del matrimonio en las islas de Ibiza y Formentera», en LLEDÓ YAGÜE, F., FERRER VANRELL, M.P. (dir.), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010.

ZAFORTEZA DE CORRAL, L., *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo. Antecedentes, Documentos y Actas*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 1992.

VII.2- LA APARICIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL CÓNYUGE NO CONTRATANTE EN LA COMPILACIÓN DE 1990 RELATADA POR UN TESTIGO PRESENCIAL.

Miquel Masot Miquel

Es costumbre de la Academia –con la fuerza quasi de una ley al ser un uso inveterado con convicción de validez jurídica– que, en estos actos de concesión del Premio Luis Pascual González, intervenga asimismo un Académico o Jurista de reconocido prestigio para tratar sobre alguna cuestión relacionada con el tema abordado en la obra premiada. En el presente caso el Presidente de la Academia Miquel Masot redactó para la ocasión un artículo titulado “La aparición de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante en la Compilación de 1990 relatada por un testigo presencial”, el cual se inserta a continuación.

En el mencionado artículo se comienza haciendo referencia a la Comisión de reforma de la Compilación creada por el Real Decreto 1007/81 de 22 de Mayo, la cual redactó el anteproyecto que después dio lugar a la ley de 28 de Junio de 1990 del Parlament Balear, Comisión de la que formó parte, habiéndole correspondido la ponencia relativa al régimen económico matrimonial de Mallorca y Menorca; en base a ello redactó una propuesta de articulado en la que se recogía esta especial responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante por las deudas familiares, la cual fue sustancialmente aprobada en la Comisión y después en el Parlament.

En el artículo en cuestión se analiza la razón de ser de esta especial responsabilidad subsidiaria, señalando que ello se hizo en protección del régimen de separación de bienes, evitando que los proveedores que hacen posible el sostenimiento de la familia se vieran perjudicados por la insolvencia del cónyuge contratante de la deuda si el otro cónyuge tenía bienes suficientes para cubrir la misma. Se expone la consideración de que la subsidiariedad era la característica propia de esta responsabilidad, en vez de la solidaridad, que permitiría al acreedor demandar directamente al cónyuge no contratante, lo cual no deja de ser un contrasentido. Y se expone, a continuación, el alcance de esta responsabilidad, señalando que, en las votaciones de la Comisión, uno de sus componente se había decantado por hacerla entrar en juego, tan solo, para las necesidades ordinarias de la familia, mientras que los demás habían seguido el criterio de la ponencia, que la entendía aplicable, en general, a las cargas familiares, concepto de mayor extensión que aquél, al comprender no sólo las necesidades primarias, sino lo necesario para que los miembros de la familia completen su instrucción y realización personal. Se trata también en el artículo de la normativa por la que se rige esta responsabilidad subsidiaria, indicando —ante la ausencia de regulación propia— los preceptos del Código civil relativos a la fianza que serían de aplicación.

Y por último se pasa revista al recorrido judicial de la institución, indicando que no aparecen sentencias de nuestra Audiencia Provincial —ni del TSJ— sobre el tema de responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante; a diferencia de lo ocurrido en otras Comunidades Autónomas, citando al efecto diversas sentencias de la Sala Civil y Penal del TSJ de Catalunya y de las Audiencias de Barcelona y Tarragona. La ausencia de sentencias de nuestros Tribunales sobre la materia no nos debe abocar —se acaba diciendo— a la conclusión de que la introducción de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante no era necesaria ni conveniente, sino que se puede hacer una lectura positiva de ello, en el sentido de que los acreedores por las deudas familiares no se ven obligados a acudir a los Tribunales, por cumplir los cónyuges satisfactoriamente estas obligaciones.

SUMARIO.

- I.- INTRODUCCIÓN: ¿TESTIGO O COOPERADOR NECESARIO?
- II.- EL PORQUÉ DE ESTA APARICIÓN.
- III.- ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL CÓNYUGE NO CONTRATANTE.
- IV.- LA RECLAMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA.
- V.- EPÍLOGO: LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL CÓNYUGE NO CONTRATANTE EN LOS TRIBUNALES.

I.- INTRODUCCIÓN.

¿TESTIGO O COOPERADOR NECESARIO?

La responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante es una de las novedades que nos muestra la Compilación tras la reforma operada por la ley del Parlament balear 8/1990 de 28 de junio. Esta ley tuvo su origen —origen remoto— en el Decreto 1196/77 de 23 de Abril y en el Real Decreto 1007/81 de 22 de Mayo. El primero de dichos Decretos actualizaba de manera general las Comisiones de Juristas que, años antes, en las regiones de Derecho foral, prepararon las respectivas Compilaciones. En un acto público y solemne del Instituto Español de Derecho Foral, acaecido —creo recordar— en Jaca, el Presidente del Instituto —Luis Martín-Ballesteros— nos dio la primicia a los representantes de las regiones forales de la próxima aparición del Decreto, cuya aprobación él había gestionado. Se trataba de un proyecto en el que las Comisiones de Juristas entregaban sus estudios al Ministro de Justicia; estaban compuestas por Juristas de reconocido prestigio dentro de cada región foral, presididas por el Presidente de la Audiencia Territorial correspondiente. Los representantes de las regiones forales —empezando por el de Catalunya Luis Puig Ferriol— expresamos nuestro agradecimiento, pero creíamos que lo realmente urgente era establecer un nuevo marco político en el que las regiones forales dispusieran de un Parlamento para llevar a cabo la necesaria reforma de la legislación civil de cada una de ellas, teniendo las Comisiones una mera finalidad de preparación de los proyectos de ley.

Tras la entrada en vigor del Decreto 1196/77 de 23 de Abril no tardó en aprobarse la Constitución española y, en el nuevo *status* político diseñado por la misma, se sitúa en Real Decreto 1007/81 de 22 de Mayo, el cual se centra en la Comunidad Autónoma balear, estableciendo que la finalidad de la Comisión de Juristas de Baleares era la elaboración de los anteproyectos de interés sobre su Derecho civil propio, y disponiendo que la misma quedaría integrada mediante 12 juristas a designar, uno de ellos, por las siguientes entidades: Consejo General Interinsular; Consejos Insulares de Mallorca, Menorca y Eivissa/Formentera, la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, la Delegación en Baleares del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, la Facultad de Derecho y el Instituto de Estudios Baleàrics, mientras que el Colegio de Abogados y el Colegio Notarial designaban dos vocales. Una vez constituida la Comisión los miembros electos podían, por mayoría absoluta de los mismos, proponer al Consejo General Interinsular, para su nombramiento, hasta un máximo de tres vocales más entre los Juristas de reconocido prestigio en el ámbito del Derecho civil balear. Como sea que se hizo uso de esta posibilidad, la Comisión de Juristas de Baleares

quedaba así integrada por quince miembros, cifra suficientemente representativa, tanto en sí misma, como por la diversidad de las entidades que habían designado sus representantes.

Yo fui miembro de esta Comisión por designación expresa del Ilustre Colegio de Abogados de las Illes Balears, por lo que pude vivir todo el proceso de estudios y deliberaciones que, al cabo de largos años, desembocó en la ley 8/1990 de 28 de Junio; y he tenido ocasión de recordar ahora todo ello merced a la gentileza del compañero de Academia e Ilustre Jurista Tomás Mir de la Fuente, Secretario que fue de la antedicha Comisión, y fiel cumplidor de la obligación elemental de todo fedatario que es conservar las actuaciones *ad perpetuam memoriam*.

Se dice, en frase sabida, que un camello es un caballo hecho por una Comisión, por lo que no dejaba de existir el peligro de que una Comisión tan numerosa deviniera, precisamente por su excesivo número, ineficaz. Pero este peligro se sorteó merced a las normas internas de funcionamiento de la misma mediante el régimen de ponencias. Entre los papeles celosamente custodiados por el que fue Secretario de la Comisión Tomás Mir de la Fuente he podido reconocer la ponencia que yo presenté —con los caracteres no olvidados de mi vieja máquina de escribir— cuyo título era PONENCIA SOBRE MODIFICACIÓN DE LA COMPILACIÓN EN MATERIA DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL, referida a los artículos 3 a 5, ambos inclusive, del libro I. Y en la misma figuraba un artículo 4.2 del siguiente tenor *“Cada cónyuge responderá con sus bienes propios del cumplimiento de las obligaciones que hubiere contraído. Sin embargo, si se trata de obligaciones contraídas para el levantamiento de las cargas familiares, será subsidiariamente responsable de las mismas el cónyuge que no haya contraído la deuda”*. Este texto fue después objeto de estudio y de las sucesivas deliberaciones, hasta convertirse —tras su paso por el Parlament— en el actual artículo 3.4, expresivo de que *“Cada cónyuge responderá con sus bienes propios del cumplimiento de las obligaciones que hubiere contraído. Sin embargo, de las causadas por el levantamiento de las cargas del matrimonio será subsidiariamente responsable el otro cónyuge”*.

Por tanto, he sido algo más que testigo presencial de unos hechos, de ahí que, por mi querencia por los temas judiciales, planteo la alternativa de poder ser considerado algo más que un mero testigo: un cooperador necesario, categoría de indudable más mérito, pero que tiene también la cara amarga de situarme como primer responsable de la aparición de una institución, con la que es posible que no todos estén de acuerdo. Ya se sabe que, en términos de Derecho penal, el cooperador necesario —o sea quien coopera a la ejecución del hecho delictivo con un acto sin el cual no se habría efectuado— es considerado autor y no cómplice (art. 28 C.P.), y como tal merecedor del

reproche penal dedicado a los autores. Para evitar, por tanto, imputaciones por mi conducta, me limitaré a decir que fui un cooperador, aunque no necesario, pues en una ciencia como el Derecho, que de por sí es inexacta e imperfecta —al serla la realidad social que ha de regular— nadie es necesario y nunca con mayor acierto puede decirse aquello de que los cementerios están poblados de cadáveres de personas que fueron consideradas imprescindibles.

Delimitado, por tanto, mi papel en la aparición de esta figura jurídica, el próximo paso debe consistir lógicamente en explicar que fue lo que motivó la misma, sin que ello suponga, como se acaba de ver, la exculpación de una posible autoría.

II.- EL PORQUÉ DE ESTA APARICIÓN.

¿Porqué hice figurar en mi ponencia la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante y porqué la Comisión de Juristas —y después el Parlament— estuvo de acuerdo en ello? La contestación exacta sería: para robustecer nuestro régimen económico matrimonial de separación de bienes, evitando que quienes han hecho posible la satisfacción de las cargas familiares se vean defraudados por situaciones en que la insolvencia del cónyuge que contrajo la deuda —contrastada con la solvencia del cónyuge no deudor— haga imposible el pago de la misma.

Hay que referirse, en este punto, al hecho de haber sido una preocupación de los estudiosos del régimen de separación de bienes, para la debida dignificación del mismo, tratar de evitar que pueda darse lugar al fraude de acreedores, particularmente mediante la contratación entre cónyuges y transmisiones patrimoniales encubiertas. Son botones de muestra especialmente expresivos de ello el famoso trabajo del que es autor Pintó Ruiz titulado *Los bienes puestos a nombre de la mujer en el Derecho civil de Cataluña* (Estudios jurídicos sobre la mujer catalana, Barcelona 1971) en el que hace referencia precisamente a esta manera de defraudar a los acreedores por parte del marido dedicado al comercio que pretendía salvaguardar así su patrimonio, titulándolo a favor de la esposa, así como la, no por conocidísima, menos divertida anécdota —relatada por Virgili Sorribes en *Propiedad y Matrimonio*, conferencia impartida en el Colegio de Notarios de Barcelona el 17 de Marzo de 1940— sobre el potentado del Canadá que, ante la pérdida por el Imperio Británico de los dominios de la India, Birmania y el Protectorado de Jerusalén, sugirió al Rey de Inglaterra poner el Canadá a nombre de su esposa. También es destacable, en este punto, el trabajo de Cabanillas Múgica *La prueba de simulación en la doctrina de la Audiencia de Palma de Mallorca. Un estudio de jurisprudencia menor*, publicado en la Revista Jurídica de Cataluña número 4/1990, en la que,

dentro de un detallado estudio sobre la simulación en general, trata de la particular incidencia de la misma en la contratación entre cónyuges.

Evidentemente, hoy hay nuevos factores a tener en cuenta, como son las facilidades para obtener el divorcio que, en ningún caso, debe ser causal, con lo que es perfectamente factible que la esposa, a cuyo nombre se han titulado los bienes, pueda a continuación solicitar el divorcio, dejando así al marido sin bienes y sin esposa; y debiéndose tener en cuenta también la presumible y severa reacción de la Agencia Tributaria –hoy en día, pero no antes– ante los incrementos de patrimonio no justificados, con lo que hoy es seguro que el cónyuge que ve incrementarse injustificadamente su patrimonio pronto recibirá noticias de la Agencia Tributaria, que sabido es que piensa siempre en nosotros, ya que Hacienda somos todos. Pero, a pesar de ello, la preocupación de que mediante los negocios jurídicos entre cónyuges, particularmente en los regímenes de separación, se pueda tratar de defraudar a los acreedores late en el Ordenamiento jurídico, siendo prueba de ello las presunciones del art. 78 de la Ley Concursal y la del art. 4.3 de nuestra Compilación, según la cual en caso de impugnación judicial del contrato entre cónyuges se presumirá, salvo prueba en contrario, que la transmisión es gratuita, con la derivación de poderse considerar la misma fraudulenta *ex art. 1297 Cc.*

Pues bien, la preocupación que late en la creación de esta responsabilidad subsidiaria es proteger al acreedor que hace posible el levantamiento de las cargas familiares, dado que, de esta manera, se protege también a la familia. Se da la circunstancia, además, de que todos los miembros de la familia –y el cónyuge no deudor en primer lugar–, son beneficiarios de la situación, dado que se trata precisamente de una deuda contraída en interés de la familia, para la satisfacción de las cargas familiares. No puede olvidarse, en este punto, la máxima jurídica *ubi emolumentum ibi onus*, donde hay el beneficio debe haber también la carga. Si la deuda familiar es, por ejemplo, la derivada del contrato de arrendamiento de la vivienda familiar, ¿no es acaso de estricta justicia que el cónyuge que con su familia ocupa también la vivienda deba responder frente al arrendador del impago de las rentas, en el caso de que el cónyuge que ha suscrito el contrato de arrendamiento resulte insolvente?

A los juristas no siempre nos bastan los argumentos de equidad y justicia material y a veces tratamos de buscar una fundamentación exclusivamente jurídica. En este caso, se razona que el acreedor, al reclamar al cónyuge no contratante, viene a efectuar una especie de subrogación en el lugar del cónyuge que contrató, para exigir al otro cónyuge –solvente– su participación en el abono de las cargas familiares, participación que –según el art. 4.1 CDCIB– tiene que ser proporcional a los recursos de cada uno. De justicia es,

evidentemente, que el cónyuge con recursos participe en el pago de los gastos familiares, aunque sea a través de la reclamación del acreedor que hizo posible la satisfacción de los mismos.

Por otra parte, se tuvo especialmente en cuenta que esta responsabilidad fuera subsidiaria y no solidaria para encajar mejor con los esquemas del régimen de separación de bienes. A pesar de la siempre respetable opinión de algunos tratadistas —(Vila Ribes *El régimen económico matrimonial en el proyecto de reforma de la Compilación del Derecho civil de Baleares*, publicado en Cuadernos de la Facultad de Derecho número 16 1987-1988), quien lamenta que, una vez más, se va haciendo comunitario un régimen económico que por definición es todo lo contrario, un régimen de separación tanto de patrimonios como de responsabilidades—, el criterio que yo entonces sustentaba —y sigo sustentando— es que el precepto establecedor de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante constituye una de estas cuñas comunitarias —de las que habló el recordado Raimundo Clar Garau— que humanizan el régimen de separación de bienes; ya que es de la mayor evidencia que el matrimonio crea una mezcla o confusión de intereses y realidades económicas que imponen que la separación de bienes no puede ser —como decía la Compilación de 1961 y ya no dice la de 1990— absoluta. Solo en el terreno de la utopía se puede pensar en unos patrimonios de los cónyuges absolutamente estancos e impermeables, ya que la convivencia y la contribución de ambos cónyuges al levantamiento de las cargas familiares impone unos vasos de comunicación que necesariamente deben ser fluidos entre ambos patrimonios. Más de lo yo pueda decir resultan significativas y certeras las palabras de Rebolledo Varela (*Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid 1983) según las cuales la responsabilidad de ambos cónyuges frente a tercero por las deudas familiares en el régimen de separación de bienes no significa un acercamiento al régimen de comunidad sino simplemente la consecuencia de la propia naturaleza de las cargas del matrimonio, que conllevan la incorporación al régimen de separación de bienes de un principio básico a cualquier régimen económico matrimonial: la responsabilidad de ambos cónyuges frente a terceros por las deudas contraídas en el levantamiento de las cargas familiares, principio no propio de los regímenes de comunidad, sino de todo régimen económico matrimonial.

A la hora de dar a esta responsabilidad carácter subsidiario o solidario el panorama legislativo que se observaba por aquel entonces —años previos a 1990— en las diversas legislaciones civiles coexistentes en España sólo mostraba un precedente, que venía encarnado por el artículo 1319 párrafo 2º Cc, según el cual de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y subsidiariamente los del otro cónyuge. Posteriormente, la ley 103 de la Compilación de Derecho civil foral de

Navarra –redactada por la ley foral 5/1987 de 1 de Abril– estableció esta responsabilidad subsidiaria, sin perjuicio de los reembolsos entre cónyuges que procedieren. La Compilación catalana –no se había promulgado aun el Código de Familia catalán, que lo fue por ley 9/1998 de 15 de julio– no establecía responsabilidad alguna para el cónyuge no contratante de las deudas familiares, limitándose a regular la contribución a las cargas (artículo 50). Si los motivos antes apuntados nos llevaron a establecer la responsabilidad del cónyuge no contratante, no hubo duda ninguna de que la misma debía tener carácter subsidiario; y ello no fue por mimetismo con el art. 1319 Cc, –y después con la ley 103 foral Navarra–, sino por considerar que la responsabilidad subsidiaria encaja mejor con el régimen de separación de bienes que la solidaria, la cual, por cierto, fue después establecida por el Código de Familia catalán (artículo 8). La solidaridad permitiría al acreedor demandar directamente a una persona con la que no contrató, sin llamar a juicio siquiera al cónyuge que sí intervino en el contrato. En cambio, el mecanismo de la subsidiariedad brinda mayor protección al cónyuge no contratante, exigiendo la acreditación previa de la insolvencia de aquél antes de imponerle el pago de la deuda familiar. Y ello no supone la necesidad de que el acreedor tenga que acudir a dos litigios –el primero contra el contratante y después, y una vez acreditada la insolvencia del mismo, otro contra el que no contrató– dada la amplia posibilidad admitida por la Ley de Enjuiciamiento Civil de poderse efectuar, en una misma demanda, peticiones de carácter subsidiario, disponiendo el artículo 399.5 de dicha ley que las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente.

Con posterioridad a la ley 8/1990 de 28 de Junio se han ido pronunciando los diversos Derechos civiles territoriales sobre la opción entre subsidiariedad y solidaridad, apostando por esta última las legislaciones catalana y aragonesa, mientras que la valenciana se decanta por la subsidiariedad.

De las actas de la Comisión Juristas se desprende que se aprobó sin ningún voto en contra tanto la introducción de la responsabilidad del cónyuge no contratante por las deudas derivadas de las cargas familiares, como el hecho de que la misma debía tener carácter subsidiario. Posiblemente, el paso siguiente en el pequeño análisis que se realiza del tema, es relatar hasta donde se pensaba llegar con la introducción de esta figura.

III.- ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL CÓNYUGE NO CONTRATANTE.

Para romper la aridez de los textos jurídicos no viene mal, de tanto en cuanto, contar una anécdota. Y, en este caso, es oportuno el relato de la

siguiente. A principios de la década de los noventa, tras la promulgación de la ley reformadora de la Compilación de 28 de Junio de 1990, fui invitado a dar una conferencia en el Tribunal Superior de Justicia para exponer a los Magistrados y Jueces las características de la nueva legislación. Tras mi intervención hubo el habitual turno de preguntas y recuerdo una especialmente torturante: ¿No será la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante una nueva vía para que el Banco –si no ha conseguido la satisfacción total de su crédito con la ejecución hipotecaria de la vivienda propiedad de uno solo de los cónyuges– pueda también arremeter contra los bienes del otro? La pregunta, desde luego, tenía su miga; es de aquéllas respecto de las cuales dices “agradezco la pregunta”, mientras que en tu interior piensas lo contrario. Hoy llevaré su contestación al final del presente apartado, al objeto de exponer previamente una serie de cuestiones que, realmente, se combinan todas en la siguiente pregunta: ¿Hasta donde llega la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante?

Cuando la Comisión de Juristas redactó el Anteproyecto que, tras su paso por el Parlament, se convertiría en la ley de 28 de Junio de 1990, la única reglamentación que existía sobre la materia era la del Código civil, tras la trascendental reforma de los artículos relativos al régimen económico matrimonial operada por la ley de 13 de Mayo de 1981. Y, concretamente, el art. 1319 derivaba esta especial responsabilidad de los actos encaminados a satisfacer las necesidades ordinarias de la familia; y, en el régimen de separación de bienes del Código civil, el art. 1440 remitía al art. 1319 en cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica.

De acuerdo con ello, parecía que esta especial responsabilidad quedaba reducida a las deudas contraídas para satisfacer las necesidades ordinarias de la familia, o sea los alimentos (sustento, vestidos, habitación, asistencia médica, educación e instrucción). Pero ya por aquel entonces un sector doctrinal importante había expresado sus críticas al precepto, señalando que si la finalidad del precepto es la de legitimar a ambos cónyuges para que, sea cual sea el que contrate, puedan responsabilizar todos los bienes del matrimonio (los bienes de ambos) por las obligaciones contraídas en el levantamiento de las cargas, se restringe el precepto al remitirlo a las necesidades primarias, para cubrir las cuales, además, no se acudirá, normalmente, al endeudamiento, sino al pago inmediato, no teniendo entonces razón de ser el precepto.

En definitiva, la doctrina más solvente preconizaba la interpretación amplia del art. 1319 a fin de referirlo a las cargas familiares en general, dentro de las cuales, siempre de acuerdo con los parámetros esenciales del uso social y del nivel de vida familiar, podían cobijarse no solamente las necesidades elementales, ordinarias o primarias, sino lo conveniente para la

realización personal de los miembros de la familia; y ahí puede hablarse de los masteres y cursos de postgrado e incluso de eventos festivos como son las bodas de los hijos, los viajes de vacaciones, etc...ello, claro está, siempre que esté en consonancia con el uso social y, en particular, con el nivel de vida de la familia de que se trate.

Pero aterricemos ya en nuestro Derecho. El art. 3.4 de la Compilación de 1990 liga esta especial responsabilidad a las obligaciones causadas por el levantamiento de las cargas del matrimonio; por lo que queda claro que la ley reformadora apuesta decididamente por el concepto amplio de cargas familiares, por considerar que es donde dicha responsabilidad tiene realmente razón de existir.

La misma orientación siguen los Avantprojectes de Llei de Règim Patrimonial del Matrimoni redactados por la Comissió Assessora de Dret Civil del Govern Balear en los años 2013 y 2014.

El art. 12.2 de ambos anteproyectos de ley anudan esta especial responsabilidad a *las necesidades y gastos familiares*. Y en el art. 6 coinciden en dar un concepto amplio de *cargas familiares* comprensivo de las *necesarias para el mantenimiento de la familia de acuerdo con su nivel de vida y los usos sociales*. Y después, tras la expresión *en particular* se citan unos conceptos que, en todo caso, tendrán la consideración de cargas familiares, como son los alimentos (sustento, vestido, asistencia médica, educación e instrucción), previsiones, con inclusión también de las médicas y sanitarias, y gastos de conservación de la vivienda familiar, con la diferencia de que el Avantprojecte de 2013 considera también carga familiar los gastos de conservación de los otros bienes utilizados por la familia.

Precisamente, *de lege ferenda*, y una vez que alguno de los Avantprojectes llegue a ser ley –si es que se da el caso, que yo empiezo a dudarlo– queda claro –y contesto a la sedicente pregunta formulada en la conferencia de la que he tratado al inicio de este apartado– que en ningún caso entrarían dentro de esta especial responsabilidad las cuotas adeudadas por el cónyuge comprador de la vivienda familiar, al incluirse expresamente dentro de las cargas familiares –en lo que respecta a la vivienda– tan solo los gastos de conservación de la misma.

Pero, ¿cuál sería la cuestión *de lege data*? En el art. 4 se habla simplemente de “cargas del matrimonio” sin dar concepto ni enumeración de las mismas. Posiblemente porque un importante sector doctrinal señalaba que la indefinición legal en esta materia no deja de ser un acierto, ya que su determinación concreta dependerá de las necesidades y de las circunstancias de cada familia en especial, correspondiendo a los cónyuges su determinación,

que en modo alguno puede hacerse por ley, salvo la fijación de unos mínimos, cuales son las necesidades ordinarias o primarias.

Hoy, tras la ley de Parejas Estables 18/2001 de 19 de diciembre, tal vez sería posible la aplicación analógica del art. 5 de la misma que considera cargas familiares las derivadas de la conservación de la vivienda u otros bienes de uso de la pareja, sin olvidar que su aplicación analógica al matrimonio, en otros aspectos de la misma, ya fue propugnada por la sentencia de 24 de Marzo de 2010 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Por otra parte hay precedentes judiciales, si bien relativos a otros sistemas jurídicos, citados en el trabajo premiado, que avalan la no imputación de responsabilidad al cónyuge no contratante en este caso. Pero, en los primeros años de aplicación de la ley reformadora de 1990, la contestación a la pregunta de si el cónyuge no comprador de la vivienda familiar podía responder subsidiariamente de la parte impagada del precio de compra no dejaba de suministrar ciertas dudas, porque estaba claro que con dicha vivienda se satisfacía una necesidad primordial de la familia, como lo estaba también el hecho de no ser sólo el cónyuge comprador el beneficiario del contrato, sino que también lo era el resto de la familia y, especialmente, el otro cónyuge. Pueden darse casos ciertamente injustos en que, por ejemplo, el concurso del cónyuge comprador determina la pérdida para el vendedor de una parte importante del precio de compra, contrastando ello, por ejemplo, con la situación de considerable solvencia del cónyuge no contratante, que sigue disfrutando con su familia de la vivienda.

Quiere decirse con ello que, mientras no haya una regulación clara sobre la materia —cual serían los Avatprojectes de ley a los que antes me he referido—, no deja de ser arriesgado dar una regla general, siendo preferible examinar caso por caso y resolver de acuerdo con las particularidades del mismo. Me parece recordar que de tal manera contesté a la pregunta con la que he dado comienzo al presente apartado, lo cual no es extraño, pues yo estudié parte del Derecho civil con los libros de Castán Tobeñas y tal era la solución que siempre daba respecto de las cuestiones más oscuras. Aunque justo es reconocer que la jurisprudencia del Tribunal Supremo —citada con acierto en la obra premiada— se ha ido decantando, dentro del régimen de separación de bienes del Código civil, por la no consideración como carga familiar de las cuotas correspondientes a la parte aplazada del precio de compra de la vivienda familiar, cuando es uno solo de los cónyuges el que realiza la adquisición.

Para finalizar este apartado, hay que apuntar que la cuestión del alcance de la responsabilidad del cónyuge no contratante fue la única que, dentro de la reforma del régimen económico matrimonial, dio lugar a un voto particular. En la sesión de 28 de Enero de 1985, se aprobaron, en

segunda lectura, definitivamente los arts. 3 a 14 de la Compilación –correspondientes a la ponencia presentada sobre régimen económico matrimonial y otra mía sobre donaciones universales– con el voto en contra, en un punto concreto, del Vocal Sr. Verger Garau “por parecerle demasiado amplio el art. 3.4, entendiendo que debía reducirse a las necesidades ordinarias de la familia”. El acta de la sesión sale al paso de una afirmación que se hizo posteriormente, expresiva de que, el hecho de circunscribir la responsabilidad a las cargas familiares y no a las necesidades ordinarias de la familia, es porque se desconocía la distinción entre los dos tipos de deuda. El acta de la sesión demuestra que se conocía.

Girant l'ullada cap enrre hemos visto el porqué de la aparición de la responsabilidad subsidiaria y hasta donde entendíamos debía llegar la misma. El siguiente paso debe acercarnos a como creíamos debía reclamarse esta especial responsabilidad.

IV.- LA RECLAMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA.

La Compilación de 1990 se limita a establecer la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante, pero omite cualquier regulación o referencia normativa sobre la misma. Ello es consecuencia del hecho de haber nacido la Comisión redactora del Anteproyecto con unas finalidades de adaptación a la Constitución, que, de entrada, excluían regulaciones completas y detalladas de las diversas instituciones. Como antes he hecho, recorro a las actas celosamente guardadas por mi compañero de Academia Tomás Mir de la Fuente. En el acta de la sesión de 26 de Enero de 1982 se dice: *“A continuación, y en relación al plan general de trabajo, se cambiaron impresiones acerca del cometido de la Comisión, llegándose a la conclusión de que, sin perjuicio de otros más amplios, pero de cumplimiento posiblemente más diferido, el principal objetivo a alcanzar, de mayor interés y urgencia, era, en cumplimiento de la justificación expresa en el Preámbulo del Real Decreto 1007/81, el de adaptar la Compilación del Derecho civil Especial de Baleares a la Constitución, particularmente a sus exigencias en cuanto a la no discriminación por razón de nacimiento.* En la ponencia que yo presenté se decía que, si bien no se desprendía inconstitucionalidad alguna de los arts. 3 a 5, el propio principio constitucional de protección a la familia y la realidad socio familiar imponían unas importantes modificaciones de los indicados preceptos, las cuales fueron sustancialmente aceptadas, pero sin que pareciera oportuno –dadas las finalidades de la Comisión– alargar de manera desproporcionada la normativa a ellas dedicada.

Los Anteproyectos de 2013 y 2014, redactados en otro contexto, sí establecen una serie de disposiciones sobre la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante que, fundamentalmente, y en un artículo 13 de texto coincidente en ambos Anteproyectos, se refieren a la necesaria ejecución previa de los bienes del cónyuge contratante, con posibilidad, empero, de dirigir la demanda simultáneamente contra los dos cónyuges, la previa y necesaria realización de los bienes del cónyuge que contrajo la deuda, la no procedencia de la responsabilidad subsidiaria en los casos de separación de hecho, como tampoco en los casos de prórroga expresa concedida por el cónyuge que contrató sin conocimiento del no contratante y en perjuicio suyo.

De lege data, situándonos en el marco de la Compilación de 1990, se proclama en la misma —según hemos visto— una especial responsabilidad, pero sin indicación de la normativa que la rige. Sin embargo si ello se hizo de esta manera es por existir un valor entendido de que donde hay subsidiariedad se hace precisa una previa excusión de bienes y es en sede de fianza en donde el Código civil da las normas que configuran el beneficio de excusión. Así lo han entendido todos los tratadistas que se han acercado a la materia, habiendo señalado Casasnovas Mussons que la subsidiariedad es el calificativo esencial de la obligación del fiador y coincidiendo con la opinión de otros autores como Alventosa del Río, Guilarte y Delgado Echevarría en que la obligación del fiador es subsidiaria, porque aun en el supuesto de que no existiera el beneficio de excusión, es siempre de distinto grado, pues la ejecución de la obligación del fiador precisa en todo caso del incumplimiento de la obligación principal.

Ello supone —dado lo previsto en el art. 1.3 y Disposición final 2ª CDCIB— la llamada para esta especial responsabilidad de las normas del beneficio de excusión, o sea de los arts. 1830 a 1834 Cc, lo cual exige, en consecuencia, el depurado examen de si tales preceptos serían asimismo aplicables a la misma, teniendo particular interés los supuestos de excepción recogidos en el art. 1831. No puede haber duda de que la excusión no tendría lugar si el cónyuge no contratante ha renunciado convencionalmente a ella, asumiendo sin más el pago de la obligación, como tampoco en caso de pacto de solidaridad, con transformación así de la responsabilidad subsidiaria en solidaria. Tampoco sería precisa la excusión previa en el 3er supuesto del art. 1830 que supondría la declaración de concurso del cónyuge contratante. En este caso parece fuera de toda duda la posible reclamación al otro cónyuge, particularmente si se tiene en cuenta la doctrina sentada por el precepto que sigue —art. 1832— según el cual para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de excusión debe oponerlo al acreedor luego que éste le requiera para el pago y señalarle además bienes realizables dentro del territorio

español que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda. En este sentido es evidente que los bienes del cónyuge contratante afectos a un concurso no pueden ser considerados en modo alguno como *realizables*.

Más discutida ha sido el último supuesto de exclusión de la excusión señalado por el art. 1831 CC, relativo al caso en que el deudor principal no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino, supuesto que, en una interpretación literal del precepto, la doctrina lo ha entendido referido a la falta de competencia de los Tribunales españoles, más que al hecho de no residir geográficamente en territorio español. En todo caso cualquier posible duda puede superarse acudiendo a la norma fundamental del art. 1832, según la cual debería el cónyuge responsable subsidiario señalar bienes del otro cónyuge realizables dentro del territorio español, suficientes para cubrir el importe de la deuda. Si realiza el señalamiento se pagaría la deuda con cargo a los bienes señalados, siempre que fueren suficientes; y si no lo realiza, ya por ello no podría beneficiarse de la excusión. Con ello tiene menos importancia la cuestión de si se pierde o no el beneficio de excusión por no poder ser el deudor principal demandado dentro del reino.

Los partidarios de la responsabilidad solidaria –en vez de subsidiaria– de ambos cónyuges, por las deudas familiares, han hablado del perjuicio que para el acreedor supondría la necesidad de acudir a dos pleitos, uno contra el cónyuge contratante y otro después, contra el no contratante, una vez acreditada la insolvencia del primero. Por ello en los artículos 13 de los Anteproyectos de 2013 y 2014 ya lo evitan de entrada, estableciendo la posibilidad de plantear simultáneamente la demanda contra ambos cónyuges con peticiones de condena de uno de ellos con carácter principal y del otro con carácter subsidiario. Solución hoy en día totalmente avalada por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, en las viejas normas del Código civil ya se reconocía esta posibilidad, diciendo el art. 1834 que *el acreedor podrá citar al fiador cuando demanda al deudor principal, pero quedará siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos*. Ya antes se ha dicho que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la posibilidad de presentación de demandas con peticiones subsidiarias.

No todos los preceptos del Código civil serán aplicables a esta especial responsabilidad. No lo son los relativos a las acciones indemnizatorias y subrogatorias de que queda investido el fiador que paga la deuda contra el deudor principal, *ex arts. 1838 y 1839 Cc* Y ello es así por existencia de norma foral –en este caso el art. 4.1 CDCIB– según el cual cada uno de los cónyuges debe contribuir al levantamiento de las cargas familiares en proporción a sus recursos económicos, del cual se infiere que el cónyuge no

contratante que pago la deuda no podrá exigir del otro cónyuge el total importe pagado, sino sólo la parte en que éste debía contribuir al pago de dicha deuda, en proporción a sus recursos económicos.

¿Cuándo tiene lugar la extinción de esta especial responsabilidad? ¿Puede ser aplicable el art. 1851 para el caso de prórrogas concedida por el acreedor al deudor sin el consentimiento del fiador? No dejaba de ser un precepto muy controvertido, ya que, por una parte, es evidente que perjudica al acreedor compasivo; pero, por otra parte, también es cierta que las prórrogas pueden debilitar la solvencia del deudor principal, pueden suponer una mayor onerosidad al incrementar la deuda con intereses, y, en especial, se dota de eficacia –respecto del fiador– a un convenio en el que no ha intervenido. Por ello yo me he manifestado por la aplicación también del precepto a la responsabilidad de que se trata siempre que, cual ha matizado la jurisprudencia, estemos ante verdaderas prórrogas convencionalmente pactadas y no ante meras facilidades de pago. Los Anteproyectos antes referenciados han exigido que se esté ante prórrogas expresas, sin conocimiento del cónyuge no contratante y en su perjuicio.

¿Hay que considerar extinguida esta responsabilidad subsidiaria en casos de divorcio, separación judicial y de hecho? Ninguna duda puede haber en los dos primeros casos, mas el mismo criterio es igualmente extrapolable a la separación de hecho, al faltar la convivencia que es elemento que constituye la base de la responsabilidad subsidiaria. Aunque la separación de hecho no anula la obligación de los cónyuges separados de hecho de seguir contribuyendo, en proporción a sus recursos, al levantamiento de las cargas familiares, una cosa es esta contribución, totalmente exigible, y otra que puedan ser demandados los cónyuges por una deuda –aunque sea de carácter familiar– contraída exclusivamente por su consorte, faltando, además, la convivencia, que determina que ambos cónyuges sean beneficiarios de la situación creada con el pago de la deuda familiar; y quedando excluida cualquier posibilidad de que los cónyuges hayan tratado de la misma antes de contraerla. Por ello no es extraño que en los dos Anteproyectos antes referenciados se diga que cesará esta responsabilidad subsidiaria respecto de obligaciones contraídas cuando el matrimonio esté separado de hecho, sin perjuicio de los criterios de contribución interna entre ellos.

Tal criterio sería aplicable también a las parejas estables que han cesado en la convivencia, partiendo de la base de que, durante la misma, podría exigirse esta especial responsabilidad al conviviente no contratante, dado el pronunciamiento contenido sobre el particular en el art. 5.3 de la Ley 18/2001 de 19 de diciembre de parejas estables.

Muchos preceptos de los que el Código civil dedica a la fianza no serán aplicables a esta especial responsabilidad por responder a una base negocial, que no se aviene con la figura que se viene tratando. Así pasaría con los preceptos relativos a la subfianza y a la cofianza. En cambio sí podrían serlo las disposiciones de carácter general, derivadas de la naturaleza de la fianza, como la del art. 1824 según el cual la fianza —y *mutatis mutandi* la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante— no puede existir sin una obligación válida, y la del art. 1847 según el cual la obligación del fiador —y, por tanto, esta especial responsabilidad— se extingue al mismo tiempo que la obligación del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones.

Y también serían aplicables disposiciones de marcado carácter procesal, como el art. 1853, según el cual el fiador —cónyuge no contratante— puede oponer a la reclamación del acreedor las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda, mas no las que sean puramente personales del deudor. Comentando el precepto la doctrina ha establecido que podría oponer cuantas excepciones afecten a la existencia, legitimidad y validez de la obligación, como a su posible extinción, y en definitiva cualquier remedio defensivo que pudiera justificar el incumplimiento de la obligación por parte del deudor principal así como también los vicios del consentimiento. Las excepciones puramente personales del obligado parece que serían las relativas a la falta de capacidad para contratar. El art. 1835 se refiere a la posible transacción, señalando que la transacción hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para con el deudor principal y la hecha por éste tampoco surte efecto para con el fiador contra su voluntad. Por lo que atañe a la posible transacción entre cónyuge no contratante y acreedor no es del todo exacto que no surta efecto para el deudor principal (cónyuge contratante). Si aquél ha procedido al pago de la deuda podrá exigirle la contribución a la misma en proporción a los recursos económicos de cada uno de ellos, *ex art.* 4.1 CDCIB. Si lo que se ha pactado es un convenio de pago aplazado, será preciso el examen del convenio para ver si se trata de una asunción de deuda cumulativa o sustitutiva, aunque es difícil que el deudor principal (cónyuge contratante) —en caso de ser sustitutiva— quede liberado, pues el art. 1206 exige, para la liberación del deudor antiguo, en caso de insolvencia del nuevo deudor, que dicha insolvencia no sea conocida por aquél, lo cual difícilmente puede darse entre cónyuges. Por lo que respecta a la transacción entre acreedor y deudor principal (cónyuge contratante) no surtirá efecto respecto del fiador (cónyuge no contratante) si no es ésta su voluntad; por lo tanto es claro que no se le pueden imponer acuerdos relativos a una mayor onerosidad de la obligación, bien sea mediante el pago de intereses no convenidos, garantías reales, etc.

Son de dudosa aplicación los arts. 1840 y 1842, que recogen supuestos en que el fiador paga sin ponerlo en conocimiento del deudor, hecho que es bastante surrealista referido a unos cónyuges que conviven juntos, aunque las consecuencias previstas por dichos preceptos no dejan de ser justas, al establecer que, en estos casos, el deudor podrá oponer a la reclamación del fiador las excepciones que tuviera contra el acreedor, y que en caso de efectuarse el pago por deudor y fiador, sin ponerlo éste en conocimiento del deudor, el fiador no tendrá acción contra éste, aunque sí contra el acreedor, por un evidente cobro de lo indebido. Y no puede ser de aplicación el art. 1843 que recoge la reclamación anticipada del fiador –cónyuge no contratante– aun sin haber pagado, ya que, en esta materia que tratamos, no hay propiamente repetición, sino tan solo una posible reclamación entre cónyuges por la contribución a las cargas por parte de cada uno de ellos.

V.- EPILOGO: LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL CÓNYUGE NO CONTRATANTE EN LOS TRIBUNALES.

La ya olvidada Compilación de 1961 se cerraba con una disposición adicional expresiva de que la Comisión compiladora debía formular cada diez años una memoria relativa a los asuntos civiles sustanciados en los Juzgados y Tribunales del territorio de la Audiencia de Palma de Mallorca, al objeto de apreciar las dudas, omisiones, o dificultades que se hayan podido presentar en la aplicación de los preceptos de la Compilación. En recuerdo de este ya derogado precepto bueno será finalizar este recorrido sobre el tema estudiado con una referencia a la manera como nuestros Tribunales han afrontado el art. 3.4 CDCIB, establecedor de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante.

Y la respuesta no puede ser más demoledora. En contraste con otras Audiencias –en la obra premiada se citan interesantes sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid, Vizcaya y Cáceres– no he encontrado en las sentencias de las diferentes secciones civiles nuestra Audiencia Provincial pronunciamientos de condena al cónyuge no contratante. Aunque sí he encontrado sentencias de otros Tribunales que fijan doctrina sobre la materia.

Así la sentencia de la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de mayo de 2010 conoce de la reclamación del importe de un préstamo efectuado, en diversas partidas, a los cónyuges por unos amigos, para hacer frente a los gastos de la vida diaria y generales de la pareja. Los cónyuges demandados habían firmado un reconocimiento de deuda, pero los prestamistas pretendían que la deuda debía tener –de acuerdo con lo previsto en la legislación catalana– carácter solidario, en vez de mancomunado. Tal petición es atendida por el Tribunal, que señala que el carácter solidario de

la deuda no deriva del régimen económico matrimonial, sino de las normas de régimen económico matrimonial primario vigentes en Catalunya y, en concreto, del art. 8 del Codi de Família, ya que se trata de una deuda para atención de las necesidades familiares, para pagos de alimentación, hipoteca y colegios, etc.. Son deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica para gastos adecuados a las necesidades de la familia y para el uso de la misma.

La Sección 3 de la Audiencia Provincial de Tarragona conoció una reclamación de la Compañía Suministradora de Gas contra unos cónyuges, con la particularidad de que sólo el marido había suscrito el contrato de suministro. La Audiencia Provincial revocando la sentencia del Juzgado, que había absuelto a la esposa, declara, en sentencia de 29 de abril de 2014, la responsabilidad solidaria de la misma por la deuda a la que ascendía el importe del suministro, en base al art. 231.8 del Codi civil, establecedor de la solidaridad para las obligaciones contraídas para atender las necesidades y gastos familiares, de acuerdo con los usos y el nivel de vida de la familia; y considerando que hay que incluir en este concepto el gas, la calefacción, el aire acondicionado y otros servicios del mismo tipo.

La Sección 1 de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó la sentencia de 15 de noviembre de 2006 por la que condena solidariamente a los demandados –cónyuges después separados judicialmente– a satisfacer a la compañía suministradora de los muebles de cocina de la vivienda familiar el importe impagado de los mismos, señalando que se trató de un encargo realizado conjuntamente por ambos. Y añadiendo que, aun en el supuesto de que el encargo se hubiere verificado por uno de los esposos, el art. 8 del Codi de Família dispone que, ante terceras personas, ambos cónyuges responden solidariamente de las obligaciones contraídas por razón de los gastos familiares, si se trata de gastos adecuados al uso social y al nivel de vida de la familia.

Finalmente, la sentencia 15/2003 de 15 de Mayo de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya –dictada por una Sala presidida por un jurista mallorquín de grata memoria, Guillermo Vidal Andreu, y en ponencia del prestigioso civilista Luis Puig Ferriol– conoce de la demanda interpuesta por el Hospital General de Catalunya reclamando a la viuda el importe de la intervención quirúrgica realizada al marido, con implantación de una prótesis vascular, al haber ingresado en la sección de urgencias de dicho hospital por súbita indisposición, con el fatal resultado de haberle sobrevenido el fallecimiento durante la operación quirúrgica. La sentencia hace un depurado análisis de lo que debe entenderse por gasto familiar a la luz del 4.1 del Codi de Família, que no se refiere solamente a las atenciones de previsión, sino también a los gastos derivados de las

atenciones médicas y sanitarias, sin distinguir entre gastos ordinarios y extraordinarios o imprevisibles, con lo que se pone de relieve que no ha sido voluntad del legislador diferenciar el régimen jurídico de uno u otro gasto; criterio que debe considerarse correcto, ya que en muchas ocasiones resulta difícil distinguir entre enfermedades ordinarias o extraordinarias o entre gastos médicos de carácter ordinario o extraordinario, sin olvidar que todos los gastos derivados de enfermedades son en parte extraordinarios, pues suponen casi siempre un gasto añadido a los ordinarios de sostenimiento de la familia. No tiene trascendencia alguna el que la reclamación se interponga contra la viuda, ya que el crédito nació en vida de ambos cónyuges, y con vigencia por tanto del art. 8 del Codi de familia, establecedor de la responsabilidad solidaria.

En contraste con las sentencias transcritas, no he encontrado sentencias de nuestros Tribunales que contemplen la figura de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante. Pero de ello no pueden derivarse conclusiones negativas que nos conducirían a la lamentación por la presunta inutilidad del precepto. Es sabido que siempre hay que mirar la parte llena del vaso y no la vacía, con lo que del hecho apuntado podrían derivarse conclusiones de tipo positivo. Y así, podríamos decir que si no ha habido sentencias sobre esta responsabilidad subsidiaria es porque no se ha intentado engañar al acreedor acudiendo a la contratación de la deuda familiar por parte del cónyuge insolvente. Y podría ser indicativa esta circunstancia del hecho de que, por parte de los cónyuges, hay generalmente un espíritu de colaboración para, entre los dos, hacer frente a los cargos familiares, sin escudarse en maniobras maniqueas de haber firmado el contrato uno u otro cónyuge. En definitiva, es conocido el proverbio inglés *no news good news* (si no hay noticias, buenas noticias). Pues lo mismo podríamos derivar de la ausencia de pronunciamientos judiciales. Si no hay necesidad de acudir a los litigios es que los conflictos son mínimos y las instituciones fundamentalmente funcionan. Y nada es más grato para el jurista.

VIII.- MESA REDONDA SOBRE “LA LEY CONCURSAL Y SUS MODIFICACIONES, CON ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS MÁS RECIENTES”.

El día 26 de Enero de 2015 se celebró, en el seno de la Academia, una mesa redonda sobre el tema “La Ley Concursal y sus modificaciones, con especial consideración de las más recientes”, en análisis de los RDL 4 y 11/2014.

Intervino en dicha mesa redonda –junto con el Catedrático de Derecho mercantil de la UIB Guillermo Alcover Garau– el Magistrado especialista en Derecho mercantil y titular del Juzgado número Uno de lo Mercantil de Palma de Mallorca Víctor Fernández González, estando centrada su ponencia en el convenio concursal. En la misma –que se inserta a continuación– se trata, en primer término, de la naturaleza negocial del convenio, para exponer a continuación los precedentes legislativos del convenio en el Derecho histórico concursal. Recuerda que los principios inspiradores, en esta materia, de la Ley Concursal de 2003 eran potenciar la autonomía de la voluntad para llegar a acuerdos mediante el convenio, si bien imponiendo un contenido mínimo –quitas o esperas–, limitándolas y excluyendo del mismo la liquidación global, para la cual debía acudirse a su reglamentación específica.

Se analizan en la ponencia las dispositivas normativas más recientes en la fecha de celebración de la mesa redonda, tratando de superar la situación que se venía dando en los procesos concursales, de los cuales el 90 por 100 acababan en liquidación total. Con este objetivo se abren los límites de las quitas y esperas, se abre el contenido del convenio a proposiciones alternativas, como podría ser la conversión del crédito en acciones, participaciones sociales o cualquier otro instrumento financiero de rango, aunque siempre supeditado a la voluntad de cada acreedor y se hace referencia también al convenio de asunción, en el que un tercero asume el negocio concursado, total o parcialmente, pagando la totalidad o parte de la deuda del concurso; y señalando que, igualmente, pueden integrar asimismo el contenido del convenio las llamadas modificaciones estructurales como transformación, fusión, escisión, segregación y cesión global de activo y pasivo, así como la propuesta de liquidación global.

Hay una referencia en la ponencia al reconvenio, como solución legislativa de urgencia para el caso de un importante concurso de acreedores con convenio aprobado, el cual se veía irremediablemente abocado al incumplimiento, con perjuicio manifiesto para la economía nacional.

Se expresa, finalmente, la opinión que merecen al ponente las modificaciones legislativas de 2014, señalando que, con las mismas, se ha tratado de complementar el elenco de soluciones concursales a la insolvencia, si bien no dejan de aparecer sombras en el día a día de los concursos. Y, evidentemente, se considera que no debía haberse acudido a la fórmula del Real Decreto Ley para introducir estas modificaciones a la reglamentación del concurso.

Ya en la presentación del acto académico, el Presidente de la Real Academia había sacado a colación la conocida frase según la cual "El Derecho concursal no es...sino que está siendo", expresiva de las constantes y continuas modificaciones que se han venido produciendo en la Ley Concursal. Lamentablemente las mismas han seguido tras el acto académico en cuestión, pues en el año 2015 han aparecido el RDL 1/2015 de 27 de Febrero sobre "segunda oportunidad", que modifica varios preceptos de la

Ley Concursal, y, particularmente, la Ley 9/2015 de 25 de Mayo que insiste en la tarea modificativa. Evidentemente, la lectura del artículo que se inserta a continuación ha de hacerse dentro del marco de la normativa que era de aplicación al convenio concursal cuando tuvo lugar la mesa redonda, el 26 de Enero de 2015.

VIII.1- EL CONVENIO TRAS LA REFORMA DEL RD 11/2014.

Víctor Fernández González

I. IDEAS BÁSICAS.

Cualquier análisis de la figura del convenio en el marco de un proceso concursal debe partir de una máxima absoluta, que perfectamente se recoge en la STS de 25 de octubre de 2011 “El convenio, en cuanto acuerdo entre deudor y acreedores destinado a regular las relaciones jurídicas que unen a aquél con cada uno de éstos, tiene, según la doctrina, una naturaleza negocial, bien que matizada por importantes particularidades, una de las cuales consiste en necesitar para su validez de la aprobación judicial.”

Un acuerdo presidido bajo el principio de la autonomía de la voluntad del art. 1255 CC, en toda la extensión que el precepto permite (como se destaca por el apartado VI, párrafo 2º de la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003); no obstante lo cual, por las especiales condiciones que se adopta, el legislador ha querido establecer unos límites propios, a través de las reglas de los art. 100 a 102 LC, que no pueden ser superados, resultando controlados de forma judicial, por el Juez del concurso, el cual no puede ser el creador del acuerdo, ni puede imponer cualquier solución distinta a la pretendida por las partes.

Este control no desnaturaliza la naturaleza negocial del convenio, sin que implica un control de la legalidad por un Órgano del estado en aras a que la propuesta que existiera no desnaturalice la solución convencional, evitando que se aplique a supuesto que deberían someterse a las reglas de la liquidación concursal.

De hecho la STS antes citada destaca este aspecto bajo el siguiente dictado: “Sin embargo, el papel que corresponde al Juez en dicha aprobación no es la de creador de la regla negocial, sino la de controlador de su legalidad. Por ello, puede aprobar el convenio o rechazarlo –o mandar que se repita el trámite que llevó a él, a fin de que se subsanen los defectos de esa índole de que adolezca–, pero no modificar su contenido –*artículo 109, apartado 2, en relación con el 129, apartados 1, 2 y 3, de la Ley 22/2003*–. En definitiva, la necesidad de aprobación judicial no significa que no sean el deudor y los acreedores los legitimados para determinar el contenido de la reglamentación de sus intereses, en que consiste el convenio. Por ello, es contraria al *artículo 109 la aprobación judicial, como supletoria, de la segunda* propuesta formulada por la deudora, ya que, según la oferta aceptada, ese papel correspondía a la primera.”

II. PRECEDENTES LEGISLATIVOS DEL CONVENIO.

La institución del convenio se encuentra presente en el derecho histórico concursal.

Analizando el conjunto normativo existente hasta la vigente ley 22/2003, el espíritu que presidía la legislación concursal era la de patrocinar el convenio, como modalidad de acuerdo entre el deudor y sus acreedores para superar la situación de insolvencia o desbalance en que se veía inmerso el primero.

Una solución negociada que no encontraba límites, con carácter general, y en el que la regla establecida era que el contenido del convenio podía ser todo aquello que se considerase oportuno para supurar la crisis que se había generado, permitiendo fijar ventajas para ciertos acreedores en detrimento de otros.

Una solución completamente flexible desde el punto de vista procedimental, como se comprobaba con el hecho de poder modificarse la propuesta o propuestas existentes hasta el mismo momento de la deliberación y votación en la junta de acreedores para adaptarse a las necesidades de los intervinientes.

Prueba evidente de todo ellos es el siguiente resumen:

- Códigos de Comercio de 1825 y 1889 (aplicable solo para comerciantes).
 - Suspensión de pagos: esperas hasta 3 años sin quitas (art. 872).
 - Quiebra: contenido que estimen oportuno el quebrado y sus acreedores (art. 898).

- Ley de enjuiciamiento civil 1881.
 - Concurso de acreedores: quitas y/o espera sin límites (art. 1130, 1303) y que el concurso no se declare fraudulento (art. 1305).
 - Quiebras: quitas y/o espera sin límites (art. 1130, 1303) y que el concurso no se declare fraudulento (art. 1305); todo ello por remisión art. 1319 y 1390.
- Código Civil 1889 (para no comerciantes).
 - Esperas y quitas sin límite (art. 1917).
- Ley Suspensión de Pagos 1922 (art. 14).
 - Contenido que se estime oportuno, incluso ventajas para ciertos acreedores.
 - Régimen de mayorías en función de la propuesta.

III. PRINCIPIOS INSPIRADORES LEY 22/2003.

La reforma que supuso la ley 22/2003, por el que se deroga todo el “viejo” sistema concursal español, da paso a un modelo de concurso apto para todos los deudores, ya sean personas físicas o jurídicas, comerciantes o no comerciantes, en el que bajo un texto legal se ofrecen soluciones sustantivas, materiales y procedimentales de la insolvencia.

Un único texto que pretende la satisfacción de los intereses del concurso, el pago a los acreedores, a través del convenio, como solución norma del concurso, y que supondría la conservación del tejido empresarial, con el consiguiente mantenimiento del tejido productivo y laboral (así se destaca a lo largo de la Exposición de motivos del mencionado texto).

Ese objetivo prioritario se focaliza a través del convenio, como el acuerdo inter partes que debe adoptarse en el marco del proceso concursal, bajo la tutela del órgano jurisdiccional y una vez alcanzado el acuerdo con los acreedores.

Pero el mismo, reitero que debía consumarse en el marco del proceso concursal, sin que se contemplase la posibilidad de alcanzarse extramuros del concurso, a través de cualesquiera fórmulas de refinanciación que pudieran existir.

Y al mismo tiempo, potenciando el principio de autonomía de la voluntad, el legislador establece un “marco” en el que debe residenciarse el acuerdo a aprobar, dado que se impone un contenido mínimo (quitas y/o esperas), limita el alcance de los pactos (dado que las quitas y las esperas deben tener una

extensión máxima), y se prohíbe de forma absoluta la liquidación global, derivando la misma, a la regulación específica que a tal efecto se incluye en la norma.

IV. TIPOS DE CONVENIO.

La tipología de los convenios no ha sufrido variaciones con la reforma en estudio, se mantienen las dos grandes clasificaciones tradicionales:

1. Anticipada: a solicitud y propuesta única del deudor, a tramitar durante la fase de convenio.
2. Ordinaria: a solicitud y propuesta del deudor y de acreedores que representen al menos 1/5 parte del pasivo del concurso. A diferencia de la anticipada, su solución solo se producirá una vez finalizada la fase común, ya sea con celebración de junta de acreedores o mediante el cauce de la tramitación escrita (para el caso que existan más de 300 acreedores reconocidos en el concurso).

Solo destacar en este punto y como inciso, que la reforma ha modificado los preceptos relativos a la propuesta ordinaria, sin que haya modificado o referenciado nada respecto de la anticipada, generando una descoordinación evidente, dado que en el art. 104.2 LC todavía se suscita la necesidad de autorización por el Juez para superar ciertos límites, cuestión que ha desaparecido para la propuesta ordinaria. En mi opinión se trata de un olvido del legislador que debe ser solventado con la aplicación de las nuevas reglas del convenio ordinario, también a la propuesta anticipada.

V. IDEARIO DE LA REFORMA.

De la lectura del preámbulo del RD 11/2014, queda claro que el legislador ha marcado unos ideales justificativos de la nueva regulación.

Comienza por explicar que los cambios que se introducen son fruto de una necesaria coordinación entre los institutos concursales fijados en el RD 4/2014 (que ha sido convalidada por la ley 17/2014) y el proceso concursal. Los acuerdos de refinanciación, su regulación, su tipología y efectos, fueron objeto de un intenso desarrollo normativo, como solución a la situación de insolvencia de las empresas, creando el marco normativo en el que los acreedores y el deudor podían pactar (bajo determinados condicionamientos), una solución negocial a la insolvencia, sin tener que acudir al proceso concursal. Un instrumento que fue recibido de forma muy positiva por los operadores jurídicos, que al mismo tiempo reclamaban su incorporación al proceso judicial. Y es gracias al RD 11/2014, cuando el contenido del mismo y determinados efectos, se "acoplan" al convenio concursal.

Todo ello sumado al dato empírico que, hasta la fecha, la normativa vigente no había cumplido con el objetivo básico que el legislador había instaurado en la ley 22/2003; no ha sido posible lograr el objetivo de crear ese marco concursal en el que los procesos judiciales acabasen en convenio, y mucho menos en la modalidad de anticipado. La realidad ha venido marcada por la liquidación, como elemento común en un 90% de los concursos declarados. Y lo que es más grave, con liquidaciones “ruinosas” en la que no se ha podido cubrir el pago de los créditos concursales, porque a duras penas se pagaban a los créditos contra la masa.

Por eso este cambio en el que se presente potenciar la continuidad de las empresas viables, como instrumentos generador de beneficios para la propia empresa concursada (y por ende para los acreedores), para la economía general (que comprueba como el tejido empresarial e industrial no desaparece) y para el empleo (con mantenimiento de los puestos de trabajo y por consecuencia de los beneficios que para la Seguridad Social, el sistema de pensiones y para la microeconomía supone).

En todo caso, para cumplir estas ideas, fruto de lo acontecido a lo largo de diez años de vigencia de la ley concursal, aplicada en el marco de una crisis económica global, se imponía la necesidad de adaptar los privilegios jurídicos recogidos en la legislación especial a la realidad económica subyacente, creando un marco normativo adecuado en el que se respectasen las garantías reales concedidas a favor de los acreedores atendiendo a su valor económico real y actual.

Finalmente, también recogiendo esas máximas de la experiencia de estos años de aplicación de la norma concursal, el legislador se ha hecho eco de la necesidad de regular debidamente la venta de las unidades productivas insertas en los procesos concursales, como herramienta complementaria para generar beneficios para la propia empresa concursada (y por ende para los acreedores), para la economía general (que comprueba como el tejido empresarial e industrial no desaparece) y para el empleo (con mantenimiento de los puestos de trabajo y por consecuencia de los beneficios que para la Seguridad Social, el sistema de pensiones y para la microeconomía supone).

VI. CONTENIDO DEL CONVENIO.

En el marco del convenio una de las piezas claves de la regulación reside en su contenido, el cual ha sido mejorado sustancialmente a través de la reforma, concretándose en los siguientes aspectos.

1. Quitas y/o esperas: sigue configurándose como un contenido necesario, por los términos imperativos que la norma impone al efecto. Con la nueva redacción, bajo la premisa de necesitar de su incorporación el legislador plantea un modelo que, a priori, elimina los límites cuantitativos y tempo-

rales que fijaba la normativa extinta; entendiéndose que esos límites coartaban la autonomía de la voluntad y frustrando los posibles convenios que pudieran existir; amén que los límites iniciales que se fijaban para la propuesta ordinaria de convenio, se podían verse superado si se optaba por presentar una propuesta anticipada. De hecho esa supresión de límites se acompaña con la posibilidad de dirigirse al Juzgado para que, cumpliendo unos requisitos y acreditados los mismos, se pudiese autorizar unas cuantías de quita o unos tiempo de espera superiores al estándar previsto por el legislador (50% de quitas y 5 años de esperas). Ahora la decisión final acerca de la validez de la propuesta del deudor se deriva a los acreedores que mediante su voto en la junta general, mediante los nuevos quorums que la norma establece, serán los que decidan si cabe aprobar esas condiciones propuestas o no.

Pero como ya he referido la supresión de los límites es aparente, dado que para las esperas el art. 124 LC impone un tope de 10 años insuperable, mientras que para las quitas, la propia institución del convenio como medio de acuerdo de pagos, comporta que exista éste. De forma evidente deberá contemplarse alguna satisfacción, impidiendo que la quita sea del 100%.

2. Propositiones alternativas: junto a ese contenido mínimo que hemos analizado se plantea la posibilidad que el deudor ofrezca otras alternativas a sus acreedores como modo de pago de las deudas reconocidas.

Una solución existente hasta la fecha pero que no concretaba el contenido de lo que se podía ofrecer. Ahora, con la nueva regulación, se ha dado el paso delante de ejemplificar aquello que puede ser objeto de negociación, que no es sino una modalidad de capitalizar la deuda a instancia del deudor pero plenamente aceptada por los acreedores. En el bien entendido que, tratándose de fórmulas que no se suponen el desembolso directo e inmediato de los créditos concursales, la aplicación real de las mismas dependerá de la aceptación expresa por parte de cada uno de los acreedores.

En todo caso lo significativo de esta solución es el contenido recogido en el precepto, descriptivo de esas otras "fórmulas" legalmente previstas para satisfacer a los acreedores, consistentes en conversiõn del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda originaria. En el bien entendido que para ofrecer la debida coordinación entre la normativa concursal y la societaria, se ha previsto expresamente que para los supuestos en que se opte por la conversiõn del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, se deben cumplir las reglas establecidas en la LSC, pero con la advertencia que los pasivos son líquidos, vencidos y exigibles.

Una elección, que como ya he dicho, reside en la voluntad de cada acreedor, al cual le corresponderá la facultad de optar por la oferta que considere más conveniente, dentro del plazo que a tal efecto fije la propuesta de convenio, sin que en ningún caso pueda exceder de 1 mes. En el bien entendido que debe contemplarse siempre cual de las alternativas será la de obligatoria aplicación para el supuesto que los acreedores no efectúen su elección (art. 102 LC).

Finalmente se destaca la previsión que el marco de la propuestas alternativas no será de aplicación a los acreedores públicos, a los cuales, siempre, debe aplicarse el crédito que contenga las quitas y/o esperas, pero nunca esas alternativas que se podrían recoger para el resto de los acreedores del concurso.

3. Convenio de asunción: sigue siendo una de las opciones que cualquier propuesta de convenio puede recoger. Aquella fórmula por la que un tercero, suscribiente de la oferta de convenio, acepta hacerse cargo del negocio concursado, total o parcialmente, pagando a cambio todo o parte de la deuda del concurso, en las condiciones que se reflejen en el convenio.

Destaco que no es una novedad en sí misma, al tratarse de una fórmula que la ley 22/2003 ya contempló, sino que la novedad se residencia en que esa “entrada” de un nuevo deudor se puede efectuar bajo la fórmula de la venta de la unidad productiva. Una figura que ha sido desarrollada en el art. 146 bis LC, con aplicación a todas las situaciones que pudieran darse en el concurso, en cualquiera de las fases o soluciones al mismo; y lo que es más importante, bajo una detallada regulación de los efectos de esa transmisión, tanto de los contratos como de la sucesión empresarial.

De esta regulación debemos mencionar la obligación que asume el tercero de continuar la actividad empresarial, la mismas, como medio de obtención de los recursos necesarios para cumplir los términos del convenio.

Por lo tanto, una vez fijada la actividad, la cuestión que surge es la determinación de las obligaciones que se asumen como contraprestación a los activos que se adquieren. Una labor que podríamos “perimetrar” la adquisición por el asunto, consistente en fijar expresamente los activos que se transmiten para seguir desarrollando la actividad (considerados como el conjunto de bienes y derechos que se transmiten, incluyendo los elementos materiales, inmateriales, derechos de crédito, intangibles y relaciones laborales), así como los pasivos (las deudas del concurso en la proporción estipulada).

No obstante, pese a reformar la norma y avanzar en el desarrollo de la figura del convenio de asunción, sí que se echa en falta una regulación de los requisitos, efectos y consecuencias jurídicas de un eventual incumplimiento

de esta forma de convenio, al existir una laguna al respecto. Decimos esto porque no se ha planteado el escenario que, tras la aprobación de un convenio de asunción, total o parcialmente, resulte incumplido el convenio, sin que la norma contemple la medida y extensión de esa rescisión de efectos que el art. 140 y 142 y siguientes LC contempla para un convenio sin asunción.

4. Modificaciones estructurales: no es una novedad que tras la reforma del RD 11/2014, siga siendo parte de la regulación la posibilidad de acudir a una modificación como fórmula negociada con los acreedores. En el marco de la justificación de cualquier modificación de esta naturaleza reside la función de reestructuración societaria y de saneamiento de las empresas que permite cumplir con la función instrumental de cualquier convenio, la de facilitar el cumplimiento del convenio para solucionar la insolvencia.

Recordemos que las posibilidades que la ley de modificaciones estructurales ofrece al respecto son las siguientes:

- **Transformación:** Cambio en el tipo social inicialmente elegido, sin disolución, liquidación ni constitución de nueva sociedad. (art. 3 LME)
- **Fusión:** Dos o más sociedades agrupan sus patrimonios íntegros y en general también sus socios con disolución sin liquidación y extinción de todas ellas en orden a constituir una nueva sociedad, lo que constituye la fusión por constitución de nueva sociedad o de todas menos una que absorbe a las demás, la denominada fusión por absorción. (art. 22 LME)
- **Escisión:** División de todo o parte su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde. Si la escisión es total lleva aparejada la extinción de la sociedad. Si es parcial la reducción del capital. (art. 69 y 70 LME)
- **Segregación:** Modalidad de escisión parcial en la que es la sociedad segregada la que percibe acciones o participaciones de la sociedad/es beneficiaria/s. (art. 71 LME)
- **Cesión global de activo y pasivo:** Una sociedad transmite en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios. (art. 81 LME)

La problemática que ofrece la regulación concursal es precisamente la falta de regulación, la falta de armonización con una normativa especial que ha sido implementada con posterioridad a la entrada en vigor de la ley concursal, en el año 2009, mediante un texto en el que sí que se regula específicamente cada una de las modalidades antedichas. Y aquella ausencia es la que nos lleva a plantearnos dudas acerca del procedimiento que debe ejecutarse para dar virtualidad a la modificación estructural que se plantee en el concurso. Desconocemos si la misma debe ejecutarse previamente a la aprobación del convenio o con posterioridad, se desconoce el papel de la administración concursal en ese proceso de “cambio” de la concursada, desconocemos si existe una oposición de los acreedores en la forma que prevé la legislación especial, al lado de la que le ofrece la ley concursal; y finalmente desconocemos cuales son los efectos que acarrearía el incumplimiento del convenio para la modificación estructural ya ejecutada y que conforme a su legislación específica resulta inatacable. Son cuestiones que se han suscitado en el marco de la doctrina pero que no han obtenido soluciones uniformes, estando a la espera de una regulación uniforme de esta institución.

5. Propuesta de liquidación global: como regla absoluta, en el convenio no caben propuestas de liquidación global. De hecho se contempla la regla de su prohibición absoluta, justificada con la idea básica de que ello supondría una liquidación del patrimonio del concursado, para lo cual está previsto su propio procedimiento con sus reglas y consecuencias.

No obstante ello sí que se ha introducido una excepción para permitir que a los acreedores se les pueda pagar mediante la cesión en pago de bienes del concurso, siempre y cuando los mismos no resulten necesarios para la actividad empresarial y su valor razonable, sea igual o inferior al crédito que se satisface, dado que si es superior, el acreedor deberá entregar a la masa la diferencia.

La cuestión que se plantea en este punto es si, a pesar del silencio, se podría permitir la cesión para pago, a modo y manera como lo plantea el art. 148.5 LC (en sede de liquidación) y en la DA 4ª para los acuerdos refinanciación. Realmente la norma no dice nada y parece que pudiera ser un olvido del legislador que podría ser solucionado mediante la aplicación de la analogía, pero la cuestión ofrece serias dudas, cuando al mismo tiempo, de forma categórica niega la posibilidad de acudir a la cesión en pago o para pago a los acreedores públicos, implicando que cuando lo ha querido el legislador lo ha contemplado de forma expresa.

VII. REGLAS PARA LA APROBACIÓN DEL CONVENIO.

Un punto esencial en cualquier tramitación de una propuesta de convenio, al lado de su contenido, es el conjunto de reglas necesarias en orden a la aprobación del mismo; las normas a las que se somete el trámite de deliberación y votación del convenio en aras a ser aprobado. En este aspecto, también el RD 11/2014 ha introducido novedades de las que pasamos a dar cuenta a continuación.

En el marco de la deliberación y votación el único cambio que se introduce es el tratamiento que se da a los créditos de acreedores con pacto de sindicación, al expresar que ese pacto no se extingue por la declaración del concurso sino que se ve afectado a la hora del voto, dado que se va a computar como uno único, conforme al sentir mayoritario de los integrantes del pacto de sindicación. Pero no cualquier mayoría sino que se impone que, para entender manifestado un voto a favor de la propuesta deben asentir el 75% de los acreedores que formen parte del pacto de sindicación, a salvo que por regla interna se imponga un quórum inferior. A partir, si se logra ese porcentaje mayoritario, y el convenio se aprueba, éste afectará a todos los acreedores del pacto de sindicación por igual, sin perjuicio del derecho individualizado de los que hubieren votado en contra estuvieren ausentes, de poder formular oposición a la aprobación del convenio, y sin perder el marco de las garantías accesorias en los términos del art. 135 LC.

La segunda gran reforma en este punto refiere a los quorums para aprobar el convenio, dado que, una vez eliminada la limitación cuantitativa o temporal del convenio, el legislador ha trasladado al marco de la decisión de los acreedores el aceptar o no la propuesta que se hubiese formulado. De tal forma que, si se superan determinados umbrales o se ofrece un concreto contenido alternativo, el respaldo de los acreedores deberá ser mayor que si la propuesta respeta unos límites considerados como no gravosos.

Así, en quitas hasta 50%, esperas hasta 5 años, o conversión de deuda en préstamos participativos hasta 5 años (en este caso no es posible para créditos públicos y laborales) se entenderá aprobado el convenio si votan a favor al menos el 50% del pasivo ordinario reconocido en textos definitivos. En cambio en convenios con quitas superiores al 50% y/o esperas más 5 años y hasta 10 años, conversión de deuda en préstamos participativos desde 5 años a 10 años (en este caso no es posible para créditos públicos y laborales) o resto medidas art. 100 (conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original), se requerirá el 65% pasivo ordinario. No obstante se

mantiene la regla que si lo que se pacta es el pago íntegro de los créditos ordinarios con una espera máxima de 3 años, o el pago inmediato de los créditos ordinarios con quitas inferiores al 20%, solo se exige que el voto emitido en la junta a favor del pasivo ordinario superior al que vote en contra.

En otro orden de cosas, como gran novedad a este respecto, y en ese ideario explicado a lo largo del presente trabajo, de adecuar las soluciones concursales a la dinámica del proceso universal judicial, el legislador ha introducido la figura de la extensión de los efectos del convenio que se aprueba a los acreedores privilegiados. No se trata de una afección directa e inmediata, sin sujeción a límites o condiciones, sino que se condiciona a la concurrencia de unos requisitos tasados:

1. El primero y lógico es la aprobación del convenio en las condiciones que se acaban de enunciar. De no existir esa aprobación, no podremos hablar en ningún caso de vinculación de los acreedores privilegiados.
2. En segundo lugar se impone una vinculación expresa y positiva por los acreedores con privilegio a favor de la propuesta mediante la emisión del voto en la junta o mediante adhesiones emitidas en legal forma, antes de que se declare aprobado el convenio.
3. El tercer requisito es la vinculación por clases ex art. 94.2, con extensión de los efectos a disidentes o no votantes, siempre que se produzcan las siguientes mayorías: votan a favor el 60% de la clase correspondiente en los casos del art. 124.1.a), o votan a favor el 75% de la clase respectiva en los casos art. 124.1.b). Todo ello teniendo presente que ese cómputo de los anteriores porcentajes se va a efectuar según la proporción de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase (supuesto de los acreedores con privilegio especial), o por cómputo según el pasivo que acepta sobre el total del pasivo que se benefició de privilegio general dentro de cada clase (caso de acreedores con privilegio general).

VIII. EL RECONVENIO.

Otra de las grandes novedades que introduce la reforma es la Disposición Transitoria 3ª, aquella que se conoce como el reconvenio, y que en mi modesta opinión se ha introducido como solución concreta y cierta de determinado concurso de acreedores realmente importante, en el que se había aprobado el convenio y que por circunstancias se veía abocado a ser incumplido, con las consecuencias que ello podría suponer para la empresa, para los acreedores y probablemente para la economía nacional.

Una nueva propuesta que va precedida de la máxima de que los convenios aprobados hasta la fecha deben ser cumplidos en los términos que habían sido aprobados, sin que quepa la posibilidad de buscar un incumplimiento con la finalidad de ampararse en la nueva solución que, con carácter temporal, el legislador ofrece en la reforma.

Destacamos el ámbito temporal dado que su aplicación queda limitada en el tiempo a todos aquellos convenios que, habiendo sido aprobados antes de la entrada en vigor de la reforma (el 7 de septiembre de 2014), sean incumplido en los dos años posteriores.

Asimismo hay que enfatizar en el elemento básico en que se sustenta la reforma, el incumplimiento, como presupuesto objetivo para poder acceder a la nueva solución. Un presupuesto que no ha sido desarrollado en el nuevo marco normativo y que debe ser objeto de interpretación.

A priori esa interpretación que se refiere es sencilla, encontrando una solución a través de la vía del art. 140 LC. Siempre y cuando no se hubiesen realizado los pagos comprometidos, en el tiempo y en la cuantía referida en el convenio, estaremos ante el supuesto legal. No obstante este artículo limita el incumplimiento a los créditos vinculados al convenio y en la parte que les afecte, cuando la realidad nos dice que los que se suelen someter al mismo son los acreedores ordinarios y subordinados.

Debemos preguntarnos en qué situación quedan el resto de los acreedores del concurso, tanto los privilegiados como los créditos contra la masa, que en la mayor parte de los casos quedan al margen de ese negocio que resulta el convenio. Y ello por cuanto sus créditos no se someten a ninguna quita ni espera (a salvo que se sometan al convenio y que le mismo fije condiciones especiales), implicando que deben satisfacerse íntegramente e inmediatamente tras la aprobación del convenio. Lógicamente, el no abono de los mismos supone una forma de incumplimiento, de no satisfacción de las prestaciones debidas, de aquello a que venía obligado. No obstante, esa falta de pago o prestación, por no estar incluida en el convenio, no comporta el contravenir el convenio. De hecho se ha discutido la situación en que quedan estos acreedores en función del convenio, cuando comprueban que sus intereses son contravenidos. Máxime cuando la fórmula concursal que el legislador ha planteado a este respecto es la de la rescisión del convenio por la vía de la insolvencia sobrevenida al amparo del art. 142.2 LC, el denominado "concurso del concurso".

De esta manera, teniendo presente que lo que se pretende es renegociar el contenido del convenio, del plan de pagos propuesto y aprobado, para pactar un nuevo contenido, el incumplimiento debe quedar circunscrito al ámbito del art. 140 LC, a los acreedores que estuvieran vinculados por el

convenio, por cuanto solo respecto de ellos se puede incumplir y solo respecto de ellos se puede renegociar uno nuevo.

Pero más complejidad presenta la figura de la inminencia del incumplimiento, entendida como una especie de visualización del futuro por la que se concluye que no será posible atender a los pactos alcanzados. Es adelantar el dies a quo de la nueva figura basada en proyecciones de futuro, partiendo de una situación concreta en un momento particular. A este respecto la duda que se suscita es si hay que esperar al incumplimiento real y cierto del convenio, o podemos adelantar ese momento al instante en que el deudor o los acreedores conozcan con certeza que, llegado el tiempo futuro como plazo para pagar los créditos comprometidos, no se podrá arbitrar ese pago.

Comparto la necesidad de anticipar cuanto antes la renegociación allí donde sea posible, con el fin último de minimizar los perjuicios y maximizar las posibilidades de éxito en la renegociación; más aún cuando la experiencia nos dice que los pagos comprometidos a través de los convenios aprobados son anuales y que las previsiones de no cumplimiento pueden anticiparse de forma efectiva. Donde encuentro problemas es la forma de acreditar esa inminencia del incumplimiento. Frente al hecho acreditado y cierto del no pago de unas cantidades en un momento concreto, la inminencia de la contravención queda al albur de la decisión del deudor concursado o del asuntor. Una decisión basada en una opción que se pone de manifiesto de forma unilateral en la mayor parte de los casos por quien es parte realmente interesada en la renegociación y que puede conducir a situaciones fraudulentas. Y más problemática resulta desde el punto de vista de cauce procesal instaurado por la reforma, en la que las sombras aparecen con más fuerza que las luces, generando controversias que analizaremos más adelante.

En todo caso, existiendo el mencionado requisito, se impone que ya sea el deudor o acreedores que representen al menos 30% pasivo total existente al tiempo del incumplimiento, los que formulen la nueva propuesta, la cual debe reunir el contenido que el nuevo art. 100 LC impone al efecto.

Presentada que sea la propuesta, el legislador remite a una tramitación sencilla aunque incompleta, dado que existiendo la estructura básica de la tramitación, no se arbitran los cauces particulares por los que debe "circular" ese nuevo documento que se somete a aprobación. Solo se hace constar que, una vez admitida a trámite la propuesta debe ser aceptada, mediante el sistema de adhesiones (por lo tanto se hace una referencia implícita a la forma y condiciones que expresa el art. 108 LC), por unos quorums reforzados consistentes en el 60% de los acreedores ordinarios, en el caso de proponer las medidas del art. 124.1.a); subiendo al 75% en el

caso de las medidas del art. 124.1.b). Caso de obtenerse esas mayorías, y bajo la obligación impuesta al Juez de visar que las medidas previstas garanticen la viabilidad del proyecto empresarial, se dictará sentencia aprobando la modificación. Y para la extensión de los efectos a los acreedores privilegiados los quorums serán del 65% de cada clase en las medidas del art. 124.1.a) y 80% de cada clase en las medidas del art. 124.1.b).

En todo caso existe la regla absoluta de que la nueva figura **NO** se aplica a los créditos públicos, que quedan al margen, sometiéndose a la propuesta inicialmente aprobada y que es objeto de incumplimiento, con lo que se generará un escenario “curioso” con dos propuestas de convenio vigentes en función de los acreedores que se vean sometidos a las mismas.

IX. CONCLUSIONES.

Entendiendo como loable la reforma implementada, justificados los motivos que implicarían el nuevo articulado. El RDL 11/2014 revela un texto que, preocupándose de una problemática muy concreta y particular, ofreciendo soluciones prácticas y adecuadas, trata de complementar el elenco de soluciones concursales a la insolvencia, incorporando fórmulas anticipadas en otros textos legales previos y que se arbitran como hábiles en función de las necesidades del mercado. Mediante la posibilidad de renegociar la solución convencional con los afectados se permite la pervivencia de los proyectos empresariales viables, protegiendo el mercado, el tejido empresarial, las relaciones laborales y, en definitiva, las relaciones mercantiles existentes.

No es una solución absoluta a la crisis de las empresas insolventes, sino un mecanismo más puesta al servicio de las mismas, en que la novedad aparece por alterar la regla estricta y absoluta que solo puede proponerse, discutirse, aprobarse y cumplirse una única propuesta de convenio. Se amplía ese marco de negociación incorporando fórmulas que ya se incluían en convenios que eran aprobados, dotándolos de tutela legal. Aunque en todo caso bajo las carencias de coordinación con otros instrumentos normativos complementarios, que ofrecen lagunas de difícil encaje y solución.

Quiero destacar que cualquier reforma legislativa que permita afrontar los problemas y superarlos es bienvenida, pero no por ello debemos mostrar cierto asombro sobre el tratamiento de ciertas deudas y no de todas, cuando el espíritu de la ley es, precisamente, el tratamiento paritario de todos los acreedores, a salvo de los que gocen de privilegios. Específicamente de las deudas de acreedores públicos, que nuevamente han quedado “blindados” frente a los nuevos pactos que pudieran suscribirse, comportando un gran escollo para implementar de forma efectiva la nueva medida de la DT 3ª en estudio. Más allá de las razones que justifiquen dicha medida, lo cierto es que el crédito público es el más protegido de los existentes en el proceso

concurzal, y que al mismo tiempo condiciona decididamente la viabilidad de las empresas. dejarlos al margen de cualquier renegociación, comporta abocar al fracaso cualquier intento de negociación, debido al tipo y cuantía de dichos créditos, amén de los privilegios inherentes a los mismos.

Reitero que es una nueva solución que debe ser bienvenida en orden a la superación de la insolvencia de los deudores. No obstante ello, como hemos tratado de exponer, aparecen muchas sombras (y no han sido analizadas todas ellas, dado que la experiencia nos demostrará la existencia de otras diferentes) que deberán solucionarse con el día a día de la tramitación de las solicitudes que se formulen ante los Juzgados, siendo el presente trabajo una breve exposición de algunos de ellos y que han sido planteados en orden a facilitar la debida aplicación de la reforma.

Finalmente procede discrepar del cauce escogido por el legislador para adoptar la presente norma acudiendo a la figura del Real Decreto Ley, regulado en el art. 86 CE, pensado para aquella regulación merecedora de una especial y urgente necesidad, que de forma imperiosa requiere la adopción de medidas legislativas que no pueden esperar al trámite legislativo ordinario. Así se enuncia en la exposición de motivos del nuevo texto legal, en el apartado VI, en el que se explican las razones tenidas en cuenta. No se pone en duda que el legislador considere la concurrencia de esa situación excepcional que permite la adopción del Real Decreto Ley (cuya máxima expresión es la Disposición Transitoria 3^a), pero sí que podemos señalar la extrañeza que evidencia el trámite escogido cuando el 1 de octubre de 2014, el BOE alumbra la ley 17/2014, convalidando el RDL 4/2014 e introduciendo modificaciones al texto concursal. Es decir, en menos de un mes se reforma la ley concursal, de nuevo, momento que hubiese sido el adecuado para sancionar, de forma única y conjunta, todas las medidas que se incluyen el 6 de septiembre de 2014. De hecho la nueva normativa queda emplazada a otra ley que ratifique el RDL, generando una situación de provisionalidad e interinidad que lejos de solucionar el problema, puede generar inquietud por esa indefinición que se traslada a través del BOE.

IX.- MESA REDONDA SOBRE “ÉTICA JURÍDICA: ABOGACÍA, JUDICATURA, NOTARIADO”.

Frente al “homo hominis lupus” de Tomás Hobbes otros filósofos –como Aristóteles, en su Ética a Nicómaco– han preconizado una visión del hombre orientada hacia el comportamiento bueno y leal con los miembros de la sociedad, única manera de granjearse la consideración y aprecio de los mismos, lo cual puede ser el camino para sentirse estimado y feliz. En la mesa redonda que se celebró el 20 de abril de 2015 se trataba de estudiar estas normas éticas en las profesiones jurídicas más extendidas: abogacía, judicatura y notariado.

En el estudio del Abogado José Nadal Mir, I Premio Degà Miquel Frontera a la Ética Jurídica, se dice que la ética jurídica es la gran desconocida de la sociedad, de la misma forma que el justiciable es el gran olvidado, al encontrarse inmerso en situaciones complejas como son los procesos que suponían entrar en un mundo extraño para él. Se define la ética jurídica como las normas que hoy han devenido de obligado cumplimiento para el abogado debido a una repetición de sucesivas costumbres desde tiempo inmemorial y se señala que es un hecho de lamentar la disminución de la calidad en las actuaciones procesales, tanto por parte de los Abogados como de los Jueces, por lo que se

propugna la creación, en el seno del Colegio, de una "Escuela del Abogado". Se indica en el estudio que los elementos constitutivos de los pilares básicos de la ética jurídica del Abogado son la libertad de expresión, la independencia y el secreto profesional, a cuyos conceptos se dedican diversas consideraciones.

El Magistrado Carlos Gómez Martínez, comienza su estudio poniendo de relieve un hecho insoslayable cual es el de que la sociedad cuestiona en la actualidad la Administración de Justicia, a la cual da una calificación de 3'1 sobre 10 en el Módulo de Bienestar de la Encuesta de Condiciones de Vida de 2013, siendo de destacar, asimismo, que se le da una calificación de 3'2 sobre 10 en el Estudio de la Comisión Europea sobre percepción de la independencia judicial. Y, sin embargo, hoy más que nunca –señala– se puede hablar de ética judicial porque ha habido un cambio en la concepción del Derecho, del positivismo formalista propio del Estado de Derecho clásico al post positivismo propio del Estado Constitucional de Derecho, en el que se incorporan al ordenamiento jurídico valores pre-jurídicos que son los que están en la base de los derechos fundamentales, de los derechos humanos.

Se exponen en el estudio las garantías subjetivas (del ciudadano) y objetivas (de la jurisdicción). Entre las primeras destacan las normas deontológicas que contemplan la actuación del juez como persona que se comunica con los ciudadanos (respeto, escucha activa, igualdad de trato, cortesía, empatía), como persona integrada en un servicio público (reserva, diligencia, transparencia, responsabilidad institucional) y como persona que se enfrenta al estudio de las cuestiones jurídicas que se le someten (competencia, honestidad intelectual). La inobservancia de estas normas éticas cuestiona la legitimidad del juez y hasta la del propio Estado de Derecho. Entre las garantías objetivas destacan la independencia y la imparcialidad, profundizándose en el estudio sobre el carácter y alcance de las mismas.

El tercero de los ponentes –el Ex Decano del Colegio Notarial y Académico Jaime Ferrer Pons– hace referencia, al comienzo de su estudio, a las palabras de Juan Vallet de Goytisolo –el más importante jurista que ha dado el Notariado español–, expresivas de que si al Notariado le faltara la ciencia podría subsistir, con

más o menos dificultad; pero sin moral, sin el ejercicio éticamente responsable de la profesión, la función no tardaría en desaparecer. Se aborda a continuación la cuestión de si las reglas deontológicas son meros principios éticos o deben reflejarse en textos escritos con el valor normativo que cada ordenamiento crea conveniente. Hay que destacar que el Código de la Unión Internacional del Notariado Latino no duda en afirmar la naturaleza jurídica de las reglas deontológicas y su pertenencia al sistema jurídico. En este sentido, hace referencia a varias sentencias del Tribunal Constitucional, en una de las cuales –la de 21 de Diciembre de 1989– se puede leer que “las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios profesionales o sus respectivos Consejos superiores u Órganos equivalentes, velando por la ética y dignidad profesional, no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario; bien al contrario, determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados”.

Se cierra el estudio con la referencia al Código Deontológico del Notariado español, aprobado en 2014 por el Consejo General del Notariado, pasando a exponer las características fundamentales del mismo en lo que respecta al carácter obligatorio de la prestación de la función notarial, la imparcialidad e independencia del Notario, secreto profesional, la libre elección de Notario, la publicidad, la correcta aplicación del arancel notarial y la oficina notarial.

IX.1- ÉTICA JURÍDICA DELS “MISSÈRS”.

José Nadal Mir

El título de “sa taula rodona” es: ética jurídica: abogacía, judicatura, notariado, y al ser abogado en ejercicio me voy a ceñir a lo que hace referencia a la ética jurídica de la abogacía, pues están aquí 2 profesionales para hablar de las otras éticas jurídicas.

Desarrollaré lo que voy a decir en 6 apartados, relacionados todos con la ética jurídica de los abogados.

1º.- Origen de la abogacía y de la ética jurídica.

En cuanto al origen del abogado hacer referencia al “*advocatus*” que nace en Roma y es en donde tuvo pleno apogeo la figura del abogado y donde se organiza como profesión. Los que precisaban ayuda jurídica llamaban al “*advocatus*” para que precisamente les auxiliara ante la justicia. En la antigua Grecia se les conocía como “oradores” o “*voceris*” al utilizar el empleo de voces y palabras.

Las primeras noticias que he podido constatar sobre la ética jurídica, salvo mejor criterio, es en el Corpus Juris del Derecho Romano, Digesto, en donde se cita expresamente lo que hoy conocemos como secreto profesional, que consistía en la obligación de no propalar secretos respecto de abogados, procuradores y escribanos.

Además, conocemos que el rey Eurico ya en el siglo V reconoció la función del abogado en las diversas leyes y, en ellas, encontramos principios deontológicos dirigidos a los abogados en los que pide ante todo, lealtad y rectitud, que se consideraban cualidades esenciales en el abogado. Ahora también.

Asimismo, el rey Alfonso X en las Partidas, otorga a la abogacía la consideración de oficio público, estableciendo en dichas leyes las condiciones que estos debían reunir, sus derechos, sus deberes y los honorarios que podían percibir.

Vemos, pues, que la ética jurídica del abogado no es materia moderna, pues existe desde hace muchos siglos y, sin perjuicio de que me equivoque, estamos ante una profesión que es tan importante para la sociedad y especialmente para el justiciable que precisa de una regulación para que éste, que es la persona para la que trabaja el abogado, pueda sentirse seguro de que le defenderá de acuerdo a la "*lex artis*" y a la *ética jurídica* que rige la profesión, pues no se puede entender la misma de otra forma, estamos, pues, ante una profesión seria y muy digna, a pesar de las excepciones, que son pocas, si bien bastante ruidosas.

La ética jurídica del abogado está presente cada día cuando se ejerce la profesión y resulta que comentarlo todo sobre la misma ética se hace imposible, por lo que diré lo que creo que puede resultar mas preferente, si bien no todo.

2º.- La ética jurídica del abogado. Consideraciones generales.

Califico a la ética jurídica de la abogacía como el conjunto de normas que regulan las conductas de los abogados en el ejercicio de la profesión.

La ética jurídica es la gran desconocida de la sociedad y, además, es afable, delicada y la que sirve, entre otras cosas, para dar seguridad y libertad a las relaciones entre letrados e implica su imprescindibilidad para ejercer la abogacía de forma ética y segura.

Nosotros, los abogados, solo somos la voz del justiciable, no obstante debo hacer referencia a la apasionante profesión del abogado, pues cada día que pasa, el siguiente es uno nuevo para aprender más, al ser una profesión viva y cambiante.

La ética jurídica "*dels missers*", evidentemente es el resultado, a lo largo del tiempo, de aplicar repetidas costumbres en el ejercicio de la antigua y casi siempre incomprensible profesión de abogado por parte de la sociedad, hasta convertirlas en normas profesionales para que, en definitiva, el abogado pueda defender de buenas formas al justiciable, mediante un cuerpo de normas obligatorias.

Al hilo de lo dicho, el abogado tiene que seguir unas reglas para defender de forma acertada y sin trampas al justiciable, convirtiéndose la ética jurídica del abogado en un instrumento absolutamente necesario, cada vez más, para ejercer con unas armas que el estado de derecho reconoce como

obligatorias en nuestra profesión, que son: el código deontológico, el estatuto general de la abogacía española y ciertos arts. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como veremos mas adelante.

Como ha quedado dicho la ética jurídica del abogado sirve para defender y asesorar al gran protagonista del mundo jurídico, que es el justiciable. Creo que tanto los abogados como los jueces, notarios, registradores de la propiedad y demás profesionales jurídicos debemos focalizar todo nuestro saber en dar clara y justa respuesta al justiciable que es el que precisa amparo, al desconocer la norma y la forma de acceder a la justicia. Esto es ética jurídica.

Es evidente que el justiciable precisa amparo, como he dicho, pues todos los que intervienen en el circuito jurídico del derecho, son profesionales que, en teoría, están preparados para defender y asesorar; administrar justicia; dar fe de lo que se dice y el día en que lo dice, entre otras cosas; y otros más que no mento, pues la lista es larga.

Pues bien, aquí mismo, hice referencia a que el justiciable es el gran olvidado para algunos, algunos éstos que no son pocos, pues así lo he podido constatar durante casi 40 años de profesión, pues en el circuito del mundo jurídico, del que forma parte el justiciable, se puede apreciar que cada día está más encorsetado, esto es más rígido, procesalmente hablando, cuando debería tener mas holgura en el sentido de que se tendría que buscar o, por lo menos intentar, que todo fuera más sencillo y no tan complicado, pues el que pide justicia, que tiene derecho a entenderlo no entiende nada, con la agravante de que el acceso a la justicia se hace cada vez mas complicado.

3º.- Aspectos varios del ejercicio de la profesión y la ética jurídica.

A tal efecto, referencia necesaria hay que hacer a que el abogado cuando inicia el difícil y complicado camino jurídico que quiere trazar, por el que tendrá que discurrir necesariamente, pues no hay marcha atrás de forma gratuita para el justiciable, en definitiva, está solo y esta soledad que dura el tiempo de la sustanciación del pleito, que no es poco, esto es por regla general años, hace que, previa a toda actuación, tenga que estudiar y reflexionar con criterio, muy mucho y sobre todo las consecuencias negativas que pueden resultar contra el justiciable.

La conducta del estudio y de la reflexión, en definitiva, hace que sea ética, jurídicamente hablando, que es lo que ocurre casi siempre, salvo excepciones, que siempre las hay, pues el abogado, como ha quedado dicho, habla por boca de otro, y tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes, sin utilizar medios ilícitos o injustos; lo que sucede es que como las leyes están elaboradas por personas y la administración de justicia también, existen, en ocasiones, verdaderas

divergencias entre lo que opina el abogado y lo que determina el juez. Los dos son expertos jurídicos, si bien el que tiene la última palabra es el juez y no siempre acierta y esto es así al haber sentencias que se revocan.

Lo manifestado lo traigo a colación no para ensalzar a la profesión de abogado, pues en las 2 profesiones hay magníficos profesionales, y unas veces unos y otras veces otros hacen que la justicia sea mas justa. Lo digo porque creo que la calidad de todo ha disminuido, tanto de las demandas, de las que evidentemente somos responsables los abogados, pero también la de las sentencias, pero no estoy aquí para echar culpas, estoy aquí para dar mi opinión sobre la ética jurídica de los abogados, y creo que forma parte de nuestra ética jurídica no tener miedo a decir las cosas que uno cree como son.

No he venido a dar lecciones de nada simplemente a dar mi opinión sobre la ética jurídica de la que tengo una experiencia que no es, lógicamente, patente de nada, si una opinión más, de la que creo que nadie tiene porque molestarse.

4º.- La escuela del abogado.

He dicho que la calidad de los que participamos en el circuito jurídico ha disminuido, puesta en relación a la de hace 30 o 40 años, si bien me voy a referir a la parcela de mi profesión, pues comentarlo para mí forma parte de la ética jurídica, y concretamente me refiero a las demandas, por decir algo, pues podría decir también las contestaciones a las demandas, por ello mi intención es decirlo con carácter genérico.

Pues bien, sin apartarme mucho de mi parcela de "sa taula redona", debo referirme a que soy consciente de que mi colegio trabaja y gasta para dar a conocer al abogado materias jurídicas concretas que no hace falta mentar por ser ello público y notorio, si bien tengo que hacer una reflexión a mi decano, que está presente, pues me veo en la necesidad imperiosa de hacerla y, por ello, al estar ante un autentico estado de necesidad, en todo caso, se me debería aplicar dicha eximente, caso de que no fuera del agrado del colegio, y en base a la experiencia tengo que decir que los tiempos de los años 70, 80 y 90 (del siglo pasado) evidentemente ya son historia, y los usos y costumbres han cambiado en cuanto a la iniciación del camino profesional del abogado, que no era ni es fácil, sino todo lo contrario, era y es muy difícil, si bien las circunstancias de antes eran distintas.

La diferencia entre el tiempo referido y el actual está en algo tan importante como el de que nosotros teníamos un despacho, lógicamente, no propio, en donde íbamos mañana, tarde y hasta entrada la noche, e incluso los sábados, a aprender el ejercicio de la profesión durante varios años, al

menos. Ahora no es lo mismo que antes, a excepción de que los alumnos del master estén varios meses en un despacho haciendo prácticas, y sea por el motivo que fuere los jóvenes colegas, no todos, pero "haberlos hailos", inician el largo camino de la profesión en circunstancias distintas de los referidos años, y creo que no es la más acertada, salvo mejor criterio.

Por ello, voy a proponerte mi querido Decano que el Colegio cree una cosa buena y muy sencilla que es la escuela del abogado, en donde se enseñe realmente el inicio del dilatado camino del ejercicio de la profesión sin otras pretensiones que las de instruir o enseñar sencillamente a ser abogado, que no es poco. Dicha escuela debería estar formada por abogados y en la que también participen otros profesionales, pues es cierto que el colegio que tú presides bien, imparte, como he dicho, materias concretas pero no enseña el difícil, largo y complicado camino del ejercicio de la profesión. Seguro que encontrarás apoyos de colegas que querrán ayudar al Colegio en esta complicada tarea de enseñar, esto es a pensar, a reflexionar, a informar, a redactar una demanda o un contrato, a ser estratega y, en definitiva, a formar al abogado, tarea, como he dicho, no fácil y que no está en los libros.

Por consiguiente, Decano, pido, que al tener la obligación no tanto por los estatutos de formar, que existe, sino por la lógica y el sentido común, debemos dejar una herencia positiva para los colegas que quieran formarse para nuestra magnífica e incomparable profesión y al propio tiempo prestigiar a la misma, por lo que solicito que el Colegio cree, sencillamente, la escuela del abogado y así lo espero.

5º.- Prestigio de los abogados.

Lo que está claro es que en nuestra profesión no vale todo y el fin no justifica los medios, tal y como pretendía Maquiavelo en su magnífica obra, conocida por cualquier profesional del derecho.

Hay abogados que se creen de forma totalmente equivocada, que interpretan un papel en beneficio propio, esto es tienen la convicción de ser actores o demandados, procesalmente hablando, y que los interesados son ellos mismos, sin pararse a pensar que solo somos un medio, pues, a veces, ves cosas o lees noticias en la prensa, que van, en ocasiones, en perjuicio del justiciable, socialmente hablando, preguntándote quién podrá haber filtrado lo que sale. Estas conductas van en contra de nuestra ética jurídica.

También, hay que referir que hay otros abogados que se autocalifican especialistas de tal o cual rama del derecho, cuando el abogado solo es especialista en derecho, y de nada en especial. Parece evidente que el anuncio de la especialidad se hace con la única finalidad crematística, pues aparentemente no existe otra razón, salvo error.

Siempre he tenido gran confianza en el abogado que, sin saberlo todo, al ser ello imposible, tiene un conocimiento del derecho con criterio, sin pararse o estar encajonado en una materia especial, pues si bien es imposible dominar todo el derecho, en el amplio sentido de la palabra, cuanto más sepa, mejor defensa podrá hacer en beneficio, lógicamente, del justiciable. Ello no empece que el abogado pretenda o consiga saberlo casi todo sobre una materia determinada.

En cuanto al prestigio, la gente en general etiqueta a tal o cual abogado con la de reconocido prestigio y ello no siempre es así, pues los que realmente conocemos a los de reconocido prestigio somos los abogados, pues, entre otras cosas, también nosotros mismos sufrimos heridas de otros colegas, y, a veces, la sociedad, de forma equivocada, les reconoce un prestigio que no tienen, pues el ganar dinero, por ejemplo, no puede ser, bajo ningún concepto, síntoma o condicionante del prestigio profesional y muchas veces la sociedad lo confunde.

Yo si rompo una lanza a favor de muchos abogados que no son relevantes socialmente hablando, si bien tienen un auténtico y reconocido prestigio profesional, al aplicar la ética jurídica en su actuar diario y el rigor. Hay más de los que la sociedad conoce, y a éstos les pertenece la etiqueta, de existir, de reconocido prestigio.

6º.- Derechos y obligaciones de los abogados.

En lo atinente a las obligaciones y derechos de los abogados, con independencia de que nuestras conductas puedan ser analizadas por los tribunales de justicia en la jurisdicción civil y penal, consecuencia de haber incidido en responsabilidad, existen otros actos o conductas que no encajan y, por tanto, no pueden ser analizadas por dichas jurisdicciones, y que precisamente tienen encuadre en el código ético, mal denominado, según mi criterio, código deontológico, del que de lo único que discrepo es de la denominación, no de su contenido, y discrepo, pues en el mismo código deontológico no todo son obligaciones para los abogados, existen derechos que hacen que su denominación "deontológica" no sea la más acertada.

Por tanto, si las conductas no son típicas de la jurisdicción civil o de la penal, deben ser competencia necesariamente del colegio, revisable siempre por la jurisdicción contencioso administrativa, y aquel debe corregir mediante los oportunos mecanismos, las conductas irregulares de los abogados en el ejercicio de la profesión.

Siguiendo con los derechos y obligaciones debo hacer referencia a los principales que tienen relación entre el cliente y su abogado, relación ésta que se fundamenta en la confianza y exige del abogado una conducta profesional

íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente; asimismo el abogado está obligado a no defraudar la confianza de su cliente. Esto es ética jurídica.

Los pilares básicos, para mí, son la libertad de expresión y la independencia y el secreto profesional.

- La libertad de expresión e independencia del abogado tiene amparo en la L.O.P.J. y concretamente en el art. 542. 2, al establecer la libertad e independencia, así como la libertad de expresión y defensa.

También, el E.G.A.E. en su art. 33, 2, regula de forma parecida lo establecido en la L.O.P.J., si bien la norma de nuestro estatuto profesional es mucho más amplia o abierta que la prevista en dicha ley. Del análisis de dicha norma estatutaria se abstrae, no tan sólo el derecho, sino la obligación, en definitiva, de actuar con libertad e independencia, dada la redacción imperativa que tiene (actuará) la norma referida, pues lo que en principio aparentan ser derechos, en realidad, son principalmente obligaciones a las que estamos sometidos todos los profesionales.

Por tanto, no puede entenderse el ejercicio de la profesión en el más amplio sentido de la palabra –dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico, art. 6 del E.G.A.E., sin que el abogado, que presta un servicio a la sociedad en interés público, art. 1 del mismo estatuto, lleve a cabo su misión o encargo sin libertad e independencia, pues, de no ser así, se vulneraría de forma abierta, frontal e injusta el mandato constitucional sobre el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva que tiene cualquier persona (art. 24 de la C.E.).

De lo anteriormente explicitado debe concluirse que el abogado, en el ejercicio profesional, debe actuar de forma libre e independiente.

Por tanto, es de justicia que el abogado debe estar amparado por el ordenamiento jurídico cuando defiende.

En el ejercicio de la profesión, cuando procede, la defensa debe ser beligerante frente a las resoluciones judiciales. Dicha beligerancia se demuestra, sin duda, de forma oral y/o escrita, y nadie debe escandalizarse o sentirse ofendido cuando acaso salte alguna chispa cuando la defensa se lleve a cabo, según cita la sentencia del T.C. de 9/12/02 “...con aseveraciones de especial gravedad y dureza, aunque en términos de estricta defensa...”, por ejemplo.

La línea o raya que limita la libertad de expresión del profesional se halla situada inmediatamente antes del insulto, menosprecio y/o descalificación a las personas que intervienen en todo proceso.

El abogado sin insultar, puede atacar o contradecir, las resoluciones, pues el letrado está obligado a expresarse libremente.

Lo dicho forma parte de la ética jurídica del abogado.

- El secreto profesional. En todo estado de derecho en donde se practica la democracia debe protegerse, sin excepción, el ejercicio del derecho a la defensa que ostenta el justiciable que en España se halla establecido en el art. 24. 2 de la C.E..

El derecho a la defensa se manifiesta, entre otras ocasiones, en la comunicación entre el cliente y el abogado y se puede ejercitar en la forma que fuere deseada por los intervinientes, siempre y cuando se realice dentro de las vías normales, prudentes y legítimas, por lo que cuando el justiciable se comunica con su abogado o a la inversa, dentro de los parámetros del legítimo ejercicio del citado derecho, y la comunicación es interferida, sea por la que persona que fuere, se está vulnerando el derecho a la defensa, pues no se tiene derecho a escuchar o grabar las conversaciones ni las comunicaciones (aunque sean borradas o eliminadas después) que mantengan el cliente y su abogado o viceversa, a excepción de la que se dirá.

El referido derecho constitucional lleva implícito de forma inexorable el sigilo o secreto frente a todos, pues, de no ser así, dicho derecho deja de tener eficacia constitucional, que es lo mismo que decir que si no se respeta no se cumple con lo establecido en la carta magna. Solo existe una excepción para intervenir las comunicaciones entre justiciable y letrado, prevista en la Ley Orgánica General Penitenciaria (el art. 51, 2).

Por tanto, lo dicho evidencia y no admite duda que cuando cualquier ciudadano ejercite su derecho a la defensa mediante la comunicación con su letrado, debe observarse el sigilo.

Conviene, asimismo, recordar que el abogado debe cumplir con la normativa en materia de secreto profesional, pues, de lo contrario, podría infringir lo dispuesto en el art. 199.2 del C.P., si bien para que tenga encaje en el referido tipo, debe afectar a la intimidad con cierta relevancia jurídica, p.e.. la mera indiscreción no resulta bastante para que entre en juego la jurisdicción penal.

También, el art. 5 de nuestro código deontológico, de forma más amplia, tasa los supuestos en que estamos sometidos a cumplir lo que es objeto de comentario, asimismo está regulado en el E.G.A.E.

Consecuentemente, opino, sin aparente equívoco posible, que desde el mismo momento en que aceptamos la defensa de cualquier persona nos contaminamos con la obligación de guardar secreto y así perdura a través del tiempo, siendo secreta.

Y finalmente, diré que si hay una cosa que tengo clara es que el abogado es la correa de transmisión de las quejas o reclamaciones de la sociedad en cualquier estado de derecho y el que pone en marcha los motores para que la democracia despierte o no se duerma.

IX.2- BREU INTRODUCCIÓ A UNA POSSIBLE ÈTICA JUDICIAL.

Carlos Gómez Martínez

L'interès per l'ètica judicial es pot deure, d'entrada, al creixent interès per totes les ètiques professionals. Segons en Josep Aguiló, "*sembla haver-se estès la consciència de que la mera bondat tècnica (la bondat mitjans fins, es a dir, l'eficiència) no és suficient per a la justificació de les accions i decisió professionals*"¹.

Però, a més a més, la preocupació per una determinada ètica professional està relacionada, també, amb la crisi de la pròpia cultura professional produïda per la seva posada en qüestió. Si no hi ha qüestionament no és necessari formular de bell nou pràctiques i valors. Una cultura professional pot ser posada en qüestió, bàsicament, per tres instàncies, els mateixos professionals la societat i el poder polític². Doncs bé, els jutges ens trobem avui en l'encreuament d'aquest qüestionament provinent de les tres instàncies esmentades. Per una banda la carrera judicial es troba fragmentada i dividida, com ho demostra la proliferació d'associacions judicials al nostre país i també la de grups auto organitzats al marge de les pròpies associacions. Les divergències no es limiten a aspectes puntuals sinó que s'estenen a temes de fons com ho son l'accés a la carrera judicial, la política de nomenaments, el govern dels jutges, en suma, al model de jutge, tal com s'ha posat de manifest, precisament, en el debat sobre la conveniència o no de l'aprovació

1.- DOXA núm 32, any 2010

2.- Garapon, Antoine. « Le juge et son éthique ». Cahiers de l'IHEJ. Institut des hautes études sur la justice. 1993, pàg. 28 i 29.

d'un Codi d'Ètica Judicial. Fins i tot, dins cada una d'aquestes associacions conviuen diferències entre els mateixos associats sobre qüestions essencials, opinions divergents que s'expressen a fors d'Internet que semblen més aptes per deixar constància de les discrepàncies, per fer-les visibles, que per compartir i deliberar, per construir consensos.

També la societat qüestiona els jutges. Ens agradi o no l'opinió pública sobre la justícia és devastadora. Així, els espanyols atorgant un sonat suspens a la seva confiança en el sistema judicial (3,1 sobre 10), segons el Mòdul de Bienestar de la Encuesta de Condiciones de Vida de 2013 difós en juny de 2014 per l' Instituto Nacional de Estadística. En el mateix sentit, el 9 de març de 2015 la Comissària Europea de Justícia Vera Jourova, donava compte del Estudi de la Comissió Europea sobre els sistemes judicials dels Vint-i-vuit segons el qual Espanya va obtenir un 3,2 de nota en percepció de la independència judicial en 2013 i 2014. És el tercer país per la coa, juntament amb Croàcia, tan sols Eslovàquia i Bulgària varen obtenir pitjor puntuació³.

Però també el poder polític qüestiona els jutges, moltes vegades més enllà del que aconsellaria la tensió institucional entre poders pròpia de la democràcia. La resposta política als processos de corrupció es, massa sovint, la desqualificació del jutge. Però també contribueix a posar en tela de judici la judicatura la tendència del poder a considerar els jutges com un peó més d'una certa política. Per exemple, de la política anti-terrorista o de la política de reducció d'accidents de transit. Una decisió judicial que no vagi en el sentit esperat pels qui impulsen aquestes polítiques pot dur a atribuir al jutge una voluntat de boicotejar una determinada línia d'actuació legitimament adoptada pels que en tenen la responsabilitat, oblidant que el jutge, quan decideix no pot tenir en compte aquesta dimensió general perquè equivaldria, precisament a fer política, sino que ha de limitar la seva argumentació i la seva decisió al supòsit de fet individualment considerat, prenent en consideració, únicament, les circumstàncies específiques del cas.

En aquest ambient de "judici als jutges" han proliferat, des del canvi de segle, texts d'ètica judicial, con els Principis de Bangalore (2001), l'Opinió núm. 3 del Consell Consultiu dels Jutges Europeus sobre els principis i regles que regeixen els imperatius professionals dels jutges (2002) el Código Modelo Iberoamericano (2006) i la Declaració de Londres de 2010.

Però a més a més, avui podem parlar d'ètica judicial perquè hi ha hagut un canvi en la concepció del dret, del positivisme formalista propi del Estat de Dret clàssic al post positivisme propi del Estat Constitucional de Dret.

3.- "Público", 9 de març de 2015.

En el paradigma positivista, entre el jutge y la llei no pot haver cap altre instància intermèdia que pugui rompre la seva vinculació al dret positiu. En canvi, l'Estat Constitucional de Dret es caracteritza per la incorporació al ordenament jurídic de valors pre-jurídics que son els que estan a la base dels drets fonamentals, dels drets humans. Des de la Constitució es produeix un efecte d'impregnació o d'irradiació que, en paraules de Luis Prieto Sanchís, significa que *"darrera cada norma jurídica existeix (o es possible adscriure) un principi moral constitucionalitzat i això suposa que qualsevol justificació d'una decisió aplicativa del dret pot (es, a dir, no necessàriament) ser presentada com a una justificació moral"*⁴.

En Dworkin ho deixa molt clar quan assenyala que les decisions judicials es prenen en un procés *"que requereix judicis sobre qüestions morals tan profundes i polaritzants que son objecte d'un intens i continu estudi i confrontació filosòfiques ... Ja és hora que la professió jurídica confronti obertament el fet que els ciutadans nord-americans estan profundament dividits per qüestions morals, que les decisions judicials inevitablement suposen aquestes qüestions i que els jutges tenen la responsabilitat d'admetre això i d'explicar qualsevol de les decisions que sostenen"*⁵.

Què és l'ètica judicial.

Ara bé, l'ètica judicial, més que un nou contingut, un nou catàleg de deures o virtuts judicials, el que aporta és una nova mirada, un nou enfocament, interioritzat, personal, sobre els deures del jutge o de la jutgessa, inherents a l'exercici de la jurisdicció.

Tradicionalment la independència, la imparcialitat i la vinculació del jutge a la llei son garanties subjectives i objectives de la jurisdicció.

Doncs bé el textos d'ètica judicial aporten una nova perspectiva sobre aquest vells temes i els contempla no ja com a garanties processals, sinó com màximes de conducta, com normes deontològiques.

Independència.

Gairebé tots els texts d'ètica judicial comencen amb una referència a la independència judicial. La importància atorgada a aquest principi deontològic es correspon al paper que juga la independència judicial com base del

4.- Prieto Sanchís, Luis. "Entre la moralización del derecho y la legalización de la moral (Variaciones sobre la presunta obligatoriedad del derecho). Jueces para la Democracia Información y Debate, núm. 81, noviembre de 2014.

5.- Dworkin R. "¿Deben nuestros jueces ser filósofos?" Jueces para la Democracia Información y Debate", número 68, julio de 2010.

estatut personal del jutge. Per en Perfecto Andrés Ibáñez la independència judicial es una “meta-garantia” que “*fixa les bases, les condicions de possibilitat, de totes las demás que configuren l’estatut del jutge*”⁶.

No deixa de sobtar, doncs, que molts d’aquest texts es preocupin per definir la independència judicial en negatiu, fent al·lusió al que no és, destacant que no és un privilegi dels jutges. Així, la declaració de Londres comença dient que: “*La independència no és un privilegi atorgat en benefici dels jutges*”.

En el mateix sentit, la Recomanació CM/ Rec (2010) 12 del Comitè de Ministres als Estats membres sobre els jutges comença el tractament de la independència externa amb aquestes paraules: “*La independència externa dels jutges no és una prerrogativa o privilegi atorgat en el propi interès dels jutges, sinó en interès de l’Estat de Dret i de les persones que cerquen i esperen una justícia imparcial*”.

Aquesta prevenció envers la independència judicial que mostren els texts d’ètica judicial pot tenir varies explicacions com son la tendència a concebre la independència judicial com a una fuga del control democràtic, o la naturalesa de la independència judicial com un principi o virtut de distància que dificulta l’actuació del jutge en un mon en el qual es valora especialment la proximitat en les relacions⁷; o el fet d’haver-se utilitzat la independència judicial en algunes ocasions com a coartada corporativista enfront de les crítiques.

Però, en un sentit positiu, la independència judicial és un dret del ciutadà a obtenir una decisió fonamentada únicament el dret, lliure d’influències indegudes. La virtut judicial principal que se’n deriva és la objectivitat en la valoració dels fets i en l’aplicació del dret, qualitat de natura essencialment epistemològica. Però de la independència judicial també se’n deriven qualitats morals, com el coratge indispensable per a saber enfrontar l’opinió majoritària, donat que el jutge, aplicant el dret, que és el que ha de fer, qualque vegada no pot lliurar a la societat la justícia que la societat o els mitjans de comunicació demanen.

Si històricament l’amenaça més important a la independència judicial provenia del poder polític, en l’actualitat el que la posa en major perill és l’opinió pública, alimentada per uns mitjans de comunicació que, de vegades,

6.- Andres Ibáñez, Perfecto, “La independencia judicial y los derechos del juez”, en *Los derechos fundamentales de los jueces*, Ed. Marcial Pons, 2012, pág. 49

7.- En su libro “Les vertus du juge”, Dalloz, Paris, 2008, Antoine Garapon, Julie Alard y Frederic Gros distinguen entre las virtudes “de distancia” del juez, como serian la independencia y la imparcialidad y las virtudes de “cercanía” como sería la empatía.

han fet ja el seu judici paral·lel, de manera que si la decisió a la qual finalment arriba el jutge no coincideix amb la solució a la qual la societat ja havia arribat es produeix el desencontre i la crítica, de vegades ferotge. I és aquest el risc que el jutge independent ha d'assumir quan sap que la seva decisió no coincidirà amb el sentiment majoritari, no estarà d'acord amb l'opinió pública.

Imparcialitat.

La imparcialitat és el segon gran principi al qual fan referència els texts d'ètica judicial i en alguns d'ells el primer.

La imparcialitat i la independència tenen en comú que defineixen un àmbit d'autonomia decisional lliure de influències indègudes. Però així com la independència fa al jutge immune a influències provinents de l'exterior del procés, la imparcialitat el protegeix d'influències indègudes provinents de l'interior del procés.

La imparcialitat atorga al jutge la condició de tercer aliè als interessos en joc —els italians parlen de "*terzietà*"—, indispensable per poder jutjar amb objectivitat. L'interès del jutge ha de ser no tenir cap interès sobre allò que ha de resoldre.

Al nostre país falta una vertadera cultura de la imparcialitat. Això parteix ja de la pròpia Constitució. Resulta sorprenent que la C.E no faci menció expressa de la imparcialitat judicial en cap dels seus articles. Més encara si tenim en compte que la Constitució sí que menciona la imparcialitat dels funcionaris (art. 103.3) i del Ministeri Fiscal (art. 124.2).

Això contrasta amb el panorama que ofereixen els texts internacionals sobre drets humans (art. 10 de la Declaració Universal dels Drets de l'Home de 1948, art. 6.1 de la Convenció Europea de Drets Humans i art. 14 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics), tots els quals consagren el dret de tota persona a ser escoltada públicament per un tribunal independent i imparcial.

Davant aquesta absència de menció expressa de la imparcialitat en els preceptes constitucionals, el Tribunal Constitucional, l'ha vinguda considerant, en una primera etapa, com a un dret derivat del dret al jutge predeterminat per la llei i, a partir de la seva sentència 145/1988 com un dret comprès dins el dret a un procés amb totes les garanties inclòs dins el precepte òmnibus del art. 24 de la Constitució.

Però la cultura de la imparcialitat judicial no està encara suficientment implantada en el nostre país.

Per exemple, resulta xocant que en plena vigència de la Constitució es promulgues la Llei Orgànica 10/1980 que va crear l'anomenat "procés monitori" que atribuïa al jutge les funcions de instruir i de jutjar i que no fos fins a l'esmentada sentència 145/88 que aquesta llei es declarés inconstitucional.

Com pot resultar xocant que avui, en el procés civil, la competència funcional pel coneixement de les mesures provisionals correspongui al jutge que coneix del procés principal (art. 723.1). El mateix tribunal haurà de decidir, primerament, si existeix o no aparença de dret o "*fumus bonis iuris*" i després, en sentència, sobre si aquesta aparença es confirma o no quan s'examina el fons de l'assumpte.

La imparcialitat suposa admetre que la realitat sobre la qual ha de decidir el jutge està integrada per parts diverses, que la societat és complexa, no homogènia ni tan sols culturalment, que els principis que avui inspiren l'ordenament són tan oposats que fàcilment divideixen la societat a favor i en contra, que hi ha una demanda de reconeixement de la particularitat, reconeixement que moltes vegades tan sols es pot produir des de fora del criteri majoritari, i que per tot això hi ha una creixent necessitat de reflexivitat.

M'agrada l'idea d'Hannah Arendt per qui la imparcialitat no és allunyament de la realitat sinó una immersió reflexiva en el món per tal d'adoptar tots els punts de vista concebibles.

Principis ètics en relació a l'actuació del jutge.

Els codis o reculls de principis d'ètica judicial apleguen una sèrie de normes deontològiques que contempen l'actuació del jutge, com a persona que es comunica amb els ciutadans (respecte, escolta activa, igualtat de tracte, cortesia, empatia) com a persona integrada en un servei públic (reserva, diligència, transparència, responsabilitat institucional), i com a persona que s'enfronta a l'estudi (competència, honestetat intel·lectual).

Si la legitimitat del jutge no és d'origen –no es elegit democràticament, no té *input legitimacy*– sinó d'exercici –de resultat o *output legitimacy*– el mal funcionament quotidià de l'administració de justícia repercuteix directament en la seva legitimitat.

Per això aquest conjunt de normes ètiques, encara que no es derivin de principis expressament proclamats en texts constitucionals o internacionals, no poden ser considerats, de cap manera, com a màximes generadores "petites virtuts" en terminologia de l'enyorada Natalia Ginzburg. Son principis ètics en majúscules la inobservança dels quals qüestiona la legitimitat del jutge i fins i tot del mateix Estat de Dret.

Per a què l'ètica judicial.

Un codi d'ètica judicial es un conjunt de normes l'incompliment de les quals no té conseqüències sancionatòries. La seva finalitat és l'excel·lència. Però en realitat està dirigit a la societat a la qual els jutges servim. És un instrument per recuperar o reforçar la confiança dels ciutadans en la justícia. Un compromís dels jutges amb la societat. Per això el codi d'ètica judicial portuguès es diu, precisament, "Compromís dels jutges portuguesos".

Aquest compromís ètic resulta especialment rellevant en una democràcia que vol ésser de "qualitat" com la nostra, que no és solament electoral. Com diu Rosanvallón, *"les democràcies estrictament electorals-representatives, estaven dotades d'institucions que tenien estatuts forts i qualitats sovint dèbils. Ara passa a l'inrevés: la força es troba cada vegada més en les qualitats i menys en els estatuts"*.

Ara bé, l'èmfasi en l'ètica judicial, el seu nou protagonisme en l'Estat Constitucional de Dret, també té els seus riscos, el principal és el de l'excessiva personalització de l'administració de justícia i la seva correlativa desinstitucionalització. En efecte, l'accent exagerat en l'ètica judicial, la temptació de convertir-la en solució dels mals de la justícia, té el risc de considerar que la justícia és solament "cosa de jutges", com si tornéssim cap al "govern dels homes" oblidant que el que pretenia la Il·lustració era el govern de les lleis, es a dir, exactament el contrari.

A més a més, si convertim l'ètica judicial en una reflexió que fem els propis jutges sobre nosaltres mateixos, podem caure, de vegades, en el discurs auto referencial, en creure'ns massa importants.

L'ètica judicial també té un altre risc: La desil·lusió, el pessimisme, el "burning out" dels jutges. En efecte, l'ètica judicial fixa un estàndard de conducta molt alt en quant que cerca l'excel·lència. Això contrasta amb la precarietat amb la qual conviuen els jutges donada la manca de mitjans amb que conta per a complir elevades funcions que, en canvi, esdevenen d'impossible realització. Hi ha una diferència dramàtica entre el model proposat per l'ètica judicial i el que és possible realitzat i d'aquest decalatge fàcilment pot sorgir la frustració, especialment en el més joves.

Per això voldria acabar amb una cita de l'escriptor francès Emmanuel Carrère que, en la seva novel·la "De vidas ajenas" fa la següent descripció d'un jutge: *"En otro tiempo los jueces eran personas importantes, pero el año en que salió de la Escuela Nacional de la Magistratura, en 1989, fueron*

8.- Rosanvallón, Pierre. "La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad", Ed Paidós, 2010, pag. 140.

relegados por el protocolo a una posición inferior a la de los subprefectos, y poco a poco empezaron a no invitarles ya a las recepciones oficiales. A diferencia de la mayoría de altos funcionarios que, sobre todo en provincias, tienen coche oficial y alojamiento gratuito, no gozan de ningún privilegio en especie. Trabajan en locales sin calefacción, con viejos teléfonos grises, sin ordenadores y con secretarías judiciales adustas. En una generación el notable que ostentaba el más alto rango se ha convertido en un don nadie que se desplaza en metro, almuerza el menú de una cafetería, y, cada vez más a menudo, ese don nadie es una mujer⁹⁹.

9.- Ed. Anagrama, Barcelona, pág. 124.

IX.3. ÉTICA JURÍDICA: NOTARIADO.

Jaime Ferrer Pons

I.- Etica //Deontologia –Según el diccionario de la RAE, sinónimos son los vocablos tienen una misma o muy parecida significación.

¿Lo son ética y deontología?- Así lo consideran algunos diccionarios de sinónimos.- Pero según el de la RAE, ética es “la parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre” y la deontología “la ciencia o tratado de los deberes”.- La ética se refiere a “forma de ser” y la deontología a “forma de debe ser”.- La primera está orientada al bien, no es normativa, ni exigible y la segunda está orientada al deber, tiene normas y es exigible a los profesionales.- El título de la Mesa a que se refiere este estudio fué “Etica jurídica”, pero teniendo en cuenta que las obligaciones del hombre-notario (ética) han sido recogidas en Códigos de deberes (deontología), que la idea de obligación está unida jurídicamente a la de deber, y que las obligaciones/deberes del notario han sido planteadas por los más destacados autores en el ámbito de la deontología, este estudio se centrará en las exigencias deontológicas de la función notarial.

Una definición de deontología jurídica es la de Andrés Ollero (Deontología jurídica y Derechos humanos): “La suma de todas las exigencias éticas planteables a un jurista con ocasión del ejercicio de su profesión; algo así como un mapa de todos sus imaginables problemas de conciencia”.

Se ha señalado que existen determinadas profesiones que tan tenido un tratamiento deontológico más importante, por su más directa vinculación con valores tan íntimos e importantes como son la vida, la justicia o la seguridad en las relaciones sociales, y porque el ejercicio de estas profesiones exige por parte del profesional una mayor moralidad y rectitud

ética en sentido amplio.- Y la profesión notarial guarda una estrecha relación y está al servicio de la seguridad jurídica.

La definición indicada de A. Ollero recoge una referencia a problemas de conciencia, y desde siempre se han señalado como cualidades para el correcto ejercicio de la profesión notarial la ciencia, la experiencia y la conciencia.- La ciencia, no sólo la exigible para el acceso a la profesión sino durante toda el tiempo de su ejercicio ; la falta de experiencia es una enfermedad que se cura con un tratamiento infalible : el transcurso del tiempo; la tercera es la más importante y absolutamente exigible.- Se ha indicado (Juan Francisco Delgado) que un notario que no guarde sus normas deontológicas, nunca será un buen notario.- Y Juan Vallet de Goytisolo, el más importantes jurista que ha dado el Notariado español, ha afirmado que si al Notariado le faltara la ciencia podría subsistir, con más o menos dificultad, pero sin moral, sin el ejercicio éticamente responsable de la profesión, la función no tardaría en desaparecer.- Y el XXII Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL), en su primera conclusión dice: "Si bien en otras profesiones la deontología es un elemento natural de las mismas, en el caso de la profesión notarial es un elemento esencial, sin el cual es imposible el correcto ejercicio de la función; ello es consecuencia del elevado contenido ético de la profesión notarial, lo que no puede ser desconocido a la hora de valorar su importancia y la necesidad de velar por su cumplimiento".

II.- Función notarial.- Para el estudio de la deontología notarial es oportuna una referencia a la función notarial. Según el artículo 1º de la Ley del Notariado, "El notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes de los contratos y demás actos jurídicos extrajudiciales".- El artículo, contiene unas facultades y una precisa distinción entre la fe publica notarial y la judicial (de los Secretarios judiciales).- Y según el artículo 1º del Reglamento "los notarios, como profesionales del Derecho, tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar".

Por su parte el Código deontológico de la UINL, se refiere a la naturaleza del Notario y de su función.- El notario ha sido definido como funcionario publico y al tiempo como profesional del Derecho; esta doble naturaleza es inescindible y debe primar la condición de funcionario público sobre la de profesional del Derecho.- Hay que precisar que no siempre ha sido así por parte de los mismos notarios que siempre han tenido en mayor estima la faceta de profesional que la de funcionario, quizás por aquéllo de la exigente formación o preparación jurídica del notario.

III.- Exigibilidad jurídica.- Se ha planteado si las reglas deontológicas son meros principios éticos, morales o de dignidad y, por tanto, con la

importante misión de influir en la normativa de los ordenamientos notariales o bien deben reflejarse en textos escritos con el valor normativo que cada ordenamiento estime conveniente.

En otras palabras si son principios generales o, por el contrario, son también principios jurídicos; si estas exigencias deontológicas son obligatorias jurídicamente, es decir si su exigibilidad viene respaldada por la coacción institucional del Estado.

El Código de la UINL se inclina resueltamente por el carácter jurídico de las exigencias deontológicas al entender que "se hace preciso reafirmar la naturaleza jurídica de las reglas deontológicas y su pertenencia al sistema jurídico, caracterizadas por su contenido ético y por su dependencia de las leyes, tanto constitucionales como ordinarias de cada Estado".

Este enfoque no es compartido por una parte de la doctrina, y en este sentido (L. Martínez Roldán) entiende que "pretender otorgar carácter jurídico a las normas deontológicas es un claro atentado a los principios más sagrados de un Estado de Derecho: la libertad individual, la seguridad jurídica basada en la existencia de leyes públicas, ciertas, claras y previas, y al principio indiscutido en el ámbito penal y sancionador, como es el principio de tipicidad".- En este mismo sentido se ha señalado que algunas normas deontológicas son preceptos vagos e imprecisos con sus referencias a conceptos como deshonra, desmerecimiento, indignidad, desprestigio corporativo y otras parecidas, y con lo cual no dan la sensación de estar ante una norma obligatoria.

Sin embargo el T. Constitucional ha defendido la obligatoriedad de las reglas deontológicas en diversas sentencias (30-septiembre-1980, 14-octubre-1980, 14-mayo-1982, 28-septiembre-1982) al entender que no vulnera la exigencia de "lex certa" la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever con suficiente seguridad la naturaleza y características de las conductas constitutivas de la infracción tipificada; y es que en el ámbito específico de las relaciones especiales de sujeción de orden profesional y colegial, la remisión a los acuerdos de las Juntas definidores de los deberes sociales, profesionales o legales relacionados con la profesión debe entenderse referida muy especialmente a las normas deontológicas que dichas Juntas puedan aprobar y que se hallen vigentes en cada momento.- Y en la S. 21-dic-89 señala que "las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios profesionales o sus respectivos Consejos superiores u Órganos equivalentes, velando por la ética y dignidad profesional, no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario; muy al contrario determinan obligaciones de necesario

cumplimiento por los colegiados. El T.C. fundamenta este carácter jurídico de las normas deontológicas en la Ley 2/1974 de 13 de febrero de Colegios profesionales, a los que faculta, en el ámbito de su competencia, para ordenar la actividad profesional y ejercer la potestad disciplinaria.

Por todo ello, parece que puede afirmarse que los principios recogidos en el Código de deontología del Notariado español relativos a la disciplina personal, ética o moral en el desarrollo de la profesión tendrán el rango de norma jurídico-positiva, que describe un supuesto de hecho y que lo vincula con una determinada consecuencia.

IV.- Régimen disciplinario.- De siempre se ha achacado a los Códigos deontológicos su falta de eficacia, por lo que se ha intentado superar esta limitación.- Y es cierto que para que la deontología no quede en palabra muerta, en un mero principio teórico es necesaria una regulación legal para sancionar aquellas conductas que infrinjan los principios deontológicos notariales.

En España la cuestión se ha regulado, por orden cronológico, en la Ley del Notariado de 1862, el Reglamento notarial de 1944 y la Ley de 29 de diciembre de 2000.

El artículo 43 de la Ley del Notariado dispone: "Por faltas de disciplina y otras que puedan afectar al decoro de la profesión, podrán las Juntas Directivas de los Colegios notariales amonestar a los notarios, reprenderlos por escrito y multarlos gubernativamente hasta la cantidad de 25 duros. En caso de reincidencia darán parte a las Audiencias, las cuales podrán multar hasta en 100 duros".

No hay error de transcripción.- Error fue el del artículo 42 de la misma ley, que en la Gaceta de Madrid apareció con la siguiente redacción: "Los Colegios serán dirigidos por Juntas y **ELLAS TENDRÁN LA AUTORIDAD JUDICIAL** y el Ministerio fiscal la intervención que se establezca en los Reglamentos".

La ley atribuye autoridad judicial a las Juntas al omitir la preposición "en", ya que la redacción correcta era: "Los Colegios notariales serán dirigidos por Juntas y **EN** ellas tendrán la Autoridad judicial y el Ministerios Fiscal la intervención...".

Y lo incomprensible es que la redacción se mantuvo hasta 1881 (19 años), apareciendo el artículo en la edición de dicho año con la redacción correcta o sea con la tan necesaria preposición "en" sin referencia alguna al error en la anterior redacción.

Reglamento notarial de 1944.- Su artículo 341 recoge tres sanciones: apercibimiento, multa y traslación forzosa. Algún tratadista considera

también corrección disciplinaria la separación del Cuerpo por fallo del Tribunal de Honor (que es sabido fueron suprimidos por la Constitución Española), pero parece que no puede estimarse corrección disciplinaria, ya que sin duda se trata de una sanción penal.

El mismo Reglamento (arts. 344 y s. s.) expone de modo casuístico y en términos de gran generalidad los hechos o actos que pueden motivar corrección disciplinaria.

El artículo 43 de la Ley de 29 de diciembre de 2000 (por pura casualidad el número de artículo es el mismo -43- que el de la ley del Notariado) tuvo su reflejo en el Reglamento notarial en su nueva redacción del artículo 343 que dispone: "El régimen disciplinario de los notarios se regirá por lo establecido el artículo 43-dos de la ley 14/2000 y por lo dispuesto en el presente reglamento.- Supletoriamente, a falta de normas especiales, se aplicará lo dispuesto en las normas reguladoras del régimen disciplinario de los funcionarios civiles del Estado".

También se modificaron los artículos 347 y ss. del mismo Reglamento, que califican las faltas de muy graves, graves y leves y establece las sanciones que, de menos a más, van desde apercibimiento hasta la separación del servicio.

Comentario especial merece la sanción de multa, al establecer tres grados: Menor (hasta 3005 euros), Media (hasta 13.020 euros) y Mayor (hasta 30.050 euros). Una comparación con las sanciones de 25 y 100 duros de la Ley del notariado, antes indicadas, se presta todo tipo de comentarios y de reflexiones.

V.- Regulación deontológica.- El planteamiento de los problemas de deontología en el Notariado español tiene un precedente en las Jornadas notariales de Poblet, muchas veces olvidadas. En el año 1962 -Centenario de la Ley del Notariado-, un grupo de notarios de la Provincia de Tarragona, que se reunían periódicamente para el planteamiento, estudio y propuesta de posibles soluciones de los problemas que se les planteaban el ejercicio de su profesión, entendió que la celebración del centenario sería incompleta si no se dedicaban algunas reflexiones al a deontología notarial.

Este grupo organizó una jornada, que se celebró aquel mismo año, en el Monasterio de Poblet, (de ahí el nombre), y que se desarrolló en jornadas sucesivas anuales en diferentes Colegios notariales, la décima en el Colegio Notarial de las Islas Baleares.

Se ha señalado que el XXII Congreso de la UINL (1998) representó un antes y un después en el planteamiento global de la deontología notarial, ya que en una de sus conclusiones se indica: "Para que los principios de deontología queden salvaguardados en el seno de la Unión y aprovechando

la ocasión de celebrar el 50 aniversario de su creación, se propone a ésta la elaboración de unos Principios Generales de deontología notarial”.

Estos principios fueron aprobados en el Congreso XXVII en un auténtico Código de deontología notarial, el cual encomienda la obligación de hacer aplicables y ejecutivas las normas de deontología a los notarios de cada país miembro. España forma parte, desde el primer momento, de la Unión”.

Asimismo la CNUE (Conferencia de los notariados de la Unión europea), ha aprobado el Código de Deontología de la Conferencia, que establece que los Notarios deben acomodar su conducta a las normas de deontología de cada país miembro.

Hasta fecha muy reciente, el notariado español no ha tenido una regulación en esta materia y se ha dicho que era incomprensible que los notarios, tan exigentes en el cumplimiento del buen quehacer profesional, no tengan un Código deontológico, señalándose la necesidad de que los principios de deontología de la Unión sean plasmados –con las peculiaridades propias– en un Código deontológico del Notariado español; este Código ha sido aprobado en 2014 por el Consejo General del Notariado y consta de un Preámbulo, ocho capítulos y dos disposiciones finales.

El código señala unas normas de actuación para una práctica correcta en el quehacer diario y una precisa delimitación de conductas, atendiendo a las exigencias de la función.

Señala que el documento público notarial cumple la necesidad de seguridad jurídica y la autoría del mismo permite al Notario crear el diseño notarial más adecuado para la consecución de la finalidad pretendida. Sólo de forma muy concisa puede hacerse una referencia a su contenido:

- 1.- El carácter obligatorio de la prestación de la función deriva de la consideración de funcionario público del notario y no se podrá negar por razones de conciencia o moral individual.- La obligatoria prestación de la función ya la recoge el artículo 2 de las Ley del Notariado que establece la responsabilidad del notario que, sin justa causa, negare la intervención de su oficio, y en el artículo 3 del Reglamento al señalar que la prestación del ministerio notarial tiene carácter obligatorio.- Es sabido, de otra parte, que si la negación de la función no fuera motivada, el Notario incurre en responsabilidad criminal.

Esta obligatoriedad no es absoluta y el artículo 145 del Reglamento contiene los casos más propios de negativa. Asimismo el Código recuerda que el Notario sólo autorizará documentos que formalicen negocios jurídicos lícitos y válidos y denegará su función respecto a aquellos que resulten contrarios a una normas imperativa o

prohibitiva.- En todo caso la negativa del notario puede ser revocada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en virtud de recurso del interesado, previo informe del Notario y de la Junta Directiva.

- 2.- Apartado importante es el de la imparcialidad e independencia del Notario, uno de los pilares de la propia función, debiéndose evitar cualquier indicio o apariencia de parcialidad, ya que el Notario debe ser y parecer independiente y deberá cuidar este deber especialmente en el caso de documentos redactados en base a condiciones generales de contratación.- Establece, asimismo, los supuestos de incompatibilidad y aquellos en que la objetividad en su actuación pueda verse comprometida. Especialmente fija esta exigencia de imparcialidad en relación con el deber de asesoramiento y establece que el Notario ha de prestar su función con neutralidad equilibradora de manera que con la labor de información y asesoramiento pueda el otorgante menos informado o más débil decidir la solución más ajustada a sus fines.
- 3.- El notario debe dedicar el tiempo y la atención suficiente al ejercicio de su función, siendo esta exigencia especialmente significativa en el momento del otorgamiento y, por ello, podrá ser indicativo de un deterioro en el cumplimiento de esta exigencia la autorización o intervención de un número elevado de documentos por un notario.
- 4.- El secreto profesional ligado al secreto del Protocolo tiene su fundamento en el respeto del derecho a la intimidad de las personas. Pero este deber no es absoluto. El notario debe revelar el contenido del Protocolo en el caso de proceso penal o cuando lo prevea alguna disposición legal. Igualmente debe informar a las distintas Administraciones sobre los documentos autorizados cuando así venga establecido en alguna disposición vinculante.
- 5.- La libre elección del Notario se ha planteado de forma clara y precisa para que el ciudadano pueda ejercitar este derecho, señalando conductas y prácticas prohibidas porque ponen en grave riesgo el citado derecho; los Órganos corporativos del Notariado deben establecer los mecanismos precisos para facilitar su ejercicio.
- 6.- El Código aborda uno de los temas más conflictivos : el de la publicidad.- El notario está sometido a unas reglas especiales dictadas por el Estado, por su carácter de funcionario, por lo cual la publicidad se ajustará a la legalidad vigente y al carácter público de la función notarial, señalando, finalmente la publicidad que por sus contenidos infringe los principios básicos de la función notarial o las reglas deontológicas que en el Código se establecen.

- 7.- La correcta aplicación del Arancel notarial es punto importante en el comportamiento del notario, debiéndose eliminar conductas que pongan en peligro el carácter de servicio público en detrimento de los ciudadanos u ocasionen un grave perjuicio al conjunto de los notarios.
- 8.- La oficina notarial deberá tener las condiciones idóneas para la prestación del servicio notarial; y en este ámbito se regulan dos aspectos: empleados de la notaría y medios materiales.
- 9.- Y en su Disposición Final primera establece: “Los Órganos de la Corporación Notarial velarán por el cumplimiento de las normas del Código y el Consejo General del Notariado y los Colegios Notariales desempeñarán con la máxima diligencias las actuaciones de inspección y, en su caso, sancionarán las conductas que las vulneren.

Para finalizar estas notas parece adecuado recoger unas reflexiones del Congreso de la UINL en el que se aprobó el Código Mundial de Deontología Notarial: “Los notarios, en cuanto delegatarios de una parte de la soberanía del Estado, deberán ejercer su función controlando de manera imparcial, independiente y responsable la legalidad de los actos y negocios que se celebran mediante su autorización, prestando con su actuación el servicio público de interés general de seguridad jurídica preventiva, evitando litigios y contribuyendo al desarrollo económico sostenible y a la paz social”. “La necesidad de repasar, repensar y reordenar los principios deontológicos del notariado ha sido detectada por la Unión, ya que el deterioro económico, la regresión del estado del bienestar, la corrupción, el abuso de poder, las mafias de personas, el blanqueo de capitales, la piratería, el tráfico de armas y drogas, el desprecio o el ataque a la religión del otro, el incremento de los flujos económicos mundiales y las enormes migraciones piden criterios y normas de actuación para un nuevo orden mundial y, en suma, volver la vista a la ética”. “La Unión es consciente de la necesidad de una regeneración ética, como declara la “Global Ethics Foundation” que se hace eco del “Manifiesto para una Ética Económica global” proclamada en la Sede de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 2009, que establece como base el “Principio de Humanidad”, poniendo en el centro del interés y como sujeto de Derecho al hombre y el respeto a su dignidad”.

X.- MESA REDONDA SOBRE “LOS ARBITRAJES TRAS LA LEY 11/2011 DE 20 DE MAYO: UNA VISIÓN CRÍTICA”.

La masificación de la Administración de Justicia y la evidente insuficiencia de jueces convierten hoy en día al arbitraje en una alternativa más que necesaria. A pesar de lo cual, las estadísticas de las más importantes Cortes de Arbitraje existentes en España nos muestran que el número de arbitrajes realizados no alcanza la cota que sería lógica. Posiblemente ello es achacable –tal cual se puso de relieve en la mesa redonda– a la falta de una verdadera cultura arbitral.

Precisamente en el estudio que se adjunta del primero de los ponentes –el prestigioso Letrado y ex Decano del Ilustre Colegio de Abogados de las Illes Balears Lorenzo Ros Sánchez– se recuerda una expresiva frase de Carnelutti, quien ya señaló que el arbitraje es un instituto mal comprendido en más de una ocasión por la doctrina y menospreciado por la práctica. Por ello el ponente preconiza la necesaria inculcación de una verdadera cultura arbitral, particularmente en las profesiones jurídicas relacionadas con la contratación, como son la Abogacía y el Notariado.

En el estudio del segundo de los ponentes –el Catedrático de Derecho civil y Académico Miguel Coca Payeras– se analiza en profundidad la figura del arbitraje de equidad, señalando que el

misimo ha sufrido una considerable evolución; tanto por el hecho de que, en la actualidad, sólo cabe si las partes del arbitraje lo han autorizado expresamente, como –sobre todo– por no suponer ya el fallo del tema litigioso según el leal saber y entender de los árbitros, sino la aplicación “en equidad”, o sea no rigurosa, de las normas jurídicas. Idéntica evolución encontramos en el arbitraje de equidad en cuanto a la motivación del laudo, pasándose de la no necesidad de motivación a la disposición del art. 37.4 de la ley 11/2011 de 20 de mayo, según el cual el laudo deberá ser siempre motivado salvo el consistente en un mero acuerdo de las partes. Finaliza la exposición con una referencia a las medidas cautelares de posible adopción por los árbitros, indicando que, a pesar de tratarse de un arbitraje de equidad, deben regir los condicionamientos generales impuestos por el art. 728 LEC, pues se desnaturalizaría la esencia de la medida cautelar de no exigirlos.

El último de los ponentes –el Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia y Académico Antonio Monserrat Quintana– se centra, en su estudio, en la anulación del laudo, tema que ha sufrido importantes modificaciones a la luz de la ley 11/2011 de 20 de mayo que, entre otros aspectos, somete el tema a la competencia de las Salas Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. En el estudio se analiza la naturaleza del proceso de anulación –que es proceso y no recurso–, la imposibilidad de la renuncia anticipada al mismo, el objeto de este proceso –que según la ley es el “laudo definitivo”–, así como el procedimiento de anulación del laudo (Tribunal competente, partes, plazo de ejercicio de la acción y normas procedimentales). De especial interés resultan los motivos de anulación del laudo, en especial el hecho de ser el laudo contrario al orden público, que ha permitido la anulación de laudos por ir en contra de principios acuñados por la jurisprudencia dentro del orden público económico, cuales son los establecedores de la nulidad de las cláusulas abusivas en perjuicio de los consumidores, de las que no superan el llamado control de transparencia, de las que infringen el principio concursal de par conditio creditorum, la no aplicación de la cláusula rebus sic stantibus en el contexto de la flagrante crisis económica y la exigencia de buena fe en la contratación de productos financieros complejos.

X.1. CULTURA ARBITRAL.

Lorenzo Ros Sánchez

Todos conocéis al literato inglés de finales del Siglo XIX Walter Scott así como su conocida obra “El Anticuario”:

“Cuando El Anticuario, Sr. Monkbars, llega a una posada, el posadero se dirige a él y le dice que poco pensaba en tenerle en la posada antes de que terminara la sesión de verano, a lo que contesta el Sr. Monkbars, colérico, que nada tenía el que ver con la estación ni con los gansos del hotel, a lo que contestó el posadero que pensaba que tenía algún asunto en el Tribunal como tenía él uno pendiente, relativo a un patio interior, pleito que le fue legado por su padre a quien se lo legó el suyo. Naturalmente el posadero deseaba que el Anticuario intentara que se acabara el pleito que duraba ya dos generaciones. Acaba diciendo ¡Oh bella cosa es ver con qué paciencia y cuidado se mira la Justicia de este país!”

En otro orden de cosas, pues no en balde ya han transcurrido más de cien años y se ha producido además una masificación en la administración de la Justicia, propia de un Estado de Derecho originado en la democracia, nos encontramos en la actualidad con una deficiencia de Jueces y Magistrados, que no pueden atender a los planteamientos de los justiciables, tanto en el orden mercantil y civil. En ninguna de dichas jurisdicciones se cumplen los plazos y los procedimientos duran años, lo que nos hace pensar en el “Anticuario”.

Por tanto, aparece con más fuerza la institución del arbitraje, cuyo plazo de resolución es el de seis meses ampliable a ocho (Ley de 2003), y, especialmente, en la Ley última de 20 de mayo de 2011 que introduce varias reformas para impulsar el Arbitraje, según se manifiesta en su Preámbulo II.

De entre estas reformas, a mí entender la más importante para impulsar la cultura arbitral, es la relativa al Arbitraje Estatutario en las sociedades del capital, estableciendo una mayoría reforzada de dos tercios de los votos correspondiente a las acciones o participaciones en que se divida el capital social para su implantación.

No obstante, debemos recordar las palabras de Carnelutti que dijo que el arbitraje es un Instituto mal comprendido en más de una ocasión por la doctrina y menospreciado por la práctica.

Ello hace que, efectivamente, no exista una cultura de arbitraje.

Para confirmar esto, basta consultar las estadísticas de las cortes de arbitraje principales existentes en España, destacando la de Barcelona (TAB) cuyos laudos en el año 2014 fueron de 51. Nuestro Colegio de Abogados ha administrado 9 y si bien la Corte Internacional de Arbitraje de París dictó, en 2014, 459 y con un total de 791 solicitudes. Ello significa que existe una cultura arbitral internacional que se aplica, normalmente, a grandes proyectos de empresas como la de SACYR al realizar las obras de Canal de Panamá que tiene litigios con el Estado a resolver mediante un arbitraje internacional.

La simple reflexión de que a los Jueces no se les puede exigir que resuelvan más de mil asuntos al año, ha de hacer que los profesionales del Derecho se deban inclinar, en la mayoría de los casos, por cláusulas arbitrales, pues es un procedimiento corto que tiene una duración máxima de ocho meses.

La cultura arbitral debe ser promovida y desarrollada como medio adecuado en el tiempo de resolución de conflictos, pues el Ministerio de Justicia no se ve apoyado políticamente para conseguir los fondos necesarios para aumentar la plantilla de Jueces, de forma que el problema es cada vez mayor y acuciante. Un ejemplo lo tenemos en Portugal, donde el volumen de casos sin resolver llegó a tal extremo, que tuvo que improvisar Jueces sustitutos en número importantísimo para poder dar salida al atasco de asuntos.

Es cierto que en esta Comunidad se ha desarrollado bastante la institución arbitral impulsada por el Colegio de Abogados que redactó su Reglamento en fecha 14 de diciembre de 2006. así como el convenio para la administración de arbitrajes con la Cámara de Comercio de Mallorca de julio de 1990, pero también es cierto que a la Institución se le debe sacar un mayor provecho, sobre todo teniendo en cuenta las carencias de la Administración de Justicia anteriormente destacadas, especialmente si se tiene en cuenta que tanto la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, como la Ley de Arbitrajes de 23 de diciembre de 2003, regula la Ley Modelo aprobada por la

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

El Colegio de Abogados debe aumentar la cultura arbitral a través de fórmulas en las que se estudie en profundidad la institución para que los Abogados acudan a la misma estableciendo cláusulas arbitrales en los contratos en que intervenga. También esas jornadas deben ser dirigidas principalmente a las Notarías, las cuales en sus instrumentos pueden emitir cláusulas de arbitraje.

Hay que destacar: 1°.- Que el Reglamento de arbitraje del Colegio fue elaborado con cariño y profundidad científica; y 2° que en apoyo a la cultura arbitral, se llevó a cabo un convenio con la Cámara de Comercio para la colaboración de la administración de los arbitrajes.

Pero ¿Qué ocurre con el arbitraje cuyo número de laudos es tan flojo?

¿Por qué los profesionales no acuden a la institución con más frecuencia?

¿Se dictan los laudos de forma objetiva?

¿Su contenido está bien fundamentado técnicamente en general?

¿Son caros los laudos?

Respecto a la objetividad y técnica de los laudos, puedo afirmar que los profesionales que han acometido las cuestiones que se le han confiado, han mostrado, en general, su satisfacción por la rapidez, la flexibilidad y garantías con que se ha producido el laudo. De mi época de Decano guardo una carta a mí dirigida por un Abogado, que se encontraba en la plenitud del ejercicio de su profesión, mostrando su satisfacción con el procedimiento, en el que no consiguió se le diera la razón a su cliente.

Normalmente, el profesional del Derecho cuando se le nombra árbitro para solventar problemas sometidos a arbitraje, se convierte de forma inmediata en Juez. Se responsabiliza por su función y estudia el asunto a fondo, con tiempo y con reflexión. He conocido Abogados que, a la hora de emitir su laudo, han dedicado exclusivamente todo su tiempo profesional a la resolución del conflicto, hasta la emisión del laudo.

Lo que ocurre es que en la opinión general de los justiciables, ve al Abogado como un profesional que siempre aboga por su cliente, que tiene interés directo, profesionalmente hablando, en los asuntos y en el que prima más la necesidad de defensa que el impero de la Justicia.

Todo ello es cierto. ¡Cuántos procedimientos se han ganado por cuestiones mal alegadas de contrario en el momento oportuno por el adverso, a pesar de no asistir la razón de la cuestión principal a quien los ha alegado! Ello es normal en la profesión de Abogado, no sólo normal, sino

incluso obligado. En la conciencia de la gente prima esta impresión en relación a los Abogados, principales profesionales que se dedican al arbitraje. Respecto a otros profesionales como Médicos, Arquitectos, Ingenieros, etc., también se les rechaza por desconocer el mundo del Derecho, vetándolos en relación a cuestiones conflictivas que se deben resolver por principios jurídicos.

Incluso los mismos profesionales del Derecho desconfían no de la institución, sino de las personas que intervienen en ella. Desconfían de que los árbitros puedan estar interesados indirectamente en que el laudo sea en un sentido o en otro.

¿Son caros los arbitrajes? He escrito varios artículos sobre la cuestión y puedo asegurar que la ley de tasas resultaba más caro un procedimiento ordinario que un arbitraje, en el que el Colegio de Abogados fija los honorarios máximos de los árbitros, ya sean tres o uno solo. Es cierto que la Ley de Tasas se ha corregido aplicándose sólo a las sociedades y no a los particulares.

Mi voz, que lleva haciéndose sentir en los Tribunales hace ya cincuenta y cuatro años, es contraria a las especulaciones antes contempladas y puedo asegurar que he intervenido en arbitrajes en muchas ocasiones, siendo el primero bajo la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Naturalmente que siempre suele haber una parte para la que el laudo ha sido negativo. Lo mismo ocurre en las sentencias. Pero lo cierto es que las resoluciones que recaen en los arbitrajes, los laudos, son en general correctos, como también lo son las sentencias, aunque ambos susceptibles de error. En la actualidad conozco muchísimos Abogados que confían en el arbitraje, sobre todo el de Derecho, que en la nueva Ley, como ya he dicho, es el prioritario en el caso de que no se especifique en qué forma se debe resolver el laudo: equidad o derecho. Todos estos profesionales establecen en los contratos privados y públicos que les encargan sus clientes, una cláusula de sometimiento de las cuestiones que surjan entre las partes a un arbitraje, lo que hace que, en nuestra comunidad, además, se puede encargar su administración a la Cámara de Comercio, Industria y Navegación, como al Colegio de Abogados de Baleares, pues ambas cuentan con su propio Reglamento regulador del arbitraje, así como un convenio que data del mes de julio de 1990.

De todas formas, se debe distinguir entre los contratos que se celebran para incluir o no la cláusula arbitral, pues hay que tener en cuenta que el laudo corresponde a una fase declarativa del proceso, pues su ejecución se debe llevar a cabo judicialmente y hay algunas materias que por razones prácticas se deben excluir del arbitraje, pues su ejecución directa procesal, siempre es más rápida que sometiéndolos a un proceso arbitral.

No hay que repetir, pues es de todos conocido, que la economía de nuestras islas, y en parte importante la de España, se funda en el turismo. Contamos en la comunidad con más de 2.500 hoteles que cada año se llenan o casi llenan, no porque el turista acuda espontáneamente, sino porque existen multitud de operadores turísticos que contratan con los hoteles sus servicios con gran antelación. Los alojamientos turísticos se contratan con una temporada de antelación. Pensemos en los miles de contratos que ello significa. Se trata de una contratación internacional en la que intervienen los Operadores extranjeros, las Agencias de Viajes españolas y los hoteleros y arrendadores de apartamentos turísticos. La legislación que regula estas relaciones es compleja. Nuestra Comunidad entiende de ella desde el año 1984 en el que se le transfirieron las competencias sobre Turismo.

En uso de estas competencias, tiene legislado sobre la regulación de las Agencias de Viajes y operadores hoteleros, lo que es del todo necesario desde las complejidades que suponen las relaciones turísticas, que deben ser resueltos de forma rápida lo que lleva a la cultura arbitral.

La casi totalidad de los contratos de reservas de plazas son internacionales, al ser los Tour-operadores extranjeros, pertenecientes o no a la Comunidad Europea, lo que entraña cuestiones múltiples derivadas, en caso de incumplimientos o conflictos, de la competencia de los Tribunales, legislación aplicable, etc. Estos contratos se complican aún más en los casos frecuentes de escisiones, absorciones de empresas y concursos de acreedores.

De ello se puede deducir claramente la importancia que tiene para nuestros comerciantes del turismo, hoteleros, Agencias de viaje, propietarios de apartamentos turísticos, el arbitraje internacional, como ya señalamos anteriormente.

Hoy contamos ya con la Ley Modelo que aparece ante la necesidad de que los distintos ordenamientos internacionales tengan un único tratamiento, un tratamiento uniforme, que de conformidad a criterios dispares sobre materias sometidas a arbitraje; competencia, nombramiento de árbitros, etc.

Contamos ya con el instrumento adecuado que da uniformidad a las cuestiones que pueden ser sometidas a arbitraje internacional y una nueva Ley de Arbitraje, la de 23 de diciembre de 2003 que trata el arbitraje internacional uniformemente con el interno.

En la actualidad no es necesario para someterse a un arbitraje internacional acudir a las Cortes Arbitrales del extranjero, sino a las de nuestras Islas. Colegio de Abogados o Cámara de Comercio de Mallorca.

Instituciones de prestigio como la Cámara de Comercio, que debiendo contar con miembros que, siendo juristas, estén especializados no solo en el

arbitraje, sino también en el derecho turístico nacional e internacional. Con ello los empresarios se verían librados de acudir al extranjero, en la mayoría de las controversias, viendo resueltas las cuestiones planteadas con garantía y en un espacio de tiempo prudente que, actualmente y a pesar de los pactos de estado de los principales partidos políticos, no pueden proporcionar los Tribunales por la falta de medios necesarios para resolver los litigios que se plantean en una sociedad democrática y que, desde luego, no es solo un problema de nuestro País, sino una cuestión generalizadas en todo el mundo democrático, donde debe imperar la Ley y no la fuerza.

Por Real Decreto de 15 de febrero de 2008 se reguló el sistema arbitral de consumo, estableciendo las Juntas Arbitrales que solventan las controversias entre las partes que si lo desean o entre los consumidores y los empresarios adheridos, lo que se manifiesta con el sello adecuado, lo que ha creado una cultura arbitral al utilizarse cada vez más este sistema en vez del judicial.

El dato que he obtenido por Internet es de 1571 casos resueltos por la Junta Arbitral de consumo durante 2014.

En el mundo comercial en que nos movemos al contratar con una empresa que luce su sello de adhesión sabemos que las cuestiones que surjan con las mismas, serán resueltas por la Junta Arbitral de Consumo con rapidez y eficacia, lo que es un aliciente para la contratación de los servicios con la misma y, por tanto, para la empresa es motivo de competencia con las demás y no gozan de los sellos de adhesión. Es como si ofrecieran un precio más barato.

Finalizo pues este trabajo destacando, de nuevo, la vía arbitral como medio de solución de conflictos privados, tanto a nivel local como internacional, intentando concienciar a los Abogados, especialmente, para que incluyan en los contratos que formalicen para sus clientes, que es el momento adecuado para ello, pues una vez surgido el conflicto siempre hay una parte que no le interesa su resolución, cláusulas arbitrales que, en definitiva, darán la necesaria agilidad en la resolución de las cuestiones en controversia.

X.2- NOTAS SOBRE EL ARBITRAJE DE EQUIDAD.

Miguel Coca Payeras

El escaso trecho recorrido por el arbitraje en la realidad cotidiana de nuestro sistema jurídico, permite que puedan suscribirse a día día de hoy las palabras que dedicaba a esta institución la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953, cuando advertía que el desarrollo del arbitraje es *“un síntoma de que en un país determinado las relaciones intersociales no se agudizan continuamente, de manera que sea siempre preciso acudir al remedio extremo de los Tribunales. De aquí que, precisamente en los países de más densa cohesión social, sin perjuicio de su refinado espíritu jurídico, el arbitraje alcance dimensiones cada vez de mayor amplitud.*

Partiendo del afirmado déficit, en mi intervención voy a plantear, que no necesariamente resolver, cuatro cuestiones heterogéneas, unidas por el común denominador de ir referidas al arbitraje de equidad en nuestro ordenamiento. A saber:

1º.- El progresivo desplazamiento de la equidad como instrumento preferente de resolución del arbitraje, por el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español o, lo que es lo mismo, el desplazamiento del arbitraje de equidad en beneficio del de derecho.

2º.- La evolución jurisprudencial de la configuración del arbitraje de equidad, que va de la resolución “según el leal saber y entender” de los árbitros, a la “interpretación en equidad de las normas” o “aplicación no rigurosa de las normas”.

3º.- En conexión con lo anterior, la exigencia de motivación de esos laudos y la trascendencia de su falta.

4º.- Determinación del marco jurídico que rige la posible adopción por el Tribunal arbitral de medidas cautelares.

1º.- El progresivo desplazamiento de la equidad como instrumento preferente de resolución del arbitraje, por el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español.

1.1.- La Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 expresa claramente que la misma invierte la regla de preferencia que la anterior ley de arbitraje contenía en favor del arbitraje de equidad. En efecto, el art. 4.2 de la Ley 36/1988 establecía que *En el caso de que las partes no hayan optado expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros resolverán en equidad, salvo que hayan encomendado la administración del arbitraje a una corporación o asociación, en cuyo caso se estará a lo que resulte de su reglamento.* Mientras que, el art. 34 de la vigente Ley, bajo el encabezado de *Normas aplicables al fondo de la controversia*, establece : *1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello.*

1.2.- Esta inversión en la preferencia legal de la equidad frente al derecho, en favor de éste último como criterio legal supletorio a falta de voluntad expresa, no constituye una novedad en nuestro sistema jurídico sino el regreso al criterio de la Ley de 22 diciembre 1953, en cuyo tercer párrafo del art. 4 se establecía que *Se entenderá que las partes optan por un arbitraje de derecho cuando nada dijera en contrario.*

En este sentido, y como exponente de la falta de coherencia en la política legislativa sobre el arbitraje en los últimos treinta años, la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 justifica la inversión del criterio en que *“La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un Tribunal”.*

En suma, a día de hoy –como sigue diciendo la referida exposición– el arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la «*equidad*», o a términos similares como decisión «*en conciencia*», «*ex aequo et bono*», o que el árbitro actuará como «*amigable componedor*».

Complementariamente a lo anterior, conviene señalar que el principal criterio inspirador confesado de nuestra Ley 60/2003, fue la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho

Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, «*teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional*», en cuyo art. 28.3 indica que *El Tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.*

1.3.- El retroceso o decadencia de la equidad en este campo, estuvo a punto de alcanzar su culmen en la reforma del año 2011.

El Anteproyecto de Ley publicado en el BIMJ n° 2106 (1 abril 2010), contenía un artículo 5° bajo el encabezado *Limitaciones al arbitraje de equidad*, cuyo contenido consistía en dar una nueva redacción al art. 34.1 de la Ley 60/2003 en los siguientes términos: *1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello y se tratare de un arbitraje internacional.*

Ese mismo tenor se trasladó al artículo 6° del Proyecto de Ley, publicado el 8 de septiembre 2010 (BOCG Serie A n° 85-1) que desembocó en la Ley 11/2011 de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003. Con ello, se pretendía simple y llanamente suprimir con carácter general el arbitraje interno de equidad.

La supresión se justificaba en la Exposición de Motivos del proyecto en razón de la seguridad jurídica: *Otras modificaciones de la Ley de Arbitraje buscan incrementar tanto la seguridad jurídica como la eficacia de estos procedimientos a la vista de la experiencia de estos últimos años. En esa línea se restringe el arbitraje de equidad, lógicamente sin afectar al ámbito específico del arbitraje de consumo, que cuenta con una regulación propia. Además, leemos: De este modo se potencia la idea del arbitraje como solución alternativa cuasijurisdiccional de conflictos que, sin perjuicio de la necesaria ponderación de la equidad en su aplicación, debe sustentarse necesariamente en Derecho.*

Y en la Memoria que acompañaba al Anteproyecto, leemos que la exclusión del arbitraje de equidad *se produce a la vista de la práctica que ha generado y que se ha traducido en la frecuente anulación de tales laudos por nuestros tribunales.*

El planteamiento era claro: la equidad debía dejar de ser una de las posibles fuentes formales del arbitraje, quedando reducido su papel al campo de la interpretación y aplicación de las fuentes formales del derecho, papel que –por otra parte– ya contempla el primer inciso del artículo 3.2 del Código Civil: *La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas...*

La proyectada supresión generó hasta seis enmiendas en el Congreso del Grupo Mixto, Grupo Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa, Grupo Vasco, Grupo Catalán-CIU e incluso del Grupo Popular, reivindicando la larga tradición del arbitraje de equidad en nuestro ordenamiento y el escaso peso del argumento de la litigiosidad de tales laudos por la vía de la acción de nulidad (BOCG de 24 febrero 2011. Serie A. nº 85-16).

Finalmente, como es sabido, dicha modificación desapareció en la Ley finalmente aprobada que mantuvo con carácter general la tipología dual del arbitraje (derecho/equidad).

2º.- Evolución jurisprudencial del arbitraje de equidad: del leal saber y entender a la interpretación en equidad de las normas.

Al margen del actual carácter subsidiario del arbitraje de equidad y de las relacionadas amenazas a su propia existencia, se ha producido un sensible cambio en el ámbito de lo que debe entenderse por equidad en este tipo de arbitrajes, mediante la restricción de la libre apreciación de los árbitros y de la exteriorización del laudo.

En este apartado nos detendremos en el primer aspecto, abordando el otro en el siguiente.

2.1.- El punto de partida es de la sinonimia entre “equidad” y “leal saber y entender” de los árbitros. De modo que éstos, para resolver en equidad era suficiente que lo hicieran conforme a su capacitación (saberes) y apreciación de los hechos (entendimiento). A ello, sumó la jurisprudencia una restricción: que los árbitros fueran “leales”, esto es, objetivos e imparciales.

La equiparación entre “equidad” y “saber y entender” fue establecido en la primera ley de arbitraje española, la Ley de 22 de diciembre de 1953, en cuyo artículo 4, se decía: *En lo sucesivo no existirá más que un tipo de arbitraje de Derecho Privado, ya deban fallar los árbitros con arreglo a derecho, ya solamente con sujeción a su saber y entender. Y ese tipo de arbitraje era calificado, en la Exposición de Motivos, y en los arts. 29 y 30 como “de equidad”.*

Como hemos adelantado, la jurisprudencia se encargó de adjetivar la exigencia del saber y entender como “leal”, en un contexto al que prácticamente era ajena la nota de profesionalidad.

La STS de 10 de marzo de 1977, calificaba la tarea de los árbitros de equidad como una *“una misión que amigablemente se les confía”*, y en la STS de 6 de mayo del mismo año sostenía que *“la finalidad que el legislador*

buscó al crear o autorizar el arbitraje de equidad... fue la de permitir y dirimir las cuestiones que se susciten entre partes en un amplio margen, sin sujetarse a los términos rígidos del derecho, buscando la conciliación de aquellos, y apoyándose, por el contrario, de modo preferente en las normas morales o de conciencia...”.

En esa misma dirección, la STS 20 febrero 1982, sostuvo que al arbitraje según leal saber lo presidía un *móvil de paz y de equidad*, caracterizado por *su sencillez y confianza*. En la STS 20 diciembre 1985, que *el procedimiento, en caso de equidad... los árbitros, en la emisión del laudo, ...no tienen precisión de acomodarse al rigor de reglas establecidas por la Ley, sino meramente su apreciación en equidad, que precisamente, por su carácter y naturaleza, tiende a eliminar el riguroso sometimiento a normas de derecho.*

La STS 28 noviembre 1988, afirma que *en el arbitraje de equidad, los árbitros han de resolver sólo según su leal «saber y entender»,* siendo la esencia de ese juicio: personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que ese leal saber y entender del árbitro.

2.2.- La sinonimia entre “equidad” y “saber entender” alcanza rango legal expresó en la Ley 36/1988 de 5 diciembre, en cuyo artículo 4.1 se establecía: *1. Los árbitros decidirán la cuestión litigiosa con sujeción a derecho o en equidad, según su saber y entender, a elección de las partes.*

Aunque tampoco en dicha Ley se aludía a la “lealtad”, la jurisprudencia siguió aludiendo al arbitraje de equidad como el realizado “*leal saber y entender*” de los árbitros, dotándoles de un casi absoluto margen de discrecionalidad, insistiendo en calificar su actividad como “*misión amistosa*”, por lo que –como decía la STS 17 julio 1990– *«si bien los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlos con demasiada restricción, apartándose de la misión amistosa que se les confía».*

Sin embargo, incluso antes de la vigencia de la Ley 36/1988, se percibe un planteamiento jurisprudencial que tiene a acotar o limitar el ámbito del arbitraje de equidad, alejándolo del “leal saber y entender” de los árbitros, e incluso interpretando lo que la propia Sala 1ª había estado sosteniendo sobre el mismo en forma asaz diferente. Un buen ejemplo de ello es la STS 30 mayo 1987, en donde puede leerse que ha de interpretarse la jurisprudencia específica sobre la naturaleza del arbitraje de equidad –sentencias de esta Sala de fecha 14 de Noviembre de 1984, 8 de Noviembre de 1985, y 20 de Diciembre de 1985, entre otras– en cuanto no proclaman, en forma alguna, que los laudos de equidad, deban desconocer o contravenir las normas de derecho positivo, sino que vienen a afirmar que no se apliquen exclusivamente normas de derecho de forma rigurosa, como corresponde al

concepto tradicional de equidad, superador y complementario del concepto de Ley, para una mayor aproximación al logro de una decisión justa para el caso concreto que la Ley, por su generalidad, podría no alcanzar.

Tesis también literalmente asumida por algunas Audiencias Provinciales (Cfr. SAP Vizcaya 940/1999 de 19 de octubre), Tribunales Superiores (Cfr. STSJ Galicia 15/2012 de 23 de abril).

Advirtamos que esta “reinterpretación” de lo que el propio TS había establecido sobre el arbitraje de equidad, deja a este tipo de arbitraje en una posición escasamente diferenciada del arbitraje de derecho, pues “*no aplicar exclusivamente normas de derecho de forma rigurosa*” es algo a lo que el primer inciso del art. 3.2 del Código Civil constriñe a los Tribunales (ponderación de la equidad en la aplicación de las normas) y a lo que, por ende, también se hallan obligados los árbitros de derecho.

¿En qué quedamos?: en el arbitraje de equidad no tiene por qué ser aplicada norma alguna, o cabe aplicarla aunque no rigurosamente, o cabe aplicar normas junto al leal saber y entender.

2.3.- Por último, la Ley la Ley 60/2003 desterró normativamente el “leal saber y entender”, pues en sus diferentes preceptos sólo alude a la “equidad”, aunque en el Exposición de Motivos se califique este arbitraje como aquel en que se toma la “*decisión «en conciencia», «ex aequo et bono», o que el árbitro actuará como «amigable componedor».*

3º.- La exigencia de motivación del laudo.

Como hemos apuntado, estrechamente unida a la cuestión que acabamos de analizar hallamos otra: la de la exigencia, o no, de motivación del laudo en el arbitraje de equidad.

En realidad, en el ordenamiento español, la noción de “leal saber y entender” va unida a la inexigencia de motivación del laudo, y por ello el declive de la primera ha ido abriendo paso a la exigencia de motivación.

3.1.- El artículo 29 de la Ley de 1953, expresaba claramente esa relación: El procedimiento, en caso de equidad, no tendrá que someterse a formas legales ni que ajustarse a derecho en cuanto al fondo.

Los árbitros deberán, no obstante, dar a las partes oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias, dirimiendo después el conflicto según su saber y entender.

El mismo planteamiento se advierte en la Ley 36/1988, en cuyo artículo 32.2 establecía que El laudo será motivado cuando los árbitros decidan la cuestión litigiosa con sujeción a Derecho.

En perfecta consonancia con este enfoque legal, la jurisprudencia de la época, e incluso el Tribunal Constitucional, se hicieron eco de esa innecesariedad de motivación.

Para la STC 43/1988 de 16 marzo 1988, el arbitraje de equidad, constituye, desde el plano sustantivo, uno de los supuestos excepcionales a los que indirectamente se refiere el art. 3.2, del Código Civil, cuando al hablar de la equidad en la aplicación de las normas jurídicas sólo autoriza su uso de manera exclusiva en las resoluciones de los Tribunales en el caso de que la Ley expresamente lo permita.

En la vertiente procesal, esto se traduce en la previsión de un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la simplicidad de formas procesales y el uso del arbitrio («saber y entender») por los Jueces árbitros designados por las partes, no obligados a la motivación jurídica, aunque sí, en todo caso, a «dar a aquéllas la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias».

En la STS 28 noviembre 1988, se sostiene que la esencia del juicio de equidad es su carácter subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que que su leal saber y entender, que no viene obligado a una motivación jurídica.

3.2.- La Ley 60/2003 siguió manteniendo la inexigencia de motivación al laudo de equidad, en la medida en que, en el artículo 37.4, expresaba que El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior. Tal redacción, sumada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales, permitía interpretar que en la cláusula de sumisión a arbitraje de equidad las partes habían convenido que no era precisa la motivación del laudo.

Claramente lo indicaba, por ejemplo, la SAP Las Palmas de Gran Canaria de 29 de septiembre de 1995: La expresión «según su saber y entender» refleja un modelo de resolución, desde el punto de vista sustantivo, de las cuestiones litigiosas, donde la actividad del Juzgador no tropieza con los límites que marcan las normas, ni siquiera las que integran el ius cogens... Esto quiere decir, con referencia al arbitraje, «que los árbitros no están coartados en su misión decisoria, ni restringidos en las interpretaciones de las cuestiones a decidir, que deben apreciarse de modo conjunto, no aisladamente, y en relación con los antecedentes y finalidad. (...), sin más fundamento que ese leal saber y entender, a quien nadie obliga a una motivación jurídica. (STC 43/1988 de 16 marzo).»

En la misma línea, son muy significativas las palabras de la SAP Madrid 217/2010, de 4 de mayo: *Téngase en cuenta que no es un arbitraje de derecho sino de equidad y muy poco cabe motivar en equidad.*

3.3.- Ha sido la Ley 11/2011 de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, la que ha dado el paso definitivo, exigiendo de forma expresa la motivación a todo laudo, al margen del tipo de arbitraje. La Exposición de Motivos así lo afirma: *También se precisan sus formalidades y se exige siempre la motivación de los laudos.*

Y el “nuevo” artículo 37.4 dice ahora: *El laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior.* O sea, la única excepción es la del laudo por acuerdo de las partes del artículo 36, al que carece de sentido exigirle motivación en la medida en que se trata de algo similar o equivalente a la homologación judicial de una transacción.

A la pregunta de en qué se concreta tal exigencia de motivación, no cabe responder sino de la mano del artículo 218,2 LEC, cuando lo concreta en un doble campo: valoración de la prueba e interpretación y aplicación del derecho. Recordemos el tenor de dicho precepto: *Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.*

Esta exigencia de motivación del laudo de equidad, como requisito de exteriorización del mismo, es evidente que no se coherente con la noción de “leal saber y entender”, y sí plenamente con el nuevo planteamiento jurisprudencial que parece ir desplazando el arbitraje de equidad al campo de la aplicación de normas, no rigurosa –pero aplicación a fin de cuentas– y equitativa, confundiendo con el tradicional campo de la interpretación y aplicación de las normas por los tribunales del primer inciso del artículo 3.2 del Código Civil que, de esta guisa, sería redundante en su segundo inciso.

Parafraseando el referido precepto, acabaría diciendo que las resoluciones sólo podrán descansar en equidad cuando la ley lo permita, y cuando lo permite ello no excluye la aplicación de las normas, sólo que ésta no debe ser rigurosa, buscando la realización de la justicia material.

3.4.- Lo cierto es que en la práctica del arbitraje de equidad, es muy frecuente, e incluso imprescindible que el laudo contenga una motivación jurídico-normativa, por dos razones.

En primer lugar, por imperativo de los principios de audiencia, contradicción y congruencia que tanto la Ley 60/2003 como el Tribunal Constitucional exigen al laudo, ya que las alegaciones de las partes se mueven casi siempre en el campo jurídico-normativo y en el jurisprudencial. Por ejemplo, sobre la naturaleza jurídica de un contrato, sobre la fijación de la doctrina del Tribunal Supremo acerca de una figura, o sobre la aplicabilidad al caso de dicha doctrina.

Y, en segundo lugar, por cuanto desde la ya citada STS de 30 de mayo 1987, y más recientemente STS 429/2009 de 22 junio, se entiende que en el arbitraje de equidad: La aplicación de la equidad no supone, como ha declarado esta Sala, prescindir de los principios generales del Derecho y la justicia, ni contravenir el Derecho positivo, la jurisprudencia no declara que los laudos de equidad deban desconocer o contravenir las normas de Derecho positivo, sino que viene a afirmar que no se apliquen exclusivamente normas de Derecho de forma rigurosa, sino más bien atenerse a criterios de justicia material fundados en principios de carácter sustantivo y premisas de carácter extra sistemático para fundar la argumentación.

3.5.- Con todo, y fruto de la evidente tensión que provoca la inserción del arbitraje de equidad en un sistema jurídico de fuentes tasadas como es el español, resulta que en no pocos arbitrajes adquieren una importancia secundaria los elementos de incongruencia o incoherencia interna de la decisión arbitral, dado que.... las reglas de carácter formal o institucional, tendentes a garantizar la seguridad jurídica y la posición formal de las partes, presentan una importancia secundaria en el arbitraje de equidad, en el que razones de justicia material pueden llevar al árbitro a prescindir de ellas, tal como sostiene la citada STS 429/2009 de 22 junio.

Mayor interés ofrecen las consecuencias de la exigencia de motivación de cualquier laudo, pues la misma parece que no puede quedarse en una mera formulación retórica. El problema es cual es el tratamiento que cabe dar a la falta de motivación o a la errónea motivación del laudo de equidad.

En línea de principio se ha ido negando que puede anularse el laudo de equidad por ser inequitativo, o el de derecho por infracción de normas, ya que un control de fondo siempre ha parecido contrario a la propia esencia del arbitraje en cuanto excluye la intervención de los Tribunales, y más aún en el equidad.

Sin embargo, como ha dicho la STSJ Cataluña 57/2014 de 29 de julio, respecto al control de la motivación y a si la carencia de ésta comporta arbitrariedad, lo que contravendría el orden público y por lo tanto concurriría causa de anulación ex art. 41.1.f de la Ley 60/2003, aunque no cabe como regla general el control sobre el contenido de la motivación, sí

cabe sobre su existencia o no. Tal no quiere decir que el Tribunal deba limitarse a comprobar, exclusivamente, la carencia total de motivación, “*pues constando, aun cuando sea formalmente la motivación, no resulta –siempre– suficiente para cumplir con el derecho a la tutela judicial efectiva –art. 24CE–*”.

Es decir, “*la motivación aparente por palmaria arbitrariedad –que ha de diferenciarse de la insatisfactoria– puede conformar una vulneración a éste derecho fundamental de tutela judicial efectiva que puede afirmarse tanto de los arbitrajes de derecho como en los arbitrajes de equidad*”.

4º.- Determinación del marco jurídico que rige la posible adopción por el Tribunal arbitral de medidas cautelares.

No me refiero a las medidas cautelares solicitadas ante un Tribunal, antes o durante el procedimiento arbitral, contempladas en el artículo 722 de la LEC, ni a la concurrencia de las potestades arbitral y judicial en forma alternativa y concurrente sino, insisto, a la posibilidad que abre el artículo 23 –una de las principales novedades de la Ley 60/2003– de que los árbitros adopten medidas cautelares.

Dicho artículo 23, bajo el encabezado “*Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares*”, dicta en su apartado 1, que “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.*”

Es manifiesto que de las dos certientes de la actividad cautelar (declarativa y ejecutiva) la Ley reconoce a los árbitros sólo la primera, como aclara la Exposición de Motivos.

Pero la Ley no precisa cual es el ámbito de esa potestad cautelar declarativa en el arbitraje de equidad (ni tampoco en el de derecho). Y no lo hace en ninguna de sus facetas, ni en cuanto a las posibles medidas a adoptar, ni en cuanto a los presupuestos para su adopción, ni en cuanto al procedimiento. Actitud del legislador deliberada, pues en su Exposición de Motivos leemos que “*La Ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar*”, aunque no ilustra la razón de tal designio de política legislativa, dejando abiertos los tres interrogantes planteados.

4.1.- Sobre la tipología de las posibles medidas cautelares en el arbitraje de equidad, reputamos indudable que cabe adoptar las previstas en los artículos 726 y 727 de la LEC, e incluso las que contempla el artículo 17 de la Ley Uniforme, entre las que se incluyen algunas ajenas a nuestro

sistema cautelar como las que consisten en ordenar a una de las partes que *preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia* (apartado f, artículo 17), así como cualquier otra medida que recaiga sobre los bienes y derechos de una parte que sea considerada equitativa.

4.2.- En cuanto a los presupuestos, la duda es mayor, pues hay que resolver la cuestión de si en un arbitraje de equidad, los árbitros deben exigir para la adopción de la medida cautelar solicitada, el cumplimiento de los presupuestos del artículo 728 LEC: *fumus boni iuris*, y *peligro por la mora procesal*, o bien si el tipo de arbitraje permite prescindir a los árbitros de esos presupuestos legales en la adopción de la medida.

El núcleo del problema radica en si la equidad permite al Tribunal arbitral prescindir de dichos dos presupuestos o de alguno de ellos, o hay que entender que los dos al configurar institucionalmente la figura no son prescindibles, debiendo la equidad ser únicamente tenida en consideración para determinar la concurrencia de los dos presupuestos que exige la LEC, sin lo cuales no cabe adoptar medida cautelar alguna.

Creo que la solución viene dada, también en este punto, por el resultado final en la evolución del ámbito del arbitraje de equidad que he ido exponiendo a grandes rasgos, de modo que no será preciso que se apliquen de forma **rigurosa** los arts. 728 y 732 LEC, pero no cabe prescindir de la apariencia de buen derecho ni del peligro por la mora procesal, so pena de desnaturalizar la institución de la medida cautelar, cuya naturaleza no puede ser alterada por la circunstancia de que el arbitraje sea de equidad.

Dos argumentos básicos avalan la tesis expuesta.

En primer lugar, cabe aludir a la doctrina constitucional sobre el contenido esencial de los derechos y figuras jurídicas, establecida por el Tribunal Constitucional desde la STC 11/1981 de 8 de abril, por cuanto tanto la apariencia de buen derecho como el peligro por la mora procesal son dos presupuestos de reconocibilidad de las medidas cautelares, sin los cuales esa figura *“dejaría de pertenecer a ese tipo”* y tendría *“que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así”*.

Y por último, cabe hallar sustento en la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL de 1985, –reconocida como fuente de inspiración por nuestra Ley 60/2003– en cuyo artículo 17.A.1 bajo el título de *Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares*, enumera tales “condiciones” (en realidad, presupuestos) en forma harto parecida a los de nuestra LEC, pues refiere que el solicitante de alguna medida cautelar *“deberá convencer al tribunal arbitral de que:*

a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

4.3.- Para terminar, en lo que atañe al procedimiento, entiendo que no hay duda de que el mismo, sea cual sea el tipo de arbitraje, debe sujetarse a los principios que rigen la sustanciación de las actuaciones arbitrales recogidos en el artículo 24 de la Ley 60/2003: igualdad de oportunidades, audiencia y contradicción.

X.3- LA ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL.

Antonio Monserrat Quintana

I.- INTRODUCCIÓN.

Recuerdo que, cuando inicié mi Pasantía en el despacho del Abogado D. Nicolás Morell Cotoñer, allá por el año 1970, una de las primeras cosas que me recomendó fue que no introdujera cláusulas compromisorias en los contratos, porque —decía— el arbitraje es una complicación que no hace más que alargar la solución de los conflictos.

Como es sabido, la primera ley que abordó de manera unitaria la institución del arbitraje fue la "Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado" (BOE 24 diciembre 1953), de la que fue autor principal el eminente procesalista profesor Jaime GUASP. La ley partía de la pretensión, que se reveló ingenua, de dotar a la institución de manera "que puede brindar a gran número de intereses patrimoniales una solución rápida y satisfactoria de los conflictos en que puedan verse envueltos"¹.

No hace falta decir que la ley fracasó en su intento de generalizar la solución de conflictos por la vía arbitral, como demostraba el juicioso comentario de mi primer maestro.

Creo que una de las principales razones de ese fracaso fue, justamente, la configuración de los recursos posibles contra el laudo arbitral, si bien la ley a que nos referimos simplificó el sistema de recursos anterior, pues suprimió el recurso de apelación que venía procediendo contra los laudos

1.- Exposición de Motivos, § 6.

dictados en arbitraje de derecho. Así, el artículo veintiocho de la Ley de 1953 autorizaba *sólo* el recurso de casación, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, ante el Tribunal Supremo, para el caso de arbitraje de derecho; mientras que el artículo treinta permitía *sólo* el recurso de nulidad contra el fallo que hubiesen dictado los árbitros en un arbitraje de equidad, también ante la Sala primera del Tribunal Supremo.

La ley de 1953 fue, por otra parte, quedándose más y más obsoleta, especialmente a la vista de los enormes avances de la legislación mercantil, de los nuevos tipos de contratos, y, sobre todo, de la globalización, extensión y complejidad del comercio internacional, que la hacían totalmente inadecuada.

Por eso, tras un larguísimo paréntesis, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, derogó aquella vetusta ley, pero es el caso de que tampoco cubrió totalmente las expectativas y las necesidades a las que se enfrentaba. En particular, resulta llamativo que no adoptara los criterios de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1985.

Precisamente por esta última razón, unida a otras de menor entidad, se promulgó la vigente ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, cuya Exposición de Motivos reconoce paladinamente que “con la pretensión de producir un salto cualitativo”², “su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985”³.

Entre las mejoras que la Ley 60/2003 introduce –aunque algunas ya estaban recogidas en la Ley 36/1988, están las relativas a la *Anulación y la revisión del laudo*, a que se dedica el Título VII de dicha ley (Artículos 40 a 43).

A esta cuestión vamos a dedicar nuestra intervención, en el limitado tiempo que esta intervención permite.

II.- ALGUNAS CUESTIONES GENERALES.

A.- La acción y procedimiento de anulación del laudo no es un recurso.

Contrariamente a lo que se sigue diciendo habitualmente por muchos, la acción de anulación del laudo no es un recurso. A este respecto, la Ley

2.- Exposición de Motivos, I, § 3.

3.- Exposición de Motivos, I, § 3.

60/2003 ha suprimido dicha calificación que venía autorizada por la derogada ley 36/1988. Con esta precisión se viene a reconocer la objeción –ya puesta de relieve por la doctrina más autorizada– que entendía que la anulación del laudo es un proceso, subsiguiente a una acción. Pero en ningún caso puede ser un recurso, porque el laudo es, por su naturaleza, ejecutable desde que se emite; mientras que la acción de anulación, que, además ha de basarse exclusivamente en los limitados motivos que la ley permite, tiende a la rescisión del laudo que, entre tanto, incluso puede estar en trámites de ejecución, o incluso haberse ejecutado en su totalidad, como se extrae del artículo 45.1 de la actual Ley Arbitral. (en lo sucesivo, LA).

La Exposición de Motivos de la LA dice, rotundamente, que “se evita la expresión recurso por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la *acción de anulación* es un *proceso de impugnación de la validez del laudo*”⁴.

B.- ¿Cabe la renuncia a la acción de anulación del laudo?

Desde un punto de vista lógico, cabría pensar en que las partes, al contratar o establecer el método elegido para dirimir sus posibles diferencias, pudieran renunciar *ab initio* a la intervención judicial respecto del laudo que acaso se dictare.

Esta renuncia podría estar incluso más en consonancia con la naturaleza del arbitraje, mediante el cual las partes desean extraerse a la actividad jurisdiccional para resolver sus conflictos.

Pero ya la remota STS de 23 de marzo de 1945 declaró que la estipulación de renuncia en una escritura de compromiso a que el laudo de los amigables componedores fuere revisado por los Tribunales, dándole desde luego firmeza, era nula por contrariar lo contenido en los artículos 4 (entonces vigente) y 1255 del Código Civil. Es decir, que era contraria al orden público. La misma solución alcanzó la STS de 1º marzo 1962⁵, de la que fue Ponente Don Antonio DE VICENTE TUTOR y GUELBENZU, en un caso en que las partes se habían sometido “a la decisión inapelable del amigable componedor”, la cual, tras señalar que “dejando aparte el contrasentido... que entraña acudir a la jurisdicción ordinaria para impetrar la nulidad del laudo”, acababa decidiendo que, a pesar de ello, el recurso estaba amparado por el artículo 1691.3º de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

En la actualidad, tras la promulgación de la Constitución de 1978, la cuestión es aún más clara, puesto que se considera por los tribunales que el

4.- Exposición de Motivos, VIII, § 2.

5.- Repertorio Aranzadi 1169/1962.

compromiso de no impugnar las decisiones que otorgaren los mandatarios, incluso contenido en escritura pública, es nulo. Y ello, porque “es irrenunciable preventivamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 Constitución Española; STS 10 marzo 1986)”, como afirma la STS 569/2000, de 31 de mayo, Pon.: Antonio GULLÓN BALLESTEROS.

C.- Objeto de la acción de anulación.

Una primera respuesta apresurada podría conducir a responder que el objeto de la acción de anulación es el laudo, como se desprende del mismo enunciado del Título VII de la LA.

A este respecto, podemos empezar comentando que la ley incorpora un elemento que ha causado y causa razones para la confusión doctrinal. Es el hecho de que el artículo 40 habla —como ya lo hacía la Ley de 1988— de que la acción de anulación procede “contra un laudo *definitivo*”.

Con mayor técnica —o por lo menos, con mejor claridad—, la vetusta ley de 1953 hablaba de que el recurso de casación procedía “contra el *fallo* que dicten los árbitros”, tanto en el caso de arbitraje de derecho (art. veintiocho Ley 1953) como en el de arbitraje de equidad (art. treinta Ley 1953).

¿Qué quiere decir laudo *definitivo*?

Algún autor entiende que el laudo arbitral es firme desde el momento mismo en que se dicta, añadiendo que la sentencia que acaso se dicte anulándolo en virtud de la acción de anulación, “a partir de ella, en todo caso, el laudo que era ya firme, válido y ejecutivo dejará de serlo”⁶. Para acrecentar la perplejidad, se ha dicho que *definitivos* son los laudos que son susceptibles de ser cuestionados por la acción de anulación frente a aquellos otros denominados *firmes* que, a diferencia de los anteriores, producen los efectos inherentes a la cosa juzgada⁷.

Sin embargo, no podemos compartir esta opinión, ya que se opone a esta consideración la dicción de la Exposición de Motivos de la Ley, que, en materia de la fuerza ejecutiva del laudo, aunque sea objeto de impugnación, afirma que “ningún sentido tendría que la ejecutividad del laudo dependiera de su firmeza”. Añadiendo, acto continuo, que “la ejecutividad del *laudo no firme* se ve matizada por la facultad del ejecutado de obtener la suspensión de la ejecución mediante la prestación de caución...”, etc.⁸. Hay que reconocer, sin embargo, que la afirmación legal de que “el laudo produce efectos de

6.- MARTÍN BRAÑAS, Carlos: *La acción de anulación frente a laudos arbitrales*, “Foro, Nueva Época”, 3/2006, p. 124.

7.- Vide MARTÍN BRAÑAS, *op. cit.*, pp. 131-132.

8.- Exposición de Motivos LA, IX, § 3.

cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión...⁹, induce a error o por lo menos a confusión.

Sentado que laudo *definitivo* no equivale a laudo *firme*, ¿qué es entonces un laudo *definitivo*?

La solución hay que buscarla en la contraposición entre el laudo *definitivo*, que pone fin al procedimiento arbitral y los laudos *parciales* que, aunque tengan el mismo valor que el laudo *definitivo*¹⁰, pueden versar sobre *alguna parte del fondo de la controversia* o sobre otras cuestiones como la *competencia de los árbitros* o *medidas cautelares*¹¹ y sobre las *excepciones* a que nos referiremos acto continuo.

En el concepto genérico de *laudo* sobre el fondo controvertido hay que incluir el supuesto de que haya un *único laudo*, pero también *tantos laudos parciales* como hubieren estimado necesario el árbitro o árbitros¹². Pero resulta que el laudo —total o parcial— no es el único objeto de la acción de anulación, puesto que, según prescribe el artículo 22.3¹³, en relación con los apartados 1 y 2 del mismo artículo, también cabe la acción de anulación contra la decisión de los árbitros respecto de las *excepciones* que pudieren haberse opuesto a la celebración del arbitraje. Dichas excepciones son las *relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia*¹⁴. A lo que hay que añadir la decisión de los árbitros sobre su propia competencia¹⁵, que, en caso de disconformidad por la parte, ha de plantearse como excepción¹⁶, que habrá de ser resuelta igualmente por medio de decisión, también sujeta a la acción de anulación¹⁷. Si la decisión sobre las excepciones fuera desestimatoria y se adoptase con carácter previo, *el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral*¹⁸.

Pero no sólo cabe la acción de anulación contra las decisiones relativas a las excepciones mencionadas. Es procedente también contra *las decisiones*

9.- Art. 42.2.

10.- Exposición de Motivos LA, VII, § 7.

11.- Exposición de Motivos LA VII, § 5.

12.- Art. 37.1.

13.- En lo sucesivo, la mención de los artículos se refiere a la actual ley arbitral, salvo indicación en contrario.

14.- Art. 22.1.

15.- La conocida regla *Kompetenz-Kompetenz*, Art. 16 de la Ley Modelo.

16.- Como se dispone en la Ley Modelo, Art. 16.2).

17.- Art. 22.1 y 2, y 3.

18.- Art. 22.3.

*arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan*¹⁹.

Se hace necesario aquí hacer frente a la opinión de autorizada doctrina²⁰ que considera –aunque no lo podemos compartir– que, entre los laudos que no son susceptibles de acción de anulación se cuenta el que emitan los árbitros en virtud del previo acuerdo adoptado por las partes, según la previsión del artículo 36. La razón aducida para negar el ejercicio de la acción de anulación en este último caso es que no hay perjuicio para ninguna de las partes. Pero el laudo no tiene por qué coincidir, ni siquiera en el tiempo ni en el contenido con el citado acuerdo, por lo que siempre se podrá aducir una discrepancia, formal o material, entre el laudo y el acuerdo previamente alcanzado *inter partes*. Sin olvidar que el repetido art. 36.2 afirma que dicho laudo “tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio”, por lo que, idénticamente, tendrá que poder ser objeto de la acción de anulación, singularmente, por ejemplo, y además de las posibles discrepancias entre lo acordado y lo consignado en el laudo, por el motivo de ser contrario al orden público²¹.

Por lo indicado, hay que concluir que la acción de anulación cabe contra:

1.- El laudo único sobre el fondo que haya dado fin al procedimiento, caso de que no haya habido laudos parciales.

2.- El laudo definitivo y los laudos parciales sobre el fondo.

3.- Los laudos parciales sobre aspectos que no recaen sobre el fondo de la controversia, que pueden ser:

3.a.- Las decisiones arbitrales sobre las excepciones formuladas contra el procedimiento arbitral, incluyendo la cuestión sobre la competencia de los árbitros.

3.b.- Las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares.

Ante este panorama, entendemos que hubiera sido mucho mejor reservar un solo artículo de la Ley donde se estableciera la acción de anulación para todos los casos posibles, en lugar de introducir la posibilidad de dicha acción en el artículo 22 y en el artículo 40, con el confusionismo al que ya hemos hecho referencia.

19.- Art. 23.2.

20.- MARTÍN BRAÑAS, *op. cit.*, sumándose a la tesis de GARBERÍ LLOBREGAT, p. 132, nota 40.

21.- Art. 41.1.f).

D.- Naturaleza de la acción y del proceso de anulación.

¿Se trata de un proceso ordinario o extraordinario?

De la dicción de la ley y de la doctrina jurisprudencial, hemos de pronunciarnos claramente sobre el carácter extraordinario de la acción de anulación y del procedimiento que la regula.

Esta conclusión deriva de dos argumentos complementarios. Es el primero que la acción de anulación debe basarse exclusivamente en los tasados motivos que recoge el artículo 41.

El segundo motivo es que, con el ejercicio de dicha acción, el tribunal competente no puede sino confirmar o anular el laudo; pero "como regla general"²² no puede entrar en el fondo de la cuestión controvertida. Así resulta de la Exposición de Motivos²³, así como de los mismos motivos que pueden conducir a la anulación del laudo. De su mera lectura (después nos referiremos a cada uno de ellos con mayor extensión), es claro que se trata normalmente de un examen externo; o, como se ha dicho, "el recurso"²⁴ de anulación se configura en esencia como un juicio externo, limitado al control de las garantías formales, sin que puedan los tribunales entrar a analizar el fondo controvertido"²⁵.

Decimos que el tribunal competente no puede —como regla general— entrar en el fondo del asunto sometido a arbitraje, tesis que ha venido siendo confirmada por la jurisprudencia sin fisura alguna, de la que puede ser paradigma la STS 20 de marzo de 1990 (Pon.: Rafael CASARES CÓRDOBA), que cita las SSTs 13 octubre 1986, 12 junio 1987, 17 marzo 1988, y STC 43/1988, de 16 de marzo (Pon.: Carlos DE LA VEGA BENAYAS, FJ 5), que insisten en que se trata de un *juicio externo*, que no se pronuncia sobre el fondo. Pero hay que advertir desde ahora que, en nuestra opinión que exponemos *infra* con detalle, ese juicio podrá pasar a ser sobre el fondo de la controversia cuando la decisión arbitral contravenga el orden público.

Por lo advertido, no estamos en presencia de un recurso de apelación (ya suprimido por la Ley de 1953); y contra la sentencia que da fin al proceso de anulación sólo caben recursos absolutamente extraordinarios, como veremos

22.- Literalmente, en la Exposición de Motivos, VIII, § 2: (...) *los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros.*

23.- VIII, § 2.

24.- Con referencia a la LA, la denominación de *recurso* empleada por el autor citado es un error, como ya hemos dicho.

25.- MARTÍN BRANAS, *op. cit.*, p. 121.

infra. No deja de ser, sin embargo, paradójico que un proceso tan extraordinario como el que nos ocupa se tramite por los cauces del juicio verbal²⁶, aunque con algunas especialidades de las que nos ocuparemos después.

Por último, nótese que la actual regulación extraordinaria de la acción de anulación está en plena consonancia con la solución adoptada por la Ley Modelo que titula su artículo 34 diciendo *La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral*. Añadiendo, en su apartado 1, que “contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo”, que establecen 6 motivos plenamente tasados.

III.- EL PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN.

A.- Tribunales competentes.

La Ley 11/2011, de 20 de mayo, sustituyó la competencia para el conocimiento de las acciones de anulación que venía siendo atribuida a las Audiencias Provinciales, para concederla a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

Con anterioridad, la competencia de las Audiencias Provinciales había sido objeto de algunas críticas de la doctrina, que había apuntado la posibilidad de que se formara una jurisprudencia o doctrina contradictoria sobre los motivos de anulación, en razón de la multiplicidad de órganos judiciales provinciales²⁷.

La Ley 11/2011 en su Exposición de Motivos²⁸ indica, en relación a la nueva atribución competencial a las Salas de lo Civil y Penal, que “con este propósito de impulsar el arbitraje, la presente Ley comienza por llevar a cabo una reasignación de las funciones judiciales en relación con el arbitraje, tanto las funciones de apoyo, como el conocimiento de la acción de anulación del laudo y el exequátur de laudos extranjeros, que permita dar *más uniformidad al sistema mediante una «elevación» de determinadas funciones*”, con lo que sale al paso de aquellas críticas respecto de la posible dispersión de soluciones. A su vez, la Ley Orgánica 5/2011, también de 20 de mayo, complementaria de la referida Ley 11/2011, dice también, en su Preámbulo, que se ha considerado conveniente trasladar las atribuciones en

26.- Art. 42.1.

27.- *Vide* MARTÍN BRAÑAS, *op. cit.*, p. 128, aunque también señala que algún autor consideraba que la existencia de distintas interpretaciones sería un enriquecimiento indudable (???)

28.- EM, II.

materia de arbitraje a las Salas de lo Civil y Penal *con un ámbito territorial con mayor visibilidad a efectos de arbitraje internacional que los Juzgados unipersonales y que permitirán una mayor unificación de criterios de lo que actualmente acontece con las Audiencias Provinciales*²⁹.

En definitiva, las Salas de lo Civil y Penal son competentes para la acción de anulación del laudo, pero también lo son para el nombramiento y remoción judicial de árbitros (art. 8.1); y para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros (art. 8.6).

B.- Las partes en el procedimiento.

Obviamente, pueden ser partes en el procedimiento de anulación las mismas que lo han sido en el procedimiento arbitral en el que se produjeron las decisiones arbitrales impugnables.

Sin embargo, un sector de la doctrina admite que también pueden ser parte en el procedimiento de anulación, tanto en el aspecto activo como en el pasivo, aquellas personas o entidades que puedan acreditar un interés directo, sea en la impugnación como en el mantenimiento de la decisión arbitral de que se trate³⁰.

C.- El plazo para la acción de anulación.

El artículo 41.4 determina que dicha acción habrá de ejercitarse *dentro de los dos meses* –contados, como sabemos, de fecha a fecha– siguientes a la notificación del laudo o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento de aquél³¹, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla³². Estas disposiciones están en la misma línea de la Ley Modelo, que dispone que el plazo conferido para la petición de nulidad expira transcurridos tres meses desde la fecha de la recepción del laudo o, si se hubiere solicitado corrección o interpretación del laudo, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral³³.

29.- L.O. 5/2011, *Preámbulo*, § 2.

30.- Así, MARTÍN BRAÑAS, *op. cit.*, pp. 130-131, que cita a CUCARELLA GALIANA, BARONA VILAR, etc.

31.- A lo que hay que añadir la *rectificación* de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, ex Art. 39.1.d).

32.- Plazo que puede ser de diez o veinte días en caso de arbitraje nacional, y uno o dos meses en caso de arbitraje internacional, ex Art. 39.2, 3 y 5.

33.- Art. 34.3) de la Ley Modelo.

Algunos entienden también que habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite la presentación de todo escrito sujeto a plazo hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, con exclusión de los días inhábiles para las actuaciones judiciales³⁴. No obstante, no puedo compartir esta opinión, puesto que el plazo de dos meses para el inicio de la acción de nulidad es material, todavía no procesal, ya que los plazos a los que se refiere el artículo 135.1 LEC parecen ser éstos últimos, los estrictamente procesales. No en vano se inserta en el Título V, Capítulo II de la LEC, intitulado *Del tiempo de las actuaciones judiciales*; no a los referidos al ejercicio inicial de la acción.

En este punto podemos analizar algo más la diferencia entre los plazos procesales *judiciales* o *procesales* y los plazos *civiles*. Según estableció, creo que por primera vez, la STS de 24 de marzo de 1893, Pon.: José DE CÁCERES³⁵, a diferencia de los plazos civiles, los plazos judiciales son aquellos que tienen como punto de partida alguna de las diligencias de emplazamiento, citación o notificación.

En esta misma línea, PRIETO CASTRO enseña que los plazos de caducidad de las acciones son civiles –no judiciales–, y lo mismo hay que decir respecto del plazo para el recurso de revisión, etc.³⁶.

La misma conclusión se alcanza por aplicación de la doctrina sentada por la STC 179/1988, de 10 de octubre, que entendió que la inhabilidad de los días del mes de agosto no regía para la presentación de las demandas de amparo, por no ser ésta un acto procesal o judicial dentro de un proceso, sino la apertura de un nuevo procedimiento. A esta sentencia se refiere Andrés DE LA OLIVA indicando que “según este mismo criterio, tampoco debe regir este precepto cuando se trate de plazos para el ejercicio de acciones”³⁷.

No obstante, la aplicación del artículo 135.1 LEC podría estar avalada por la doctrina sentada por la STC 220/2012, de 26 de noviembre, que cita la STC 194/2009, de 28 de septiembre, ambas acogidas por la STS (Sala Cuarta) de 3 de junio de 2013, en materia de conciliación previa a acción por despido improcedente. Dicha doctrina se posiciona a favor de la ponderación y flexibilidad que han de conceder los tribunales a los plazos de prescripción y

34.- P. ej., MARTÍN BRAÑAS, *op. cit.*, p. 136.

35.- *Diccionario Alcubilla, Apéndice 1893*, CLXII, p. 822. A esta sentencia le siguió la STS de 11 febrero 1959, Pon.: Joaquín DOMÍNGUEZ DE MOLINA (Aranzadí 472/1959), que cita las SSTS 8 abril 1920, 13 junio 1921 y 12 mayo 1956.

36.- PRIETO-CASTRO: *Derecho procesal civil*, Vol. Primero, Edersa, Madrid, 1968, p. 425.

37.- DE LA OLIVA, Andrés, en *Derecho procesal civil II* (coautor, Miguel Ángel FERNÁNDEZ), 4ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, p. 126.

caducidad, en aras de favorecer el acceso de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, sin formalismos excesivos y desproporcionados.

La Ley de 1988 fijaba dicho plazo en *diez días*³⁸, de modo que algunos planteaban dudas respecto de si el cómputo había de ser civil o procesal, con inclusión o exclusión de los días inhábiles. Con independencia de que, en nuestra opinión, el problema no hubiera debido siquiera plantearse, pues se trata de ejercicio de acción, y por ello, claramente civil, en la actualidad el asunto está simplificado, ya que, al tratarse de meses, es claro que han de contarse de fecha a fecha. Pero no totalmente resuelto, porque también cabría entender, de forma igualmente errónea según nos parece, que fueran aplicables las disposiciones del artículo 5 LA, que dictan las reglas correspondientes a las *Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos*. Sin embargo, al decir dicho artículo que lo en él dispuesto es “salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial”, ha dado lugar a que alguna opinión entiende que el artículo 5 es sólo aplicable al procedimiento arbitral, mientras que el plazo de ejercicio de la acción de anulación, al ser ésta de naturaleza judicial, ha de regirse por las normas temporales procesales.

No puedo estar de acuerdo con esta opinión, con ser muy respetable, ya que la naturaleza del procedimiento arbitral, como veremos en otro lugar, exige una mayor flexibilidad en el cómputo y consideración de los plazos previstos en la Ley —especial, no se olvide— de Arbitraje. Los plazos del *procedimiento* correspondiente a la acción de anulación, evidentemente procesales, son de aplicación *una vez iniciada ésta*; pero, mientras tanto, los dos meses que la ley arbitral prevé para el *inicio* de su ejercicio, deben computarse con arreglo a lo previsto para los plazos civiles, que, en el caso de ejercicio de acciones como la de anulación del laudo, son de caducidad.

En cualquier caso, el actual plazo de dos meses, a la vez que supera ampliamente el plazo de diez días de la Ley de 1988, se aproxima más al plazo de la Ley Modelo que, en su artículo 34.3) lo fija en tres meses.

La naturaleza del referido plazo de dos meses es, como ya hemos adelantado, de caducidad, entendiéndose así por la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia, de la que es muestra la STC 288/1993, de 4 de octubre, Pon.: Carlos DE LA VEGA BENAYAS³⁹.

38.- Art. 46.2 Ley 1988. Es de notar que el plazo de diez días coincidía con el fijado en el artículo 1694 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 para el escrito de preparación del recurso de casación.

39.- BOE 9-11-1993.

Esta sentencia es particularmente significativa, puesto que anuló una sentencia que, a pesar de reconocer que la acción de anulación se había interpuesto fuera de plazo, anuló el laudo recurrido por entender que incurría en un supuesto de nulidad total. El Tribunal Constitucional consideró, por el contrario, que, habiéndose producido la caducidad de la acción, por expiración del plazo, la anulación posterior del laudo infringía la cosa juzgada propia del laudo firme, por lo que se había producido una vulneración del art. 24 de la Constitución, garante de la tutela judicial efectiva.

D.- Normas procedimentales.

El artículo 42, dedicado al procedimiento aplicable, se decanta por los cauces del juicio verbal.

Sin embargo, la Ley Arbitral introduce algunas variaciones, de gran importancia, de manera que se articula una solución híbrida, que no parece demasiado adecuada para la idea de sencillez y expeditividad que debería adornar a la acción de nulidad de que tratamos, y que el legislador ha tomado como ejes de su regulación⁴⁰.

Para empezar, la demanda rectora del procedimiento ha de ajustarse a lo establecido en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, lo que esta ley exige para la demanda del juicio ordinario. A dicha demanda han de acompañarse los documentos justificativos de la pretensión, el convenio arbitral y el laudo, y, en su caso, ha de contener la proposición de los medios de prueba que interese el actor⁴¹.

La contestación ha de ser también escrita, con idéntico acompañamiento de los documentos justificativos de la oposición, así como de la proposición de medios de prueba; y ello en el plazo de veinte días desde el traslado de la demanda al demandado⁴².

¿Han de intervenir Abogado y Procurador en los anteriores escritos?

La Ley de 1988 no ofrecía dudas a este respecto, puesto que exigía la intervención de ambos en el artículo 51.

40.- La Exposición de Motivos LA afirma que "el procedimiento para el ejercicio de la acción de anulación trata de conjugar las exigencias de rapidez y de mejor defensa de las partes. Así, tras una demanda y una contestación escritas, se siguen los trámites del juicio verbal" (EM, VIII, § 3).

41.- Art. 42.1.a).

42.- Art. 42.1.b).

Sin embargo, la actual Ley silencia este punto. Ocurre que, al decir el artículo 42 que la acción de anulación se sustanciará por los trámites del juicio verbal, y no ser preceptiva la intervención de abogado y procurador en los juicios de esta clase en que la cuantía no supere los 2.000 Euros⁴³, la cuestión queda abierta a diversas interpretaciones.

También se incluye la posibilidad de celebración de vista, "si así lo solicitan las partes en sus escritos de demanda y contestación"⁴⁴. Esta dición pudiera sugerir la opinión de que, para la celebración de vista, se requiere la solicitud de ambas partes. Pero entendemos que sería suficiente con que una sola de ellas la solicite, para que el tribunal dé lugar a ella, con citación de las partes a la vista que realice el Secretario Judicial.

En cambio, si ninguna de las partes ha solicitado vista, o cuando la única prueba propuesta sea la de documentos ya aportados sin haber sido impugnados, o de haber informes periciales no fuera necesaria su ratificación, el tribunal debe dictar sentencia sin más trámite.

Hemos de advertir ahora que, en ocasiones, se solicita vista para la celebración de alguna prueba, como por ejemplo el interrogatorio de la parte adversa. En general, dicha prueba puede resultar no sólo inútil, sino perjudicial para la propia parte proponente, como hemos tenido ocasión de comprobar en la práctica forense. Por ello aconsejaríamos cautela en esta materia.

III.- Los motivos de anulación del laudo.

Hemos dejado para el final el examen de los motivos que pueden dar lugar a la anulación del laudo, por parecernos que es la parte más interesante de la materia que estamos tratando.

Dichos motivos están enumerados en el artículo 41 de la LA, y son en gran parte trasunto de los que figuran en el artículo 34 de la Ley Modelo, como se reconoce sin ambages en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje⁴⁵.

Existe una diferencia importante con respecto a la regulación de la Ley de 1988, que incluía, como motivo de anulación, la circunstancia de que el laudo se hubiere dictado fuera de plazo⁴⁶. En cambio, en la Ley actual, el

43.- Arts. 23.2.1º (Procurador), y 31.2.1º (Abogado), ambos de la LEC.

44.- Art. 42.1.c).

45.- "El elenco de los motivos y su apreciabilidad de oficio o sólo a instancia de parte se inspiran en la Ley Modelo" (EM, VIII, § 3).

46.- Ley 1988, art. 45.3.

plazo que salvo acuerdo en contrario, es de seis meses, puede ser prorrogado por los árbitros –igualmente salvo acuerdo en contrario–, e igualmente, también salvo acuerdo en contrario⁴⁷, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros.

Veamos los motivos brevemente.

1.- INEXISTENCIA O INVALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL.

El primero de los motivos es “**Que el convenio arbitral no existe o no es válido**” (art. 41.1.a).

En cuanto a la inexistencia, entendemos que cabe considerar una inexistencia material –no se suscribió jamás ningún convenio arbitral entre las partes–, y una inexistencia en sentido jurídico. Ambas supuestos pueden dar lugar a la causa de nulidad del laudo.

La razón de la inclusión de este doble motivo (inexistencia o invalidez) radica en que el convenio arbitral, como contrato que es, está sujeto a los mismos requisitos que cualquier otro contrato: capacidad de las partes, consentimiento no viciado radicalmente, y forma. En consecuencia, entendemos que caben aquí los supuestos de inexistencia, nulidad y anulabilidad del convenio.

Respecto de la forma del convenio, el artículo 9.3 afirma rotundamente que “el convenio arbitral *deberá* constar por escrito”, aunque, –sigue diciendo el apartado citado– dicha exigencia puede colmarse por documento firmado entre las partes, o en un intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, incluyendo soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

Entendemos que la exigencia de que conste por escrito, con todas las modalidades descritas, es esencial a la existencia del convenio, pues no otra interpretación cabe al rotundo “deberá” que contiene el artículo 9.3. En el mismo sentido se pronunciaba ALBALADEJO⁴⁸, si bien se refería a la Ley de 1988, la cual también decía que el convenio arbitral *deberá formalizarse por escrito*⁴⁹.

47.- Sentimos reiterar el latiguillo “salvo acuerdo en contrario”, pero el art. 37, en sus números 1 y 2, lo dice cuatro veces.

48.- Citado por DE LLANA VICENTE, Marino: *El recurso de anulación contra el laudo arbitral*, Trabajo de investigación presentado para el Curso «El arbitraje desde una perspectiva procesal», en Curso de Doctorado 1998/99 de la Facultad de Derecho de la UNED, Departamento de Derecho Procesal, Boletín del Ministerio de Justicia nº 1859 (Año 1999), p. 14.

49.- Art. 6.1 Ley 1988.

El motivo es, por su propia configuración, de escasa invocación ante los tribunales, con la excepción de los arbitrajes de consumo, a que nos referiremos acto seguido, si bien puede darse, como en el caso de la STSJ Madrid 20/2012, de 6 de Junio (Pon.: FERNÁNDEZ CASTRO, Emilio), el supuesto de una cláusula en un contrato de suministro de telefonía móvil, en la que se prevea un convenio arbitral, pero que no fue firmada por el cliente en lo que a este particular extremo se refería.

En los contratos de consumo, singularmente también los de servicios de telefonía, es frecuente que las compañías suministradores aleguen la inexistencia de convenio arbitral respecto de las ofertas públicas de sumisión a convenio arbitral por las compañías del sector, según lo dispuesto en el art. 6 del Real Decreto 636/1993, regulador del Sistema Arbitral de Consumo. Dicha inexistencia suele basarse en que la oferta pública se refiere a la Juna Nacional Arbitral de Consumo y a las Juntas de las Comunidades Autónomas, pero no a las Juntas arbitrales municipales. Con mucha habitualidad las ofertas no incluyen a estas últimas, por lo que, caso de que una de ellas haya emitido laudo, éste es nulo, por inexistencia de convenio. También sucede que las compañías opongan a la existencia del convenio el que el arbitraje se suscite por un empresario, mientras que los arbitrajes de consumo están reservados a los consumidores o usuarios finales, noción que excluye a los empresarios.

2.- Falta de la debida notificación a la parte de la designación del árbitro o de las actuaciones arbitrales o que la parte no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

El motivo se describe en el art. 41.1.b) que, literalmente, dice así:

“Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”.

Es un claro supuesto de indefensión, de modo que el laudo debe anularse por contravenir la tutela efectiva que el tribunal arbitral debía garantizarle.

En mi opinión, creo que este motivo hubiera podido fácilmente encuadrarse en el Motivo 4.1.f), “que el laudo es contrario al orden público”, porque la indefensión de que se trata es esencial, quebranta derechos fundamentales y, por dicha razón, como veremos, encaja perfectamente dentro de la infracción del orden público.

En la práctica de los tribunales, aparece este motivo en supuestos en que la parte considera que no se le han notificado debidamente las actuaciones y que no se ha realizado la *indagación razonable* a que se refiere el art. 5.a) de la Ley Arbitral, para garantizar en lo posible la efectiva y real recepción de la comunicación de que se trate.

La jurisprudencia ha venido sentando que, aunque es cierto que existe semejanza entre el Laudo arbitral y la sentencia, no son idénticos, ni siquiera equiparables a los efectos de exigir una misma regulación para los actos de comunicación de tales resoluciones, fundamentalmente, por la relevancia que en el primer caso debe atribuirse a la voluntad de las partes⁵⁰. Lo que no impide que sea necesario garantizar la igualdad, la audiencia y la contradicción, en definitiva, la interdicción de la indefensión⁵¹.

Por las razones acabadas de exponer, el art. 41.2 declara que este motivo de anulación puede ser apreciado por el tribunal, bien sea de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal.

3.- Extralimitación en la decisión de los árbitros.

El Motivo del art. 41.1.c) dice:

“Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión”.

El motivo puede encuadrarse en los supuestos de incongruencia *ultra petitum*, que, desde siempre, ha sido motivo de nulidad de las decisiones judiciales –aquí arbitrales– en lo que se refiere a la extralimitación.

Distinta cuestión es la relativa a las decisiones arbitrales sobre cuestiones que, sin haber sido expresamente solicitadas, sean consecuencia directa e inescindible de la cuestión principal.

Así, por ejemplo, en el asunto resuelto por la STSJIB de 24 de Octubre de 2014⁵², se había solicitado la disolución de la sociedad civil que unía a las partes, así como la adopción de determinadas medidas para la explotación, “hasta tanto no se procediera a la liquidación” de aquella. El árbitro dio lugar a la disolución y decretó la apertura del período de liquidación, a lo que se opuso la parte solicitante, alegando que sólo había pedido la disolución. El Tribunal entendió que la decisión arbitral era correcta, por cuanto no cabía hablar propiamente de explotación una vez producida la disolución, sino de verdadera y propia liquidación.

En cualquier caso, como recuerda la STSJ Madrid de 17 de Febrero de 2015⁵³, la jurisprudencia ha venido insistiendo en la *flexibilidad* con que ha de ser apreciada la correspondencia entre lo controvertido y lo que puede ser decidido por los árbitros. A este respecto, recuerda la STS de 25 de Octubre

50.- ATC 301/2005, STC 110/1993.

51.- STC 9/2005; SSTSJMadrid 24 febrero y 10 marzo 2015.

52.- Pon.: Antonio MONSERRAT QUINTANA.

53.- Pon.: Susana POLO GARCÍA.

de 1982 que señaló que las facultades de los árbitros vienen determinadas por el *thema decidendi* establecido por la voluntad de las partes, estando ciertamente aquéllos sometidos al principio de congruencia... pero eso no implica que estén obligados a interpretarlo tan restrictivamente que se coarte su misión decisoria de conflictos de forma extrajudicial, sino que la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor *elasticidad* en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciarse no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada; en el mismo sentido, las SSTS 9 octubre 1984, 17 septiembre 1985, 17 junio 1987, 28 noviembre 1988 y 20 noviembre 1989.

De la misma manera, *son admisibles pronunciamientos complementarios* no pedidos por las partes pero sí encaminados a facilitar la ejecución del fallo o a evitar nuevos pleitos (SSTS 21 noviembre 1989, 13 octubre 1990, 28 enero 1991, 4 julio 1994, 25 mayo 1995, 18 octubre 1996, 21 enero 2005, 21 febrero 2007, 5 marzo 2007, 19 septiembre 2007, etc. etc.).

4.- Contravención del acuerdo entre las partes, o, a falta de éste, de lo prescrito en la Ley Arbitral respecto de la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral.

Este motivo se recoge en el art. 41.1.d), que dice así:

“Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley”.

En punto a la designación de los árbitros, para no hacer interminable esta intervención, nos remitimos a lo que ya dijimos en nuestro artículo *Los árbitros. Estatuto. Nombramiento. Recusación. Competencia arbitral*, aparecido en “Práctica de Tribunales. Revista de Derecho procesal civil y mercantil”⁵⁴.

Resulta pues que, cualquiera de las contravenciones a los principios y requisitos indicados en el Acuerdo de las partes, caso de existir, a los que hay que añadir, evidentemente, todo lo relativo a la capacidad para ser árbitro, o el incumplimiento de las condiciones para serlo, así como las incompatibilidades para el ejercicio del arbitraje, serán causas que pueden incardinarse en este motivo, complejo por naturaleza.

54.- N° 14, Marzo 2005, pp. 5-20.

Los artículos correspondientes de la LA son los siguientes:

art. 12, Número de árbitros.

art. 13, Capacidad para ser árbitro, que ha de ser, en todo caso, persona natural⁵⁵ y, según el art. 15.1, salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no hayan de decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único, éste ha de ser *jurista*; mientras que, en el caso de que el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requiere que al menos uno de ellos sea también *jurista*.

art. 14, *Idem* sobre el arbitraje institucional.

Arts. 15.2 a 21, Reglas para el nombramiento de los árbitros.

Arts. 24 a 39, Sustanciación de las actuaciones arbitrales.

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que tanto el procedimiento para la designación de los árbitros (art. 15.2), como el procedimiento al que deben ajustarse éstos (art. 25.1), puede haber sido objeto de acuerdo entre las partes, con la sola exigencia legal de que:

- el procedimiento para la designación de los árbitros no puede vulnerar el principio de igualdad (art. 15.2, *in initio*).
- el procedimiento al que han de ajustarse los árbitros en sus actuaciones debe garantizar el cumplimiento, en todo caso, de los principios de *igualdad, audiencia y contradicción*, de manera que cada una de las partes ha de ser tratada con *igualdad* y tener *suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos*, ex art. 24, rúbrica y apartado 1.

5.- Resolución respecto de materias no susceptibles de arbitraje.

El apartado e) del art. 41.1 dice:

“Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje”.

Esta prevención nos dirige al art. 2, que manifiesta que sólo son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, lo que lleva a decir a la Exposición de Motivos⁵⁶ que “en principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles”.

55.- Véanse, a este respecto, las críticas que formulé a la prohibición de que las personas jurídicas sean árbitros, en mi artículo *Los árbitros. Estatuto. Nombramiento. Recusación. Competencia arbitral*, citado *supra*.

56.- Exposición de Motivos, II, § 9.

La Ley actual se separa así del criterio seguido por la Ley de 1988 que, en su artículo 2 describía los supuestos no susceptibles de arbitraje, con el siguiente tenor:

“1. No podrán ser objeto de arbitraje:

a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución.

b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición.

c) Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal no pueden actuar por si mismos.

2. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley los arbitrajes laborales”.

Por lo expuesto, la cuestión de la falta de arbitrabilidad queda más abierta que antes, por lo que será necesario un análisis cuidadoso para no incurrir en la causa de anulación de que se trata.

En el ámbito de la práctica judicial, se han visto por ejemplo casos de solicitud de nulidad por este motivo respecto de demolición de obras encuadradas en terrenos de dominio público portuario (Nulidad de laudo 1/2015, ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJIB); o materia sometida a legislación postal⁵⁷.

La indisponibilidad de la materia controvertida, y su consiguiente inarbitrabilidad, que conducen a la anulación del laudo en lo que sea menester, puede también ser apreciada por el tribunal bien de oficio, bien a instancias del Ministerio Fiscal, según el art. 41.2.

6.- Contravención del orden público.

El apartado f) del art. 41.1 efectúa una auténtica cláusula de cierre, al manifestar:

“Que el laudo es contrario al orden público”.

Decimos que es una cláusula de cierre, porque, de una u otra manera, en ella se podrían incluir algunas de las causas de anulación que el art. 41 ha venido proclamando, por lo que no es de extrañar que sea, muy probablemente, el motivo más alegado ante los tribunales, si bien,

57.- STSJ Extremadura 19 Junio 2012, mencionada por Alberto FORTÚN y Germán ÁLVAREZ-GARCILLÁN, *La impugnación de los laudos arbitrales*, Boletín del Despacho Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, p. 6.

desgraciadamente, en muchas ocasiones con carácter meramente retórico, ayuno de la necesaria invocación del precepto prohibitivo aplicable o de la prueba que fuere menester. FORTÚN y ÁLVAREZ-GARCILLÁN afirman que “en casi la práctica totalidad de los casos en que no existen motivos de anulación se acude a este motivo como último recurso”, añadiendo —juiciosamente— que “tales prácticas no son aconsejables”⁵⁸.

En todo caso, el motivo de anulación es idéntico al previsto en el artículo 34.2.b). ii) de la Ley Modelo, que considera igualmente como causa de anulación “que el laudo es contrario al orden público de este Estado”.

El concepto de normas de orden público es de una indeterminación muy notable, y todos los autores y la jurisprudencia que se han ocupado del problema coinciden en la dificultad de ofrecer un concepto claro y cerrado, por lo que hay que estar más a la casuística, renunciando a un *numerus clausus* de supuestos. A lo que hay que añadir que, como consecuencia de la vitalidad y dinamismo de la vida social, se van incorporando supuestos, como veremos en relación al novedoso *orden público económico*, tan en boga hoy en día tras la irrupción de la crisis, no sólo económica, sino sistémica e institucional que seguimos padeciendo, con características mundiales.

La conceptualización de qué sea el *orden público* ha evolucionado mucho, en sentido claramente ampliatorio, pero sin dejar de estar lastrado por una gran indefinición e inseguridad. Hasta el punto de que DE LLANA VICENTE apunta que, en la tramitación parlamentaria de la Ley de Arbitraje de 1988, HERRERO y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN decía «que el orden público es el concepto jurídico más indeterminado y más peligroso que podemos introducir en este momento en el proyecto de ley»⁵⁹. Claro que no parece que quedara otro remedio, al haberlo acogido rotundamente la Ley Modelo.

Decíamos que ha habido una gran evolución sobre el concepto mismo, si es que, en realidad, podemos hablar con rigor de que existe alguno con la concreción y claridad suficiente. MANRESA, por ejemplo, afirmaba de forma casi cabalística, que “el orden público, que no significa aquí el material mantenimiento de la paz pública, representa el interés público, social y de ley en el Derecho privado, lo permanente y esencial de las instituciones, lo que aun favoreciendo a algún individuo en quien se concreta el derecho, no puede quedar a su arbitrio”⁶⁰.

58.- *op. cit.*, p. 7.

59.- DE LLANA VICENTE, *op. cit.*, p. 26.

60.- MANRESA y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil Español*, T. VIII, Vol. 2º, Reus, Madrid, 1967, p. 381.

Tampoco aclara mucho MUCIUS SCAEVOLA, cuando dice que “en definitiva: pactos contra el orden público hay que entender los que van contra la ley, sea propia y estrictamente y en su totalidad de derecho público, sea de derecho privado, pero afectante en determinados preceptos al interés social”⁶¹.

SANTAMARÍA, continuando con el brumoso intento de definición, incluye sin embargo un elemento interesante, que hoy en día ha devenido esencial. Dice así:

“Limitaciones derivadas del orden público. Se comprenden en esta categoría los (*sic*) que proceden del obligado respeto a las instituciones públicas y al régimen económico fundamental⁶², conceptos muy amplios que sólo pueden obtenerse por abstracción fundada en las leyes”⁶³.

El mismo autor, probablemente influido por su condición de Magistrado, decía también —citando a los hermanos MAZEAUD⁶⁴— que “la noción de orden público, que cubre la de buenas costumbres, es bastante elástica para permitir a los Tribunales frenar la voluntad de las partes siempre que lo estimen necesario y pueden así ejercer una policía útil de los contratos”⁶⁵.

En un intento algo más específico respecto de la noción de *orden público* afirmaba CASTÁN, en comentario al artículo 4.2 del Código Civil, entonces vigente, relativo a la prohibición de renuncia a los derechos cuando dicha renuncia “ofenda al interés o al orden público”, que “la primera de estas excepciones adolece de la gran vaguedad que revisten las expresiones de *interés* y *orden público*”. Añadía que “se consideran generalmente como de orden público: las leyes que regulan el estado y la capacidad de las personas; las que se refieren a la organización de la propiedad y del crédito territorial, las del Derecho de familia puro, y dentro del de sucesiones, las relativas a las legítimas y a las solemnidades de los testamentos. Pero, en realidad, no es posible llegar en esta materia a fórmulas netas”⁶⁶.

La jurisprudencia antigua, especialmente con ocasión de la denegación de matrimonios entre personas en que uno de los contrayentes estaba divorciado, definía el *orden público nacional* diciendo que “está integrado por aquellos

61.- MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, T. XX, 2ª ed., Reus, Madrid, 1958, p. 587.

62.- La puesta en cursiva es nuestra.

63.- J. SANTAMARÍA: *Comentarios al Código Civil*, II, Edersa, Madrid, 1958, p. 255.

64.- Henri, Jean, Léon MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, I, 265.

65.- J. SANTAMARÍA, *op. cit.*, I, p. 21.

66.- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. Primero, Vol. Segundo, 10ª ed., Reus, Madrid, 1963, pp. 84-85.

principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso, religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada⁶⁷.

El Derecho comparado no ofrece excesiva ayuda. Así, por ejemplo, en Derecho Francés se nos dice que *Il s'agit de l'ensemble des règles obligatoires qui touchent à l'organisation de la Nation, à l'économie, à la morale, à la santé, à la sécurité, à la paix publique, aux droits et aux libertés essentielles de chaque individu*, reconociéndose que *il y a peu de notions juridiques qui soient aussi difficiles à définir que celle d'«ordre public»*⁶⁸.

En Derecho Alemán, el artículo 30 de la Ley Introductoria al Código Civil, bajo la rúbrica *Derecho extranjero inaplicable; «ordre public»*, prohíbe la aplicación del Derecho extranjero cuando aquélla contravenga *las buenas costumbres o la finalidad de una ley alemana*⁶⁹. Precepto que se reitera literalmente respecto de la prohibición del reconocimiento de las sentencias extranjeras que lo contravengan⁷⁰.

Por si fuera poco, la jurisprudencia española ha venido configurando multitud de supuestos que se engloban en diversas subdivisiones dentro del concepto genérico de *orden público*. Por supuesto, contravienen el *orden público* todas aquellas disposiciones que atentan contra los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución⁷¹. Pero a esta evidente afirmación se añaden otras posibilidades.

Así, existe un *orden público societario*, al que pertenecen, por ejemplo, los *principios configuradores de las sociedades de capital*, como serían los contenidos mínimos que han de figurar en los estatutos sociales⁷²; o las garantías de los derechos y libertades del socio minoritario⁷³.

Dentro del mismo orden público societario, se puede incluir la obligación de los administradores de promover la liquidación de la sociedad en caso de pérdidas determinantes de causa legal de disolución (STS 3447/2013, de 20 junio, que cita la STS 458/2010, de 30 junio).

67.- STS (1^a) 5 abril 1966, Pon.: Manuel TABOADA ROCA, Aranzadi 1684/1966.

68.- *Dictionnaire du droit privé*, de Serge BRAUDO, www.dictionnaire-juridique.com.

69.- Art. 30 EGBGB: [Unanwendbares Auslandsrecht; "ordre public"] Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstößen würde.

70.- § 328 (1).4 Zivilprozessordnung (ZPO).

71.- SSTC 43/1986, de 15 abril; 54/1989, de 23 febrero.

72.- STS 902/2005, de 28 noviembre, Pon.: Vicente Luis MONTES PENADÉS.

73.- Cf. STC 43/1986, de 15 abril, Pon.: Antonio TRUYOL SERRA.

Junto al *orden público societario* existe también, el *orden público económico*, de gran actualidad debido a la conflictividad generada por la gravísima crisis económica a que antes nos referíamos.

De este modo, podemos añadir aquí supuestos tales como:

- La prohibición de competencia (STS 191/2015, de 9 de enero).
- Las cláusulas abusivas en perjuicio de los consumidores (SSTS 241/2013, de 9 mayo; 3892/2014, de 12 de septiembre).
- Las cláusulas que no superan el llamado *control de transparencia* (STS 464/2014, de 8 de septiembre).
- Las que infringen el principio concursal de *par conditio creditorum* (STS 5826/2013, de 11 de diciembre).
- La infracción de la cláusula *rebus sic stantibus* en el sentido que se le ha de aplicar en el contexto de la repetida crisis económica (STS 30 junio 2014).
- La exigencia de buena fe en la contratación de productos financieros complejos, que implica el cumplimiento de los deberes de información y asesoramiento, test de conveniencia e idoneidad, etc. (STS –Pleno– 840/2013, de 20 enero 2014, Pon.: Ignacio SANCHO GARGALLO).

Como puede verse, nos apartamos del criterio, bastante extendido, que considera que la acción de anulación sólo puede permitir al tribunal un examen *externo* de las formalidades del procedimiento arbitral, dejando aparte todas aquellas cuestiones que, dentro de éste, hayan producido una indefensión real y material constitucionalmente relevante⁷⁴, pero sin poder pronunciarse en absoluto respecto del fondo de la decisión arbitral⁷⁵, sino que abogamos por la declaración de anulación del laudo que, con sus disposiciones materiales, hubiera infringido el orden público, genérico, societario o mercantil en sentido amplio, tal como hemos expuesto. Entendemos que el tribunal no está constreñido a un examen formal y externo del procedimiento arbitral, sino que debe analizar si *el laudo*, no sólo el *procedimiento* es contrario al orden público; y no sólo a instancia de

74.- En este sentido, por ejemplo, FORTÚN y ÁLVAREZ-GARCILLÁN, *op. cit.*, p. 8. También, idénticamente, BERMEJO REALES, Luis Francisco: *La eficacia de las decisiones arbitrales: la impugnación y ejecución de laudos*, en “Revista Jurídica de Castilla y León”, nº 29, enero de 2013, p. 7.

75.- Es particularmente enérgica la afirmación de Jesús REMÓN, de que “el concepto de orden público no puede convertirse en una puerta falsa para permitir el control de la decisión de fondo adoptada por los árbitros”: en *La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público*, Publicaciones del despacho URÍA MENÉNDEZ, p. 15.

parte, sino incluso *de oficio*⁷⁶. De la misma opinión que defendemos, DE LLANA VICENTE, que afirma que “los árbitros únicamente han de respetar en cuanto al fondo, los límites del orden público”⁷⁷, de lo que se extrae que, cuando no los respeten, el laudo será nulo.

Con este posicionamiento, hemos de alinearnos con la reciente jurisprudencia de la Sala de lo Civil y Penal de Madrid que ha ocasionado una encendida polémica⁷⁸, y en la que se ha venido aplicando la noción de orden público en un sentido tal como el que hemos indicado, a lo que se ha añadido la infracción del principio constitucional de igualdad. Estas sentencias son, básicamente, la 13/2015, de 28 de enero, Pon.: SANTOS VIJANDE, en un caso de *swap*; 6 y 14 abril 2015, también en casos de *swap*; 63/2014, de 13 noviembre (mismo Ponente), contravención del principio de igualdad⁷⁹; 47/2014, de 16 julio, (mismo Ponente), violación del principio de igualdad en la participación de la recurrente en la designación del árbitro, en cláusula de arbitraje contenida en un contrato de adhesión.

Hay que señalar que las soluciones adoptadas por la Sala de lo Civil y Penal de Madrid están en plena consonancia con resoluciones pretéritas, especialmente con algunas de la Audiencia Provincial de Barcelona (no hay que olvidar que la famosa Sección 15ª de dicha Audiencia fue la pionera en la especialización mercantil en España), por ejemplo, SSAP Barcelona 9 y 15 noviembre 2003, que anularon el laudo por infracción del principio de igualdad⁸⁰; la de 29 Julio 2004, que anuló una cláusula impuesta en un contrato de adhesión de telefonía móvil, con remisión a una asociación de carácter privado que, además, había asesorado a la empresa oferente o predisponente; y 7 julio 1997, que anuló el laudo por no haberse informado de la estrecha vinculación entre una de las sociedades contratantes y la asociación a la que se encomendó la administración del arbitraje.

De todo lo anterior se deduce claramente que la infracción del orden público puede afectar tanto al laudo en sí como a cualquiera de las fases del procedimiento arbitral, desde sus mismos orígenes: sumisión al arbitraje; designación del árbitro; procedimiento arbitral en sentido propio; y contenido y emisión del laudo.

76.- Como expresamente indica el art. 41, números 1.ª) y 2.ª).

77.- DE LLANA VICENTE, *op. cit.*, p. 26.

78.- Véase, por ejemplo, Diario “La Ley”, 12 mayo 2015.

79.- Caso de arbitraje administrado por la Cámara Oficial de Comercio de Industria de Madrid, en el que la Cámara es propietaria del 30,72% de IFEMA (Institución Ferial de Madrid), que era una de las partes en el conflicto.

80.- Árbitro designado por una institución arbitral creada en el seno de una firma de abogados que asesoraba a la parte contraria en el arbitraje.

Y por otra parte, también resulta que la polémica actual parece más bien artificiosa y posiblemente interesada desde las organizaciones o entidades que ejercen el arbitraje de forma profesional.

FINAL.

Sólo nos queda decir que contra la sentencia que se dicte respecto de la acción de anulación del laudo no cabe recurso alguno, salvo, claro está, el recurso de amparo y el proceso de revisión ante el Tribunal Supremo si hubiere lugar a ello.

XI.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PÚBLICO.

Tres trabajos de verdadero y variado interés constituyen el material seleccionado por la Comisión Académica de Derecho Público.

En el primero de ellos —titulado El “nomen iuris” de los recursos: entre la Filología y el Derecho y entre el Derecho procesal y el administrativo— el Académico Tomás Mir de la Fuente prosigue su análisis del lenguaje jurídico —que ha proporcionado ya abundante material que se puede examinar en el Boletín XV—, estudiando, en esta ocasión el sistema de recursos existentes en el ordenamiento jurídico español. Se parte de la concepción clásica del recurso como un elemento moderador del Poder por la vía de la reconsideración de sus actos, definición con la que se supera la distinción entre los recursos jurisdiccionales y administrativos. Distribuye los recursos en dos grandes grupos, que distingue con las etiquetas de “nominados” e “innominados”. En el primer grupo están el recurso contencioso-administrativo —que no es un verdadero recurso sino un proceso—, contencioso disciplinario militar, de alzada, de amparo, de anulación, de apelación, de audiencia en justicia, de casación, de inconstitucionalidad, de queja, de reforma, de reposición, de revisión, de súplica, de suplicación, económico-administrativo, en interés de la ley, extraordinario de alzada para la unificación de criterio, extraordinario para la unificación de doctrina, extraordinario por infracción procesal, gubernativo y recursos electorales. En cada caso se expone su conceptualización según los diccionarios

lingüísticos y jurídicos, los preceptos que a ellos se refieren y consideraciones doctrinales acerca de los mismos. Por lo que respecta a los recursos innominados los encontramos en muy diversas materias, tales como la asistencia jurídica gratuita, tasación de costas, minutas de derechos arancelarios de Notarios y Registradores, contratación pública, régimen disciplinario, recursos electorales distintos del contencioso electoral y normas forales fiscales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. Asimismo se aborda lo que denomina “un nonato recurso”, referido al de posible interposición contra las decisiones adoptadas por los Encargados de las oficinas del Registro Civil.

El ingente trabajo realizado por Tomás Mir de la Fuente obedece al propósito –según nos dice– de proceder al esclarecimiento de la idea “impugnación” y de la palabra “recurso” en nuestro Derecho positivo actual, trascendiendo de las palabras para penetrar en las ideas, ya que, como se dice en el trabajo desarrollando una máxima de Fray Luis de León, “la luz de las ideas ha de penetrar en el lenguaje”.

Se inserta a continuación el artículo del Presidente del TSJ de las Illes Balears y Académico de Número Antonio J. Terrasa García titulado “Notas a propósito de la llamada doctrina Parot y la reforma del Código penal (LO 1/2015 de 30 de Marzo)”. El artículo deriva de la ponencia que desarrolló en la mesa redonda que, sobre el tema “Doctrina Parot: implicaciones jurídicas y percepción ciudadana”, tuvo lugar el 19 de febrero de 2015 en el seno de la Academia, en la que, además, intervinieron el Presidente de la Audiencia Nacional José Ramón Navarro Miranda y los periodistas Andreu Manresa y María Fuenteálamo. En ella se trataba de exponer la configuración jurídica de la doctrina Parot, tal como fue establecida por la STS de 28 Febrero de 2006, y, en particular, su anulación por la sentencia de la Gran Sala del TEDH de 21 Octubre 2013, pero, al mismo tiempo, hacer referencia a las impresiones suscitadas en la sociedad civil por una y otra, razón que explicaba la presencia en la mesa redonda de dos periodistas; uno de los cuales, por cierto, no dejó de mostrar su extrañeza ante el hecho de que fuera bautizada la doctrina Parot con el nombre, precisamente, de un terrorista.

En el artículo de Antonio J. Terrasa García se hace un detallado recorrido histórico sobre el límite máximo de

cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad en nuestro Ordenamiento jurídico penal, profundizando en los criterios de “conexidad” y “acumulación”, para desembocar en el examen de la sentencia establecedora de la Doctrina Parot y de la del TEDH determinante de su anulación, con amplia exposición, en uno y otro caso, de los argumentos constitutivos de la ratio decidendi de los pronunciamientos. El artículo finaliza con unas meditadas reflexiones sobre la distinción doctrinal entre “penas” y “medidas para su ejecución”, cuestión que constituye, en palabras del autor, el nudo gordiano del problema. Tras la consideración del tema, finaliza su artículo señalando que “detectar una equivalente potencialidad lesiva entre pena y medidas de ejecución a los efectos de aplicar el CEDH, o constatar que la aplicación de las medidas de ejecución hayan repercutido inconvenientemente sobre la pena impuesta, quizás no requiera ni tenga por qué conducir inexorablemente a liquidar y prescindir de su diferente entidad”.

Cierra este conjunto de artículos el trabajo del Doctor en Derecho y especialista en Derecho urbanístico Juan Alemany Garcías, titulado “El régimen jurídico de las sociedades mixtas urbanísticas locales”. El artículo se centra en el estudio de estas figuras que, durante bastante tiempo, han sido un instrumento eficaz para que las Administraciones Locales realizaran actuaciones de promoción de vivienda y suelo con el apoyo e intervención del capital privado, constituyendo así un modo de gestión indirecta de servicios públicos. Se estudia la limitación que, para las mismas, supuso la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de las Administraciones Locales, tratando de imponer un criterio que no respeta el espíritu del legislador europeo, que potencia de manera evidente y clara la colaboración público-privada, especialmente a través de los nuevos planes de la vivienda. En este sentido se hace referencia a la comunicación interpretativa emitida el 5 febrero de 2008 por la Comisión Europea, sobre lo que en Europa se denominan PPPI (Paternariado Público-Privado Institucional) y en España CPPI (Colaboración Público-Privada Institucional), concepto que comprende las sociedades mixtas a través de convenios, y que parte del hecho de que, durante años, el fenómeno de la colaboración público-privada se ha desarrollado en numerosos ámbitos, siendo

la función asignada al socio privado la participación en distintas fases del proyecto (diseño, ejecución y explotación), soportar los riesgos tradicionalmente asumidos por el sector público y contribuir con frecuencia a la financiación del proyecto. Se contienen en el trabajo interesantes referencias a la sociedad Palacio de Congresos de Palma S.A., como ejemplo de las sociedades mixtas urbanísticas locales.

XI.1- EL “NOMEN IURIS” DE LOS RECURSOS: ENTRE LA FILOLOGÍA Y EL DERECHO Y ENTRE EL DERECHO PROCESAL Y EL ADMINISTRATIVO.

Tomás Mir de la Fuente

SUMARIO.

- I. Historia y recursos.
- II. Entre la Torre de Babel y el don de lenguas.
- III. Institucionalización.
- IV. Nómina -actual y seguramente incompleta- de los recursos, por orden alfabético, y algunas consideraciones sobre su denominación:
 1. *Recurso contencioso-administrativo.*
 2. *Recurso contencioso disciplinario militar.*
 3. *Recurso de alzada.*
 4. *Recurso de amparo.*
 5. *Recurso de anulación.*
 6. *Recurso de apelación.*
 7. *Recurso de audiencia en justicia.*
 8. *Recurso de casación.*
 9. *Recurso de inconstitucionalidad.*

10. *Recurso de queja.*
11. *Recurso de reforma.*
12. *Recurso de reposición.*
13. *Recurso de revisión.*
14. *Recurso de súplica.*
15. *Recurso de suplicación.*
16. *Recurso económico-administrativo.*
17. *Recurso en interés de la ley.*
18. *Recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio.*
19. *Recurso extraordinario de revisión.*
20. *Recurso extraordinario para la unificación de doctrina.*
21. *Recurso extraordinario por infracción procesal.*
22. *Recursos electorales:*
 1. *Contencioso electoral.*
 2. *Contra la proclamación de candidaturas y candidatos.*
 3. *Otros (innominados).*
23. *Recurso gubernativo.*

V. Algunos recursos innominados:

1. *Contra la denegación del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.*
2. *Contra la tasación de costas.*
3. *Contra las minutas de derechos arancelarios de Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles.*
4. *Recurso especial en materia de contratación pública.*
5. *Recursos en materia de régimen disciplinario.*
6. *Recursos electorales (distintos de contencioso electoral).*
7. *Recurso contra las Normas Forales fiscales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.*

VI. Un nonato recurso más, sin nombre propio.

VII. La idea y la palabra.

L.- Historia y recursos.

Al haber, hoy, recursos jurisdiccionales y administrativos, no hay un único concepto jurídico de recurso, sino varios, dos al menos, el de los cultivadores del Derecho Procesal y el de los del Derecho Administrativo, quienes, paradójicamente, en España, son los que preferentemente estudian, además de los administrativos, un recurso, que realmente no lo es, sino verdadero proceso, como el recurso contencioso-administrativo.

Se puede decir, en esta materia, que no están todos los que son ni son todos los que están.

Para M. A. FERNÁNDEZ LÓPEZ¹, es petición de parte en el proceso, por la que se solicita el nuevo examen de una cuestión fáctica o jurídica sobre la que ha recaído ya una resolución que resulta perjudicial a quien recurre, para que se sustituya por otra que le favorezca.

Para Jaime GUASP DELGADO², es pretensión de reforma de una resolución judicial dentro del mismo proceso en que dicha resolución fue dictada.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ³ define la impugnación procesal, como depuración del resultado del proceso, de volver a trabajar sobre la materia procesal, ya decidida, para que su nuevo curso permita depurar la exactitud o inexactitud de las conclusiones procesales primeramente obtenidas, y los recursos administrativos, como actos de impugnación de un acto administrativo anterior ante un órgano de este carácter que dan lugar a un procedimiento de revisión.

El **Diccionario de la Lengua Española**, tiene una única acepción, jurídica, de la palabra recurso (del latín *Recursus*), la 5ª, de un total de ocho, que dice: *Der. En un juicio u otro procedimiento, acción que concede la ley al interesado para reclamar contra las resoluciones, ora ante la autoridad que la dictó, ora ante alguna otra.* En la acepción 1ª, ha dicho que es acción y efecto de recurrir, lo que, en su acepción 5ª, como jurídica, es entablar recurso contra una resolución.

1.- *Los recursos ordinarios. Derecho Procesal civil II* (con DE LA OLIVA SANTOS, Andrés) Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 1995.

2.- *Derecho Procesal civil.* Instituto de Estudios Políticos. 1962.

3.- *Manual de Derecho Procesal Administrativo.* 1990. *Los recursos administrativos.* 2ª ed. 1969.

Como combinaciones estables con otros elementos que desempeñan una función adjetiva, y como del Derecho, se enumeran y definen aceptablemente, en el mismo artículo del Diccionario, después del lema, los recursos de *alzada* (recurso de apelación en lo gubernativo), de *amparo*, de *apelación*, de *casación*, de *fuerza* (ante el tribunal secular reclamando la protección real ante agravios que se reputan inferidos por un tribunal eclesiástico), de *injusticia notoria* (según el antiguo procedimiento), de *mil y quinientas* (que se interponía para la revisión de ciertos procesos graves con depósito de 1500 doblas), de *nulidad*, de *queja*, de *reforma*, de *reposición*, de *responsabilidad*, de *reposición*, de *segunda suplicación*, y de *súplica*.

El Diccionario asume que el recurso es una institución jurídica, no sólo del proceso o juicio sino también del procedimiento administrativo, y que, de una (judiciales) y otra clase (administrativos), los hay muchos, y más los hubo, con nombres varios, en ocasiones el mismo, en lo judicial y gubernativo. Por lo que hay que precisar, para no confundirse, el espacio y el tiempo. Y estar al Derecho. Como Ciencia y Ordenamiento jurídico positivo, histórico y vigente.

No hace mucho LUIS MARTÍN REBOLLO⁴ recordó –a propósito de la publicación del libro *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, en el que Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, su autor, había dicho que el Derecho es esencialmente lenguaje– lo que había añadido él: que también es Historia, arrastra contenidos y formas que, como el propio lenguaje, pertenecen a la Historia y esta Historia es la crónica de la función del Derecho en cada momento, a veces retardataria, otras transformadora, casi siempre conservadora y ratificadora de movimientos sociales y políticos previos. Es la historia de la creación de un lenguaje y sus consecuencias.

En España hay o ha habido, legalmente, recursos innominados y con nombre especial, o propio. Entre los calificados: los judiciales actuales, de reposición, reforma, súplica, apelación, anulación, audiencia en justicia, queja, casación y revisión, en procesos civiles, penales, laborales y administrativos; el extraordinario por infracción procesal, los de casación foral y en interés de la ley, para la unidad de doctrina jurisprudencial, todos del orden jurisdiccional civil; el de suplicación, del proceso laboral; el recurso contencioso-administrativo, de casación para unificación de doctrina y de casación en interés de la ley, del orden contencioso-administrativo; el contencioso disciplinario militar y el contencioso electoral. También, los

4.- Editorial del n° 160 de diciembre de 2013 de REDA págs. 11 a 57. *Eduardo García de Enterría: La vida y la obra (una aproximación al pensamiento del profesor García de Enterría desde dos de sus obras fundamentales)*.

recursos administrativos actuales: de alzada, reposición y revisión; el económico-administrativo (con los suyos propios, en esta vía, de alzada, de anulación previo al de alzada, extraordinario de alzada para unificación de criterio y extraordinario para la unificación de doctrina, y de revisión) y de reposición previo. También el llamado recurso gubernativo de la Ley Hipotecaria. Hay, los de inconstitucionalidad y de amparo ante el Tribunal Constitucional. Los electorales.

Hubo los judiciales de aclaración, anulación, audiencia al rebelde⁵, contra la arbitrariedad de los jueces, incumplimiento, justicia notoria, millones, nuevos diezmos, nulidad, omisión, rehabilitación en memoria del condenado, retención de bulas, suplicación y segunda suplicación. Hubo el recurso administrativo ordinario y el de queja. Y los de agravio absoluto y comparativo (dentro del régimen de estimación objetiva de bases, en el procedimiento de evaluación global, y emparentados con el más antiguo de agravios, contra los repartimientos municipales). Como los de audiencia o rescisión.

Por si fuera poco, hay, y más hubo, muchos recursos innominados. Porque está visto que no es fácil acertar, si es que con el *nomen iuris* no se busca solamente cumplir una formalidad. O tenderle trampas al legitimado para interponerlo. Como trata de evitar que suceda el artículo 110.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992 (y antes la de Procedimiento Administrativo de 1958), cuando dispone que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter. Pensando en el interesado lego, a quien, tal como previene el artículo 58.2, en cualquier caso, se le ha de haber instruido, al notificársele el acto administrativo a impugnar, de los recursos procedentes, órganos (administrativo o judicial, dice el 89.2) ante los que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que pueda ejercitar, en su caso, cualquier otro que estime procedente. Del mismo modo que la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el artículo 248.4 dispone que, al notificarse las resoluciones judiciales a las partes (normalmente asistidas de Letrado), se indicará si es o no firme, y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

5.- Juan MONTERO AROCA y José FLORS MATÍES, en *Los recursos en el proceso civil*. Tirant lo Blanc. Valencia 2003. Dicen que la actual LEC, con mejor criterio -que la de 1881, que hablaba del *recurso de audiencia al rebelde*, para referirse a este medio de impugnación- lo hace a la *rescisión de la sentencia firme* y a la *acción de rescisión*, poniendo, así, de relieve que este instrumento jurídico no puede ser concebido como un propio recurso, sino como un medio de obtener la rescisión de una sentencia firme que supone el ejercicio de una acción impugnatoria autónoma, lo cual le aproxima al juicio de revisión. Así lo había entendido la doctrina y así lo había declarado reiteradamente el Tribunal Supremo.

No tiene denominación la impugnación, que contempla el artículo 20 de la Ley (desjudicializadora, según su Exposición de Motivos) de Asistencia Jurídica Gratuita vigente, del acuerdo de reconocimiento o denegación del derecho por la Comisión correspondiente, para ante el Tribunal del orden jurisdiccional que resulte de la solicitud. Ni la impugnación de la tasación de costas de los artículos 245 y ss. LEC. La impugnación de las minutas de Notarios y Registradores de la Propiedad que resuelve la Dirección General de los Registros y del Notariado, a que se refieren las normas generales de aplicación 10ª y 6ª de los Anexos de los RD. 1426 y 1427/1989 de 17 de noviembre.

Otro recurso innominado es el que contempla el artículo 49 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas 12/1985, ante la autoridad o mando superior del sancionador, y, aún, el segundo recurso, si la falta es leve, que, contra el acuerdo del mando de rango inferior desestimatorio del primer recurso confirmatorio del acto sancionador, cabe ante el Jefe, Comandante de cuerpo o Unidad independiente, Ala, Flotilla, Escuadrilla, Buque o Unidad similar, según el artículo 51.

En la legislación electoral también son innominados los recursos que se establecen contra la proclamación de candidatos.

No tiene nombre propio el recurso ante el Ministerio de Justicia contra sanciones disciplinarias al personal de la Administración de Justicia impuestas por la Sala de gobierno del Tribunal Superior de Justicia. Ni el contra las resoluciones disciplinarias del Fiscal-Jefe ante el Consejo Fiscal.

II.- La torre de Babel y el don de lenguas.

En lenguaje coloquial se diría, después de lo visto, que el sistema de recursos es un galimatías, porque provoca confusión, desorden o lío. Que también es la babel del Diccionario, como lugar en que hay gran desorden y confusión, o donde hablan muchos sin entenderse. Como en la bíblica (dice mítica) torre de Babel, ciudad de Asia.

El Derecho, como sistema complejo (constelación de pequeños sistemas, según LUIS DÍEZ PICAZO) que es, tiende a la entropía, pero debe proporcionar medios de autopoiesis. Reducir la confusión de lenguas, en nuestro caso, es posible. Mirando atrás. Y de lado. Y a la Justicia, como poder. del Monarca absoluto y del Estado liberal (junto –pero separado– a los otros dos Poderes). En Roma (Imperios de Occidente y Oriente) y en Europa, antes y después de la Revolución Francesa. Con el auxilio de la doctrina de los autores y la jurisprudencia aplicativa de las leyes.

LUIS DÍEZ PICAZO, en *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel 1973, dijo que el derecho no es como el lenguaje, porque en el derecho no hay

solo una academia que limpia, fija y da esplendor. Sino que hay una autoridad que, además de introducir y suprimir palabras, extrae alguna consecuencias peculiares del hecho de que tales palabras sean o no usadas. No es espontáneo, como una selva virgen, aunque tampoco es geométrico y racional como un versallesco jardín francés. Si quisiéramos compararlo con algo, el objeto de la comparación tendría que ser una ciudad, en ya que los vestigios de un acueducto o una muralla romana, viejos barrios medievales de calles estrechas que se levantaron así por las necesidades de la defensa y del mercado, paseos y zonas decimonónicas, inspiradas, como dice MUMFORD, en la conveniencia de obtener una imagen continuada viajando ya en coche de caballos, de presenciar una parada militar o de impedir barricadas en las luchas callejeras y calles y avenidas pensadas para que circulen vehículos a motor. Fue una obra de alcaldes y regidores, pero es también la obra del pueblo o de los pueblos históricos que han vivido allí.

El ordenamiento, sigue diciendo, presenta estratos geológicos, y el corte sectorial en cualquier institución permite comprobarlo. En Derecho Privado, por su estabilidad, es evidente. Pero igualmente sucede si tomamos cualquier institución del Derecho Público, como pueden ser la división provincial, la organización del poder judicial o la tramitación del procedimiento administrativo. Si se escarba un poco, se descubre que tienen hondas raíces ancladas en la historia.

El ordenamiento jurídico, entendido como normatividad o como pura acumulación de material normativo, dice, no es una obra enteramente racional ni constituye enteramente un sistema. Más bien, dentro del conjunto total, hay subconjuntos sistemáticos y asistemáticos. A veces, falta la debida y necesaria coordinación. Sin embargo, aunque no sea una obra enteramente racional, tampoco puede decirse que sea que sea puramente espontáneo y orgánico, pues en su nacimiento ha tenido decisiva influencia la razón humana. La racionalidad, como aspiración, plasma, sobre todo, en la necesidad que el jurista siente, de que el ordenamiento posea interna coherencia.

LUIS MARTÍN REBOLLO⁶ ha dicho que es verdad que en Derecho –a

6.- LUIS MARTÍN REBOLLO. *Contra los tópicos, por las ideas*. REDA n° 155 julio-septiembre 2012 págs. 12 a 17. Como ejemplos paradigmáticos de palabra vacía, hueca o huera, y de logomaquia, cita excelencia, como palabra clave que exorcizara todos los males, en la que la última Ley sobre la Universidad pone todas las esperanzas, y recuerda la Ley de Economía Sostenible, como ejemplo de corrupción del discurso.

Entre las palabras-talisman, cita TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, en *De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad (Una crónica sobre el proceso, al parecer imparabile, de degradación de la Ley)*. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho n° 0 Octubre 2008, la de Memoria Histórica, de una de las leyes que M. FRANGI llamaría *memoriales*, cuyo simple título asegura –dice N. MOLFESSIS, *Le titre des lois Revue de Droit Publique n° 1/2005–*, el efecto de difundir su existencia, recordando lo que decía una emblemática norma, sobre la que el Conseil d'Etat dictaminó, reprochándole, lo que comentaba J.P. CAMBY, que era: Art. 7.2 *El*

diferencia de lo que sucede con la vida política— las cosas son lo que son y no lo que dicen que son, esto es, lo que importa es el régimen jurídico *más allá de los nombres*, pero, ello no obstante, se necesitan ciertas convenciones para poder entenderse cuando hablamos de tantas y tantas palabras que envuelven conceptos cada vez menos asibles, cada vez más imprecisos. Esta constatación no es algo positivo. Las Leyes se llenan de palabras vacías, que se convierten en programas genéricos en los que todo cabe. Si convenimos en las palabras, si manejamos los mismos conceptos y *partimos del entendimiento de un pasado común que condiciona*, podemos entonces debatir sobre otras cuestiones y, si es el caso, cuestionar los tópicos (entendiendo por tales unos conocimientos basados en fuentes no precisas), algunos tópicos, pero también para cuestionar o ponerse de acuerdo en las palabras polisémicas o las paradójicas de algunos derechos fundamentales que no siempre son más reales y efectivos cuanto más ampliamente se proclamen.

Creo y digo yo, que el Derecho responde a grandes ideas por ello las leyes también tienen grandes palabras, que muchas veces sólo son bellas o buenas, y, en ocasiones, conscientemente⁷ o sin querer⁸, vagas u oscuras. O dudosas, como cuando el legislador las define *a sus efectos* (y suele hacer, en el primer artículo de la norma y para que no haya dudas *internas*, el legislador europeo, en sus Reglamentos y Directivas, como ya lo hizo, mucho antes⁹, el tributario¹⁰, y hacen, las muy innovadoras recientes¹¹).

objetivo de la escuela es el éxito de todos los alumnos. Habida cuenta de la diversidad de los alumnos, la escuela debe reconocer y promover todas las formas de inteligencia para permitirles valorizar sus talentos. La formación escolar, bajo la autoridad de los enseñantes y con el apoyo de los padres, permite a cada alumno realizar el trabajo y los esfuerzos necesarios para la puesta en valor y el desarrollo de sus aptitudes, tanto intelectuales como manuales, artísticas y deportivas. Contribuye a la preparación de su itinerario personal y profesional.

7.- J.P. CAMBY, en *La loi et la norme*, n° 4/2005 de la Revue de Droit Publique, habla de un legislador *bavardeur* (charlatán), que nos obsequia con *neutrones* legislativos, en textos d'affichage (anuncio, cartelera), de droit mou (blando) o flou (ligero, vaporoso), o de derecho en estado gaseoso.

8.- Como las leyes de *buen administración y buen gobierno* (por todas, la de las Illes Balears de 31 de marzo de 2011), en la aspiración de realizar la *gobernanza*, que el DREA define ya, como arte de gobernar que se propone como objetivo del logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, procurando un sano equilibrio entre el Estado la sociedad civil y el mercado de la economía. Y todas las leyes que incluyen en sus normas conceptos jurídicos indeterminados (en mayor o menor grado). Vid. M. MARTÍN GONZÁLEZ *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*. RAP n° 54. 1967.

9.- JUAN RAMALLO MASSANET *Derecho fiscal frente a Derecho civil: discusión en torno a la naturaleza del Derecho Fiscal entre L. TROTABAS y F. GENY*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Vol. XVII. Núm. 46. Cita este autor a SAINZ DE BUJANDA, F. que había dicho, en *El valor formativo del Derecho financiero. Hacienda y Derecho VI IEP 1973*, "es de nuestra Ciencia, de la que irradian hacia otras disciplinas, conceptos

Casi siempre, demasiadas palabras. Dice un refrán, *Leyes muy palabrosas, los que las conocen no se acuerdan de ellas*¹². Otro, *Xerrar molt i no dir res, (i dir no res) propi de missèrs es (hablar mucho y no decir nada,*

e instituciones que éstas no elaboraron en tiempo hábil para las urgencias financieras”, y a J. GARRIGUES, en *Contestación al discurso de ingreso de F. SÁINZ DE BUJANDA en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación 1970*, cuando dijo que “el Derecho Fiscal se produce con un ritmo más rápido que ningún otro para adaptarse a las realidades que ofrece a diario la vida comercial e industrial, y esto explica que en ocasiones sean las leyes tributarias las encargadas de definir y regular jurídicamente situaciones de hecho que son desconocidas para el Derecho mercantil positivo”. Es paradigmática la definición del contrato de suministro por el artículo 4 de la Ley del Impuesto de Derechos Reales de 17 de marzo de 1945 y 25 de su Reglamento, de la que dijo José M^o TEJERA VICTORY *El Impuesto de derechos reales en la vida mercantil*. Editorial de Derecho Financiero 1956, que era uno de tantos casos en que la legislación fiscal se ha adelantado, por imperiosas necesidades de orden práctico, a la legislación común. César ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, en *El Derecho Privado en el ordenamiento tributario español*. Prólogo de Ensayos sobre jurisprudencia tributaria de Miguel ALFONSO LLAMAS LABELLA, ha hablado de la función *bautismal* que suele cumplir el Derecho tributario en cuanto a los negocios atípicos y los *innominados*.

10.- La LGT –como la Ordenanza Tributaria alemana de 1919– ha tenido siempre normas de interpretación de las leyes tributarias, que (artículo 23 de la de 1963) remiten, *en tanto no se definan los términos empleados por el ordenamiento jurídico tributario, en sus normas, a su sentido jurídico, técnico o usual según proceda*. ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE. *La cuestión terminológica en la nueva LGT*. Impuestos n^o 23/24 Año XX diciembre 2004. TOMÁS MIR DE LA FUENTE, *Los tributos en el Código Civil*. Estudios de Derecho y Hacienda. Homenaje a César Albiñana García-Quintana Vol. II. Ministerio de Economía y Hacienda 1987.

11.- Me refiero a la Ley 11/2014, de 10 de octubre de la Comunidad Autónoma de Cataluña, *para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicación de las homofobia, la bifobia y la transfobia*; que define a sus efectos, en el artículo 4, las discriminaciones directa, indirecta por asociación, por error y múltiple, la orden de discriminar, el asedio por razón de la orientación sexual, la represión discriminatoria y la victimización secundaria, y se ve obligada a decir, en su EM (posiblemente porque el Diccionario del Institut d'Estudis Catalans –como el DRAE, que recoge las entradas lesbiana, gay, bisexual, intersexual y transexual– no recoja la palabra), que utiliza el término *transgénero*, para referirse no sólo a las personas que se sienten del sexo contrario al que se les ha atribuido al nacer, según sus características biológicas, sino también a las personas que no se identifican exactamente ni con un hombre ni con una mujer, según la concepción tradicional de los géneros, todo ello independientemente de que estas personas se hayan sometido o no a una intervención quirúrgica, y por ello, las personas transexuales quedan incluidas dentro de la denominación de *personas transgénero*. Como a todas, *personas LGBTI*. BOE n^o 281 de 20 de noviembre de 2014.

12.- TOMÁS MIR DE LA FUENTE. Discurso de apertura del Curso 2011-2012 de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, *Refranes castellanos y mallorquines*. Boletín XIII. 2012. Procede del *Diccionario general ideológico* de LUIS MARTÍNEZ KLEISSLER, RAE 1953, según la recopilación de MARCOS G. MARTÍNEZ *Antología de dichos jurídicos y éticos tradicionales*. Colec. Marginalia. Civitas 1985.

*propio de abogados es)*¹³.

III.- Institucionalización.

El recurso ha sido siempre instituto moderador del Poder, por la vía de la reconsideración de sus actos. *Recurrere*, en latín, significa retroceder corriendo, volver rápidamente. *Recursus* (subsidiaria actio) es, *recorrido hacia atrás*. Es *revisión* (acción y efecto de someter algo a nuevo examen para corregirlo enmendarlo o repararlo) *por parte del Estado, a instancias* (appellatio y supplicatio) *de parte interesada en un procedimiento*.

Es una institución jurídica, cuya construcción doctrinal en el Derecho Procesal y en el Administrativo, permite, situándola fuera de ambos, entenderla, y, descubriendo su coherencia interna, integrar sus concreciones en un conjunto o varios subconjuntos de un sistema o varios. Y criticar, si cabe, la denominación legal de algunos, aquí y ahora.

La definición ya vista del Diccionario de la Lengua Española, plausible, desde la perspectiva integradora, aunque discutible por su referencia a la acción —que la hace procesal (y anacrónica, cuando los procesalistas, hablan de pretensión, frente a las leyes decimonónicas, Código civil y Leyes de Enjuiciamiento, alguna en vigor)—, mejoraría si hablara de facultad, carga o potestad (el artículo 448 de la LEC habla del derecho a recurrir y también el 36 de la Ley de derechos y garantías de los contribuyentes de 26 de febrero 1998), y lo viera como acto del recurrente. En cualquier caso el derecho de recurso forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva o al proceso. Instituido un recurso, dijo la STC 50/1982, alcanzan al mismo las garantías fundamentales contenidas en el artículo 24 de la Constitución, y, por tanto, las de acceso a la revisión y al conocimiento de la pretensión de revisión en el proceso debido, asegurando el contenido esencial de este derecho fundamental. Y la 90/1983 que, cuando el Ordenamiento establece una vía de recurso contra una sentencia, el acceso a esta vía se encuentra comprendido dentro del derecho a la tutela judicial efectiva. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, en *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 2ª ed. 1889 Cuadernos Civitas, dijo que los recursos y la multiplicación de las instancias se han considerado, más que como garantía del justiciable, como instrumento para prolongar los procesos, en detrimento de la efectividad de la Justicia. Lo que se ha traducido en una tendencia a limitar las instancias, que ha tenido consagración en buen número de Constituciones. Y hasta se ha estimado

13.- El lenguaje de las leyes no es el lenguaje de los abogados, ni siquiera de los juristas. FÉLIX PONS IRAZAZÁBAL *¿Deben los juristas hacer las leyes?* 1997. TOMÁS MIR DE LA FUENTE *El lenguaje de las leyes (para el ciudadano medio)*. Inédito.

excesivo y contrario al derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso administrativo, al obligar al particular a vencer dos veces a la Administración pública. La Constitución no establece, entre las garantías en que se concreta la tutela judicial efectiva, la posibilidad de recurso. Como dice la STC 28/1987, de 5 de marzo, no hay precepto alguno en la Constitución que obligue a establecer determinados recursos.

No dan el paso integrador diccionarios jurídicos, como el **Diccionari Jurídic Català** de 1986, del **Colegio de Abogados de Barcelona**, que prefiere dar dos acepciones (aunque al referirse a la impugnación —actividad encaminada a combatir la validez o eficacia de un acto jurídico— dice que la impugnación más generalizada es el recurso), pero luego alude al recurs contenciós-administratiu (como impugnación por vía jurisdiccional ordinaria, de todo acto de la administración estatal, local, institucional o de las comunidades autónomas), el recurs d'empara (como recurso ante el Tribunal Constitucional), el recurs d'inconstitucionalitat (como recurso que se interpone ante el Tribunal Constitucional), el recurs económic-administratiu (como reclamación económico-administrativa, y ésta como impugnación por vía administrativa), el recurs en interés de la llei (como recurso extraordinario de apelación contra las sentencias del contencioso-administrativo no susceptibles de apelación ordinaria, que sólo puede ser interpuesto por el abogado del estado) y los recursos administratius d'alçada (contra resolución que no ha agotado la vía administrativa, ante el órgano superior jerárquico de aquel que la dictó), de reposició (previo al contenciós-administratiu, como regla general cuando la resolución impugnada no es susceptible de otro recurso administrativo ordinario), de revisió (de carácter extraordinario), y súplica (especial ante el Consejo de ministros); y, en otro lugar, en las voces reforma y redreç, al recurs de redreç (en el proceso penal ante el Juez de instrucción); al recurs de cassació, en la voz cassació (como anulación por el Tribunal Supremo o, en ciertos casos, los superiores de justicia, de sentencias definitivas dictadas por los tribunales ordinarios, el Consejo Supremo de justicia militar por árbitros en caso de que o se ajusten a la ley, infrinjan las garantías procesales fundamentales o, a veces, por error en la apreciación de las pruebas por parte de los tribunales de instancia), al recurs de queixa (en dicha voz, como recurso judicial y reclamación del interesado en el procedimiento administrativo), al recurs de suplicació (en tal voz, como recurso contra sentencia de un juez de lo social, ante el tribunal superior llamado también pequeña casación), al recurs de força (en la voz força, como reclamación jurisdiccional a uno eclesiástico sobre la falta jurisdicción de ese) y en la voz nul·litat (como recurso de cassació en arbitratges d'equitat).

En la primera acepción, dice el **Diccionari Jurídic Català**, recurso es demanda, instancia, reclamación hecha a una autoridad administrativa

superior, con vistas de anular o reformar un acto de un órgano inferior que se considera perjudicial a los propios derechos. En la segunda, es medio de impugnación que la ley concede a las partes, en toda clase de juicios, para demandar la enmienda de una resolución judicial o un nuevo examen de la causa, ya sea ante el mismo juez o tribunal que la ha dictado ya sea ante un tribunal superior. Vid. apel·lació, casació, força, nul·litat i querella de nul·litat, queixa, reforma, redreç.

El **Diccionari General de la Llengua Catalana**. Llibreria Catalònia 1932, de **POMPEU FABRA**, decía, de recurs (recurso), que es acción y efecto de recurrir. De recurrir (recòrrer), acudir a un juez, a una autoridad con una demanda o petición.

El **Diccionari de la Llengua Catalana**, del **INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS** 1995, en alguna medida es integrador cuando dice, de recòrrer (recurrir), que es acudir a *un juez, a una autoridad*, con una demanda o petición. *Recòrrer contra una sentència. Sempre hi ha la possibilitat de recòrrer.* Y de recurs (recurso), además de que es acción de recurrir; el efecto. *Interposar un recurs. Recurs d'apel·lació, de cassació, de revisió.* Acción de demandar la anulación o modificación de un *acto administrativo* o de una *resolución judicial*. Documento en el que se expresa esta demanda. *Recurs ordinari. Recurs contenciós administratiu.* Recurso de amparo. Recurso que se interpone ante el TC *contra* actos definitivos de la Administración o sentencias de los tribunales firmes, que se estima violan los derechos fundamentales y las libertades públicas. Recurso de gracia. Recurso por el cual se pide la gracia del perdón de una culpa y del castigo, generalmente cuando éste consiste en la pena capital. Recurso de reposición. Recurso interpuesto por un de los litigantes que se siente agraviado por una resolución del juez cuya modificación reclama.

En 1848, en el **Diccionario Jurídico Razonado de Legislación y Jurisprudencia** de **JOAQUÍN ESCRICHE**, se había dicho que recurso es la acción que queda a la persona condenada en juicio, para poder recurrir a otro juez o tribunal. Lo que, después de decir que es la vuelta o retorno de alguna cosa al lugar de donde salió, repetirá el **Diccionario Enciclopédico de la Lengua española, con todas las voces, frases, refranes y locuciones usadas en España y las Américas Españolas, en el lenguaje común antiguo y moderno.** 1859. Madrid. Imprenta y Librería de Gaspar y Roig Editores. Para, luego, referirse y definir en concreto los recursos de fuerza, de injusticia notoria, de millones y de nuevos diezmos, y extraordinarios. Sin perjuicio de hacerlo también, en otros lugares, de la apelación (de apelar, acudir a una jurisdicción más elevada para que enmiende los agravios irrogados o que se suponen irrogados por otra inferior), de la alzada (de alzar, apelar), de la casación (acción de anular y declarar por de ningún valor o efecto algún instrumento público, y acción y efecto de casar, que es

anular, derogar, invalidar y declarar sin valor o efecto) y del Tribunal de Casación (que, pensando en Francia, dice es el que tiene por objeto mantener la unidad de legislación y cuidar de que las diferentes jurisdicciones permanezcan dentro de los límites de competencia que la ley les ha trazado), de la reposición (por devolución de la causa o pleito a su primer estado) y de la revisión (resultado de rever o ver por segunda vez un tribunal superior el pleito visto y sentenciado por otra Sala del mismo).

Definiciones de recurso, mejores, técnicamente, que las de los Diccionarios, son las de los autores, en las respectivas Ramas de su cultivo. De Miguel FÉNECH NAVARRO, por ejemplo, que, en su *Derecho Procesal Penal*, de 1960, decía que en la Ley y la doctrina se conoce con el nombre de recurso el acto de parte encaminado a provocar dentro del mismo proceso un nuevo examen de la cuestión que dio lugar a una resolución, para obtener una nueva, distinta de aquélla, que estimaba gravosa para sus intereses. De Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, que, en su *Curso de Derecho Administrativo*, en 1977, dice que el recurso administrativo es un acto del administrado mediante el que pide a la propia Administración la revocación o reforma de un acto suyo o de una disposición de carácter general de rango inferior a la Ley en base a un título jurídico específico. Jesús GONZALEZ PÉREZ, Catedrático de Derecho Administrativo, autor del primer *Derecho procesal administrativo*, en 1969 y 1977, al menos, dijo del recurso administrativo, que es la impugnación de un acto administrativo ante un órgano de este carácter y presupuesto de la impugnación procesal, y, en 1992, en un *Manual de derecho procesal administrativo* y un libro sobre *La nueva regulación del proceso administrativo (Ley de Medidas urgentes de reforma procesal)*, sobre los recursos en el proceso administrativo, dice que la impugnación procesal, que comúnmente recibe la denominación de recurso, consiste en la depuración del resultado de un proceso, en volver a trabajar sobre materia procesal ya decidida, para que su nuevo curso permita depurar la exactitud o inexactitud de las conclusiones primeramente obtenidas.

El nombre del recurso (más bien el apellido, que tiene que ver, tradicionalmente con la filiación, o incluso los apellidos, porque a veces son varios, por acumulación de criterios, como los de algunos administrativos, cuales el potestativo y previo de reposición o el extraordinario de revisión, y de alguno judicial, como el extraordinario por infracción procesal, civil), en la ley y la doctrina, que la estudia o la orienta y sugiere, tiene que ver con el ámbito en que se produce (judicial o administrativo), el órgano jurisdiccional o administrativo ante el que se interpone (el propio órgano que dictó la resolución judicial o el acto administrativo impugnado —reposición— u otro superior jerárquico —apelación y alzada—), la clase de resolución objeto del mismo (diligencia de ordenación, providencia, auto o sentencia, si es judicial), carácter (provisional, definitivo o firme), su motivación o fundamento (ordinario, extraordinario, excepcional, especial), su relación con otros

(potestativo de reposición, potestativo y previo al contencioso-administrativo y a la reclamación económico-administrativa, de apelación subsidiario a los de reposición y reforma), su efecto suspensivo (en un solo o en doble efecto, devolutivo y suspensivo, el de apelación), la forma oral (*in voce*) o escrita de interposición, la existencia o de plazo de caducidad.

Jaime GUASP DELGADO, en su *Derecho Procesal civil*. IEP 1962, decía que el tipo de los procesos de impugnación de cualquier derecho positivo obedece a criterios distintos, debiéndose adoptar como criterio de clasificación el que proporcione una comprensión global más satisfactoria. Para él, el grado de jerarquía judicial en que se dicta la resolución que se impugna. El mismo, el superior o el supremo. Por lo que podría hablarse de recursos horizontales y verticales. Todos los recursos imaginables, dijo, son susceptibles de reducirse a uno de los tres miembros de la categoría propuesta: impugnaciones en el mismo grado, en el superior y el supremo. Llamando a las primeras, de reposición, de apelación oalzada, a las segundas y de casación (por motivos inmanentes) y revisión (por motivos trascendentes), a las terceras. Cualquier otro tipo de recurso que imaginarse pueda en nuestro derecho y los demás, se pueden reducir sin gran esfuerzo a estos tipos. Al recurso de reposición, los de audiencia al rebelde y la llamada oposición del tercero, En la apelación se engloban los recursos de queja y nulidad. En el de casación el de injusticia notoria.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, en relación con los administrativos, atienden, en sus clasificaciones esenciales o principales, al fundamento, para referirse a los ordinarios —de alzada (que algún tiempo, cuando se suprimió el de reposición, se llamó ordinario) y de reposición— y al extraordinario de revisión, hablando de los especiales en materia tributaria —recurso o reclamación económico-administrativa—, y los jerárquicos impropios de súplica (residuales y autonómicos).

IV.- Nómima¹⁴ —actual y seguramente incompleta— de los recursos, por orden alfabético, y algunas consideraciones sobre su denominación.

1. Recurso contencioso-administrativo.

DRAE Contención (Del Lat. *contentio*, de *contendere*, disputar) es: *Der. Litigio trabado entre partes.*

DRAE Contencioso. 2. *Der. Se dice de las materias sobre las que se*

14. DREA (Del Lat. *Nomina*. Pl. n. *nomen*, *-inis*, nombre). f. Lista o catálogo de nombres de personas o cosas.

contiene en juicio o de la forma en que se litiga. 3. Der. Se dice de los asuntos sometidos a conocimiento y decisión de los tribunales en forma de litigio, en contraposición a los de jurisdicción voluntaria y a los que estén pendientes de un procedimiento administrativo.

DRAE Administrativo. Perteneiente o relativo a la administración. Siendo Administración Pública *la organización ordenada a la gestión de los servicios y la ejecución de las leyes en una esfera pública determinada, con independencia del poder legislativo y el poder judicial*; y conjunto de organismos encargados de cumplir esta función.

DRAE Contencioso-administrativo. *Der. Se dice del orden jurisdiccional instituido para controlar la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifiquen. Der. Se dice de los asuntos de que es competente esta jurisdicción y de lo referente a ellos.*

El Diccionario no habla del recurso contencioso-administrativo, al tratar del recurso y referirse a otros.

Diccionari Jurídic Català. Recurso contencioso-administrativo. Impugnación por vía jurisdiccional ordinaria, de todo acto de la administración estatal, local, institucional o de las comunidades autónomas, incluidas las disposiciones en materia de personal y actos de administración del CGPJ, de los órganos de gobierno de las Cortes Generales, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas o del Defensor del Pueblo. El conocimiento y decisión de estas impugnaciones corresponde según los casos, a las salas de lo contencioso-administrativo del TS, de la AN, de los tribunales superiores de justicia o de los juzgados de lo contencioso-administrativo.

Diccionari de la Llengua Catalana del Institut d'Estudis Catalans. Recurso contencioso-administrativo o simpl. contencioso-administrativo. Proceso seguido contra los actos y las resoluciones definitivas de la Administración pública que violan el ordenamiento jurídico, desconocen un derecho particular o lesionan un interés jurídicamente protegible.

Constitución Española (en adelante CE)

art. 106 Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

art. 117 El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) de 1 de julio de 1985

art. 9.4. Los Tribunales y Juzgados del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujetas al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Reales Decretos Legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra las actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Conocerá asimismo de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive.

Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LRJCA) de 13 de Julio de 1998

EM I. Justificación de la reforma. La reforma es a la vez continuista y profundamente reformadora. Continuista porque mantiene la naturaleza estrictamente judicial que la Jurisdicción contencioso-administrativa ya tenía en la legislación anterior y que la Constitución ha venido a consolidar definitivamente; porque mantiene asimismo el carácter de juicio entre partes que el recurso contencioso-administrativo tiene y su doble garantía individual y control del sometimiento de la Administración al derecho, y porque se ha querido conservar, conscientemente, todo aquello que en la práctica ha funcionado bien. V. Objeto del recurso. Los escasos preceptos incluidos en los dos primeros capítulos del Título III contienen algunas de las innovaciones más importantes que la Ley introduce en nuestro sistema de control judicial de la Administración. Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de los actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración. Pero, al mismo tiempo, es necesario diferenciar las pretensiones que pueden deducirse en cada caso, pues es evidente que la diversidad de actuaciones y omisiones que pueden ser objeto de recurso no permiten seguir configurando éste como una acción procesal uniforme. Sin merma de sus características comunes, empezando por el *nomen iuris*, el recurso admite *modulaciones* de relieve en función del objeto sobre el que recae. Por razón de su objeto se establecen cuatro modalidades de recurso: el *tradicional* dirigido contra actos administrativos, ya sean expresos o presuntos; el que, de manera *directa o indirecta*, versa sobre la legalidad de alguna disposición general; el recurso

contra la *inactividad* de la Administración y el que se interpone contra actuaciones materiales constitutivas de *vía de hecho*. Del recurso contra actos, el mejor modelado en el periodo precedente, poco hay que renovar.

art. 1.1 Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de la Administración pública sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.

art. 25 El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos o presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si esos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. También es admisible contra la inactividad de la Administración y contra las actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley.

art. 33 Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición.

art. 70 La sentencia desestimarà el recurso cuando se ajusten a Derecho la disposición, acto o actuación impugnados. La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, actuación o acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

art. 71 Cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo: a) Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada. b) Si se hubiera pretendido el reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma.

LRJCA de 27 de diciembre de 1956

EM II. 2 Conserva una *terminología*, como la de recurso contencioso-administrativo, que, pese a las fundadas objeciones de que ha sido objeto, es

la tradicional y comúnmente admitida, al tiempo que sirve para poner de manifiesto la necesidad de que antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa exista un acto administrativo. Claro está que ésto no significa que se haya querido concebir la jurisdicción contencioso-administrativa como una segunda instancia: ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo. La jurisdicción es revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique —dicho sea a título enunciativo— que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibile aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración. El proceso ante la Jurisdicción contencioso-administrativa no es una casación, sino propiamente, una primera instancia jurisdiccional.

Francisco PERA VERDAGUER, en sus *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo*. Bosch 1969, refiriéndose a la LRJCA de 1956, sobre la terminología, dijo: Existe disparidad entre los autores acerca de la exactitud con que se ha denominado recurso a la facultad concedida por las Leyes procesales administrativas para impugnar ciertos actos administrativos. Tradicionalmente, y siguiendo la terminología legal, se habla de recurso contencioso-administrativo. Los que la aceptan afirman que basta que haya un acto anterior para que el medio utilizado para impugnarlo pueda calificarse correctamente de recurso. Por el contrario, otros (GUASP) entienden que esa denominación es sólo predicable cuando el acto que se impugna es precisamente un acto jurisdiccional anterior, por lo que *el llamado recurso contencioso-administrativo*, no es tal recurso. Parece pues que es más correcto hablar de acción o pretensión administrativa. Propugnan algunos autores (GUAITA) que se suprima la palabra contencioso, no porque sea inadecuada, porque lo contencioso conviene a toda jurisdicción, sino precisamente por ésto: no hace falta hablar del proceso contencioso-administrativo, como no se habla del proceso contencioso civil o de acción contenciosa civil, puesto que la función jurisdiccional se pone en movimiento, cabalmente cuando surge esa contienda o litigio.

Sabino ÁLVAREZ-GENDÍN, *Teoría y práctica de lo contencioso-administrativo. Glosas a la nueva Ley*, Bosch 1960, refiriéndose a la de 1956, en un capítulo Carácter procesal de lo contencioso-administrativo, dijo: Definimos lo contencioso-administrativo como el proceso especial, constituido por la sucesión de actos llevados a cabo ante la Jurisdicción contencioso-administrativa para impugnar un acto de la Administración, a instancia o mediante recurso de parte, sea un particular, sea otra Administración, o la propia en el caso de lesividad, para restablecer un derecho subjetivo

administrativo, y, en todo caso, el Derecho objetivo administrativo o la Ordenación jurídico-normativa y administrativa, y así podemos coincidir con GUASP diciendo que, por su naturaleza, se trata de un auténtico proceso, perteneciente al mismo *genus commune* que el civil, el penal o el de trabajo, diferenciándose de éstos en el especial carácter de las normas que sirven de fundamento a la pretensión, y significándose, respecto a otros tipos de procesos administrativos, por su generalidad frente a la índole singular o especializada de las restantes. Se ha criticado la denominación de recurso contencioso-administrativo, diciendo que no es un verdadero recurso, sino un proceso (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y GUASP), porque la Administración y el particular *contienen* en sus *planos* de igualdad. No hay recurso jerárquico, como en el recurso administrativo, y ciertamente tampoco hay recurso procesal, en cuanto que no es un acto en que se impugna otro jurisdiccional, sino que, cuando nuestro Derecho positivo habla de recurso contencioso-administrativo, alude a la potestad que tienen ciertas personas de impugnar una resolución administrativa ante una autoridad jurisdiccional, por lo que no hay inconveniente en ofrecer el concepto procesal de acción, y, una vez planteado el recurso, las partes, Administración y particular recurrente, son *contendientes* en un mismo plano. De ahí, *bien llamado* contencioso, sobre un acto administrativo, y de ahí la *nomenclatura*. Y en este sentido lo admite PRIETO CASTRO, entre los procesalistas, y desde luego todos los administrativistas.

De proceso administrativo suelen hablar hoy los procesalistas y algunos administrativistas, como GONZÁLEZ PÉREZ, que también lo hace de proceso constitucional, y no de recurso de amparo o de recurso de inconstitucionalidad.

Los flujos y reflujos del control judicial de la actividad de la Administración coinciden con los cambios constitucionales: el modelo judicialista va asociado a la Constitución de Cádiz de 1812, a su restablecimiento, tras los sucesos de La Granja, en 1854, y, especialmente, la Vicalvarada y la Gloriosa Revolución (el decreto de 13 de octubre de 1968, suprimió la jurisdicción contencioso-administrativa, creada en 1845); el modelo de la exención judicial de la Administración, sometida al Derecho en virtud de controles internos, se impuso, en parte, por la inercia institucional, y, en parte, por su consagración legal, al amparo de la indefinición de las Constituciones de 1837 y 1845, bajo cuyo imperio se importó el modelo francés administrativo de jurisdicción retenida. Sin embargo —aún admitiendo que, quienes debían impartir justicia eran los Consejos Provinciales, creados por la Ley de 2 de abril de 1845, (con jurisdicción delegada, y por ello, por tribunales estricto sensu, integrados por funcionarios, aunque presididos por el Jefe Político, al que correspondía el decisivo trámite previo de la admisión de la demanda por

no ser el asunto gubernativo, sino contencioso-administrativo), y el Consejo Real, creado por Ley de 6 de julio de 1845 (con jurisdicción retenida, y facultado sólo para elaborar propuestas de resolución, que incumbía al Rey aprobar, dictando la correspondiente sentencia, mediante Real Decreto, e integrado por 30 consejeros ordinarios, y los extraordinarios que procedieran, y presidido por el Presidente del Consejo de Ministros, con asistencia de los Ministros Secretarios de Estado y Despacho, entre ellos el del Ramo, que resolvía sobre la admisión del recurso)— cuando los asuntos devenían contenciosos, siguió el debate de si debían actuar con jurisdicción retenida o delegada: limitados a ofrecer dictamen o apoderados para resolver por propia autoridad los contenciosos promovidos ante ellos. Cuestiones no resueltas cuando advino la Constitución de 1876, y, al inicial restablecimiento, por RD de 29 de enero de 1875, de las leyes de 1845 de lo contencioso-administrativo (derogadas en 1868), siguió el establecimiento del sistema mixto o armónico de la Ley de 13 de septiembre de 1888, sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, conocida como de Santamaría de Paredes, que atribuyó lo contencioso-administrativo a Tribunales especiales o especializados (formados por magistrados y funcionarios, primero, en el plano provincial, y más tarde en 1904, en el nacional, sintetizando imparcialidad y conocimientos), y, con las reformas de la ley de 26 de junio de 1894 y su Reglamento y la ley de 5 de abril de 1904 (que trasladó a la Sala Tercera del TS la sección de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado), se definió lo contencioso-administrativo (y, como recurso contencioso-administrativo, el proceso judicial) en términos, esencialmente reconocibles hoy, por haberlos recogido la LRJCA de 27 de diciembre de 1956 (plenamente judicial e integrada por magistrados profesionales, con los derechos y deberes propios de los mismos, según la EM), y desarrollado la de 1998, de la que han desaparecido exclusiones, como la de las cuestiones relacionadas con los actos políticos del Gobierno (cuales eran los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado, mando y ordenación militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes). Último reducto de la discrecionalidad, en referencia a las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procedan o de la materia sobre la que versen, se refieran a la potestad discrecional, expresamente excluidas, pese a no haber en el requisito exigible de que las resoluciones administrativas debían emanar de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas, de la Ley de 1894 (que precisó el Reglamento de de 22 de junio de 1894, sobre procedimiento contencioso-administrativo, diciendo que corresponden señaladamente a la potestad discrecional las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre la que versen, pertenezcan al orden político o de gobierno, o afecten a la organización del Ejército, o la de los

servicios generales del Estado, y las disposiciones de carácter general relativas a la salud o higiene públicas, al orden público y a la defensa del territorio, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar tales disposiciones).

Lo contencioso-administrativo había sido algo indefinible o en expansión, que nació como *tertium genus*, entre lo gubernativo, discrecional, propio de la Administración activa, y lo contencioso o judicial, reglado, propio de la Administración pasiva o de Justicia. Como necesidad de control (con buenos y doctos ojos, como el Consejo de Estado francés) de una actividad inspirada en el interés general, creciente, en sectores nuevos (desamortización, expropiación, obras públicas, minas, montes, puertos, aguas, crédito etc.), con una legislación que reconocía prerrogativas sustantivas (constituyendo el Derecho Administrativo, exorbitante del Derecho Civil) y procesales (reclamación previa, *solve et repete*, fuero de la capital de provincia. etc.) al Estado, porque lo contemplaba como Poder (sin perjuicio de los tres poderes distintos y separados), y estaba sometido, frente a los particulares, a Tribunales varios (los, últimos, desde 1845, los Consejos Provinciales y el Consejo Real –para no llamarle de Estado como en Francia–, el Tribunal Mayor de Cuentas, los Tribunales de Comercio, los Juzgados de Hacienda, los Juzgados, las Audiencias, el Tribunal Supremo, etc.). Razón por la que en 1849 se creó, dentro del Ministerio de Hacienda, la Dirección General de *lo Contencioso*, que dirige y ordena al defensa en juicio de los intereses de la Hacienda (que llevaban a cabo agentes de muy distintos tipos, cuales los abogados fiscales de las Subdelegaciones de Rentas, y –para sustituir a los fiscales– letrados que reúnan circunstancias apetecidas al intento, nombrados por el Gobernador de la Provincia, pero también el Ministerio fiscal –el Fiscal de fuero común– en cuanto representante del Estado bajo las órdenes de los fiscales de las Audiencias territoriales, antes de la creación en 1872 del Cuerpo de Abogados del Estado).

Juicio nuevo, que evoluciona, partiendo desde un proceso de derechos, iniciado por el agraviado, hasta un proceso al acto administrativo, de anulación o revisor de actos que agotan la vía gubernativa previa. Que acaba justificando la denominación de recurso¹⁵.

15.- Sobre la historia del Cuerpo de Abogados del Estado, vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO *La defensa en Derecho del Estado*. Civitas. 1986. Sobre la historia de lo contencioso-administrativo, vid. *Historia de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1869)*, de Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, y *Constitución canovista y Jurisdicción contencioso-administrativa*, de Ignacio BORRAJO INIESTA, ambos en la obra colectiva *La jurisdicción contencioso-administrativa en España: una historia de sus orígenes*. Cuadernos de Derecho Judicial. 2009.

2. Recurso contencioso-disciplinario militar.

DRAE Contencioso. 2. *Der. Se dice de las materias sobre las que se contiene en juicio o de la forma en que se litiga.* 3. *Der. Se dice de los asuntos sometidos a conocimiento y decisión de los tribunales en forma de litigio, en contraposición a los de jurisdicción voluntaria y a los que estén pendientes de un procedimiento administrativo.*

DRAE Disciplinario es perteneciente o relativo a la disciplina. Disciplina es, *especialmente en la milicia, observancia de las leyes y ordenamientos de la profesión o instituto.*

DRAE Militar, es perteneciente o relativo a la milicia o la guerra, por contraposición a civil. 3. Persona que profesa la milicia. Y milicia, arte de hacer la guerra y de *disciplinar a los soldados* para ella; servicio o profesión militar; y tropa o gente de guerra.

Diccionari Jurídic Català. Disciplinario. Dicho de la sanción impuesta por vía correccional.

A este recurso, de nombre descriptivo, un tanto proteico, se refieren:

LRJCA

art. 3 No corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo: b) El recurso contencioso-disciplinario militar.

En la Ley de 1956 estaban excluidas de la jurisdicción contencioso-administrativa, ex art. 2 b), las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a mando y organización militar, y, de acuerdo con el 40 d), en cualquier caso, era inadmisibles el recurso contra las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes *gubernativos* seguidos a Oficiales, Suboficiales y Clases de tropa y marinería, con arreglo a los artículos 1011 y siguientes del Código de Justicia Militar, y las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos por el mismo Código, y las que se refieran a postergaciones impuestas reglamentariamente.

Ley Procesal Militar 13/ 1885, de 9 de diciembre.

EM En la configuración y articulación de este procedimiento se ha seguido la pauta del contencioso-administrativo de la Ley de 27 de diciembre de 1956, pero introduciendo las peculiaridades propias del ámbito objetivo a que se contrae —la materia disciplinaria de las Fuerzas Armadas— y, establecido, como órganos judiciales competentes para el conocimiento de dicho recurso, el Tribunal Militar Central y la Sala de lo Militar del TS. Precisamente, por el hecho de que estos órganos judiciales militares tengan

competencia en esta materia, se ha instituido un único recurso contra las decisiones adoptadas en primera instancia, recurso que no es de apelación, como en la Ley de 1956, sino el de casación, siguiendo de esta forma el camino iniciado por el artículo 58 de LOPJ.

art. 448 La Jurisdicción Militar, en materia contencioso-disciplinaria militar, conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos recurribles de las Autoridades y Mandos sancionadores, dictadas en aplicación de la LO 12/1985 de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

art. 503 Contra las resoluciones dictadas por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central o por un Tribunal Militar Territorial, cabrá el recurso de casación regulado en la sección 2ª del cap II del Título IV de la Ley de 27 de diciembre de 1956, que se interpondrá ante la Sala de lo Militar del TS.

art. 504 Las sentencias firmes, dictadas en recurso contencioso-disciplinario militar por la Sala de lo Militar del TS, podrán ser objeto de recurso de revisión en los siguientes casos: a) Si la parte dispositiva de la sentencia contuviere contradicciones en sus decisiones. b) Si se hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se llegue a pronunciamientos distintos. c) Si después de pronunciarse la sentencia se recobrasen documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado, en las declaraciones constitutivas de aquélla. d) Si hubiere recaído sentencia en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse aquélla, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después. e) Si habiéndose dictado la sentencia en virtud de prueba testifical, fuesen los testigos condenados por falso testimonio, en las declaraciones constitutivas de aquélla. f) Si la sentencia se hubiere ganado injustamente en virtud de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta. g) Si la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo dispuesto en el artículo 490 o si en ella no se resolviese alguna de las cuestiones planteadas en la demanda y contestación.

art. 505 Contra las sentencias firmes dictadas por el Tribunal Militar Central o por los Tribunales Militares Territoriales se podrá interponer recurso de revisión ante la Sala de lo Militar del TS por iguales motivos.

LO 8/98, de 2 de diciembre, de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas Se refiere a los actos recurribles, que son los que agotan la *vía disciplinaria*. En la que caben recursos administrativos, como *el del artículo 76, que no se califica dealzada*, pese a ser jerárquico, ni de otra forma (por lo que realmente es un recurso **innominado**), y el de reposición, aludido en el 79. Quizás porque la Disposición Adicional 8ª de la LRJPPAC le libera de su aplicación. La vía disciplinaria es previa, y sin duda administrativa, hasta gubernativa.

El expediente gubernativo históricamente ha sido disciplinario (el Reglamento de 7 de septiembre de 1918 para la aplicación de la ley de bases de 22 de julio, reguladora de la situación de los funcionarios de la Administración civil del Estado, se refiere al expediente gubernativo *contra funcionarios* como tal). Margarita GÓMEZ GÓMEZ –en *El expediente administrativo: origen y desarrollo constitucional*, en la obra colectiva *La jurisdicción contencioso-administrativa en España: una historia de sus orígenes*– dedica un primer apartado al Expediente: *Traducción escrita de la responsabilidad del empleado público y del ideal de transparencia administrativa*. Algo así como el alguacil alguacilado. *El papelista* (ministro de papeles y oficial de pluma en el antiguo régimen, cuyo trabajo al servicio de monarca, aprendido bajo el más respetuoso y sacro secreto; luego el covachuelista, denostado en el siglo XIX, como arbitrario y partidista, sarcásticamente descrito en el *Vuelva usted mañana*, de MARIANO JOSÉ DE LARRA, publicado bajo el seudónimo Juan Pérez de Munguía, en el periódico *El pobrecito hablador*. Revista satírica de costumbres, en enero de 1833, y en *El cesante* –Homobono de Quiñones– de las *Escenas y tipos matritenses*, de MESONERO ROMANOS) *empapelado*.

art. 76 *El recurso se dirigirá por conducto reglamentario a la autoridad o mando superior al que impuso la sanción, teniendo en cuenta el escalonamiento jerárquico. Cuando la sanción hubiera sido impuesta por el Auditor Presidente del Tribunal Militar Central, el recurso se interpondrá ante la Sala de Gobierno de este Tribunal. Cuando la sanción hubiera sido impuesta por el Ministro de Defensa, el recurso se interpondrá ante esta autoridad (sin llamarle de reposición, como luego se hará).*

art. 77 *Podrá interponerse el recurso contra la resolución por la que se impone sanción por falta leve, y la resolución del recurso pondrá fin a la vía disciplinaria, excepto cuando la hubiere dictado un mando de rango inferior a Jefe o Comandante de Cuerpo o Unidad independiente, Regimiento, Ala, Flotilla, Escuadrilla, Buque o Unidad similar, en cuyo caso podrá interponerse segundo recurso ante éste. Contra la resolución por la que se impone sanción por falta grave podrá interponerse el*

recurso procedente regulado en el artículo 76, cuya resolución pondrá fin a la vía disciplinaria, y contra la misma podrá interponerse recurso contencioso-disciplinario militar.

art. 78 Contra la resolución por la que se impone sanción por falta grave podrá interponerse el recurso procedente regulado en el artículo 76, cuya resolución pondrá fin a la vía disciplinaria, y contra la misma podrá interponerse recurso contencioso-disciplinario militar.

art. 79 Contra la resolución por la que se impone sanción disciplinaria extraordinaria podrá interponerse recurso de reposición ante el Ministro de Defensa, contra cuya resolución podrá interponerse recurso contencioso-disciplinario militar.

La denominación de recurso contencioso-disciplinario (y no contencioso-administrativo disciplinario) militar tiene que ver con la existencia de la jurisdicción militar, y la histórica exclusión de lo disciplinario militar (como también los ascensos y recompensas, por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas), del recurso contencioso-administrativo. Pasa lo mismo que con el contencioso-electoral. No se sabe si porque no se refieren a actos de una AP o si porque no están sujetos al Derecho Administrativo. Por más que el artículo 1.3 c) de la LRJCA hable de la Administración electoral, cuya actuación se contempla que pueda dar lugar a pretensiones de las que conozca la jurisdicción contencioso-administrativa. Y la LOFAGE se refiera a la organización militar, en la DA 1ª, siquiera para decir que se rige por su legislación peculiar, de acuerdo con el artículo 1 de la LO 6/1980, reformada por la 1/1984.

3. Recurso de alzada.

Alzada es, en el DRAE, acción y efecto de alzar. Alzar es, en la 1ª acepción, levantar (mover hacia arriba), y en la 20ª acepción *Der. p. u. apelar (recurrir al juez o tribunal superior)*. Recurso de alzada, es *Der. II el recurso de apelación en lo gubernativo*.

En el **Diccionari mallorquí-castellà** de PERE ANTONI FIGUERA, en 1840, se decía de Alsâda = Cur. Apèllaciò. *Alzada*

En el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche, en 1848, se decía de la alzada solamente que, antiguamente, se llamaba así la apelación, y, por ello, *dar alzada* era otorgar la apelación.

El Diccionari Jurídic Catalá, dice de él que es recurso interpuesto contra una resolución que no ha agotado la vía administrativa ante el órgano superior jerárquico del que la dictó.

El Diccionari de la Llengua Catalana del Institut d'Estudis Catalans no habla del recurso de alzada, sino del ordinario (que no define), pero sí habla de la alzada (alçada), como acción y efecto de alzar (llevar a un nivel más alto y erguirse) y, en jur., como apelación y actuaciones de esa apelación.

Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común 30/1992, de 26 de noviembre (en adelante LRJAPPAC)

Había dicho la EM VI.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo (en adelante LPA), de 1958, que, al regular los recursos, se ha procurado unificar las disposiciones hasta ahora vigentes. Tras unas normas generales, la Ley regula los distintos tipos de recursos. Con carácter ordinario, el recurso de alzada, y, con carácter extraordinario, el de revisión.

La EM de la Ley de 30/1992, de 26 de noviembre dice: 13. El Título VII "Revisión de actos administrativos", establece una profunda modificación del sistema de recursos administrativos vigente hasta hoy, atendiendo los más consolidados planteamientos doctrinales, tanto en lo referente a la simplificación, como a las posibilidades del establecimiento de sistemas de solución de reclamaciones y recursos distintos a los tradicionales. El sistema de revisión de la actividad de las Administraciones Públicas que la Ley establece se organiza en torno a dos líneas básicas: la unificación de los recursos ordinarios y el reforzamiento de la revisión de oficio por causa de nulidad. La primera línea supone establecer un solo posible recurso para agotar la vía administrativa, bien sea el ordinario que se regula en esta Ley, o el sustitutivo que con carácter sectorial puedan establecer otras leyes.

Más tarde, la EM de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la 30/92 V. dijo: Respecto al sistema de recursos se introducen importantes modificaciones. En particular destaca el establecimiento del recurso de reposición con carácter potestativo. Se recupera el recurso de alzada que se regula con su configuración tradicional. Todo ello junto al recurso de revisión contra actos firmes.

El artículo 114.1, rubricado Objeto, después de la rúbrica de la Sección correspondiente de la Ley, de Recurso de alzada, hoy, según redacción de la Ley 4/1999, de 13 de enero, dispone: Las resoluciones y actos a que se refiere el artículo 107.1, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó.

Antes, el artículo 122 de la LPA de 1958 lo decía de la resolución que no ponga fin a la vía administrativa.

Ponen fin a la vía administrativa, según el artículo 109: a) Las resoluciones de los recursos de alzada, b) Las resoluciones de los

procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2

- c) Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.
- d) Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.
- e) Los acuerdos, pactos convenios o contratos que tengan la consideración de fiscalizadores del procedimiento.

El artículo 115.3 dispone que contra la resolución de un recurso de alzada no cabrá otro recurso administrativo, salvo el recurso extraordinario de revisión.

El recurso de alzada se llamó ordinario desde 1992 hasta 1999. Siendo cierto que, durante este periodo, por su posible fundamentación (en los motivos de nulidad del artículo 62 y de anulabilidad del 63, que se refiere a cualquier infracción de ordenamiento jurídico incluso la desviación de poder), lo era, pero también antes, cuando se denominaba de alzada (por caber ante el órgano superior jerárquico del autor del acto, lo siguió siendo). Y aún antes, en el siglo XIX, se llamaba, en lo gubernativo, de apelación, como la segunda instancia, en lo judicial, donde se le había llamado, de alzada.

Incluso, suprimido el de reposición, el ordinario era el único recurso administrativo ordinario, pero sólo aparentemente. Por eso, fue criticada la sustitución del nombre tradicional, por muchos. Así, Fernando GARRIDO FALLA y José M^a FERNÁNDEZ PASTRANA, en *Régimen Jurídico y procedimientos de las Administraciones Públicas (un estudio de la Ley 3/1992)*. Cívitas. 1993, calificaron el cambio de escasamente afortunado, desde el punto y hora que se admitía que las leyes podrían sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, Francisco GONZÁLEZ NAVARRO y Juan José GONZÁLEZ RIVAS, en *Comentarios a la Ley 4/ 1999 de 13 de enero de modificación de la Ley 3/1992*. Cívitas. 1999, consideraron que el cambio podría estar justificado si hubiera sido el único administrativo, pero potestativo, en todos los supuestos, sintético de los de alzada y reposición, a resolver por el propio órgano si el acto agotaba la vía administrativa, y de alzada, si no, como preconizaba la corriente doctrinal dominante. Lo que no fue, pues se suprimió el de reposición, y se mantuvo, con un nuevo nombre, el jerárquico, como necesario para apurar la vía administrativa, contra los que no lo hacían.

Del recurso de alzada, como recurso administrativo, se hablaba ya en la Ley de 19 de octubre de 1889, de bases para la redacción de reglamentos de procedimiento administrativo. En el artículo 2, base 12, se decía que los referidos reglamentos determinarán los casos en que las resoluciones

administrativas causen estado y los en que haya lugar al recurso de alzada. El artículo 74 del Reglamento de 23 de abril de 1980, de procedimiento administrativo para el Ministerio de Fomento, decía que, en las providencias o resoluciones administrativas, se expresará si causan estado o dan lugar a recurso de alzada, indicándose también los recursos extraordinarios que procedan por razón de incompetencia o de nulidad de lo actuado. El 75, por su parte, que los recursos de alzada contra las providencias gubernativas que no tengan un plazo señalado se interpondrán en el término de quince días ante la Autoridad que haya dictado la resolución. El artículo 12 del RD de 18 de agosto de 1901, sobre tramitación de los expedientes por el Ministerio de la Gobernación, desarrollando el recurso gubernativo de alzada a que se refería el 30 del Reglamento provisional de 22 de abril de 1890, de procedimiento administrativo de este Ministerio, hablaba de los expedientes de que conozca el Ministerio en virtud de recurso de *apelación o alzada*, o en que, por precepto expreso de la ley, debe el Ministerio revisar las resoluciones dictadas por los Gobernadores de la provincias.

No definió, en su¹⁶ *Curso de Derecho Administrativo*, el recurso de alzada, por más que diese su concepto, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. Lo hizo, después de que lo restableciera, sustituyendo al ordinario, la Ley 4/1999, como: el que se interpone ante el órgano jerárquico superior del que dictó la resolución o acto objeto de la impugnación. Francisco SANZ GANDÁSEGUI, en la obra colectiva *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Aranzadi 2000, lo hace, como recurso ordinario que procede frente a resoluciones y actos administrativos de trámite cualificados, siempre que ni aquélla ni éstos agoten la vía administrativa, y que resuelve el superior jerárquico del órgano administrativo que dictó el acto objeto del recurso.

Como sea que hay leyes que establecen recursos de alzada en otros casos, la doctrina habla de *recurso de alzada impropio*, porque lo propio de la alzada es la resolución por el superior jerárquico, *o especial*.

No hay jerarquía ni siquiera tutela del Estado sobre las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales. Ni de todos ellos, sobre los entes públicos de la llamada Administración institucional, o de la Corporativa.

La Ley 50/1998, de 30 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en su artículo 82, usando de la previsión de la DA 5ª de la LOFAGE de 14 de abril de 1997, estableció recurso ordinario ante el Ministro del respectivo Ramo contra actos y resoluciones de los máximos organismos unipersonales o colegiados de los Organismos públicos

16.- Y de Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo II*. Ed. Civitas. 1977

(Organismos autónomos y Entidades públicas empresariales) adscritos a la Administración General del Estado.

La legislación de las Comunidades Autónomas, como recurso contra actos de sus órganos sin superior, tiene establecidos, en algún caso, recursos de súplica, ordinario y alzada y contemplan que una ley especial los pudiera establecer (el artículo 58.2 de la ley 3/2003 de 26 de marzo de Régimen Jurídico de la Administración de la CAIB, ante el Consejo de gobierno contra actos de la Comisiones delegada y de los consejeros) y, como de alzada, u otro, contra actos de los órganos superiores de entes institucionales de la Administración autonómica (en Baleares la regla del artículo 53.2, de la citada ley, es que los de los entes instrumentales, si los estatutos o norma de creación lo prevé, agotan la vía administrativa, en otro caso, cabe, sin necesidad de norma legal o reglamentaria, recurso de alzada ante el Consejero titular de la Consejería de adscripción).

Un recurso jerárquico impropio autonómico es el llamado *recurso en interés de la delegación*, establecido en el artículo 38 de la Ley de Consejos Insulares, 8/2000 de 27 de octubre de la CAIB, contra los actos y acuerdos de los órganos que ejerzan las competencias delegadas por la Comunidad autónoma ante el Gobierno de ésta. Y regulado, precariamente, en la Ley de Régimen Jurídico dicha, en la DA 2ª, que, aparte del plazo (que en la Ley de Consejos era de un mes y se amplía tres) y la precisión de que cabe ante el Consejo de Gobierno, sólo dice que le son de aplicación todos los principios generales de los recursos administrativos previstos en la legislación básica del procedimiento administrativo común.

Denominación, en cualquier caso, original, porque, no es jerárquico impropio, como en los casos de Administraciones personificadas, pero vinculadas, ni se trata de delegación interorgánica a la que sea aplicable el artículo 13 de la LRJAPPAC, cuyo n.º 4, dice que las resoluciones administrativas que se adopten por delegación se considerarán adoptadas por el órgano delegante, y dispone que en ningún caso, podrá ser objeto de delegación la competencia relativa a la resolución de recursos en los órganos que hayan dictado los actos objeto de recurso. Porque la CAIB no es superior jerárquica de los Consejos Insulares y la delegación entre entes no se rige por las normas de la entre órganos del mismo ente.

En los casos de delegación intersubjetiva entre Entes de base territorial (le parece a Francisco SANZ GANDÁSEGUI, aún pensando en las del Estado a los Municipios, y recordando el artículo 27.2 de la LBRL, según el que los actos de Municipio delegado se impugnan ante la administración delegante, como si se tratase de sus propios actos) hay que estar a las normas de la delegación, a falta de una regulación sistemática y general.

En la vía económico-administrativa, LGT 2003, hay, como se verá más a fondo, luego, **un recurso ordinario de alzada** y un recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio (además de un recurso extraordinario para la unificación de doctrina y un recurso extraordinario de revisión).

4. Recurso de amparo.

Para el DREA, amparo es acción y efecto de amparar, y amparar (del Lat. *anteparare*, prevenir) es favorecer, proteger. Recurso de amparo es: 1. *Der. el estatuido por algunas Constituciones modernas, europeas y americanas, para ser tramitado ante un alto cuando los derechos asegurados por la Ley fundamental no fueren respetados por otros tribunales o autoridades.* 2. *Der. Recurso de amparo contra resoluciones sindicales por causa de lesión económica a afiliado sindical. Entiende de este recurso un tribunal del mismo nombre.*

El Diccionari Jurídic Català, dice que es recurso que se interpone ante el TC contra actos definitivos de la administración o sentencias de tribunales firmes que se estima violan los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en la Constitución o en el bloque de la constitucionalidad. Que es lo que dice el Diccionari de la Llengua Catalana del Institut d'Estudis Catalans del recurso de amparo (d'empara), donde emparar es poner (a alguien) bajo nuestra protección y valerse de la protección de alguien o de algo.

El nombre procede de la Constitución de Méjico de 1857, en parte alumbrado por las discusiones parlamentarias de las Cortes de Cádiz. Para Víctor FAIRÉN GUILLÉN, en *Antecedentes aragoneses del juicio de amparo* México UNAM 1971, tiene un precedente en el proceso de agravios o *greuges*, del Derecho de la Corona de Aragón (Fueros de Egea 1265 y de Zaragoza 1372) cuando resolvía el Justicia Mayor. El discurso preliminar, leído en nombre de la Comisión de Constitución, al presentar el proyecto de la de 1812, decía "cuya autoridad servía de salvaguardia a la libertad civil y la seguridad personal de los ciudadanos", recordando "el privilegio de la manifestación ejercitado ante él para facilitar a los reos el medio de defenderse contra el poder de los ministros", y, expresa y particularmente a Juan de Lanuza. Humberto Enrique RUIZ TORRES, en *El amparo mexicano: diseño y rediseño*, afirma que nace en Méjico en 1840 y es yucateco (del Yucatán).

La Constitución de 1931, en su artículo 121, estableció, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales que tendrá competencia para conocer de: b) el recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades; al que, según el artículo 123, podía acudir toda persona individual o colectiva aunque no hubiera sido directamente agraviada.

CE

art. 53.2 Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo, ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

art. 161 El TC tiene jurisdicción en todo el territorio nacional y es competente para conocer: b) del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y forma que la ley establezca.

art. 162.1 Están legitimados: b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979 de 3 de octubre (en adelante LOTC)

Título III Del recurso de **amparo constitucional**.

art. 41 Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. El recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos, en los términos que la presente Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estados, las Comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios y agentes. En el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso.

art. 42 Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de la CA o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas sean firmes.

art. 43 Las violaciones originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus

autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de la CA o de sus autoridades y funcionarios o agentes podrán dar lugar al recurso de amparo una vez agotada la vía judicial precedente. El plazo para interponerlo será el de veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial. El recurso sólo podrá fundarse en la infracción por una resolución firme de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos o libertades susceptibles de amparo.

art. 44 Las violaciones que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial. b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en el que aquellos se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el TC. c) Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional invocado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello.

art. 53 La Sala, al conocer del fondo del asunto, pronunciará en su sentencia alguno de estos fallos: a) Otorgamiento de amparo b) Denegación de amparo. art. 54 Cuando la Sala conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de los Jueces y Tribunales limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales.

art. 55.1 La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con los efectos ordinarios previstos en el artículo 38 y siguientes, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos. b) Reconocimiento del derecho o libertad pública de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado. c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación. 2. En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia.

Se llama recurso, pero los autores sostienen que es un proceso, el constitucional, como sucede con el contencioso-administrativo. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, en su *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas 1980, aceptando que pueda haber pretensiones fundadas en normas de Derecho Constitucional en procesos no constitucionales, sobre todo en procesos administrativos, hasta el punto de haber habido un proceso administrativo de protección jurisdiccional de derechos fundamentales específico (como luego las leyes de las distintas jurisdicciones articularon el preferente y sumario previsto en el artículo 53 de la CE respectivo), entendió muy pronto que, habiendo un Tribunal Constitucional, es constitucional aquel proceso del que deba de conocer, como es del recurso de amparo. Como de otros procesos, cuales el recurso de inconstitucionalidad y las cuestiones de inconstitucionalidad.

La Ley Sindical de 1971 consagró la existencia, desde el Decreto de 12 de febrero de 1944, de los Tribunales de Amparo, que conocerían de los recursos contra las disposiciones dictadas por las entidades y Organismos Sindicales que afecten a los derechos e intereses de los Sindicatos. Desparecieron con la Organización Sindical.

5. Recurso de anulación.

DREA. Anular es *dar por nulo o dejar sin fuerza una disposición, un contrato, etc.*

Diccionari de la Llengua Catalana del Institut d'Estudis Catalans. Anulación (*anul·lació*) acción de anular o anularse. *Anul·lació d'una sentència*. Anular Volver nulo, destruir. Quitar valor o fuerza (a una ley, a un tratado, a una disposición).

Diccionari Jurídic Català. Acción y efecto de anular un acto negocio jurídico. Se utiliza tanto en sentido amplio, o de declaración de nulidad, como en sentido estricto o anulabilidad. Anular. Hacer que un acto o negocio deje de tener los efectos jurídicos que la voluntad del sujeto o de las partes pretendían conseguir.

En el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche de 1848, se dice de la anulación que es la invalidación, abolición o abrogación de algún tratado, privilegio, testamento o contrato, declarando que queda sin ningún valor ni fuerza. Invalidar, dar por nula o de ningún valor ni fuerza *una cosa*, según el Diccionario Enciclopédico de la lengua española Biblioteca Ilustrada de Gaspar y Roig 1859.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 (en adelante LECr)

art. 793.2. La sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada, es susceptible de ser *recurrida en anulación* por el condenado, en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos en el recurso de apelación. El plazo se contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia.

La doctrina considera que este tipo de recurso tiene una *naturaleza rescisoria* y que sólo puede discutirse la nulidad del juicio y sentencia en razón de los defectos de la citación o estar justificada la ausencia. Es dudosa la posibilidad de acudir a este recurso cuando la ausencia, fuera de los casos anteriores provoque una real indefensión. Los efectos de la nueva sentencia, caso de aceptar total o parcialmente la pretensión del recurrente, varían según el criterio que se sustente sobre la naturaleza. Si se entiende es exclusivamente rescisoria, la sentencia deberá limitarse a anular la sentencia recurrida, reponiendo las actuaciones al momento procesal oportuno, aunque pudiendo conservar los actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida, y el Juez de lo Penal tendría que dictar nueva sentencia sobre el fondo del asunto. Si se opta por *asimilarlo a una apelación extraordinaria*, el Tribunal puede resolver en su sentencia tanto las cuestiones formales de nulidad como las de fondo que el recurrente presentó en su recurso.

Ley General Tributaria de 17 de diciembre de 2003 (en adelante LGT)

art. 239.6 Con carácter previo, en su caso, al recurso de alzada ordinario, podrá interponerse ante el tribunal recurso de anulación, en el plazo de 15 días, exclusivamente en los siguientes casos: a) Cuando se haya declarado incorrectamente la inadmisibilidad de la reclamación. b) Cuando se hayan declarado inexistentes las alegaciones o pruebas oportunamente presentadas. c) Cuando se alegue la existencia de incongruencia completa y manifiesta de la resolución. También podrá interponerse recurso de anulación contra el acuerdo de archivo de actuaciones al que se refiere el artículo anterior.

El RD 520/2005 de 13 de mayo REGLAMENTO GENERAL EN MATERIA DE REVISIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA lo desarrolla, sin introducir precisión alguna sobre los motivos. Como habría sido deseable, al menos en cuanto a la incongruencia completa y manifiesta. Que puede revestir tres modalidades: omisiva o ex

silentio, extra petitum y por error, según la STC 124/2000, de 16 de mayo FJ3 y 92/2003, de 19 de mayo.¹⁷

art. 60. 1 El recurso de anulación podrá interponerse contra los actos y resoluciones que pongan término en cualquier instancia a una reclamación económico-administrativa. La competencia para resolver corresponderá al órgano del tribunal que hubiese dictado el acuerdo o la resolución recurrida. 4. La resolución que se dicte como consecuencia del recurso de anulación sólo podrá ser impugnada en el mismo recurso que pudiera proceder contra el acuerdo o la resolución de la reclamación. No obstante, podrá ser impugnada de forma independiente cuando se dicte resolución expresa, una vez transcurrido el plazo de resolución del recurso de anulación.

Pedro Antonio AGUILÓ MONJO, en *El nuevo recurso de anulación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (Comentario de la STC de 14 de marzo de 2011)* MISSÉR n° 90 julio de 2011, dijo: Es un recurso administrativo, de carácter potestativo, que corresponde resolver al propio órgano que dictó la resolución impugnada, de *naturaleza extraordinaria* –en el sentido de que procede por los motivos tasados que se prevén, y, por lo tanto, de *cognitio* limitada– que se interpone frente a actos no firmes, previo a otros recursos administrativos (si la resolución es susceptible de recurso de alzada ante el TEAC) o jurisdiccionales (si la resolución del TEAR agota la vía administrativa) y establecido con la finalidad de evitar el recurso administrativo o jurisdiccional que resulte procedente, dando la posibilidad al órgano administrativo *a quo* de purgar hipotéticos errores notorios en que pudiera haber incurrido la resolución. Cabría añadir que todas las notas descritas, excepto su naturaleza de recurso extraordinario, le acercan al recurso de reposición, del que le aleja que sólo quepa por motivos tasados, con la consiguiente *cognitio* limitada, frente a la reconsideración general que el recurso de reposición permite. Por el contrario, dicha naturaleza de recurso extraordinario, podría aproximarlo al recurso administrativo de revisión, del que sin embargo, le alejan las restantes notas y, especialmente, la de que éste último sólo cabe contra actos firmes en vía administrativa.

La denominación, es inexpressiva, algo tautológica. Mostrenca. Todo recurso aspira, en alguna medida (total o parcial), a la anulación de la resolución impugnada o a que se disponga que cese o se modifique la actuación. Su estimación lo hace. La sentencia del recurso contencioso-

17.- ANTONIO MARTINEZ LAFUENTE. *El Reglamento general de Revisión de actos tributarios 520/200, de 13 de mayo (Notas u concordancias)*. Impuestos n° 20 Año XXI octubre 2005.

administrativo, cuando sea estimatoria (la disposición, la actuación o acto incurriera en cualquier infracción del ordenamiento jurídico incluso la desviación de poder): a) declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación (inactividad o actuación material que constituya vía de hecho), según artículos 70.2 y 71.1 a) de la LRJCA. La resolución estimatoria de la mayor parte de los recursos contra resoluciones judiciales, en las distintas jurisdiccionales, las anula total o parcialmente, con sus demás consecuencias, según su clase. La de los recursos administrativos, será congruente con las peticiones formuladas y con la pretensión formulada de declaración de nulidad o anulación.

MARTA MARCOS CARDONA en *El recurso de anulación en el ámbito de la reclamación económico-administrativa*. Impuestos n° 2 Año XXIII enero 2007, dice que tiene cierto paralelismo con el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 240. 3 de la LOPJ para tratar vicios formales que generen indefensión o manifiesta incongruencia del fallo, recordando que el borrador de anteproyecto de LGT de 2001 incluyó “un llamado recurso de nulidad de actuaciones”.

La anulación en vía de recurso, se contraponen, en Derecho Administrativo, a la **anulación de oficio**, que contemplaba la LPA (cuando el acto administrativo declarativo de derechos infrinja manifiestamente la ley, y en tal sentido lo hubiera dictaminado el Consejo de Estado) y suprimió la modificación de 1999 la LRJAPPAC, que mantuvo la declaración de nulidad de pleno derecho, de oficio, de los artículos 62 y 102. Y en Derecho Procesal a la **nulidad de actuaciones**. Como la que el artículo 241 de la LOPJ contempla, diciendo que, con carácter general, no se admitirán incidentes de nulidad de actuaciones, sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo, podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental del artículo 53.2 de la CE, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que la resolución no sea susceptible de recurso ordinario o extraordinario. Después de que el 240 disponga: 1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate o por los demás medios. 2. Sin perjuicio de ello, el juez o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular. En ningún caso podrá el juez o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de actuaciones que no

haya sido solicitada en el recurso, salvo que apreciase falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afecte a ese tribunal.

Hubo en la legislación sobre Arbitrajes de Derecho Privado un recurso de anulación, desde la Ley 36/1988, de 5 de diciembre (en la anterior, de 22 de diciembre de 1953, los de nulidad, contra laudos en arbitrajes de equidad, y de casación, contra los de derecho), en la que desapareció, como tal, en la 60/2003 de 23 de diciembre, quedando en *acción de anulación* (EM VIII dijo respecto de la anulación, se evita la expresión "recurso", por resultar técnicamente incorrecta) contra el laudo *impugnado*.

6. Recurso de apelación.

Es, según el DREA, acción y efecto de apelar, y apelar (del Lat. *appellare*, llamar) recurrir a alguien o a algo en cuya autoridad, criterio o predisposición se confía para poder dirimir, resolver o favorecer una cuestión. *Der. Recurrir al juez o tribunal superior para que revoque, enmiende o anule la sentencia que se supone injustamente dada por el inferior.*

Recurso de apelación es, para el Diccionario, *el que se entabla a fin de que una resolución sea revocada, total o parcialmente, por tribunal o autoridad superior al que la dictó.*

El Diccionari Juridic Catalá dice de la apelación (apel·lació) es recurso judicial que la parte que no está de acuerdo con la decisión de un juez, interpone ante un juez o tribunal superior para que éste resuelva de nuevo sobre el asunto. En los procedimientos administrativos, el equivalente a la apelación es la alzada (alçada).

El Diccionari de la Llengua Catalana del Institut d'Estudis Catalans, que ejemplifica, con el recurso de apelación y otros, la voz recurso, al referirse a la de apelación, dice que es acción de apelar. *Apel·lació contra una sentencia*, y apelar es recurrir al juez o al tribunal superior para que, revoque, enmiende o anule la sentencia que cree injusta, dictada por el inferior.

En la apelación importa tanto o más la *llamada* que la impugnación. La ley 1 tít. 25 Partida 5 decía que es la querella (en latín *querella* es queja) que alguna de las partes hace de juicio que fue dado contra ella, *llamando* et recorriéndose a enmienda de mayor juez.

Joaquín Escriche, en 1848, decía, en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, que es la reclamación o recurso que alguno de los litigantes u otro interesado hace al juez o tribunal superior para que reforme o reponga del inferior o bien la *provocación* hecha del juez inferior

al superior por razón del agravio causado o que pueda causarse por la sentencia.

En latín, *provocare* es llamar afuera, hacer venir, y aún apelar (*ad omni iudicio provocari licet*), y *provocatio* es apelación o derecho de apelar (*provocationis remedio condemnationis extinguitur pronuntiatio*).

La *appellatio* nace en el Derecho Romano bajo el influjo del ordenamiento público del Imperio. Siempre se admite ante el juez superior, hasta llegar en última instancia al Emperador, y la justifica Ulpiano en la necesidad de corregir la injusticia y la ignorancia de los juzgadores.

La apelación es segunda (sin perjuicio de la tercera ante el mismo tribunal de apelación u otro más elevado) instancia (el artículo 285 de la Constitución de 1812 dijo que, en todo negocio, cualquiera que sea su cuantía, habrá a lo más tres instancias y tres sentencias definitivas pronunciadas en ellas). Y también esalzada (de todo juicio finado se puede alzar cualquier que se tuviere por agraviado dél. Ley 13 tít. 23 Part. 3).

El Cap. III –dentro del Título IV, de los recursos, del Libro II, de los procesos declarativos, de la LEC– lleva la rúbrica del recurso de apelación y de la segunda instancia.

LEC

art. 455 Las sentencias dictadas en toda clase de juicios, los autos definitivos y aquéllos otros que la ley expresamente señale serán apelables, y conocerán de los recursos de apelación: 1º Los Juzgados de Primera Instancia, cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por los Juzgados de Paz de su partido. 2º Las Audiencias Provinciales, cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por los Juzgados de Primera Instancia de su circunscripción.

art. 456 En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente mediante un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia. Si la infracción procesal alegada se hubiera cometido al dictar sentencia en la primera instancia, el tribunal de apelación, tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la

cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso. Si la infracción procesal fuere de las que originan la nulidad radical de las actuaciones o de parte de ella, el tribunal lo declarará mediante providencia, reponiéndolas al estado en que se hallasen cuando la infracción se cometió. No se declarará la nulidad de actuaciones si el vicio o defecto procesal pudiere ser subsanado en la segunda instancia. Producida la subsanación el tribunal de apelación dictará sentencia sobre la cuestión o cuestiones objeto del pleito.

art. 465.4 La sentencia que se dicte deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación.

En la EM XIII se dice que la apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada, y, si ésta es una sentencia recaída en primera instancia, se determina legalmente que la segunda instancia no constituye un nuevo juicio, en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos y formularse pretensiones nuevas sobre el caso. Se regula coherentemente el contenido de la sentencia de apelación, con especial atención a la singular coherencia de esa sentencia.

LECr

art. 216 contra las resoluciones del juez de instrucción podrán ejercitarse los recursos de reforma, apelación y queja.

art. 217 El (recurso) de apelación podrá interponerse únicamente en los casos determinados en la ley, y se admitirá en ambos efectos tan solo cuando la misma lo disponga expresamente.

art. 219 Los recursos de reforma y apelación se interpondrán ante el mismo Juez que hubiera dictado el auto.

art. 220 Será Tribunal competente para conocer del recurso de apelación aquél a quien corresponda el conocimiento de causa en juicio oral. Este mismo será competente para conocer de la apelación contra el auto de no admisión de una querrela.

art. 222 El recurso de apelación no podrá interponerse sino después de haberse ejercitado el de reforma; pero podrán interponerse ambos en el mismo escrito, en cuyo caso el de apelación se propondrá subsidiariamente, por si fuere desestimado el de reforma.

art. 790.1 La sentencia (en el procedimiento abreviado) dictada por el Juez de lo Penal es apelable ante la Audiencia Provincial correspondiente y la del Juez Central ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. 2. En el escrito de formalización se

expondrán ordenadamente las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas e infracción de las normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación.

art. 792.2 Cuando la sentencia apelada sea anulada por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento el Tribunal, sin entrar en el fondo del fallo, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontrare en el momento de cometerse la falta.

art. 976 La sentencia (recaída en el juicio de faltas) será apelable. El recurso se formalizará y tramitará conforme a lo dispuesto en los artículos 790 a 792.

M. FÉNECH NAVARRO (para quien recursos ordinarios son aquellos para cuya interposición no se exige una motivación taxativamente establecida Ley y en los que el conocimiento del Tribunal *ad quem* tiene la misma extensión que la del Tribunal *a quo*), incluía entre éstos, al de apelación, que definía, como el ordinario que se interpone ante propio Tribunal a quo y decide el superior jerárquico del mismo, distinguiendo, al tratar del procedimiento, el del recurso de apelación cuando tenga por objeto una sentencia en proceso por faltas y cuando tenga por objeto un auto del Juez de instrucción. Destacando del primero, su carácter de procedimiento en segunda instancia (desconocida en los procesos por delito, cuya sentencia era susceptible de recuso de casación con motivos limitados y ámbito de discusión reducido) o nuevo juicio, en el que no puede prescindir de lo actuado en el primero, cuya sentencia es su objeto. Segunda instancia que constituye, decía, respecto de la primera, lo que la prueba matemática respecto a la operación ya realizada. Hoy, hay apelación en procesos por delito, en la que, en alguna medida, se limitan los motivos, empañando su carácter de recurso ordinario.

Isabel TAPIA FERNÁNDEZ, en *La segunda instancia penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras. Aranzadi 2006. Dijo que el recurso de apelación que abre la segunda instancia penal es un recurso ordinario y que propiamente una segunda instancia en toda su amplitud sólo se concede en nuestra Ley procesal frente a las sentencias dictadas por el Juzgado de Paz o el Juez de Instrucción en el juicio de faltas, las sentencias dictadas por el Juzgado de Instrucción en servicio de Guardia en el juicio rápido, las sentencias dictadas por el Juez de lo Penal en el procedimiento abreviado y las dictadas por el Juez de Menores en el procedimiento regulado por la LO 5/2000 de 12 de enero, pues, si bien la Ley concede recurso de apelación contra las sentencias pronunciadas por el Juez-Presidente en el procedimiento penal ante el

Tribunal del Jurado, tal apelación abre una segunda instancia peculiar y bastante desnaturalizada.

LRJCA

art. 80 Son apelables, en un sólo efecto, los autos dictados por los Juzgados de lo CA y los Juzgados Centrales de lo CA en procesos en que conozcan en primera instancia, en los siguientes casos: c) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.

art. 81.1 Las sentencias de los Juzgados de lo CA serán susceptibles de recurso (**ordinario**, según la rúbrica de la sesión 2º del Capítulo III de Título IV) de apelación, salvo en los asuntos siguientes: a) Aquellos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros. 2. Serán siempre susceptibles de recurso de apelación: b) Las (sentencias) dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona c) Las que resuelvan litigios entre administraciones públicas.

art. 83 El recurso de apelación contra las sentencias será admisible en ambos efectos, salvo en los casos en que la presente Ley disponga otra cosa.

art. 85.10 Cuando la Sala revoque la sentencia impugnada que hubiere declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, resolverá al mismo tiempo sobre el fondo del asunto.

EM VI.2 de la Ley de 1998 dijo: Por lo que se refiere a los recursos contra las resoluciones judiciales, la Ley se atiene en general a lo que dispuso la LRURP de 30 de Abril de 1992. Pero introduce algunos cambios necesarios, motivados, unos, por la creación de los Juzgados de lo contencioso-administrativo, que conduce a reimplantar los recursos de apelación contra sus resoluciones, otros, por la experiencia, breve pero significativa, derivada de aquella última reforma procesal.

Lo que se dice, por lo que se establece en la Disposición Derogatoria segunda de la LRURP. *Derogación de normas reguladoras del proceso contencioso-administrativo. Quedan derogadas las normas reguladoras del recurso de apelación en materia contencioso-administrativa previstas en cualquier disposición legal, sin perjuicio de la procedencia del recurso de casación, en su caso, y en los términos previstos en la presente Ley.* Derogación que su propia EM justificaba diciendo: En efecto, es necesario abordar, sin mayor dilación, la regulación del recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo –importante novedad en nuestro ordenamiento–, que sin duda con algunas importantes peculiaridades, se mantiene, sin

embargo dentro de la línea típica de estas acciones de impugnación cuya finalidad básica es la protección de la norma y la creación de pautas interpretativas uniformes que presten la mayor seguridad jurídica conforme a las exigencias de un Estado de Derecho.

Regulación, que se materializó, modificando los artículos 94 a 100 de la Ley de 1956, sobre los recursos ordinarios contra las sentencias, circunscritos al de apelación, y 101 y 102, sobre los extraordinarios, como el de apelación en interés de la ley y el de revisión, y previendo la Disposición Transitoria 3ª la situación en tanto se creaban los Juzgados de lo contencioso-administrativo, que fue, para GONZÁLEZ PÉREZ, de caos normativo, entre otras cosas porque, ya había dicho la LOPJ, reformada, que son apelables en un solo efecto los autos dictados por los JCA y J Centrales de lo CA, en procesos de que conozcan en primera instancia, en los siguientes casos: c) los que declaren la inadmisión de recursos contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación. Las sentencias de los JCA y Centrales de lo CA serán susceptibles de recurso de apelación, salvo que se hubieren dictado en los asuntos siguientes: a) aquellos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros. b) los relativos a materia electoral. Serán siempre susceptibles de apelación las sentencias siguientes: a) las que declaren la inadmisibilidad del recurso en el caso de la letra a), b) las dictadas en procedimiento para la protección de derechos fundamentales. c) las que resuelvan litigios entre administraciones públicas d) las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales. La Sala de lo CA del TSJ o de la AN competente (para conocer en segunda instancia, arts. 10.2 y 11.2) dictará sentencia sobre el fondo de asunto, incluso cuando revoque en apelación la sentencia impugnada que hubiere declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.

VI.2 EM, seguía diciendo: el nuevo recurso de apelación ordinario contra las sentencias de los Juzgados no tiene carácter universal. No siendo la doble instancia en todo tipo de procesos una exigencia constitucional, ha parecido conveniente descargar a los Tribunales superiores de conocer en segunda instancia de los asuntos de menor entidad, para resolver el agobio que hoy padecen. Sin embargo, la apelación procede siempre que el asunto no ha sido resuelto en cuanto al fondo, en garantía del contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva, así como en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales, en los litigios entre Administraciones y cuando se resuelva la impugnación indirecta de las disposiciones generales, por la mayor trascendencia que *a priori* tienen estos asuntos.

Se habla (y lo es, lo que sucedería aunque no se dijera por lo ilimitado de su fundamento) de recurso ordinario de apelación, porque, antes, los había ordinario, ante el TS, y extraordinario en interés de la Ley (excepcional

contra sentencias firmes con la finalidad de formar jurisprudencia) contra las sentencias de las Salas de lo CA de los TSJ y de la AN. Hoy sólo contra resoluciones de los Juzgados.

La LRJCA de 1956, en EM II 6) había dicho: Se ha creído prudente conservar el sistema actual de doble instancia para los asuntos dimanantes de los órganos locales del Estado y de la Administración Local, y de una instancia única para los dimanantes de las Administración central. La generalización de la instancia única, con la posibilidad de recurrir en casación, ofrece el grave riesgo de que, mediante una desnaturalización de la casación, hecho cada día más frecuente en casi todos los Ordenamientos jurídicos, se hubiera consagrado en realidad una doble instancia en todos los casos, lo que hubiera implicado justamente lo contrario de lo que se pretendía. Mantener el sistema actual viene a suponer una instancia única en la mayoría de los casos, aun cuando se mantenga, limitada todo lo posible, la apelación, a fin de que el TS, al conocer de los asuntos de carácter local, pueda dar uniformidad a los criterios de los distintos Tribunales territoriales.

Constituye, dice Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, el proceso de impugnación ordinario por antonomasia. Es un medio de impugnación que incide en la relación jurídico-procesal, acorde siempre con el sistema de doble instancia. En el recurso de apelación se actúa una pretensión revocatoria que, como toda pretensión procesal, requiere individualización de los motivos que le sirven de fundamento, a fin de que el Tribunal de apelación pueda examinar y pronunciarse sobre ellos dentro de los límites y en congruencia con los términos en que venga ejercitada.

7. Recurso de audiencia en justicia.

DREA Audiencia es ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrece a un interesado en un juicio o expediente. Justicia es aquello que debe hacerse según derecho y razón. *Pido justicia.*

Oír en justicia *Der. Ser examinados por un juez o tribunal los descargos o excusas del funcionario a quien se impuso una corrección.*

LOPJ

art. 194.2 Contra el acuerdo de imposición de sanción (a los perturbadores del acto de la vista –faltando al respeto y consideraciones debidas a los Jueces, Tribunales, Ministerio Fiscal, Abogados, Procuradores y Secretarios judiciales– que desobedezcan la primera advertencia y se resistan a cumplir la orden de expulsión, y a los testigos, peritos y cualquier otro que, como parte o representándola, en las vistas y actos judiciales, falten a la consideración

respeto y obediencia debidos a los Tribunales de palabra, obra o por escrito, cuando sus actos no constituyan delito) podrá interponerse *recurso de audiencia en justicia* ante el propio Juez, Presidente o Secretario judicial, que lo resolverá en el siguiente día. Contra el acuerdo resolviendo la audiencia en justicia o el de imposición de la sanción cabrá recurso de alzada ante la Sala de Gobierno.

art. 556.3 Contra el acuerdo de imposición de corrección podrá interponerse recurso de audiencia en justicia ante el Secretario judicial, el Juez o la Sala que la impuso (al abogado o procurador que interviene en los pleitos o causas cuando incumplan las obligaciones que les imponga esta Ley o las leyes procesales, relacionadas con el respeto debido a las personas que intervengan en el proceso, con la desobediencia reiterada a las llamadas al orden, en las alegaciones orales, la incomparecencia sin causa justificada o renuncia a la defensa o representación). Contra este acuerdo o contra el acuerdo de imposición de sanción, *en el caso de no haber interpuesto recurso de audiencia en justicia*, cabrá recurso de alzada ante la Sala de Gobierno.

Iñigo DE GUAYO CASTIELLA, en *El control de la potestad sancionadora de la Administración Judicial. La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento Administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez II. La jurisdicción contencioso-administrativa, Cívitas 1993. pág.1636, dijo que el nombre que la Ley da al recurso no es, por lo demás, muy afortunado. Cuando tal recurso se interpone —se ha dicho que es potestativo— no se persigue ser oído (como podría interpretarse atendiendo al nombre adoptado). La audiencia es exigible siempre para el caso de la imposición de multa. El Secretario además hará constar en todo caso las alegaciones del interesado. Debe entenderse que quien interpone el recurso solicita una segunda audiencia.

Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, en *Derecho Administrativo Español*. Eunsa. 1994, dice que, en realidad, es un recurso de reposición potestativa que puede dar origen a un supuesto de doble alzada.

8. Recurso de casación.

Según el DRAE, casación es acción y efecto de casar o anular. Casar (del lat. *Cassare, cassus*, vano, nulo) es *Der. Anular, derogar, abrogar*.

Recurso de casación, para el Diccionario, es *el que se interpone ante el TS contra fallos definitivos o laudos, en los cuales se suponen infringidos leyes o doctrina legal, o quebrantada alguna garantía esencial del procedimiento*.

En lengua francesa (Francia tiene mucho que ver con el recurso de casación) *casser* es *briser*, *rompre* fig. *casser un jugement*. *Cassation* es *annulation juridique d'un arrêt, d'une procédure*. *Cour de cassation*, *cour suprême* qui a pour mission de vérifier si les formes de la procédure ont été exactement suivies.

Diccionari Juridic Català. *Cassació*. Anulación hecha por el tribunal supremo o, en ciertos casos, por los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas, de las sentencias judiciales definitivas dictadas por los tribunales ordinarios o Consejo Supremo de Justicia Militar, en el caso de que no se ajusten a la ley, infrinjan las garantías procesales fundamentales o, a veces, por error en la apreciación de las pruebas por parte de los tribunales de instancia.

Diccionari de la Llengua Catalana del Institut d'Estudis Catalans. Anulación de las sentencias judiciales definitivas en caso de que éstas no se ajusten a la ley, infrinjan las garantías procesales fundamentales o por error en la apreciación de las pruebas por parte de los tribunales de instancia. *Tribunal de cassació, recorrer en cassació, recurs de cassació*. *Cassar* es anular en virtud de la propia autoridad. *El Tribunal Suprem ha cassat la sentència*.

Alguien (Juan Antonio DE PANDO, *Novela Primera, el recurso de casación: Observaciones sobre la Ley de 22 de abril de 1878*) dijo que no hay en el Diccionario de nuestra lengua otro nombre con el que aclimatar el recurso de casación que no sea el de *recurso de ilusión, de confusión, de destrucción*.

El artículo 11 del Estatuto de Cataluña de 1932 estableció un Tribunal de Casación de Cataluña, al que reconoció jurisdicción propia sobre las materias civiles y administrativas cuya legislación exclusiva esté atribuida a la Generalidad. En las demás materias se podrá interponer recurso de casación ante el TS de la República o el procedente según las leyes del Estado.

STC 31/2010 de 28 de junio. BOE nº 172 de 16 de julio, declaró (FJ 44) que no era inconstitucional el artículo 95.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 19 de julio de 2006, que dispone que el TSJ de Cataluña es la última instancia jurisdiccional de todos los procesos iniciados en Cataluña, así como de todos los recursos que se tramiten en su ámbito territorial, sea cual fuere el derecho invocado como aplicable, de acuerdo con la LOPJ y sin perjuicio de la competencia reservada al TS para la unificación de doctrina. Tal competencia no está referida a un recurso procesal específico sino a la función reservada al TS y referida en el Estatuto por relación a su resultado –la unificación de la aplicación e interpretación del Derecho– alcanzado mediante un orden de recursos procesales que sólo a la LOPJ corresponde establecer.

CE

art. 123 El TS, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo lo dispuesto en materia de garantías jurisdiccionales.

art. 152.1 Un TSJ, sin perjuicio de la jurisdicción correspondiente al TS, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la CA. Todo ello de conformidad con lo previsto en la LOPJ y dentro de la unidad e independencia de éste.

LOPJ

art. 5.4 En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al TS, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional.

art. 56.1 La Sala de lo Civil del TS conocerá de los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia civil que establezca la ley.

art. 57.1 La Sala de lo Penal del TS conocerá de los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia penal que establezca la ley.

art. 58 La Sala de lo Contencioso-administrativo del TS conocerá: segundo. De los recursos de casación y revisión en los términos que establezca la Ley.

art. 59 La Sala de lo Social del TS conocerá de los recursos de casación y revisión y otros extraordinarios que establezca la ley, en materias propias de este orden jurisdiccional.

art. 73 La Sala de lo Civil y Penal del TSJ, como Sala de lo Civil conocerá: 1. a) Del recurso de casación que establezca la ley contra las resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del derecho civil, foral o especial propio de la comunidad autónoma y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía lo haya previsto.

art. 74.5 y 6 Las Salas de lo CA de los TSJ conocerán del recurso de casación para la unificación de doctrina y del recurso de casación en interés de la Ley en los casos previstos en la LRJCA.

LEC

art. 477 El recurso de casación habrá de fundarse, *como motivo único*, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del recurso. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales: 1º cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. 2º cuando la cuantía del asunto excediere de veinticinco millones de pesetas. 3º cuando la resolución del recurso presente interés casacional. Que se considera presenta cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del TS o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las AP o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este caso, no existiese doctrina jurisprudencial del TS relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

art. 478 El conocimiento del recurso, en materia civil corresponde a la Sala Primera del TS (y a las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ el de los que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la CA, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto este atribución).

art. 487 Si se trata de los recursos de casación previstos en los nºs 1º y 2º del apartado 2 del artículo 477, la sentencia que ponga fin al recurso confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida. Cuando el recurso de casación sea de los previstos en el nº 3, si la sentencia considera fundado el recurso, casará la resolución impugnada y resolverá sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o a la contradicción o divergencia de jurisprudencia.

EM XIV. La presente Ley ha operado con tres elementos para determinar el ámbito de la casación. En primer lugar, el propósito de no excluir de ella ninguna materia civil o mercantil, en segundo término, la decisión, en absoluto gratuita, como se dirá, de dejar fuera de la casación las infracciones de leyes procesales, finalmente la relevancia de la función de crear autorizada doctrina jurisprudencial. Porque ésta es, si se quiere, una función indirecta de la casación, pero está ligada al interés público inherente a este

instituto desde sus orígenes y que ha persistido hasta hoy. En un sistema jurídico, como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante, no carece ni debe carecer de un relevante interés la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica. Nadie ha cuestionado que la renovación de la Justicia civil se haga conforme a los valores positivos jurídico y jurisdiccional, sin incurrir en la imprudencia de desechar instituciones enteras y sustituirlas por otras de nueva factura o piezas de modelos jurídicos y judiciales muy diversos del nuestro. Así pues, ha de mantenerse en sustancia la casación, con la finalidad y efectos que le son propios, pero con un ámbito objetivo coherente con la necesidad de doctrina jurisprudencial especialmente autorizada. Superando una idea, no por vulgar menos influyente de los recursos extraordinarios y, en especial, el de casación, entendidos, si no como tercera instancia, sí, muy frecuentemente como el último paso necesario, en muchos casos, hacia la definición del Derecho en el caso concreto.

Aníbal SABATER, *El recurso de casación en la nueva LEC XXII Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado-Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Edit-in 2002, dice que, frente a la casación anterior, convertida en la práctica en un recurso ordinario más, la Ley 1/2000 ha querido volver a los orígenes y aproximar su función a la que originariamente tenía, y en gran medida sigue teniendo, en Francia, creando un solo motivo de casación y reformando el catálogo de las resoluciones frente a las que cabe interponer el recurso.

No resulta fácil definir el recurso de casación. Como producto histórico en que se han ido agregando fines prácticos e intereses concretos —se ha dicho— resulta difícil afirmar que responda a un criterio jurídico procesal o político. Emilio GÓMEZ ORBANEJA (en *Derecho Procesal civil*, en una época en que la casación amenazaba con convertirse en la tercera instancia, que terminó por serlo, a la que se accede por motivos variados y de no siempre fácil intelección y en la que resulta complicado discernir cuándo o con qué extensión puede el Tribunal Supremo entrar a revisar los hechos que el Juzgado y la Audiencia han tenido por probados), dijo que, como salvaguardia o centinela de la ley, nació en Francia el Tribunal de Casación. A esta finalidad originaria y nuclear vinieron a agregarse desde muy temprano otros cometidos. Parece—como destaca Manuel SERRA DOMÍNGUEZ *La Nueva Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil*— su actual regulación responde a un logrado compromiso entre diversas necesidades prácticas en cierto sentido contrapuestas: de una parte, la necesaria uniformidad de la jurisprudencia conjugada con la concesión a los ciudadanos de un último y definitivo recurso judicial; de otra, la necesidad de restringir el acceso a la casación para garantizar la seguridad jurídica y evitar la incertidumbre derivada del retraso en la declaración definitiva del derecho en lo concreto.

La casación española ha venido definiéndose por dos notas esenciales: que ha de fundarse en causas o motivos tasados y que ha de ser resuelto por el órgano supremo de la jerarquía judicial. Jaime GUASP DELGADO lo definió, al civil, como proceso de impugnación de una resolución judicial ante el grado supremo de la jerarquía judicial, por razones inmanentes al proceso en que dicha resolución fue dictada. Ambas notas se han atenuado —dice Jesús GONZÁLEZ PÉREZ— pues: aunque la ley 34/84 de 6 de agosto de reforma de la LEC mantuvo la necesidad de fundar el recurso en motivos tasados, vino a comprender la casi totalidad de las infracciones del ordenamiento jurídico en que hubiese incurrido la sentencia recurrida, que podrían hacerse valer sin sujeción a los rigurosos formalismos de la normativa anterior, y, por otro, no se atribuye exclusivamente su conocimiento a quien, según el artículo 123 de la CE, es el órgano judicial superior en todos los órdenes, ya que en el orden judicial civil conocerá la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, siempre que se funde en infracción de normas de Derecho civil, foral o especial propio de la CA (art. 73, 1 a) LOPJ).

Históricamente no fue así, llegando a España, con el designio nomofiláctico de la Revolución francesa.

Ninguna necesidad procesal de un remedio contra las nulidades de las sentencias de los Parlamentos habría nunca dado origen a la casación si, una necesidad política, absolutamente propia de la Constitución francesa, no hubiese exigido la creación de un instituto enteramente nuevo, inspirado en un concepto totalmente diverso del que había dado origen a la antigua querrela de nulidad del Derecho Común, decía CALAMANDREI, en 1945, en *La casación civil*, basándose en que, mientras la querrela contra las sentencias de los jueces inferiores había llegado a ser inútil por causa de la apelación, la función de la querrela de nulidad contra las sentencias en dernier ressort había sido asumida por la requête civil, de suerte que sólo ésta era el sucedáneo de la *querrela nullitatis* contra las sentencias inapelables. Robespierre, el 18 de noviembre de 1790, dijo en la Asamblea Nacional, que, en un Estado que cuenta con una Constitución, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley; así siempre hay identidad de jurisprudencia.

Por Decreto de 17 de noviembre de 1790 se crea el Tribunal de Casación, no como órgano judicial sino como órgano de control constitucional, puesto al lado del Poder legislativo para vigilar la actividad de los órganos judiciales y reprimir las injerencias con que los jueces trataron de sustraerse a la observancia de la ley. De oficio o mediante recurso, el Tribunal de Casación anulaba las sentencias en dernier ressort que contuvieran une *contravention expresse au texte de la loi*, y, sin conocer del mérito (*fond de l'affaire*), reenviaba a los jueces competentes para una nueva sentencia; si era conforme a la casada, se podía recurrir de nuevo en casación, pero, si también el

segundo juez de reenvío insistía en pronunciar diverso dictamen, procedía el *referé obligatoire au Corp Législatif*, que dictaba un decreto de interpretación de la ley, al cual tenía que ajustarse el juez de reenvío. La casación tiene carácter negativo, se limita a defender la ley, proscribida toda interpretación, impide a los tribunales el conocimiento de la cuestión de fondo.

Si el artículo 261.º de la Constitución de Cádiz atribuyó al Supremo tribunal, que habría en la Corte, conocer de los recursos de nulidad, que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 254 (la personal de los jueces que cometieron toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal), y el RD de 4 de noviembre de 1838 (además de configurar el recurso de nulidad como vía de reposición del proceso por vicios *in procedendo*), dispuso, en los casos de infracción de fondo, la devolución del proceso a su tribunal de procedencia para que sobre el fondo de la cuestión determine, en última instancia, lo que estime justo. No se habló de casación hasta muy luego. El RD de 20 de junio de 1852, sobre procedimiento en las causas de contrabando y defraudación a la Hacienda Pública, lo hizo, creando dos Salas, una que resolvería sobre la casación y otra dictaría la segunda sentencia. Siguió con este nombre, pero, sin la radicalidad francesa, moderadamente, en RD de 30 de septiembre de 1853, RC de 30 de enero de 1855, Ley de 13 de mayo de 1855, LEC de 5 de octubre de 1855 (en la se distinguía, el fundado en que la sentencia sea contra ley o contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales, y el basado en los defectos formales los que se relacionan en artículo distinto), leyes provisionales sobre reforma de la casación civil de 18 de junio de 1870 y de 22 de abril de 1878, en las que se distinguen, el recurso de casación por infracción de ley y de casación por quebrantamiento de forma. Siempre, frente a los intentos de purificar la casación de las desviaciones de su fin, defensivo de la ley.

LECr

art. 847 Procede el recurso de casación *por infracción de ley y por quebrantamiento de forma* contra todas las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en juicio oral y única instancia.

art. 848 Contra los autos definitivos dictados por las Audiencias, sólo procede recurso de casación y únicamente por infracción de ley en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso.

art. 849 Se entenderá que ha sido infringida la ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación: 1º Cuando, dados los hechos que se declaren probados, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del

mismo carácter que deba ser aplicada en la aplicación de la norma penal. 2º Cuando haya habido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

art. 850 El recurso de casación podrá interponerse por quebrantamiento de forma: 1º Cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma, se considere pertinente. 2º Cuando se haya omitido la citación del procesado, la del responsable civil subsidiario o la del actor civil para su comparecencia en el acto de juicio oral. 3º Cuando el Presidente del Tribunal se niegue a que un testigo conteste a la pregunta o preguntas que se le dirijan, siendo procedentes y de manifiesta influencia en la causa. 4º Cuando se desestime cualquier pregunta por capciosa, no siéndolo en realidad, siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio. 5º Cuando el Tribunal haya decidido no suspender el juicio para los procesados comparecidos, en el caso de haber concurrido algún acusado, siempre que hubiere cusa fundada que se oponga a juzgarles con independencia y no hay recaído declaración de rebeldía.

art. 901 Cuando la Sala estime cualquiera de los motivos de casación alegados declarará haber lugar al recurso y casará y anulará la resolución sobre que verse. Si lo desestimase declarará no haber lugar al recurso.

art. 901 bis a) Cuando la Sala estime haberse cometido el quebrantamiento de forma en que se funda el recurso, declarará haber lugar a él y ordenará la devolución de la causa al Tribunal, de que proceda para, reponiéndolo al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a derecho.

art. 901 bis b) Si la Sala estima no haberse cometido el quebrantamiento de forma alagado, decidirá no haber lugar el mismo y procederá en la propia sentencia a resolver los motivos de casación por infracción de ley que la de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor.

art. 902 Si la Sala casa la resolución objeto del recurso a virtud de algún motivo fundado en la infracción de la Ley. Dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda conforme a derecho, sin más limitación.

En el orden jurisdiccional penal, aún es extraordinario y ante el TS.

Dijo M. FÈNECH NAVARRO, en su día, que el primitivo carácter político de la casación se ha ido perdiendo paulatinamente, convirtiéndose en una institución de neto carácter jurídico procesal, que alcanza, de manera definitiva, con la reforma de la ley de 18 de junio de 1933, confirmada en este aspecto por la ley de 16 de julio de 1949, en virtud de las cuales pierden los hechos declarados probados el carácter de inatacables en todo caso. Dando la siguiente definición: acto de impugnación que tiene a provocar un nuevo examen limitado de una resolución de carácter definitivo en un proceso penal para conseguir la anulación total o parcial, con o sin reenvío a nuevo juicio, fundado en una infracción del Derecho material o del Derecho procesal positivo taxativamente establecida en la ley.

LRJCA

art. 86 Las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de la AN y de los TSJ (con algunas excepciones, como las que se refieran a cuestiones de personal, salvo que afecten al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, las que recaigan en asuntos de cuantía que no exceda de, salvo en el procedimiento de derechos fundamentales, las dictadas en procedimiento especial en materia del derecho fundamental de reunión, o en materia electoral) serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS. En todo caso cabe contra las sentencias que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general. Y las de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia cuando el recurso se funde en infracción de normas de Derecho estatal y comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo, invocadas oportunamente y consideradas por la Sala sentenciadora. También, en los mismos supuestos, algunos autos como el de inadmisión del recurso.

art. 88 El recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: 1º Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción. 2º Incompetencia o inadecuación del procedimiento. 3º Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, hayan causado indefensión (y se haya pedido la subsanación en la instancia, de existir momento procesal oportuno). 4º Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

art. 95 Si se estimare el recurso por todos o alguno de los motivos aducidos, la Sala, en una sola sentencia, casando la recurrida, resolverá conforme a Derecho, teniendo en cuenta lo siguiente: a) De estimarse por el motivo del 88.1 a), se anulará la sentencia o resolución, indicándose el concreto orden jurisdiccional competente que resolverá el asunto, según corresponda; b) De estimarse por el motivo del 88.1 b), se remitirán las actuaciones al órgano jurisdiccional competente para que se resuelva o se repondrán al estado y momento exigidos por el procedimiento adecuado para la sustanciación de las mismas, salvo que, por aplicación de las normas específicas, dicho procedimiento adecuado no pueda seguirse. c) De estimarse la existencia de infracciones procesales mencionadas en el 88.1 c), se mandarán reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta, salvo si la infracción consistiera en vulneración de las normas reguladoras de la sentencia, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la letra d) siguiente. d) En los demás casos la Sala resolverá lo que correspondá dentro de los términos en que apareciera planteado el debate.

art. 96 Podrá interponerse *recurso de casación para la unificación de doctrina* contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo del TS, AN y TSJ cuando, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos. También lo son las sentencias de la AN y los TSJ dictadas en única instancia cuando la contradicción se produzca con sentencias del TS en las mismas circunstancias. Sólo serán susceptibles de este recurso las sentencias que sean susceptibles de casación con arreglo con lo establecido en el 86.2 b), siempre que la cuantía litigiosa sea superior a 30.000 euros. Y, en ningún caso, lo serán las sentencias a que se refiere el 86.2 a), c) y d), ni las excluidas del recurso de casación en el artículo 86.4.

art. 97.7 La sustanciación y resolución del recurso en todo lo no previsto en los artículos anteriores, se acomodará a lo establecido en la Sección anterior en cuanto resulte aplicable.

art. 98.2 Los pronunciamientos del TS en ningún caso afectarán las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada. Si la sentencia declara que ha lugar al recurso, casará la impugnada y resolverá el debate planteado con pronunciamientos ajustados a Derecho, modificando las declaraciones efectuadas y las situaciones creadas por la sentencia recurrida.

art. 99 Son susceptibles de recurso de casación para la unificación de doctrina las sentencias de los TSJ, si existen varias de estas Salas o la Sala o Salas tienen varias Secciones, cuando, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

Este recurso solo podrá fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidades Autónomas.

Arts. 100 y 101. Regulan los *recursos de casación en interés de la Ley*. Las sentencias dictadas en única instancia por los Jueces de lo contencioso-administrativo y las pronunciadas por las Salas de lo CA de los TSJ y de la AN, que no sea susceptibles de los recursos de casación a que se refieren las dos secciones anteriores, podrán ser impugnados por la Administración pública territorial que tenga interés legítimo en el asunto y por las Entidades y Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, por el Ministerio Fiscal y por la Administración General del Estado, en interés de la Ley, mediante un recurso de casación, cuando estimen gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada. Únicamente podrá enjuiciarse la correcta aplicación e interpretación de normas emanadas del Estado. Se interpondrá directamente ante la Sala de lo CA del TS. La sentencia que se dicte respetará la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará la doctrina legal, vinculando a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado en este orden jurisdiccional.

art. 101 Las sentencias dictadas en única instancia por los Jueces de lo CA contra las que no se puede interponer el recurso previsto en el artículo anterior podrán ser impugnadas por la Administración pública territorial que tenga interés legítimo en el asunto o por las Entidades y Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, por el MF y por la Administración de la Comunidad Autónoma en interés de la Ley. Únicamente podrá enjuiciarse la correcta aplicación e interpretación de normas emanadas de la Comunidad Autónoma que haya sido determinante del fallo recurrido. Conocerá la Sala de lo CA del TSJ. En lo referente a efectos de la sentencia, regirá lo establecido en el artículo anterior con las adaptaciones necesarias, vinculando a todos los jueces de lo CA con sede en el territorio a que extiende su jurisdicción el TSJ.

EM VI.2 Dice, por lo que se refiere a los recursos contra las resoluciones judiciales, que se atiende en general a la LMURP 10/92 de 30 de abril (en cuya EM 4 se dijo: es, en efecto, necesario abordar, sin mayor dilación, la regulación del recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo). Y que el recurso de casación, en lo contencioso-administrativo –importante novedad de nuestro ordenamiento– que, sin duda, ofrece algunas importantes peculiaridades, se mantiene, sin embargo, dentro de la línea típica de esas acciones de impugnación cuya finalidad básica es la protección de la norma y la creación de pautas interpretativas uniformes que presten la máxima seguridad jurídica conforme a las exigencias de un Estado de Derecho. Junto al recurso de casación *ordinario*, de acceso limitado –y del que merece destacarse la exclusión de los casos de aplicación e interpretación del Derecho autonómico, porque la posible concurrencia de Derecho estatal y autonómico en una sentencia obliga a sentar el criterio de relevancia o influencia de aquél en el fallo de la sentencia cuando se invoca su infracción como motivo de casación–, se crea un recurso de casación *para unificación de doctrina*, inspirado en el actual artículo 102.1 b) de la LRJCA y se mantiene la posibilidad impugnatoria ante el TS hasta ahora vigente *en interés de la ley*, si bien en forma casacional, y se justifica la reforma del recurso de apelación, limitada a las sentencias de los Juzgados de lo CA, ya en 1992, que deja de ser universal. Dice que, no siendo la doble instancia en todo tipo de procesos una exigencia constitucional, ha parecido conveniente descargar a los TSJ de conocer también en segunda instancia de los asuntos de menor entidad, para resolver el agobio que hoy padecen, así como necesario elevar sustancialmente la cuantía se los que tiene acceso a la casación ordinaria, pues la anterior no ha permitido reducir la abrumadora carga de trabajo que pesa sobre la Sala de lo CA del TS (la alternativa de la doble instancia agravaría progresivamente esta carga, ya hoy muy superior a lo que sería razonable, con el pernicioso efecto de alargar la resolución de los recursos pendientes hasta extremos totalmente incompatibles con el derecho a una justicia efectiva) y en menor medida a los que pueden acceder al para unificación de doctrina.

El recurso de casación ordinario, carece de antecedentes. Los tiene, en parte, el para la unificación de doctrina, como motivo del recurso de revisión de la LRJCA. Los estableció la LMRUP. En el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto, se decía: Aborda uno de los aspectos más trascendentales de la nueva normativa procesal en el orden contencioso-administrativo, la introducción del recurso de casación. Esta medida, aparte de constituir estricto cumplimiento de lo dispuesto en LOPJ, merece un juicio positivo, pues, aparte de ser ya durante largo tiempo esperada por la doctrina y por la propia Sala Tercera del TS, restituye a la

expresada Sala el papel que le corresponde como órgano de casación encargado de la unificación de la aplicación del ordenamiento administrativo y, al propio tiempo, contribuye a evitar definitivamente que la Sala deba ocuparse en ocasiones, como ocurre en el presente con más frecuencia de la que sería de desear, de asuntos nimios o sin ningún interés casacional.

El antecedente inmediato del recurso de casación en interés de la ley es el recurso de apelación extraordinario en interés de la Ley del artículo 101 de de la LRJCA de 1956, contra las sentencias de las Salas de lo CA de las Audiencias Territoriales, no susceptibles de apelación ordinaria, que podía interponer el Abogado del Estado, aunque no hubiera intervenido en el procedimiento, cuando estimare gravemente dañosa y errónea la resolución dictada, y cuya sentencia respetaba la situación jurídica particular derivada del fallo recurrido y fijaba la doctrina legal. La LMRPU 92, en el art. 102, amplió la legitimación, en el nuevo recurso, ya de casación en interés de la ley (la estatal), a las Entidades y Corporaciones, dichas, aunque no a las Comunidades Autónomas, como ahora desde la ley 29/98, en los términos expuestos antes.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, en consideración a su finalidad –que más que fijar doctrina legal, es, como en el precedente del recurso apelación extraordinario en interés de la ley, evitar que llegara a crearse doctrina legal–, dijo de él, que podrían reiterarse las críticas dirigidas al recurso de casación en interés de la ley, del que se ha dicho que no tiene justificación dogmática aprovechable, al obedecer a finalidades, completamente alejadas de las verdaderas preocupaciones de los mecanismos procesales y que se explica sólo en función de una misión histórica.

LRJS

art. 205 La Sala de lo Social del TS conocerá, en los supuestos y por los motivos establecidos en esta Ley, de los recursos de casación interpuestos contra las sentencias y otras resoluciones dictadas en única instancia por las Salas de lo Social de los TSJ y por la Sala de lo Social de la AN.

art. 207 El recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: a) Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción. b) Incompetencia o inadecuación del procedimiento. c) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, hayan causado indefensión. d) Error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obren en los autos que demuestren la equivocación del juzgador por resultar contradichos por otros

elementos probatorios. e) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate.

art. 215 La sentencia, si es estimatoria por todos o alguno de los motivos, casando la resolución recurrida, resolverá conforme a derecho, teniendo en cuenta lo siguiente: a) De estimarse la falta de jurisdicción, la incompetencia o la inadecuación del procedimiento, se anulará la sentencia, y se dejará a salvo el derecho de ejercitar las pretensiones ante quien corresponda o por el procedimiento adecuado. b) De estimarse la infracciones procesales previstas en la letra a) del artículo 207, se mandarán reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta, salvo que la infracción se hubiera producido durante la celebración del juicio, en cuyo caso se mandarán reponer al momento de su señalamiento. Si la infracción cometida versara sobre las normas reguladoras de la sentencia, la estimación del motivo obligará a la Sala a resolver lo que corresponda, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate. Pero si no pudiera hacerlo, por ser insuficiente el relato de los hechos probados de la resolución recurrida, y no pudieran completarse por el cauce procesal correspondiente, acordará la nulidad de todo o parte de dicha resolución y de las siguientes actuaciones procesales, concretando, en caso de nulidad parcial, los extremos de la resolución impugnada que conservan su firmeza y mandará reponer lo actuado al momento de dictar sentencia, para que se salven las deficiencias advertidas y sigan las actuaciones su curso legal. c) De estimarse alguno de los restantes motivos, la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, con preferencia de la resolución del fondo del litigio, incluso sobre extremos no resueltos en el momento de la sentencia recurrida por haber observado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de los hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaran suficientes.

art. 218 y 219 *Recurso de casación para la unificación de doctrina.* Son recurribles las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los TSJ, que sean contradictorias entre sí, con las de otra u otras Salas o con sentencias del TS, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos distintos

art. 228 Los pronunciamientos de las sentencias de la Sala de lo Social de TS, al resolver estos recursos, en ningún caso, alcanzarán a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes a la impugnada. Si la sentencia declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada.

Entre los antecedentes españoles remotos, en el tiempo de los actuales recursos, de casación por quebrantamiento de forma en lo criminal y recurso extraordinario por infracción procesal, en lo civil, estuvo el **recurso de nulidad**.

Algo dijimos sobre la Constitución 1812. art. 261.9º Toca a este supremo Tribunal (habrá en la corte un tribunal, que se llamará Supremo Tribunal de Justicia, según el 259): Noveno. Conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 254 (toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal, hace responsables personalmente a los jueces que la cometieren).

Como recoge Joaquín Escriche, en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, en 1848, era nula la sentencia cuando: El que la da no tiene jurisdicción; o es juez incompetente, ya en razón del asunto que se controvierte, ya por el lugar del juicio, o por las personas que en él intervienen; cuando no contiene absolución o condenación en todo o en parte o no designa la cosa o cantidad en que absuelve o condena; cuando el juez la da fuera del lugar acostumbrado, o no la hace escribir, o la pronuncia sin emplazar u oír a la parte, o sin estar contestada la demanda, a menos que sea en juicio de apelación en que la contestación no es absolutamente necesaria, o bien si no cita a las partes para que asistan a oírla; cuando se da contra el que, debiendo tener curador no le tuviere salvo si le fuera favorable; cuando se da en día feriado o de noche, o en casas espirituales por juez lego, o contra la autoridad de cosa juzgada; cuando se prueba que el juez la dio por dinero; cuando no fuera conforme a la demanda. Teniéndose presente que la falta de forma judicial en la demanda, del juramento de calumnia o de cualquiera de las solemnidades del orden del juicio, no produce nulidad, a no ser que se pida su observancia por alguna de las parte, y mandada no se ejecute, pues está prescrito por la ley que se juzgue atendiendo solamente a la verdad y no a las formalidades del orden judicial que no fueren esenciales. Ley 12 tít. 22 Part. 5 y ley 2, tít. 16 lib. 11. Novísima Recopilación.

9. Recurso de inconstitucionalidad.

DRAE Inconstitucionalidad es *oposición de una ley, decreto o de un acto a los preceptos de la Constitución*. Inconstitucional es *opuesto a la Constitución del Estado*.

Diccionari Jurídic Català. Recurso que se interpone ante el Tribunal Constitucional contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que se estima que vulneran alguna disposición contenida en la Constitución.

Constitución de 1931. art. 121 Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de: a) el recurso de inconstitucionalidad de las leyes.

Se inspiró en el modelo norteamericano, y, en Europa, el austriaco de 1920. Precedente español (contra la falta de tradición nacional aludida por la EM del proyecto de ley del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1932) lo fue, para Víctor FAIRÉN GUILLÉN, el recurso de agravios de la Corona de Aragón, que evoca un juicio de agravios, desarrollado en las Cortes de Zaragoza y sentenciado por el Justicia Mayor Micer Ximénez Cerdán, en 1398. Dice, en *Los procesos constitucionales aragoneses (agravios, firmas y manifestación)*, en III de la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*. Dirección General de lo Contencioso. Instituto de Estudios Fiscales 1981, que el Justicia podía casar y anular normas jurídicas por inconstitucionalidad, como en el caso siguiente: Los reyes aragoneses habían concedido a varias ciudades de importancia (Tarazona, Calatayud, Teruel y sus comarcas) privilegios para que tomasen justicia por mano propia, sin acudir al debido proceso legal ante el juez competente, contra caballeros –otro Estamento parlamentario– que los agraviasen. Los caballeros presentaron, ante las Cortes, tales privilegios como contrarios a los principios del *debido proceso ante el juez competente*, básicos de la organización *constitucional* aragonesa, pidiendo su abolición y la prohibición de que se otorgasen otros semejantes, en el futuro, sometiendo a Justicia a quienes tal cosa hicieran. El Justicia, después de oír a los Estamentos no interesados –la Nobleza y la Iglesia– y al Rey, dictó sentencia que decía ... *predicta privilegia non valere, nec tenere & ipsa esse cassa, nulla sicuti de facto concessa fuerunt... & ipsa cassat & revocat, tamquam concessa & obtenta contra forum & usum Regni. Et pronunciat quod ad inde talia, similia privilegia: non debeant nec possint concedi, & ubi concessa fuerint, quod impetrantes ea non possint eis uti aliquo modo*.

Para Fairén Guillén, sin perjuicio de poder ser (lo es, no sólo, para el mejicano Héctor FIX ZAMUDIO, sino, en *Aciertos terminológicos e instituciones del Derecho procesal hispánico*, 1948, también, para Niceto

ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO), también, un precedente de los modernos juicios de amparo por medio de la casación, en este caso nos hallamos ante un proceso contra una norma inconstitucional y no ante un simple proceso de firma o de manifestación. No se trata de una simple anulación de un acto contra fuero constitucional, de destinación subjetivamente individual, sino concedidos a tres ciudades importantes, y se trataba de una pretensión y una sentencia constitutivas.

CE

art. 61.1 a). El TC tiene jurisdicción en todo el territorio contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. 2. El Gobierno podrá impugnar ante el TC las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas.

art. 162.1. Están legitimados: a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas, y, en su caso, las asambleas de las mismas.

LOTC

art. 29 La declaración de inconstitucionalidad (mediante cuyos procedimientos el TC garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de la Leyes, disposiciones y actos impugnados, según el art. 27) podrá promoverse mediante: a) El recurso de inconstitucionalidad. b) La cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces y Tribunales.

art. 38.1 Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOE.

art. 39 Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia. El TC podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en el curso del proceso.

art. 40 Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos administrativos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador, en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad. En todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el TC habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.

10. Recurso de queja.

En el DRAE, queja es acción y efecto de quejarse. Y quejarse (del latín *quassare* o *quassiare*: quebrantar, golpear violentamente), en su 4ª acepción, manifestar disconformidad con algo o alguien. También es *Der. Acusación ante juez o tribunal competente, ejecutado en forma solemne y como parte en el proceso la acción penal contra los responsables de un delito. Y reclamación que los herederos forzosos hacen ante el juez pidiendo la invalidación de un testamento por inoficioso*. Pero, recurso de queja, es *Der. El que interponen los tribunales contra la invasión de atribuciones por autoridades administrativas, y, en general, el que los interesados promueven ante un tribunal o autoridad superior contra la resistencia de un inferior a una apelación u otro recurso*.

El Diccionari Juridic Català dice 2. Recurso de queja (queixa). Recurso que se interpone ante el juez o tribunal superior contra los actos resolutorios y las providencias del inferior denegatorios de la admisión de un recurso de apelación o casación. 3. Reclamación que se puede formular por el interesado cuando la administración no cumple con el deber de dictar resolución expresa como consecuencia de una petición previamente presentada o cuando el procedimiento tiene defectos de tramitación, especialmente si suponen paralización, infracción de plazos y omisión de trámites subsanables.

Para el Diccionario Razonado de Escriche, de 1848, es sinónimo de querrela, como acusación que uno pone, ante el juez, contra otro que le ha hecho algún agravio o que ha cometido algún delito en perjuicio suyo, pidiendo que le castigue. Querellar, es poner acusación ante el juez quejándose de alguien por delito, injuria o agravio que le hizo. Querrela de testamento inoficioso es la queja que los herederos forzosos injustamente desheredados u omitidos (*praeteriti*) proponen ante el juez, pidiendo la

invalidación o rescisión del testamento como inoficioso, esto es, como hecho contra los oficios de piedad que se deben mutuamente los padres y los hijos. Ley 1 Tit.8 Part. 6.

En el Diccionari mallorquí-castellà de Pere A. Figuera, de 1848, quèxa es querella o queja, ante un juez.

En el Derecho Procesal, hoy, los hay:

En la LEC

Arts. 457.4, 470.3, 480.1, 494 y 495. Dice el primero, en sede de sustanciación de la apelación, que, si no se cumpliesen los requisitos a que se refiere el apartado anterior respecto de la preparación del recurso, el tribunal dictará auto denegándola. Contra este auto sólo podrá interponerse el recurso de queja. El segundo, en sede de preparación del recurso extraordinario por infracción procesal, dispone que, si el escrito de preparación incumpliere los requisitos establecidos en el apartado 2 de este artículo, el tribunal dictará auto denegando el recurso extraordinario. Contra este auto únicamente podrá interponerse recurso de queja. El tercero, en sede de preparación del recurso de casación, dice, si los requisitos (establecidos en el artículo anterior) no se cumplieren (el tribunal) dictará auto rechazando el recurso. Contra este auto únicamente podrá interponerse recurso de queja. El cuarto, sobre el recuso de queja, y como resoluciones recurribles en queja, dispone que, contra los autos en que el tribunal que haya dictado la resolución denegare la tramitación de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación, se podrá interponer recurso de queja ante el órgano al que corresponda resolver del recurso no tramitado. El quinto, a continuación, en lo que importa, dice que se preparará pidiendo reposición del auto recurrido, y para el caso de no estimarla, testimonio de ambas resoluciones. Si el tribunal no diere lugar a la reposición, mandará se facilite dicho testimonio y se entregue a la parte interesada, debiendo éste presentarlo y, presentado, el tribunal resolverá. Si considera bien denegada la tramitación del recurso, lo comunicará a tribunal correspondiente y, si la estimare mal denegada, ordenará a dicho tribunal que continúe con la tramitación.

Como decía Jaime GUASP DELGADO, el recurso de queja en el orden civil se engloba en el de apelación. Es una concreción directa de la apelación, si bien limitada al punto concreto de la admisibilidad o inadmisibilidad de la petición de apelación primeramente interpuesta. Para evitar que quede en las manos del tribunal que dicta la resolución apelada

su impugnabilidad, impidiendo que el superior la enjuicie y revise, con inadmitirla, el legislador escinde el procedimiento del recurso de apelación en dos fases seguidas entre dos grados judiciales distintos.

LECr

En los artículos 217 a 221, 233 y 236 se dispone: que, contra las resoluciones del Juez de Instrucción, se podrá interponer recurso de queja; el recurso de queja podrá interponerse contra todos los autos no apelables del Juez y contra las resoluciones en que se deniegue; el Tribunal ordenará al juez que informe en el corto término que al efecto señale; recibido el informe el Secretario judicial, lo pasará al Fiscal, si la causa fuere por delito en que tenga que intervenir para que emita dictamen por escrito; con vista a este dictamen, si le hubiere, y el informe del Juez, el Tribunal resolverá lo que estime justo.

Los arts. 862 a 872 regulan el recurso de queja por denegación del testimonio pedido para interponer el de casación.

M. FÉNECH NAVARRO decía que puede tener dos fines: o bien recurrir contra una resolución que se ha dictado en el proceso y, siendo lesiva para una parte, no pueda impugnarla de otra forma por no conceder la ley recurso de apelación, o bien para reparar la injuria inferida a la parte que, habiendo intentado la apelación, le sea denegada la admisión por el tribunal *a quo* ante quien se ha de interponer. Este mismo carácter tiene por denegación del testimonio pedido para interponer recurso de casación. Y finalmente, con bastante impropiedad, la queja que pueden formular los que puedan considerarse perjudicados por dilaciones injustificadas de los plazos judiciales ante el Ministerio de Justicia (200) y la establecida para que los agraviados para acudir ante el superior, cuando los representantes del Ministerio Fiscal no se abstuvieran, a pesar de estar incluidos en las causas de recusación establecidas para jueces y magistrados (99).

En la LRJCA

el artículo 85.2, al tratar del recurso ordinario de apelación, dispone, que, si el escrito presentado cumple los requisitos previstos en el apartado anterior y se refiere a sentencias susceptibles de apelación, el Juzgado dictará resolución admitiendo el recurso. En otro caso, denegará la admisión por medio de auto, contra el que podrá interponerse recurso de queja, que se sustanciará en la forma establecida en la LEC.

El artículo 90.2, en sede del recurso de casación, dispone, en otro caso, se dictará auto motivado denegando el emplazamiento

de las partes y la remisión de las actuaciones al TS. Contra este auto únicamente podrá interponerse recurso de queja que se sustanciará en la forma establecida en la LEC.

El artículo 97.4, en el recurso de casación para unificación de doctrina, dice que, en otro caso, dictará auto motivado declarando la inadmisibilidad del recurso. Contra el auto de inadmisión podrá interponerse recurso de queja que se sustanciará con arreglo a lo establecido en la LEC.

La Ley de 1956 sólo se refería al recurso de queja, en el artículo 49.4, al regular la cuantía del recurso, disponiendo que contra el auto que dicte el Tribunal no se dará recurso alguno, pero la parte perjudicada podrá, en su día, fundar el de queja en la indebida fijación de la cuantía, si no se admitiera el de apelación. Decía PERA VERDAGUER, en sus *Comentarios*, que es éste último párrafo, el único de la Ley en el que se alude al recurso de queja, sin que para nada hable de él, en el Capítulo II del Título IV, sobre los Recursos contra providencias, autos y sentencias, donde se contemplan los de súplica, apelación, extraordinario de apelación y de revisión. A diferencia del Texto Refundido de 8 de febrero de 1952, donde, cuando el Tribunal Provincial no admitía el recurso de apelación, podía la parte interponer recurso de queja ante el TS, en la forma prevenida en el artículo 83, concordante con otros del Reglamento de 22 de junio de 1894. Bajo el imperio de la Ley actual, decía, no tenemos duda alguna acerca de la posibilidad de la admisión de estos recursos de queja, y nos amparamos tanto en la norma del artículo 49.4 como en lo dispuesto en el 398 de la LEC, para casos similares, que ha de estimarse de aplicación supletoria.

LRJS

En los artículos 189, 195.2, 210.3 y 222.2, dispone: que los recursos de queja de que conozcan las Salas de lo Social de los TSJ y la Sala de lo Social del TS, según los casos, se tramitarán de conformidad con lo dispuesto en la LEC para recurrir en queja; que cabe ante las Salas de lo Social del TSJ, contra los autos de los Juzgados que tengan por no anunciado –y consiguientemente firme su sentencia– el recurso de suplicación, al no haberlo sido en tiempo o incumpliendo los requisitos del anuncio de modo insubsanable o sin subsanarlos en el término conferido; ante la Sala de lo Social del TS contra los autos de las Salas de lo Social de los TSJ por los que pongan fin al trámite del recurso de casación –y quede firme la resolución impugnada– por no haberlo formalizado o mediante escrito en el que se hayan omitido de modo insubsanable los requisitos exigidos; y ante la Sala de lo Social del TS contra los

autos de la Sala de suplicación del TSJ, no teniendo por preparado —y dando por firme la sentencia de suplicación— el recurso de casación para unificación de doctrina, porque no fuera recurrible en casación, no haberse preparado en plazo o con escrito omitiendo las menciones exigidas para la fundamentación o con incumpliendo, de modo insubsanable, los requisitos necesarios para la preparación.

En el Derecho Administrativo, los hubo, hoy, casi no queda ni la reclamación en queja, que los sustituyó.

LRJAPPAC, en el artículo 79.2, dispone que, en todo momento, podrán los interesados *alegar* los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites que puedan ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

El artículo 114.2 *in fine* dice que el titular del órgano que dictó el acto recurrido será responsable directo del cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior (que, en el recurso de alzada que no se interponga ante el órgano competente para resolverlo, sino ante el que dictó el acto impugnado, dispone que deberá remitir el recurso al competente para resolverlo en el plazo de diez días con su informe y una copia completa y ordenada del expediente).

El artículo 77 de la LPA de 1958 disponía: En todo momento podrá *reclamarse en queja* contra los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites que puedan ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. La resolución recaída (del superior jerárquico de la autoridad o funcionario que se presuma responsable de la infracción o falta) se notificará al reclamante en el plazo de un mes, a contar desde que formuló la queja. Contra ella no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que se aleguen los motivos de la queja al utilizarse los recursos procedentes contra la resolución principal. La estimación de la queja, si hubiere lugar para ello, dará lugar a la incoación de expediente disciplinario contra el funcionario responsable de la infracción denunciada. Si la resolución no tuviere lugar en el plazo señalado, el interesado podrá reproducir su queja ante la Presidencia del Gobierno, tramitándose conforme a lo dispuesto en los n.ºs 2 y 3 del artículo 34 (sobre las Oficinas de Iniciativas y Reclamaciones de cada Secretaría General Técnica, encargada, entre otras cosas, de atender y tramitar las quejas a que pudiera dar lugar la tardanza, desatenciones y otras anomalías que se observen en el funcionamiento de los servicios, y el Servicio de Asesoramiento e Inspección de Procedimiento Administrativo

establecido en la Presidencia del Gobierno, que tramitará las quejas a que se refiere el artículo 77).

La Ley de bases para la redacción de reglamentos de procedimiento administrativo, de 19 octubre 1889, en su día, había dispuesto, en su artículo 2.14, que el *recurso de queja* podrán utilizarle los interesados en cualquier estado del expediente, si no se diera curso a sus reclamaciones o se tramitaran con infracción de los reglamentos. El artículo 59 del Reglamento de 23 de abril de 1890 para el Ministerio de Fomento, que se presentarán ante el superior jerárquico del Jefe *contra el cual se entable el recurso*.

En el RD de 15 de agosto de 1902, sobre providencias en materia municipal que causan estado, se establecía, en el artículo 15, un recurso de queja, ante la autoridad que debiera conocer del fondo de la apelación o alzada, *contra la providencia de inadmisión del recurso gubernativo, por extemporáneo o improcedente*. Es la queja histórica procesal, en lo administrativo. No es la reclamación en queja, a que se redujo el recurso administrativo de queja histórico, y hoy ha desaparecido, quedando solo el rastro del antes visto artículo 114.2, sobre el recurso de alzada de la LRJPPAC.

En materia de solución de conflictos jurisdiccionales, ya no hay recursos de queja (a cuya realidad pretérita responde, precisamente, la primera de las acepciones del Diccionario vista). Históricamente los hubo.

Hasta la Ley de 17 de julio 1948, había recursos de queja del Juez o Tribunal contra las autoridades administrativas, por causa de eventuales invasiones competenciales. Pasaron a ser exposiciones razonadas para reclamar el conocimiento del negocio, dirigidas al órgano jurisdiccional superior jerárquico para, oído el Ministerio Fiscal, promover éstos cuestiones de competencia a la Administración. Acabaron siendo, hoy, requerimientos de inhibición, previo informe de Ministerio Fiscal, de cualquier juez o Tribunal, directamente a las concretas autoridades administrativas que se expresan en la ley

La Ley de Conflictos Jurisdiccionales 2/1987 de 18 de mayo derogó la de 1948, y dejó formalmente sin contenido los artículos de las LEC, LECr y Ley sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, vigentes a la sazón, sobre dichos recursos. 115 a 124 LEC, 51 LECr y 102.2 y 104 (como de queja contra el Tribunal de lo Contencioso y de queja por abuso de poder contra autoridades administrativas) de la LRJCA

11. Recurso de reforma.

Según el DREA, reforma es acción y efecto de reformar. Y reformar, volver a formar, rehacer, modificar algo, por lo general con la intención de

mejorarlo. Y recurso de reforma –o de reposición– *Der. El que se interpone para pedir a los jueces que reformen sus resoluciones, cuando éstas no son sentencias.*

Diccionari Jurídic Català. Recurso de Reforma (redreç), en el proceso penal, es recurso que se interpone ante el juez de instrucción para revocar una resolución.

El artículo 217 de la LECr (la obsolescencia de cuyas normas –de 1882, las más antiguas, de 2009, las menos– según la ley 13/2009 de 3 de noviembre, no le ha permitido más que una reforma parcial en espera de que se produzca una revisión total de la misma) dice que podrá interponerse recurso de reforma contra todos los autos del Juez de instrucción, interponiéndose ante el mismo juez que hubiere dictado el auto (219), que será competente para conocer del mismo (220). El 766, en el procedimiento abreviado, dice que, contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados, podrán ejercitarse los recursos de reforma y de apelación.

Este recurso –que se identifica con el de reposición, en las jurisdicciones civil, contencioso-administrativa y social (en las que se ha suprimido el de súplica, en aras a la unificación terminológica, incluyéndole), y con el de súplica, que, tramitándose por el mismo procedimiento, se diferencia solamente, por impugnar autos de los Tribunales de lo Criminal que lo resuelven, y no de los Jueces– tiene un nombre descriptivo de su objeto, de poco futuro¹⁸. Subsiste y convive, después de 2009, con el de reposición contra las resoluciones procesales del Secretario judicial.

M. FÉNECH NAVARRO, que lo estudiaba conjuntamente con el de súplica, los definía a los dos como recursos ordinarios que se deciden por el mismo titular del órgano jurisdiccional que dictó la resolución impugnada.

12. Recurso de reposición.

Reponer es, según el DREA, acción y efecto de reponer. Y reponer –que, en su 1ª acepción, es volver a poner, constituir o colocar a alguien o algo en

18.- En la EM de la *Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal* elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo del Consejo de Ministros el 2 de marzo de 2012, y en el VIII. Libro VI Los recursos, se dice que, entre otras novedades no menores puede señalarse la supresión de la obligatoriedad del previo recurso no devolutivo (*reforma: reposición en la nueva terminología*) característico del sistema originario de la LECr, que se combina sin embargo con brindar al juzgador la oportunidad de rectificar, a la vista de las razones aducidas en un recurso, su propia decisión, si el coste de las dilaciones que llena aparejada la tramitación del recurso.

el el empleo, lugar o estado que antes tenía— es, en sus acepciones 5ª y 6ª, como de *Der. Retrotraer la causa o pleito a un estado determinado, y, dicho del juez que lo dictó, reformar un auto o providencia. Y recurso de reposición, el que se interpone para pedir a los jueces que reformen sus resoluciones, cuando éstas no son sentencias.*

Diccionari Jurídic Català. Recurso previo a la interposición de un recurso contencioso-administrativo que ha de formularse por regla general cuando la resolución impugnada no es susceptible de otro recurso administrativo ordinario. También, recurso que, en la jurisdicción civil y en la contencioso-administrativa, interpone uno de los litigantes que se que se siente agraviado por una resolución del juez y cuya modificación reclama.

Diccionari de la Llengua Catalana del Institut d'Estudis Catalans. Reposición (reposició) es acto jurídico por el que se devuelve una causa o un pleito a su estado primitivo. Recurso de reposición es recurso interpuesto por uno de los litigantes que se siente agraviado por una resolución del juez cuya modificación reclama.

Diccionario Enciclopédico de la Lengua Española de Gaspar y Roig de 1858. Jurisp. Volver la causa o pleito a su primer estado.

Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche. Suplemento de 1851. Llámase así el recurso que se establece contra las providencias interlocutorias del Consejo Real o la sección respectivamente para que se reponga. Reglamento de lo contencioso-administrativo de 30 de diciembre de 1846, art 227.

Manifestaciones del recurso de reposición, son, en nuestro Derecho positivo, vigente hoy, los regulados, con este nombre y con el de recurso potestativo de reposición, en las leyes LEC, LECr, LRJCA, LRJS, LRJAPPAC y Reguladora de las Bases de Régimen Local.

El artículo 451.1 de la LEC, de resoluciones recurribles en reposición, dispone hoy, en su párrafo segundo, que, contra todas las providencias y autos no definitivos, cabrá recurso de reposición ante el mismo tribunal que dictó la resolución recurrida, sin perjuicio del cual se llevará a efecto lo acordado. Antes de la ley de 2000, había llamado de súplica a los recursos contra providencias y autos de los Tribunales colegiados. En 2000, eliminó el de súplica, que refundió, en el de reposición. Antes, en el párrafo 1, dice que, contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos, cabe recurso de reposición ante el Secretario judicial que dictó la resolución recurrida, excepto los casos que la Ley prevea recurso directo de revisión. Sustituyendo una regulación, la de 2000, en

que no se incluían estos actos entre las resoluciones judiciales, siendo procesales, contra las que se admitía impugnación (anulación a instancia de parte) que se tramitaba y resolvía de conformidad con lo previsto para el recurso de reposición.

En la LECr,

después de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, el artículo 238 bis dice que, contra todas las diligencias de ordenación dictadas por los Secretarios judiciales, podrá interponerse ante ellos mismos recurso de reposición. También podrá interponerse contra los decretos de los Secretarios judiciales, excepto en aquellos supuestos que proceda la interposición directa de recurso de revisión por disponerlo expresamente la ley.

En un Capítulo rubricado Recursos contra resoluciones procesales, y en la Sección de Recursos contra providencias y autos,

el artículo 79 de la LRJCA, después de lo establecido en el artículo 14.27 y 67 de la ley 13/2009, después de decir que, contra las providencias y autos no susceptibles de apelación o casación, podrá interponerse recurso de reposición, afirma, en su n.º 2, que no es admisible el recurso de reposición contra las resoluciones expresamente exceptuadas del mismo en esta Ley (lo son, por ello, y en todo caso, por aplicación supletoria de la LEC, las diligencias de ordenación y decretos definitivos del Secretario judicial resolviendo) ni contra los autos que resuelvan los recursos de reposición y *los de aclaración*. Después, en el n.º 3, dispone que el recurso de reposición se interpondrá en el plazo de cinco días.

En la EM de la Ley 13/2009 se dijo que, con el fin de dotar de homogeneidad a todo el sistema en una reforma de tanto calado como la que ahora se acomete, se ha optado por dar, cualquiera que sea el orden jurisdiccional de que se trate, el **mismo nombre** a los recursos que caben contra las resoluciones del Secretario que dictó la resolución impugnada, con el fin de que sea él mismo quien reconsidere su decisión; o bien recurso de revisión cuando se trate de que sea el juez o tribunal quien decida la cuestión. Y sobre todo, que se unifica la *denominación* de los recursos interpuestos contra providencias y autos no definitivos en las jurisdicciones civil, social y contenciosa, desapareciendo la referencia al recurso de súplica en las dos últimas, en favor del término recurso de reposición. Era una anomalía, en la LRJCA, desde 1956 y aún de 1998 (GONZÁLEZ PÉREZ, lo comprendía hasta que se crearon los Juzgados de lo contencioso), que se llamara de súplica un recurso ante un juzgado o tribunal unipersonal como el de lo

contencioso-administrativo, y no de reposición. Lo que establece la Disposición Adicional 8ª de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (que las referencias al recurso de súplica se entienden al de reposición) también afecta al artículo 78.17, que, en el procedimiento abreviado, disponía que, contra las resoluciones del juez sobre denegación de pruebas o admisión de las que se denunciaron como obtenidas con violación de derechos fundamentales, las partes podrán interponer en el acto (de la vista) recurso de súplica que se sustanciará y resolverá (in voce) seguidamente, lo que supone un especialidad del recurso de reposición.

En la LRJS, se contempla el recurso de reposición (dentro de un título de los recursos contra providencias, autos, diligencias de ordenación y decretos), del que se dice, en el artículo 186,

que cabe contra las diligencias de ordenación y decretos definitivos ante el Secretario judicial que dictó la resolución recurrida, y cabrá contra todas las providencias y autos ante el mismo juez o tribunal que dictó la resolución recurrida.

Jaime GUASP DELGADO, del recurso *estricto* de reposición (y el de súplica, que entonces aún había), como un supuesto de reposición (el de parte, junto a la reposición del rebelde y la de tercero), decía, que es el que se formula contra la resolución (no cualquiera, sino sólo las interlocutorias), por las propias partes que figuren en el proceso principal en que esta resolución se ha emitido, para que sea resuelto en el mismo grado de la jerarquía judicial, y que dicta un órgano jurisdiccional unipersonal (colegiado el de súplica). Lo considera inconsecuente y que, más que un recurso, es un *simple remedio*. Que debía ser así, antes de la LEC, se deduce de que, en el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche, de 1848 (anterior al suplemento de 1851, antes citado), no aparece el recurso de reposición, sino la reposición, de la que se dice es acto de volver la causa o pleito a su primer estado. Cuando uno de los litigantes se siente agraviado de una providencia del juez, puede acudir ante el mismo dentro de cinco días, pues, pasado este término, se entendería haberla consentido, solicitando que la enmiende o altere, o, como suele decirse, que la reponga por contrario imperio. Durante este incidente se paraliza el curso de la cuestión principal, porque es un verdadero artículo de previo pronunciamiento.

Los artículos 107.1 y 116 de la LRJAPPAC regulan, hoy, entre los recursos administrativos, el de reposición, que califican de potestativo, y que cabrá fundarlo en cualquiera de los motivos de ilegalidad, incluso la desviación de poder.

Se dice, que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en

reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Sin que pueda interponerse recurso-contencioso-administrativo hasta que se haya resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto. Contra la resolución de un recurso de reposición no podrá interponerse de nuevo dicho recurso.

En la legislación local, según el artículo 108 LBRL, desde 1985, era potestativo, luego, a partir de 1998, es preceptivo, y desde 2003, potestativo (y previo a la reclamación económico-administrativa ante el órgano previsto en el artículo 137) sólo en los municipios de gran población. Cuando se trate de actos de gestión tributaria y de los restantes ingresos de Derecho público, prestaciones patrimoniales de carácter público, pensiones públicas y multas y sanciones pecuniarias.

Si hoy la Ley habla de recurso potestativo de reposición es porque, en nuestra historia, no lo sido siempre, sino preceptivo y previo al contencioso-administrativo. Los artículos 126 de la LPA de 1958 y la LRJCA de 1956, aunque lo definían como requisito previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo (que es proceso judicial), contemplaban tantas excepciones que Jesús GONZÁLEZ PÉREZ pudo decir que sólo era presupuesto del proceso administrativo en aquéllos casos en que, siendo objeto de impugnación un acto expreso manifestado por escrito, no fue consecuencia de otro recurso administrativo. Siendo, en los demás casos, potestativo, pero produciendo todos los efectos, entre ellos la necesidad de esperar la decisión o denegación presunta para deducir el contencioso.

Antes de la Ley de 1956, no lo reguló la Ley de bases del Procedimiento de 1889, sino que se generalizó en forma un tanto anárquica en los Reglamentos de los distintos Departamentos. Fue la ley Jurisdiccional, para garantizar una regulación unitaria, quien lo reguló como diligencia preliminar y requisito previo. No fue muy bien recibido (censuró su nombre Niceto ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO). PÉREZ SERRANO –que, del recurso de reposición *procesal*, había dicho que los procesalistas dudaban si era un remedio o un recurso, cuando no era ni lo uno ni lo otro, sino *una manera de perder el tiempo*–, del *administrativo* de reposición no tenía mejor concepto, *por la misma psicología del funcionario*. Aparecía en la doctrina más como una carga que una ventaja. Se aceptó que podía tener alguna utilidad en los supuestos no exceptuados, en que, antes del contencioso-administrativo, no se había interpuesto otro recurso administrativo que permitiera a la Administración examinar las razones del recurso y evitar el proceso. Cumplía, según STS de 10 de abril de 1968, una función análoga a la conciliación previa. Francisco SANZ GANDÁSEGUI ha dicho, una vez

restablecido, que no es tan inútil como la lluvia en el mar, ha servido y sirve para evitar no pocos litigios. Se suprimió por la LRJAPPAC 30 de 26 de noviembre de 1992. En 1999 se restablece, con carácter potestativo, atendiendo, según la EM de la ley 4/1999 de 13 de enero, de modificación de la 30/1992 RJAPPAC, sobre todo, a los problemas planteados en el ámbito de la Administración Local (donde la mayoría de los actos agotan la vía administrativa), y la inutilidad del paliativo de la comunicación previa (que había establecido la reforma de 1992), que lo sustituyó, cuya falta consideró subsanable el TC.

LGT

art. 222.1 Los actos dictados por la Administración tributaria susceptibles de reclamación económico-administrativa podrán ser objeto de **recurso potestativo de reposición**. 2. El recurso de reposición deberá interponerse, en su caso, con carácter previo a la reclamación económico-administrativa. Si el interesado interpusiere el recurso de reposición no podrá promover reclamación económico-administrativa hasta que se haya resuelto de forma expresa o hasta que se pueda considerar desestimado por silencio administrativo. Cuando en el plazo establecido para recurrir se hubiera interpuesto recurso de reposición y reclamación económico-administrativa, y tuvieran por objeto el mismo acto, se tramitará el presentado en primer lugar y se declarará inadmisibile el segundo.

art. 225.1 Será competente para conocer y resolver el recurso de reposición el órgano que dictó el acto recurrido. 5. Contra la resolución de un recurso de reposición no puede interponerse de nuevo este recurso.

El RD 520/2005, de 13 de mayo en sus arts. 21 a 27 desarrolla la regulación, legal, que es continuista del régimen anterior.

No sería difícil dar un concepto de recurso de reposición que convenga al procesal o *judicial* y al *administrativo*, en la idea semántica de su resolución por el mismo órgano autor del acto procesal o administrativo. Que no puede ser el del Diccionario, común al de reforma del orden procesal penal, al referirse solo a resoluciones judiciales.

13. Recurso de revisión.

Revisión (del Lat. *Revisare*) es, según del DRAE, acción de revisar. Y revisar, someter algo nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo.

Recurso de revisión es, dice el mismo Diccionario, *Der. El que se interpone para obtener la revocación de una sentencia firme en casos extraordinarios determinados por las leyes.*

Diccionari de la Llengua Catalana del Institut d'Estudis Catalans. Revisar examinar o reexaminar alguna cosa para corregir los errores, si los hay. Examinar (alguna cosa) para comprobar si se han cumplidos los requisitos necesarios.

Diccionari Jurídic Català. Recurso administrativo de revisión es recurso de carácter extraordinario que sólo puede fundamentarse en los motivos específicos de la ley. En revisión, dice 2. Recurso de revisión. Nueva fase del proceso civil o penal con la que en diversos casos después de la sentencia definitiva se puede pedir y exigir un nuevo examen de su caso, considerando que la sentencia se ha basado sobre unos hechos o documentos que posteriormente se demuestra que son falsos.

Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche suplemento 1851. Recurso de revisión, llámase así al que se interpone de resoluciones del Consejo Real para que se revisen y enmienden. Arts. 229 y ss. Reglamento 31 diciembre de 1846. Los motivos son sustancialmente los del de nulidad contra sentencias de los Consejos provinciales.

Diccionario Enciclopédico de la Lengua española de Gaspar y Roig de 1858. Revisión es acto de rever. Rever. Jurisp. Es ver segunda vez un tribunal superior el pleito visto y sentenciado en otra sala del mismo. Revista es segunda vista en los pleitos. *Suplicar en revista* es recurrir a los tribunales superiores de la sentencia misma de ellos para la decisión de alguna causa o pleito.

LOPJ

Aluden a él los arts. 56, 57, 58, 59, 73.1b y 74, sobre competencia de la Sala correspondiente a cada orden jurisdiccional del TS, para conocer del mismo y, en su caso, de los TSJ, en materia de Derecho civil foral o especial, y contra sentencias firmes de los Juzgados de lo contencioso-administrativo.

LEC

art. 454 bis, por virtud de artículo 15.189 de la ley de Ley de 3 de noviembre 2009, dispone que cabrá **recurso directo de revisión contra los decretos (del Secretario judicial)** que pongan fin al procedimiento impidan la continuación y los decretos en aquellos casos en que expresamente se prevea

El artículo 206, sobre las clases de resoluciones judiciales, al referirse a la sentencia, para poner fin al proceso en primera o segunda instancia, distingue los recursos extraordinarios, de los procedimientos para la revisión de sentencias firmes.

La LEC se refiere a *la revisión de sentencias firmes*, en un título distinto del V De los recursos, en los artículos 509 y siguientes.

El artículo 509 dispone que la revisión de sentencias firmes se solicitará a la Sala de lo Civil del TS o a las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ, conforme a lo dispuesto en la LOPJ.

El artículo 510, que habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: 1º Si, después de pronunciada, se recobrasen u obtuviesen documentos decisivos de los que no hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado. 2º Si hubiese recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal o cuya falsedad se declarare después penalmente. 3º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio o dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia. 4º Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.

El artículo 516 dice que, si el tribunal estimare procedente la revisión solicitada, lo declarará así y rescindiré la sentencia impugnada. A continuación mandará expedir certificación del fallo, y devolverá los autos al tribunal de que procedan para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente.

El artículo 1252 del CC hablaba ya del juicio de revisión. La LEC, antes, en 1881, había hablado del recurso de revisión, la sentencia impugnada y la sentencia que recaiga en el recurso.

El apartado IX de la EM de la LEC, alude al recurso de revisión, cuando se refiere al *incidente excepcional de nulidad de actuaciones*, diciendo que opta por afrontar la nulidad conforme a su naturaleza, y no según la similitud con las realidades que determinan la existencia de otros institutos como el *denominado recurso* de revisión o la audiencia del condenado en rebeldía; y que, en los casos previstos como base de este remedio excepcional, no se está ante una causa de rescisión de sentencias firmes, y no ha parecido oportuno mezclar la nulidad con estas causas, ni se ha considerado conveniente, para la tutela judicial efectiva, seguir el procedimiento establecido a los efectos de la rescisión ni llevar la nulidad al órgano competente para aquélla. También se dice que, aunque siempre cabe el riesgo de abuso de la solicitud excepcional de nulidad de actuaciones, la Ley lo previene, no sólo con una cuidadosa determinación de los casos en que la

solicitud pueda fundarse (el artículo 228.1 se refiere a defectos de forma que hayan causado indefensión, siempre que, por el momento en que se produjeron, no hubiera sido posible denunciar estos defectos antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que ésta no sea susceptible de recurso ordinario, ni extraordinario), sino con otras reglas, pudiendo, además, los tribunales rechazar las solicitudes manifiestamente infundadas mediante providencia sucintamente motivada, sin que en estos casos haya de sustanciarse el incidente y dictarse auto.

La LECr,

en los artículos 238 bis y ter, ya introducidos por el artículo 2.21 de la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, se refiere al *recurso de revisión* contra decretos del Secretario judicial, cuando la ley expresamente lo prevea, que se interpone directamente ante el J o T con competencia funcional en la fase del procedimiento en la que haya recaído el decreto que se impugna. También se contempla el *recurso de revisión, contra sentencias firmes*, en los casos del 954: 1º cuando estén sufriendo condena dos o más personas, en virtud de sentencias contradictorias, por un mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una sola, 2º cuando esté sufriendo condena alguno como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena, 3º cuando esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia, cuyo fundamento haya sido un documento o testimonio declarados falsos por sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo arrancada por violencia o exacción, o cualquier hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que los tales extremos resulten también declarados por sentencia firme en causa seguida al efecto, y 4º cuando, después de la sentencia, sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado. Con los efectos del artículo 958, de anulación y, en su caso, además otros, como la instrucción de nuevas causas.

LRJCA,

en su artículo 102, por causa del art. 14 de la ley 13/2009 (incluido en una sección *De la revisión* de sentencias, que antes era recurso de revisión, y donde deja de hablarse de recurso, como sí se hace de procedimiento de revisión) dispone la revisión de sentencias firmes. Además el 102 bis se contempla y regula el *recurso de revisión* contra las resoluciones del Secretario, en iguales términos que en la LEC y LECr vistos.

LRJS,

como consecuencia de la Ley 132009, en el art. 186 contempla el *recurso de revisión directo* contra diligencias de ordenación y decretos del Secretario, cuando expresamente se dispone, y en el 236 regula la *revisión de sentencias y laudos arbitrales firmes* como proceso distinto de los recursos de suplicación y casación, diciendo que, contra cualquier sentencia firme de los órganos de la jurisdicción laboral, procederá la revisión prevista en la LEC, por los motivos de su artículo 510.

LRJAPPAC

Sus arts.108, 118 y 119 regulan el recurso extraordinario de revisión. Que estudiaremos luego, con tal denominación. Como el de la LGT.

LOPJ

El artículo 267, sobre invariabilidad de las resoluciones, su aclaración y corrección, con posterioridad al artículo 214 de la LEC de 2000 (cuya EM IX, en su párrafo 22, habla del *denominado "recurso de aclaración"*), y siguiendo su modelo, para todas las jurisdicciones, deja de referirse al recurso de aclaración, contemplando la aclaración (de algún concepto oscuro de que adolezcan), de oficio por el Tribunal (y el Secretario judicial), o a petición de parte o del Ministerio Fiscal, y del escrito de solicitud de aclaración. Como el 101 de la LECr, desde su reforma de 2009.

14. Recurso de súplica.

Para el DREA, súplica es acción y efecto de suplicar (del Latin *supplicare*, que, a su vez, es rogar, pedir con humildad y sumisión algo, y *Der. Recurrir contra el auto o sentencia de vista de un tribunal superior ante ese mismo tribunal*). También es memorial o escrito en que se suplica, y *Der. Cláusula final de un escrito dirigido a una autoridad administrativa o judicial en solicitud de una resolución*.

Del recurso de súplica el mismo Diccionario dice *Der. El que se interpone contra las resoluciones incidentales de los tribunales superiores pidiendo ante ellos mismos su modificación o revocación*.

Diccionari Jurídic Català. Recurso de súplica es recurso interpuesto contra resoluciones no definitivas de los tribunales, ante la misma sala que la ha dictado pidiendo la revocación.

Súplica o suplicación, dice Escriche, en 1848, en su Diccionario Razonado, es la apelación de la sentencia de vista de los tribunales superiores

interpuesta ante ellos mismos, o bien la petición que se hace ante los tribunales superiores para que revoquen la primera sentencia que se llama de vista, por la segunda llamada de revista, según ley 17 tit. 25 Part. 3 y ley 1 tit. 21 lib. 11 Nov. Rec. Comentando que, en rigor, no se pueden apelar las sentencias dadas por los tribunales supremos o por las chancillerías y audiencias, porque la apelación se ha de interponer de un juez menor a otro mayor, y así las audiencias y chancillerías, como los tribunales supremos, representan la real persona que no reconoce superior, pero se puede suplicar de ellos a ellos mismos para que corrijan, enmienden o revoquen su primera sentencia.

En nuestro Derecho no queda, en lo judicial, más recurso de súplica que el de la LECr.

En el artículo 236, dice que, contra los autos de los Tribunales de lo criminal, podrá interponerse recurso de súplica ante el mismo que los hubiese dictado, exceptuándose, según el 237, aquéllos contra los cuales se otorgue expresamente otro recurso en la Ley. Dispone el 238 que se sustanciará por el procedimiento señalado para el recurso de reforma que se entable contra cualquiera resolución de un Juez de Instrucción. Coexiste con el de reforma contra resoluciones interlocutorias de tribunales unipersonales y el nuevo de reposición contra diligencias y decretos del Secretario judicial.

Los había en la LEC, LRJC y LRJS, hasta la Ley de 3 de noviembre de 2009, de reformas procesales, donde pasó a ser de reposición, unificándose con el tradicional contra resoluciones interlocutorias de tribunales unipersonales y con el nuevo contra resoluciones procesales del Secretario judicial. Sobrevive, según la EM, por la obsolescencia de la LECr en espera de una revisión más amplia.

En lo gubernativo, la LRJPPAC suprimió el recuso de súplica, o alzada ante el Consejo de Ministros, del artículo 122.3 de la LPA, que sólo podía interponerse cuando estuviera expresamente establecido en una Ley (que, en unos casos, lo llamaba de alzada –y no lo era, en muchos, porque no siempre era el Consejo de Ministros superior jerárquico del órgano autor del acto– y, en otros, se llamaba de súplica). Este recurso, como de súplica, sustituyó el contencioso-administrativo, cuando se suspendieron las garantías jurisdiccionales, y lo estableció el artículo 20 del Reglamento de 19 de noviembre de 1936, contra las decisiones de la Junta Técnica del Estado, calificándolo de recurso excepcional de alzada. Los hubo también en materia de Tesoro artístico, Prensa e imprenta y Fincas manifiestamente mejorables.

Decía Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, en su momento, que la existencia del recurso administrativo de súplica no hace sino añadir una

nueva e innecesaria perturbación en la vía administrativa previa, poniendo en evidencia la urgente necesidad de simplificarla y unificarla en un solo recurso de carácter general (como sucedió con el ordinario, hoy redenominado de alzada)

En cualquier caso, hablar de súplica, en una impugnación, no es muy congruente. Es más lenguaje de petición, de instancia, de solicitud o de ruego (*supplicatio* era rogativa pública o acción de gracia a los dioses), que de acción o reclamación, incluso de justicia rogada, sino de justicia otorgada. Por más que las pretensiones de las partes, en el proceso, se contengan en el llamado Suplico (cláusula final de los escritos dirigidos a la autoridad judicial o administrativa en solicitud de una resolución, según el Diccionario) de la demanda (lo que se pida, según el artículo 399 de la LEC) y de la contestación (405 LEC). No tiene futuro. Y casi no tiene presente.

15. Recurso de suplicación.

Suplicación, al igual que súplica, según el DREA, es acción y efecto de suplicar. Y suplicar, *rogar, pedir con humildad y sumisión algo, y Der. Recurrir contra el auto o sentencia de vista de un tribunal superior ante ese mismo tribunal.*

El Diccionario no habla del recurso de suplicación. Pero sí del de súplica, como vimos. Que, hoy, subsiste solamente en el proceso penal. Y, a pesar del nombre y la etimología de ambos, no se ha de confundir con el de suplicación, que hay que circunscribir al orden jurisdiccional social español más moderno.

El Diccionari Juridic Catalá, define la suplicación como recurso que se interpone contra una sentencia de un juez de lo social o magistratura de trabajo ante el tribunal superior, llamada también pequeña casación.

Hubo en Roma la *supplicatio imperatoris o rescriptum* (respuesta del príncipe) en el proceso postclásico, y la súplica o suplicación en nuestro Derecho histórico, en los términos que expusimos al tratar del recurso de súplica y del de apelación. Ha sido esta súplica o suplicación recurso extraordinario que podía interponerse contra las resoluciones que no eran susceptibles de *appellatio*, siendo resueltas por el órgano que culminaba la organización jurisdiccional del Estado. Emperador, *Princeps*, Rey.

Hubo el recurso de *injusticia notoria y segunda suplicación*. Joaquín Escriche en Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia 1848.

Fue creado el recurso de suplicación vigente, por ley de 17 de octubre de 1940, con el Tribunal Central de Trabajo, para conocer de las apelaciones contra sentencias de las Magistraturas de Trabajo (creadas por decreto de 13 de mayo de 1938, cumpliendo una promesa de judicialización especializada

del punto VII del Fuero del Trabajo) y, por Decreto de 11 de julio de 1941, se le atribuyó el conocimiento del recurso de suplicación, que regularon las leyes de 23 de diciembre de 1948 y de 22 de diciembre de 1949, posiblemente para no llamarle de apelación, al no tratarse de una segunda instancia, sino de una pequeña casación. Una instancia y dos recursos extraordinarios alternativos, de suplicación (hoy, ante la Sala de lo Social del TSJ) y de casación (ante el TS), en este orden jurisdiccional desde entonces. Plenamente jurisdiccional, desde la desaparición del Tribunal Central de Trabajo, y más jurisdiccional, que antes de 1938, con los Tribunales Industriales, desde 1908 (como reforma del enjuiciamiento civil —propio de un CC que contempla, en los artículos 1583 y siguientes, como arrendamiento de obras y servicios, el de servicios de criados y trabajadores asalariados— para dotar de *rapidez, baratura y carácter ejecutivo* a las cuestiones contenciosas laborales, como había anunciado procedía hacer Segismundo Moret en Circular de 21 de junio de 1902), y los Comités paritarios y los Jurados Mixtos.

El nombre es tan injustificado, como el del recurso de súplica visto, pero es útil para distinguirlo del de apelación, de los otros órdenes jurisdiccionales, por su carácter extraordinario, y del de casación, por los motivos, que le hacen, según la doctrina, más pequeño, y de nivel no supremo, sino superior, del Tribunal *ad quem*.

Le son de aplicación los artículos. 190 a 204 de la LRJS.

De los que sólo diremos, que lo conocerán las Salas de lo Social de los TSJ y cabe contra las sentencias de los Juzgados de lo Social en los procesos que tramiten, cualquiera que sea la naturaleza del asunto, salvo que se establezca lo contrario en la ley (que, en cualquier caso, dispone que procederá en los procesos por despido, en los que la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de beneficiarios de la SS, en materia de conflictos colectivos, impugnación de Convenios colectivos, procedimientos de oficio y de derechos fundamentales y libertades públicas, entre otros). Tendrá por objeto (de ahí su carácter extraordinario que le aleja del recurso de apelación de las otras jurisdicciones, su debatida naturaleza y calificación doctrinal de pequeña casación): reponer los autos al estado en que se encontraba en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías que haya producido indefensión, revisar los hechos declarados probados y examinar las infracciones de normas sustantivas y de la jurisprudencia.

16. Recurso (reclamación) económico-administrativo.

Lo contrario de lo que sucede con el recurso contencioso-administrativo, que, a pesar de su nombre, no es un recurso sino una instancia jurisdiccional,

las *reclamaciones* económico-administrativas, en materia tributaria, pese a su nombre, son recursos. Se habló de lo contencioso-administrativo y de lo económico-administrativo. Sabino ÁLVAREZ-GENDÍN *Teoría y práctica de lo contencioso-administrativo*. 1960. Pedro Luis SERRERA CONTRERAS *Lo económico-administrativo. Historia y ámbito*. 1966.

DREA Reclamación, es oposición o contradicción que se hace a algo como injusto o mostrando no consentir en ello. *Reclamar es pedir o exigir con derecho o con instancia algo*.

Económico, es perteneciente o relativo a la economía.

Administrativo, es perteneciente o relativo a la administración. Administración económica la que tiene a su cargo la recaudación de las rentas y el pago de las obligaciones públicas.

Diccionari Jurídic Català. Reclamación es protesta, queja, que presenta por una injusticia sufrida o por una irregularidad que puede serle perjudicial, para exigir una reparación. Se utiliza el término como equivalente genérico de impugnación, de recurso. Y reclamación económico-administrativa es impugnación por vía administrativa de los actos de la administración, tanto si se plantean problemas de hecho como de derecho, dictados en la gestión, inspección y recaudación de tributos, exacciones parafiscales y, en general, todos los ingresos de derecho público del estado, la administración local o institucional, o cedidos por el estado (sic) a las comunidades autónomas, incluidos los recargos establecidos por las mismas, el reconocimiento y pago de obligaciones de tesoro público, pensiones y derechos pasivos y cualquier otra expresada en precepto legal.

LRJAPPAC

DA 5ª.2 La revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en los artículos 153 a 171 de la LGT y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma.

art. 107.4 Las reclamaciones económico-administrativas se ajustarán a los procedimientos establecidos por su legislación específica.

LGT

art. 213 Los actos y actuaciones de aplicación de los tributos y los actos de imposición de sanciones podrán revisarse, mediante:

- Los procedimientos especiales de revisión.
- El recurso de reposición.
- Las reclamaciones económico-administrativas.

art. 222.1 Los actos dictados por la Administración tributaria susceptibles de reclamación económico-administrativa podrán ser objeto de recurso potestativo de reposición. 2. El recurso de reposición deberá interponerse en su caso, con carácter previo a la reclamación-económico-administrativa.

art. 225.1 Será competente para conocer y resolver el recurso de reposición el órgano que dictó el acto recurrido. 5. Contra la resolución de un recurso de reposición no puede interponerse de nuevo este recurso.

art. 226 Podrá reclamarse en vía económico-administrativa en relación a las siguientes materias: a) La aplicación de los tributos del Estado o de los recargos establecidos sobre ellos y la imposición de sanciones tributarias que realicen la AGE y sus entidades de derecho público vinculadas o dependientes y la Administración tributaria de las CCAA y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía. b) Cualquier otra que se establezca por precepto legal del Estado expreso.

art. 227 2. En materia de aplicación de los tributos, son reclamables: a) Las liquidaciones provisionales o definitivas. b) Las resoluciones expresas o presuntas derivadas de una solicitud de rectificación de autoliquidación o de una comunicación de datos. c) Las comprobaciones de valor de los bienes y derechos así como los actos de fijación de valores o bases imponibles, cuando su normativa reguladora lo establezca. d) Los actos que denieguen o reconozcan exenciones, bonificaciones o incentivos fiscales. e) Los actos que aprueben o denieguen planes de amortización. f) Los actos que determinen el régimen tributario aplicable a un sujeto pasivo, en cuanto sean determinantes de futuras obligaciones, incluso formales, a su cargo. g) Los actos dictados en el procedimiento de recaudación. h) Los actos respecto de los cuales la normativa tributaria lo disponga. 3. Asimismo serán reclamables los actos que impongan sanciones. 4. Será reclamables igualmente las siguientes actuaciones u omisiones de los particulares en materia tributaria: a) Las relativas a las obligaciones de repercutir y soportar la repercusión prevista legalmente. b) Las relativas a las obligaciones de practicar y soportar retenciones o ingresos a cuenta. c) Las relativas a las obligaciones de expedir, entregar y rectificar facturas que incumbe a los empresarios y profesionales. d) Las derivadas de las relaciones entre el sustituto y el contribuyente.

art. 234.1 Las reclamaciones económico-administrativas se tramitarán en única o primera instancia con los recursos que esta Ley establece.

art. 239.3 La resolución podrá ser estimatoria, desestimatoria o declarar la inadmisibilidad. 6. Con carácter previo, en su caso, al recurso de alzada ordinario podrá interponerse ante el tribunal recurso de anulación. 7. La doctrina que de modo reiterado establezca el TEAC vinculará a los tribunales regionales y locales.

art. 242.1 Las resoluciones que no sean susceptibles de recurso de alzada ordinario podrán ser impugnadas por los Directores Generales del Ministerio de Hacienda y por los Directores de Departamento de la AEAT cuando estimen gravemente dañosa y erróneas dichas resoluciones, cuando no se adecúen a la doctrina del TEAC o cuando apliquen criterios distintos de los empleados por otros tribunales económico-administrativos regionales o locales. 3. La resolución respetará la situación jurídica particular derivada de la resolución recurrida unificando el criterio aplicable. 4. Los criterios establecidos en las resoluciones de estos recursos serán vinculantes para los tribunales económico-administrativos.

art. 243.1 Contra las resoluciones en materia tributaria dictadas por el TEAC podrá interponerse por el Director General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda cuando esté en desacuerdo con el contenido de dichas resoluciones. 2. Será competente para resolver este recurso la Sala Especial para la Unificación de Doctrina. 4. La resolución respetará la situación jurídica particular estableciendo la doctrina aplicable. 5. La doctrina establecida será vinculante.

art. 244 El recurso extraordinario de revisión podrá interponerse contra actos firmes de la AEAT y contra resoluciones firmes de los órganos económico-administrativos cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que aparezcan documentos de valor esencial para la decisión del asunto que fueran posteriores al acto o resolución recurridos o de imposible aportación al tiempo de dictarse los mismos y que evidencien el error cometido. b) Que al dictarse el acto o resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme anterior o posterior a aquellas resoluciones. c) Que el acto o resolución se hubiera dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho o otra maquinación

fraudulenta u otra conducta punible y así se haya declarado en virtud de sentencia judicial firme.

DA 11ª Reclamaciones en otras materias. Podrá interponerse reclamación económico-administrativa, previa interposición potestativa de recurso de reposición, contra las resoluciones y actos definitivos, o de trámite que decidan directa o indirectamente el asunto, relativos a las siguientes materias: a) Los actos recaudatorios de la AEAT relativos a ingresos de derecho público del Estado y de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la AGE o relativos a ingresos de derecho público, tributarios o no tributarios, de otra Administración Pública. b) El reconocimiento o liquidación de obligaciones de pago con cargo al Tesoro Público. c) El reconocimiento y pago de toda clase de pensiones y derechos pasivos que sea de la competencia del Ministerio de Hacienda.

Reglamento de desarrollo de la LGT de 15 de mayo de 2005 en materia de revisión en vía administrativa. Arts. 60, 61 y 62. Contiene normas de segundo grado, por cuanto la LGT, como dijo el dictamen del Consejo de Estado de 10 de marzo de 2005¹⁹, realiza una regulación extraordinariamente detallada de esta materia de la revisión en vía administrativa de los actos tributarios y otros incluidos en su ámbito de aplicación, incluyendo en su texto normas procedimentales más propias de disposiciones de rango inferior. Se refieren, sobre todo, a legitimación, cuantía, suspensión, prueba, recursos y ejecución.

Francisco SANZ GANDÁSEGUI dice que es recurso especial hecho valer frente a los actos de gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos, reconocimiento de pensiones y derechos pasivos.

Para Jesús GONZÁLEZ PÉREZ es, *en general*, recurso administrativo definido por dos notas características esenciales: por un lado, la especialidad, en razón del fundamento jurídico material (mayoritaria, pero no exclusivamente, tributario, por serlo las cuestiones en relación con las obligaciones del Tesoro y las clases pasivas) y, por otro, la generalidad (es el ordinario dentro de los especiales tributarios, como el potestativo de reposición previo el económico-administrativo y otros) dentro de los recursos cuyo fundamento es el Derecho tributario.

19.- ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE *El Reglamento general de Revisión de actos tributarios en vía administrativa: el Real Decreto 520/2005 de 13 de mayo (Notas y comentarios)*. Impuestos nº 20 Año XXI octubre 2005.

Dice, en general, porque lo económico-administrativo no es solamente tributario. *Por razones de oportunismo y tradición*, que, decimos nosotros, tienen que ver con la existencia histórica de una jurisdicción especial de la Hacienda –que se consolida, en 10 y 29 de julio 1924, con la creación de los órganos económico-administrativos y el perfeccionamiento de la regulación de un procedimiento de las reclamaciones económico-administrativas, iniciada en los Reglamentos de 31 de diciembre de 1881 y 24 de junio de 1885, y mantenida en los de 26 de noviembre de 1959, y 20 de agosto 1981 y 1 de marzo de 1996, consecuentes con el principio de distinción, dentro de la funciones de la Administración en todos los ramos de la Hacienda pública, de los dos órdenes de gestión y resolución de reclamaciones contra dicha gestión, que se ejercerán con separación y estarán encomendados o órganos diferentes, que estaba en germen en el Reglamento de 15 de abril de 1890 y se confirmó en los de 6 de marzo de 1902 y 13 de octubre de 1903– y su nacimiento en el Ministerio de Hacienda, que no gestiona solamente tributos, ni siquiera ingresos públicos, sino sus debe y haber.

Ignacio BORRAJO INIESTA, en *Constitución canovista y jurisdicción contencioso-administrativa*. En la obra colectiva *La jurisdicción contencioso-administrativa en España: una historia de sus orígenes*. Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial VII 2008, dijo: Otra jurisdicción especial de honda raigambre histórica y de innegable importancia cotidiana era la *real jurisdicción de hacienda*, que no sólo conocía de todos los conflictos atinentes a los tributos, sino a las propiedades públicas y prestaciones económicas de cualquier clase. Su volumen de litigios fue siempre muy superior al que despachaban los tribunales contencioso-administrativos. Y su dependencia última del Consejo de Ministros, a través del Ministerio de Hacienda, aseguraba su independencia funcional frente a los Tribunales de la *real jurisdicción ordinaria y de la contencioso-administrativa*, dependientes de Ministerios más débiles como el de Justicia y el de Gobernación, respectivamente.

La LGT de 28 de diciembre de 1963, en su artículo 163, disponía que el conocimiento de las reclamaciones económico-administrativas, con la sola excepción de aquellas cuya resolución está reservada al Ministro de Hacienda, corresponderá a los órganos de la *jurisdicción económico-administrativa*. Como el Reglamento de 1959, cuyo artículo 4, referido a la Extensión de la *jurisdicción*, y en su apartado 2, decía: El procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, *como fundado en la facultad jurisdiccional de la Administración*, excluye, en cuanto a las materias que le están atribuidas, la intervención de toda otra jurisdicción que no sea la de los organismos y autoridades cuya competencia establece el presente Reglamento, sin

perjuicio de la contencioso-administrativa, dentro de los límites establecidos en la Ley reguladora de dicha jurisdicción.

Sobre la influencia de la CE de 1978, en este aspecto, escribí²⁰ que: ante el silencio de la CE no cabe deducir una voluntad abolicionista, y, aunque *es obvio el carácter no jurisdiccional de la vía económico-administrativa*, la unidad jurisdiccional, proclamada en el artículo 117.5º CE, puede ser invocada al respecto en relación con la supresión de las jurisdicciones especiales, erróneamente referida a los órganos de resolución de reclamaciones económico-administrativas. Suprimir la vía económico-administrativa y sustituirla por una vía administrativa ordinaria, que devolviera la resolución a los Delegados de Hacienda, los Directores Generales del Ministerio de Hacienda, o al propio Ministro, sería una regresión. Una vuelta a 1881. Reformarla, en lo que sea necesario y convenga, puede ser la consecuencia inmediata de la Constitución, como pudo serlo y no lo fue la LGT. Conservando lo que merezca serlo. Pero sin dejar la revisión a las autoridades gestoras, que, como dijo Urzáiz en 1902, no han de ser el juez más imparcial y sereno, sino que, como autoras del acto impugnado, han de sentirse predispuestos a mantenerlos.

Hoy, ni en la LGT ni en el Reglamento de 13 de mayo de 2005, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria, en materia de recursos en vía administrativa, se habla de jurisdicción. Como tampoco en las Leyes y Reglamentos de procedimiento posteriores a la Constitución. El Texto Articulado de 12 de diciembre de 1980, que desarrolló las bases de la Ley 39 1980, de 5 de julio, sobre procedimiento económico-administrativo, rubricó el artículo 4, como Extensión de la *competencia* de los órganos competentes para resolver, manteniendo el 3, el nombre de Tribunales, al Central, los regionales y los locales. Como el 4 del Reglamento de 1 de marzo de 1996, y antes, el del de 20 de agosto de 1981, sin rúbrica, hablaron de los órganos económico-administrativos como únicos competentes para conocer de cuantos procedimientos se sustancien en materia económico-administrativa.

La LGT de 2003, según vimos, en el artículo 228, rubricado órganos económico-administrativos, dispone:

1. El conocimiento de las reclamaciones económico-administrativas corresponde *con exclusividad* a los órganos económico-administrativos.
2. Son órganos económico-administrativos: a) El TEAC. b) Los

20.- TOMAS MIR DE LA FUENTE. *Incidencia de la Constitución de 1978 en el sistema de recursos administrativos*. En la obra colectiva Hacienda y Constitución IEF 1979.

tribunales económico-administrativos regionales y locales. 3. También tiene esta consideración la Sala Especial para la Unificación de Doctrina.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Julio TOLEDO JÁUDENES, *Comentarios al Reglamento de procedimiento económico-administrativo*. Civitas 1983. dijeron que es evidente que los TEA están más cerca de los órganos jurisdiccionales que de los órganos administrativos puros, aún a pesar de las innovaciones terminológicas, y apreciaron, en la desvinculación de los vocales de los Tribunales provinciales de las Jefaturas de las Dependencias que dictaron el acto, un *proceso de jurisdiccionalización*. En los confines de lo jurisdiccional, había dicho César ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, por causa de la independencia —además de por la competencia profesional— de sus miembros. En *Novedades en la vía económico-administrativa*.

Mientras se puede hablar de un acto administrativo no cabe hacerlo de otro económico-administrativo, utilizándose la expresión no con afán de caracterización ontológica, sino con un propósito funcional. En la concepción más clásica se equiparaba la reclamación económico-administrativa a un recurso administrativo especial por razón de la materia sobre que versa, pero que participa indudablemente de la exigencia de un previo acto administrativo. Sin una previa decisión de la Administración, no era posible la reclamación económico-administrativa. Lo que planteó grandes problemas, cuando, merced a la evolución posterior del Derecho tributario, se superó el esquema procedimental de la simple liquidación tributaria, practicada por la Administración y notificada al único sujeto pasivo. Si lo que se discute es la procedencia o cuantía de la cuota tributaria o de la retención no determinada por la Administración, sino por el sujeto pasivo mismo o por el retentor, no hay acto administrativo que pueda ser objeto de recurso ante los órganos económico-administrativos. Al problema se enfrentaron diversas normas legales y reglamentarias (especialmente las reguladoras del ITE) reconduciendo las controversias entre el sujeto pasivo y el repercutido a la vía económico-administrativa, disciplinada por la LGT y el Reglamento de 26 de noviembre de 1959. Pronto la doctrina (P.L. SERRERA CONTRERAS, *Problemas procesales de la repercusión tributaria* RDFHP n° 83 1969) intuyó que ello suponía un giro histórico respecto a la naturaleza de la reclamación económico-administrativa, que, en estos casos, se convertía en cauce para el ejercicio por la Administración de una función arbitral.

El artículo 15 de Real Decreto legislativo de 12 de diciembre de 1980, de articulación de la Ley de Bases de 5 de julio de 1980, dispuso que sería admisible también la reclamación, previo cumplimiento de los requisitos en la forma que reglamentariamente se determine, en relación con los siguientes *actos*: a) Las autoliquidaciones practicadas por los contribuyente,

b) Los actos de repercusión tributaria previstos legalmente. c) Las retenciones efectuadas por el sustituto del contribuyente o por las personas obligadas por Ley a practicar retención. Actos, que ya son *actuaciones tributarias* en el Reglamento de 1981. Como lo fueron en el de 1 de marzo de 1996, donde no se hizo referencia a las autoliquidaciones, por más que, luego, se dijera, al tratar de las actuaciones tributarias reclamables, que lo son determinadas resoluciones derivadas de una autoliquidación, como la expresa o presunta que dicte la Administración tributaria a raíz de haber instado el sujeto pasivo u obligado tributario la rectificación de su declaración-liquidación o autoliquidación. Y en el artículo 227.2 de la LGT de 2003 *actuaciones u omisiones de particulares en materia tributaria*.

En mi discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, en 1989, traté²¹ de *La solución de los conflictos entre particulares por causa de las retenciones tributarias*. Y, antes, de *La retención como garantía del crédito tributario*, en mi tesis para la colación del grado de Doctor en Derecho de la Universidad de las Illes Balears²².

17. Recurso en interés de la ley.

DREA Interés es provecho, utilidad, ganancia. Ley es *precepto dictado por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados*. 4. *En el régimen constitucional, disposición votada por las Cortes y sancionada por el Jefe del Estado*.

Diccionari Jurídic Català. Es (como efectivamente lo fue en su día, y hoy no, como de apelación, subsistiendo como recurso de casación en interés de la ley, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo) recurso extraordinario de apelación contra las sentencias de lo contencioso-administrativo no susceptibles de recurso de apelación ordinario.

LEC

art. 490 Podrá interponerse recurso en interés de la ley, para la unidad de doctrina jurisprudencial, respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ sostuvieran

21.- TOMAS MIR DE LA FUENTE. *La solución de los conflictos entre particulares por causa de las retenciones tributarias*. Publicado en el Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, núm. I.

22.- TOMAS MIR DE LA FUENTE. *Las retenciones tributarias. La retención como garantía del crédito tributario*. Instituto de Estudios Fiscales. 1984.

critérios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales. No procederá contra sentencias que hubieran sido recurridas en amparo ante el TC.

art. 491 Podrán en todo caso recurrir el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo y las personas jurídicas de Derecho público que, por las actividades que desarrollen y las funciones que tengan atribuidas, en relación con las cuestiones procesales sobre las que verse el recurso, acrediten interés legítimo en la unidad jurisdiccional sobre estas cuestiones.

art. 492 Se interpondrá directamente ante la Sala de lo Civil del TS.

art. 493 La sentencia que se dicte respetará las situaciones particulares derivadas de las sentencias alegadas (que pongan de manifiesto la discrepancia) y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial, completando el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al TS.

EM XV. No se trata, es cierto, de un recurso en sentido propio, pues la sentencia que se dicte no revocará otra sentencia no firme (ni rescindirá la firme), pero se opta por mantener esta **denominación** en aras de lo que resulta, por los precedentes, más expresivo y comunicativo (LEC art. 1782, y más tarde 1718, decía: Podrá igualmente el MF en interés de la Ley, interponer en cualquier tiempo el recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal en los pleitos en que no haya sido parte, y las sentencias que se dicten servirán únicamente para formar jurisprudencia sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas en el pleito pero sin que ellas pueda alterarse la ejecutoria ni afectar el derecho de las partes o, luego, dejando intactas las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia recurrida). Entre las sentencias que dicte el TS y las pronunciadas por el TC, no faltará una doctrina jurisprudencial que sirva de guía para la aplicación e interpretación de las normas procesales en términos de seguridad jurídica e igualdad, compatibles con la libertad de enjuiciamiento propia de nuestro sistema y con la oportuna evolución de la jurisprudencia.

Agustín Jesús PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *El recurso en interés de la ley*. XXII Jornadas de Estudios de la Abogacía General del Estado-Dirección de Servicio Jurídico del Estado 2000 sobre La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, dice que, con este recurso (que no lo es, como reconoce, la EM por lo que dice, y además porque no están legitimadas las partes del proceso y se interpone contra sentencias firmes), se aborda la problemática de la unidad jurisprudencial al margen del sistema de recursos hasta ahora previsto y,

más concretamente, al margen del mecanismo que, hasta el momento presente, estaba previsto para cumplir específicamente esta finalidad, el recurso de casación, actuando el TS como “órgano regulador de la interpretación judicial del Derecho objetivo (CALAMANDREI)”.

Se configura, por otra parte, como mecanismo procesal ad hoc, excepcional para la consecución de una jurisprudencia artificialmente unificada, bien distinto del de casación del Ministerio Fiscal en interés de la ley previsto en el art. 1718 y ss. de la LEC 1881, por lo que, dice, *no alcanzamos a comprender la razón dada para mantener la denominación.*

LRJCA

art. 100.1, en una sección sobre *recursos de casación en interés de la Ley* (del que hemos hablado, dentro del recurso de casación). Las sentencias dictadas en única instancia por los jueces de lo contencioso administrativo y las pronunciadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ y de la AN, que no sea susceptibles de los recursos de casación a que se refieren las dos secciones anteriores, podrán ser impugnados por la Administración pública territorial que tenga interés legítimo en el asunto y por las Entidades y Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, por el Ministerio Fiscal y por la Administración General del Estado, en interés de la Ley, mediante un recurso de casación, cuando estimen gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada. Únicamente podrá enjuiciarse la correcta aplicación e interpretación de normas emanadas del Estado. Se interpondrá directamente ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS. La sentencia que se dicte respetará la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará la doctrina legal, vinculando a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado en este orden jurisdiccional.

art. 101 Las sentencias dictadas en única instancia por los Jueces de lo Contencioso-administrativo contra las que no se puede interponer el recurso previsto en el artículo anterior podrán ser impugnadas por la Administración pública territorial que tenga interés legítimo en el asunto o por las Entidades y Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, por el Ministerio Fiscal y por la Administración de la Comunidad Autónoma en interés de la Ley. Únicamente podrá

enjuiciarse la correcta aplicación e interpretación de normas emanadas de la Comunidad Autónoma que haya sido determinante del fallo recurrido. Conocerá la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ. En lo referente a efectos de la sentencia registrá lo establecido en el artículo anterior con las adaptaciones necesarias, vinculando a todos los jueces de lo Contencioso-administrativo con sede en el territorio a que extiende su jurisdicción el TSJ.

Su antecedente inmediato es del recurso de apelación extraordinario en interés de la Ley del artículo 101 de de la LRJCA de 1956, contra las sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales, no susceptibles de apelación ordinaria, que podía interponer el Abogado del Estado, aunque no hubiera intervenido en el procedimiento, cuando estimare gravemente dañosa y errónea la resolución dictada y cuya sentencia respetaba la situación jurídica particular derivada del fallo recurrido y fijaba la doctrina legal. LMRPU 92 art. 102 amplió la legitimación en el nuevo recurso, ya de casación en interés de la ley (la estatal) a las Entidades y Corporaciones, dichas, aunque no a las Comunidades Autónomas, como ahora, desde la ley 29/98, en los términos expuestos antes.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, en consideración a su finalidad –que más que fijar doctrina legal, es, como en el precedente del recurso extraordinario de apelación en interés de la ley, evitar que llegara a crearse doctrina legal– dijo de él, que podrían reiterarse las críticas dirigidas al recurso de casación en interés de la ley, del que se ha dicho que no tiene justificación dogmática aprovechable, al obedecer a finalidades completamente alejadas de las verdaderas preocupaciones de los mecanismos procesales, y que se explica solo en función de una misión histórica.

18. Recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio.

DREA Extraordinario, es fuera del orden o regla natural o común.

Unificar. 2 Hacer que cosas diferentes o separadas formen una organización, produzcan un determinado efecto, tengan una misma finalidad, etc.

Criterio es norma para conocer la verdad. *Juicio o discernimiento.*

Este recurso, de tan larga y descriptiva denominación, es un recurso administrativo, exclusivo de la vía económico-administrativa, de la que hemos tratado con el recurso (reclamación) económico-administrativo.

LGT

art. 242.1 Las resoluciones *que no sean susceptibles de recurso de alzada ordinario* podrán ser impugnadas por los Directores Generales del Ministerio de Hacienda y por los Directores de

Departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria cuando estimen gravemente dañosas y erróneas dichas resoluciones, cuando no se adecúen a la doctrina del TEAC o cuando apliquen criterios distintos de los empleados por otros tribunales económico-administrativos regionales o locales. 3. La resolución respetará la situación jurídica particular derivada de la resolución recurrida unificando el criterio aplicable. 4. Los criterios establecidos en las resoluciones de estos recursos serán vinculantes para los tribunales económico-administrativos.

Lo desarrolla el artículo 61 del Reglamento de revisión de 13 de mayo de 2005.

Los art. 88 y 89 de la LGT regulan las consultas.

El artículo 126 del Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas de 1 de marzo de 1996 lo contemplaba en los términos siguientes: Las resoluciones de los TEARyL que no sean susceptibles de recurso de alzada ordinario, podrán, sin embargo, ser impugnadas por las Direcciones generales del Ministerio de Economía y Hacienda, por los directores de Departamento de la AEAT de quienes dependa orgánica o funcionalmente la oficina que haya dictado el acto recurrido, o a quienes corresponda la interpretación administrativa de las normas aplicables mediante recurso de alzada extraordinario, cuando estimen gravemente dañosa y errónea la resolución dictada. 7. La resolución (del TEAC) que se dicte respetará la situación jurídica particular derivada de la resolución que se recurra y unificará el criterio.

En el artículo 134 del Reglamento de 1959 se legitimaba sólo a los Directores generales del Ministerio de Hacienda. Su Preámbulo decía que, en la alzada interpuesta por una DG en asuntos de su competencia, se planteaba la cuestión (tratándose de reclamaciones que por su cuantía no eran susceptibles normalmente de recurso ordinario, llamado de apelación en Reglamento de 1924, que legitimaba al reclamante y al representante de la Administración en el TEAC) de que, admitiendo la alzada con sus consiguientes efectos, se producirían incertidumbre y alteraciones procesales, por lo que se ha estimado procedente regular la alzada en estos casos con el carácter de extraordinaria, respetando la situación jurídica particular derivada del fallo recurrido, limitándose la resolución del recurso a unificar el criterio de interpretación legal, que deberán observar los órganos administrativos inferiores mientras no exista disposición de carácter general eficaz o de doctrina legal en contrario.

19. Recurso extraordinario de revisión.

DRAE Extraordinario, es fuera del orden o regla natural o común.

Revisión (del Lat. *Revisare*) es, según el DRAE, acción de revisar. Y revisar, someter algo nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo.

Recurso de revisión es, dice el mismo Diccionario, *Der. El que se interpone para obtener la revocación de una sentencia firme en casos extraordinarios determinados por las leyes.*

Diccionari de la Llengua Catalana del Institut d'Estudis Catalans. Revisar examinar o reexaminar alguna cosa para corregir los errores si los hay. Examinar (alguna cosa) para comprobar si se han cumplido los requisitos necesarios.

Diccionari Jurídic Català. Recurso administrativo de revisión es recurso de carácter extraordinario que sólo puede fundamentarse en los motivos específicos de la ley. En revisión, dice 2. Recurso de revisión. Nueva fase del proceso civil o penal con la que en diversos casos después de la sentencia definitiva se puede pedir y exigir un nuevo examen de su caso, considerando que la sentencia se ha basado sobre unos hechos o documentos que posteriormente se demuestra que son falsos.

Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche suplemento 1851. Recurso de revisión, llámase al que se interpone de resoluciones del Consejo Real para que se revisen y enmienden. Arts. 229 y ss, Reglamento 31 diciembre de 1846. Los motivos son sustancialmente los del de nulidad contra sentencias de los Consejos provinciales.

Diccionario Enciclopédico de la Lengua española de Gaspar y Roig de 1858. Revisión es acto de rever. Rever. Jurisp. Ver segunda vez un tribunal superior el pleito visto y sentenciado en otra sala del mismo. Revista es segunda vista en los pleitos. *Suplicar en revista* recurrir a los tribunales superiores de la sentencia misma de ellos para la decisión de alguna causa o pleito.

Con esta denominación, compuesta de sustantivo y adjetivo, precisamente, se conocen los recursos administrativos siguientes. Que no hay que confundir con el recurso de revisión, de que hemos hablado antes. Como tal. Ni, con la revisión o el juicio de revisión, del que hemos hablado al referirnos al recurso de revisión en los distintos órdenes jurisdiccionales, incluso el contencioso-administrativo.

LRJAPPAC

art. 108 Contra los actos firmes en vía administrativa, sólo procederá el recurso extraordinario de revisión cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 118.1.

art. 118.1 Contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para

la resolución, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1ª. Que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente. 2ª. Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida. 3ª. Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución. 4ª. Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.

art. 119.3 El órgano al que corresponde conocer del recurso extraordinario de revisión debe pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ *et alii* en *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de mayo*, dice que es procedimiento extraordinario de revisión, incoado a instancia del interesado. Y recurso extraordinario excepcional que se da contra actos firmes cuando quepa racionalmente duda de la validez del acto, en virtud de documentos o sentencias firmes de los Tribunales. La LPA dice regulaba un recurso extraordinario de revisión análogo al de revisión o nulidad que admitían los Reglamentos de procedimiento administrativo dictados en desarrollo de la Ley de 1889, y así pasó a la LRJAPPAC.

Francisco SANZ GANDÁSEGUI dice que la especial configuración de la revisión, que procede frente a actos firmes, agoten o no la vía administrativa y que se basa en motivos tasados, algunos de ellos coincidentes con los de nulidad de pleno derecho que enumera el artículo 62, puede dar lugar a cierto solapamiento procedimental con otras técnicas de anulación o revisión de actos, especialmente la revisión de oficio.

LGT

art. 244 El recurso extraordinario de revisión podrá interponerse contra *actos firmes de la AEAT y contra resoluciones firmes de los órganos económico-administrativos* cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que aparezcan documentos de valor esencial para la decisión del asunto que fueran posteriores al acto o resolución recurridos o de imposible aportación al tiempo de dictarse los mismos y que evidencien el error cometido. b) Que al dictarse el acto o resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme anterior o posterior a aquellas resoluciones. c) Que el acto o resolución se hubiera dictado como

consecuencia de prevaricación, cohecho u otra maquinación fraudulenta u otra conducta punible y así se haya declarado en virtud de sentencia judicial firme.

El desarrollo reglamentario se contiene en el artículo 62 del Reglamento de 13 de mayo de 2005.

En la primera LGT de 1963 se reguló en el artículo 161, que lo contemplaba contra los actos de gestión y las resoluciones de reclamaciones económico-administrativas firmes, en los que concurrieran, además de las circunstancias del actual, la de que al dictarse se hubiera incurrido en manifiesto error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente. Lo mismo que el 127 del REPREA de 1996.

Participa de una doble naturaleza, puesto que, no sólo es un medio de impugnación, dentro del procedimiento económico-administrativo, sino que puede ser un recurso, si bien con carácter extraordinario o excepcional, que abre la vía económico-administrativa a fin de verificar si el acto de gestión incurre en alguna de las infracciones del ordenamiento jurídico que constituyen los motivos del recurso.

20. Recurso extraordinario para la unificación de doctrina.

DREA Extraordinario, es fuera del orden o regla natural o común.

Unificar. 2 Hacer que cosas diferentes o separadas formen una organización, produzcan un determinado efecto, tengan una misma finalidad, etc.

Doctrina. Enseñanza que se da para instrucción de alguien. *Doctrina legal. f. jurisprudencia, doctrina que se deduce del conjunto de las sentencias de los tribunales.*

Diccionari Jurídic Català. *Doctrina*. 1. Conjunto de trabajos científicos destinados a interpretar o allanar (*explanar*) la ley. 3. *Doctrina legal*. Concepto originariamente idéntico al de doctrina de los doctores en Cataluña y que actualmente, abolida como motivo de casación se identifica con el de jurisprudencia. *Jurisprudència* 4. Doctrina emanada de dos o más sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, de la que se desprenden los criterios decisivos para la resolución y que tiene la misión de completar el ordenamiento jurídico; su infracción puede ser motivo de recurso de casación. 5. Conjunto de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, los tribunales superiores de justicia, el Tribunal Constitucional o por un tribunal internacional.

El artículo 1.6 del Código Civil se refiere a la del TS que, de modo reiterado establece al interpretar y aplicar la ley, como jurisprudencia que complementará el ordenamiento jurídico

El recurso es administrativo, exclusivo de la vía económico-administrativa.

LGT

art. 243.1 Contra las resoluciones en materia tributaria dictadas por el TEAC podrá el Director General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda cuando esté en desacuerdo con el contenido de dichas resoluciones.

2 Será competente para resolver este recurso la Sala Especial para la Unificación de Doctrina. 4. La resolución respetará la situación jurídica particular estableciendo la doctrina aplicable. 5 La doctrina establecida será vinculante.

Lo desarrolla el artículo 60 del Reglamento de 13 de mayo 2005.

La EM lo contempla diciendo que en materia de recursos extraordinarios se establece un nuevo recurso de alzada (sic) para la unificación de doctrina contra las resoluciones del TEAC, del que conoce una Sala especial de nueva creación. Esta medida complementa el carácter vinculante de las consultas tributarias para hacer efectiva la unificación de *criterio* en la actuación de toda la Administración tributaria. Los arts. 88 y 89 LGT regulan las consultas.

21. Recurso extraordinario por infracción procesal.

DREA Extraordinario, es fuera del orden o regla natural o común

Infracción es transgresión, quebrantamiento de una ley, pacto o tratado, o de una norma moral, lógica o doctrinal. Procesal, perteneciente o relativo al proceso, que es *Der. agregado de los autos y demás escritos en cualquier causa civil o criminal*.

Es recurso judicial, del orden jurisdiccional civil, de la LEC de 2000.

LEC

art. 468 Las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ conocerán, como Salas de lo Civil, de estos recursos interpuestos contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia²³.

23.- La Disposición Adicional 16ª LEC, sobre régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios estableció que, en tanto no se confiera a los TSJ la competencia para conocer del recurso..., procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477, y las reglas a seguir, para la preparación, interposición y resolución en el entretanto. Que sigue, porque no se ha modificado el artículo 73 de LOPJ, fracasando el intento en sesión de 23 de septiembre de 1999, conociendo la Sala Civil del TS.

art. 469 Sólo podrá fundarse en: 1º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional. 2º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. 3º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del procedimiento cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión. 4º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución. Sólo procederá cuando la infracción procesal o vulneración del artículo 24 de la Constitución, se hayan denunciado en la instancia y, cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia; además, si la violación del derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación de la instancia o instancias oportunas.

art. 476 Si se estimase el recurso por falta de jurisdicción o competencia objetiva, se *casará* la resolución impugnada, quedando a salvo el derecho de las partes a ejercitar las pretensiones ante quien correspondiere. Si el recurso se hubiere interpuesto contra sentencia que confirmaba o declaraba la falta de jurisdicción o de competencia, y la Sala lo estimará, tras *casar* la sentencia, ordenará al tribunal de que se trate que inicie o prosiga el conocimiento del asunto, y (si la falta de jurisdicción se hubiera estimada erróneamente una vez contestada la demanda y practicadas la pruebas) que resuelva sobre el fondo del asunto. En los demás casos, de estimarse el recurso por todas o algunas de las infracciones o vulneraciones alegadas, la Sala *anulará* la resolución recurrida y ordenará se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la infracción o vulneración.

EM XVI. La presente Ley ha operado con tres elementos para determinar el ámbito de la casación, el segundo, la decisión, en absoluto gratuita, como se dirá, de dejar fuera de la casación las infracciones de leyes procesales. El sistema de recursos extraordinarios atribuye en todo caso las cuestiones procesales a las Salas de lo Civil de los TSJ. La separación entre el recurso de casación y el recurso extraordinario dedicado a las infracciones procesales ha de contribuir sin duda a la seriedad con que éstas se aleguen. Este recurso amplía e intensifica la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales de índole procesal cuyas pretendidas violaciones generan desde hace más de una década una gran parte de los litigios. Nada tiene de heterodoxo, ni orgánica ni procesalmente y menos aún, si cabe, constitucionalmente, cuando ya se han consumado dos instancias, circunscribir con rigor lógico el recurso

extraordinario de casación y exigir a quien esté convencido de haberse visto perjudicado por graves infracciones procesales que no pretenda simultáneamente la revisión de infracciones de Derecho sustantivo. Si se está persuadido de que se ha producido una grave infracción procesal, que reclama reposición al estado anterior a esa infracción, no cabe ver imposición irracional en la norma que excluye pretender al mismo tiempo una nueva sentencia, en vez de tal reposición de las actuaciones. Si el recuso por infracción procesal es estimado, habrá de dictarse una nueva sentencia y, si esta incurriere en infracciones de Derecho material o sustantivo, podrá recurrirse la sentencia, como en el régimen anterior a esa ley. Se ha considerado más conforme con las necesidades sociales, con el conjunto de institutos jurídicos de nuestro Ordenamiento y con el origen mismo del instituto casacional, que una razonable configuración de la carga competencial del TS se lleve a cabo concentrando su actividad en lo sustantivo.

El precedente inmediato es el recurso de casación por quebrantamiento de forma, que sobrevive, en lo penal. El último artículo 1692 de la LEC contemplaba, como motivo para fundamentar el recurso de casación, el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte (previa petición de la subsanación de la falta o transgresión en la instancia de la sentencia). Además del abuso, exceso y defecto en el ejercicio de la jurisdicción y la incompetencia o inadecuación del procedimiento. Como motivos del recurso de casación que, antes, la propia Ley (desde la de 22 de junio de 1870) llamó por quebrantamiento de forma, frente al de casación por infracción de ley o de doctrina legal. Concepto que convenía al fundado en quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, a cuyos efectos el artículo 1693, antes de la reforma de 1966, incluía ocho: por falta de emplazamiento de quienes hubieran debido ser citados para el juicio, por falta de personalidad de alguna de las partes o en el procurador que las haya representado, por falta de recibimiento a prueba en alguna de las instancias, por falta de citación para alguna diligencia de prueba o para sentencia definitiva, por denegación de cualquier diligencia de prueba admisible según las leyes y cuya falta haya podido producir indefensión, por incompetencia de jurisdicción, por haber concurrido a dictar sentencia uno o más jueces, cuya recusación hubiese sido estimada o hubiere sido denegada siendo procedente y por haber sido dictada por menor número de jueces que el señalado por la Ley. Recurso de casación al que se aplicaban las normas comunes de dos secciones y las particulares de otras dos, frente a las cuatro del de casación por infracción de ley o doctrina legal, y a otras, al por quebrantamiento de forma y, a la vez, por infracción de ley o de doctrina,

contra sentencias de amigables componedores e interpuesto por el Ministerio Fiscal, en interés de la Ley.

José María MITCHAVILA NÚÑEZ, en *La Nueva LEC. Principales innovaciones. Valoración general*. XXII Jornadas de Estudio sobre la Nueva LEC. Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado 2000, dijo: Se crea un recurso extraordinario por infracción procesal, que es una especie de amparo judicial distinto de la casación. Para dar una cabal idea del significado de este nuevo recurso introducido por la nueva Ley, nada mejor que acudir al Apartado XIV de su EM, donde, entre otras cosas y por lo que aquí importa, se indica lo dicho antes, sobre los tres elementos sobre los que se ha operado para determinar el ámbito de la casación: el propósito de no excluir de ella ninguna materia civil o mercantil, la decisión de dejar fuera de la casación la infracción de leyes procesales y la relevancia de la función de crear autorizada doctrina jurisprudencial. Sobre esta base se articula un sistema de recursos extraordinarios confiando, en todo caso, las cuestiones procesales a la Sala de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia. La separación entre el recurso de casación y el extraordinario, que nos ocupa, dedicado a las infracciones procesales, ha de contribuir, sigue diciendo la EM, sin duda, a la seriedad con que estas se aleguen. Además este recurso extraordinario por infracción procesal amplía e intensifica la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales de índole procesal, cuyas pretendidas violaciones general generan desde hace más de una década gran parte de los litigios.

No será posible, por tanto, a partir de este momento, y, a través de la vía propiamente casacional, pretender la anulación de la sentencia recurrida, con reenvío a la instancia, si se acoge la infracción procesal invocada, y, a la vez, subsidiariamente, la sustitución de la sentencia por no ser conforme al derecho sustantivo. Se configuran, por tanto, dos vías completamente autónomas, encomendándose la decisión de los correspondientes recursos a dos órganos también distintos, el TS, a quien corresponde la resolución del recurso de casación por razones sustantivas, y la Sala de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, a quien se encomienda la resolución de este recurso extraordinario por infracción procesal, en ambos casos contra sentencias de la Audiencias Provinciales.

22. Recursos electorales.

Según el DREA, electoral es *lo perteneciente o relativo a electores o a elecciones*. Elector, que elige o tiene potestad de elegir. Elección 2. Designación

que regularmente se hace por votos para algún cargo, comisión, etc.
4. Pl. Emisión de votos para designar cargos políticos o de otra naturaleza.

22.1. Recurso contencioso electoral.

Ley Orgánica de Régimen General Electoral 5/1985, de 19 de junio (en adelante LORGE)

art. 109 Pueden ser objeto de recurso *contencioso* electoral los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos así como la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales.

art. 112 Se interpone ante la Junta Electoral correspondiente. El Tribunal competente para la resolución de los recursos contenciosos electorales que se refieran a elecciones generales y al Parlamento Europeo es la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS. En el supuesto de elecciones autonómicas y locales la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de la Comunidad Autónoma respectiva.

art. 116.2 En todo lo no expresamente regulado por esta Ley en materia contencioso-electoral será de aplicación la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LRJCA

art. 1 Conocerán (los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo) de las pretensiones que se deduzcan en relación con: c) La actuación de la Administración electoral en los términos previstos en la LORGE.

art. 8.5 Corresponde conocer a los Juzgados de las *impugnaciones* contra actos de las Juntas Electorales de Zona y de las formuladas, en materia de proclamación de candidaturas y candidatos efectuada por cualquiera de las Juntas Electorales, en los términos previstos en la legislación electoral.

art. 12.3 Asimismo conocerá, (la Sala de lo Contencioso-administrativo de TS): a) De los recursos que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones de la Junta Electoral Central, así como de los recursos contencioso-electorales que se deduzcan contra los acuerdos sobre proclamación de electos en los términos previstos en la legislación electoral. b) Los recursos deducidos contra actos de las Juntas Electorales adoptados en el

procedimiento para la elección de miembros de las Salas de Gobierno de los Tribunales, en los términos de la LOPJ.

art. 81.1 Las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo serán susceptibles de recurso de apelación, salvo que se hubieran dictado en los asuntos siguientes: b) Los relativos a materia electoral comprendidos en el artículo 8.4.

En nuestro Derecho ha habido una práctica continuada, desde la Constitución de Cádiz hasta la Ley electoral de 1907, de control parlamentario. Y también era el sistema de la II República. El control judicial se introduce por el Decreto-ley 20/1977 de 18 de marzo, sobre normas electorales para las primeras elecciones democráticas de 15 de junio de ese año, y lo ratificó luego el artículo 70.2 de la CE. Conoce del recurso propiamente electoral la jurisdicción contencioso-administrativa, tratándose de un supuesto de lo que se ha denominado "competencia de atribución", ubicable en el artículo 3 c) de la LRJCA, según Luis MARTÍN REBOLLO *Notas sobre el recurso contencioso electoral y otros temas de Derecho Electoral*, en el Tomo II del Libro de Estudios en homenaje al profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)* Cívitas 1993. Por lo demás, dice, se trata de un proceso especial que excepciona, en no pocos aspectos, el régimen ordinario, tanto en lo que hace al procedimiento, como al cómputo de los plazos y al contenido de las sentencias. Un proceso, además, que tiene carácter de urgente, con preferencia absoluta en su sustanciación y fallo.

22.2. Recurso (innominado) contra la proclamación de candidaturas y candidatos.

LORGE

art. 49.1 A partir de la publicación, cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas, o cuya proclamación hubiere sido denegada, dispondrán de dos días para interponer *recurso* contra los acuerdos de proclamación de las Juntas Electorales, ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo.

art. 49.5 Los *recursos* previstos en este artículo serán de aplicación a los supuestos de candidaturas presentadas por los partidos, federaciones coaliciones y agrupaciones electorales a que se refiere el artículo. 44.4, El *recurso* previsto en el apartado 1 del presente artículo se interpondrá ante la Sala especial del TS regulada en el artículo 61 de la LOPJ.

22.3. Otros recursos (innominados).

LORGE

art. 19.1 h) Corresponde a la JEC resolver las quejas, reclamaciones y recursos que se le dirijan.

art. 19. 2 y 21. Fuera de los casos en que esta Ley prevea un procedimiento específico de revisión judicial (el 117 habla de los recursos judiciales), los acuerdos de las Juntas Electorales de Zona y, en su caso, de Comunidad autónoma, serán *revisables* ante la Junta de superior categoría. Contra la resolución de esta última no cabe recurso administrativo (o judicial, decía, antes de la STC de 11 de junio de 1996)) alguno.

art. 38.4 Los *recursos* contra las resoluciones, **en materia de consulta y reclamaciones sobre datos censales permanentes**, de la Delegación Provincial de la Oficina de Censo Electoral, se tramitarán por el procedimiento preferente y sumario previsto en el artículo 53.2 de la CE.

art. 40.1 Contra la resolución de la Oficina del Censo Electoral, **en materia de consulta y reclamaciones sobre la rectificación en periodo electoral**, puede interponerse *recurso ante el Juez de lo Contencioso-Administrativo*, cuya sentencia agota la vía judicial.

art. 69.6 Las resoluciones de la Junta Electoral, **en materia de encuestas y sondeos**, pueden ser objeto de *recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa*, en la forma prevista en su Ley Reguladora, sin necesidad de recurso previo de reposición.

Francisco GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, comentando el artículo 2 de la LRJPPAC (en la obra colectiva tan citada con SANZ GANDÁSEGUI), dice, sobre la Administración Electoral, al tratar de la Administración de órganos no administrativos, que está regulada por los artículos 8 y siguientes de la LORGE: que tiene por finalidad garantizar la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad, y está integrada por las Juntas electorales Central, Provinciales, de Zona (en cada Partido judicial) y, en su caso, de CA (compuestas de jueces o magistrados y otros juristas), así como por las Mesas electorales (compuestas por electores de la propia sección electoral, elegidos por sorteo público).

La naturaleza de las Juntas ha sido objeto de un prolongado debate. Sobre ellas se ha mantenido su carácter administrativo, por la función materialmente desempeñada y, en la actualidad, la aplicación supletoria de la LPA, en todo lo no expresamente regulado por la LORGE (art. 120) y la

existencia de recurso *contencioso-administrativo* contra sus acuerdos; su carácter legislativo, por su entronque con la formación del Parlamento; e incluso su carácter judicial, por su composición y su función de resolución de reclamaciones, históricamente sin ulterior recurso. Según SANTAMARÍA PASTOR, es inútil encajar el sistema de Juntas en alguno de los poderes de tríada clásica, por la sencilla razón de que son, con toda evidencia, una organización al margen de los mismos. Otros, como MEILÁN GIL, consideran que la Administración Electoral puede encuadrarse dentro de la categoría de las llamadas Administraciones independientes, como el Banco de España o el Consejo de Seguridad Nuclear, pero la Administración Electoral no goza de personalidad jurídica propia. Quizá con mayor acierto, han sido calificadas, por NAVARRO PALACIOS, como Administración *ad hoc*.

23. Recurso gubernativo.

Para el DREA, gubernativo es *Perteneciente o relativo al gobierno*. Y vía gubernativa *Der. Procedimiento seguido ante la Administración activa. Sirve de antecedente a la vía contenciosa*.

Recurso gubernativo, por oposición al recurso judicial o procesal, es el recurso administrativo o en vía administrativa, y hay varios, con su propia denominación legal.

Pero también es el instrumento mediante el cual pueden ser impugnadas las calificaciones efectuadas por el Registrador de la Propiedad de los títulos que se le presenten. Es el remedio jurídico, en el procedimiento registral, previsto para el caso de que el solicitante de una inscripción rechazada estime improcedente la decisión de inadmisión, y no desee usar la acción judicial correspondiente. Procede de la Ley de 8 de febrero de 1861, anterior al Código Civil y a la LEC, y su Reglamento de 21 de junio de 1861, donde no se habló de reclamación gubernativa, sino que, remitiendo a los Tribunales de Justicia, contemplaba que contra la decisión del Regente de la Audiencia correspondía resolver a *la Sala de Gobierno*. Por Orden de 17 de mayo de 1864 se amplió el ámbito de la reclamación estableciendo tres grados sucesivos de alzada. La inicial, ante el Juez de 1^o Instancia, la siguiente ante el Regente de la Audiencia y la sucesiva ante la DG del Registro de la Propiedad. El RD de 3 de enero de 1876 suprimió la intervención del Juez.

La Ley, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946, en su artículo 66, dedicado genéricamente a las reclamaciones frente a la calificación, estableció la posibilidad de reclamar gubernativamente, sin indicar el órgano competente y sin perjuicio de poder acudir a los Tribunales de Justicia para

litigar acerca de la validez o nulidad de los títulos, pero luego el 260.3 atribuía a la DGRN, ya creada, la resolución de los *recursos gubernativos* que se interpusieran contra las calificaciones de los títulos hechas por los registradores. Fue el Reglamento de 14 de febrero de 1947 que, en su artículo 113, confirió la competencia intermedia a los Presidentes de las Audiencias Territoriales.

Ley Hipotecaria (en adelante LH)

art. 66 Los interesados pueden *reclamar* contra el acuerdo de calificación del registrador ante la DGRN o bien directamente ante el Juzgado de 1ª Instancia competente. Sin perjuicio de ello, podrán también acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia a ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos. En el caso de recurrir contra la calificación, todos los términos expresados quedarán en suspenso desde el día de que proponga la demanda o el *recurso* hasta el de su resolución definitiva.

art. 324 Las calificaciones negativas del Registrador podrán recurrirse potestativamente ante la DGRN en la forma y según los trámites previstos en los artículos siguientes, o ser impugnados directamente ante los jueces de la capital de la Provincia a que pertenezca el lugar en que se halle situada el inmueble siendo de aplicación las normas de juicio verbal. Cuando el conocimiento del recurso esté atribuido en los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional correspondiente. Si se hubiera interpuesto ante la mencionada DG ésta lo remitirá a dicho órgano.

Reglamento Hipotecario (en adelante RH)

art. 111 En los casos del artículo 19 de la Ley, los interesados podrán recurrir contra la calificación del Registrador gubernativamente o formular la correspondiente demanda ante los Tribunales de Justicia con arreglo al artículo 66 de la misma Ley.

art. 112 (precede a este artículo y siguientes, hasta el 136, la rúbrica Recurso gubernativo, dentro del Título De la forma y efectos de la inscripción) El recurso gubernativo a que se refiere el artículo anterior podrá ser entablado: 1º Por la persona individual o jurídica a cuyo favor se hubiere de practicar la inscripción; por quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta y por quien ostente la representación legal o voluntaria de uno u otros para tal objeto. 2º Por el Fiscal de la respectiva Audiencia cuando

se trate de documentos expedidos por Autoridades judiciales, pero sólo en los asuntos criminales y civiles en los que de deban ser parte.

art. 117 Sólo podrán ser discutidas en el recurso gubernativo las cuestiones que se relacionen directa o indirectamente con la calificación del Registrador.

Los autores han hablado siempre del *llamado recurso gubernativo*, por su discutible e híbrida naturaleza. Y su historia reciente. Con Sentencias, como la de TS de 22 de mayo de 2000, que declaró nulos los preceptos del RH introducidos por RD 1867/1998 de 4 de septiembre, dejando casi huérfano de regulación el recurso establecido en la Ley y la DA 7ª de LOPJ, y leyes, como la Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, que redujo, a los en que fuera aplicable derecho civil foral o especial, los casos de resolución por el Presidente de Tribunal Superior de Justicia, de 24/2001 de 27 de Diciembre de MAFOS, que dió nueva redacción a los artículos 322 a 329 LH (cuya EM no justificaba la reforma, pero la incluía en un Título De la acción administrativa, y un Capítulo de la acción administrativa de seguridad jurídica preventiva, en cuya sección 5ª, titulada Recurso gubernativo, lo regulaba), y la 24/2005, de 18 de noviembre de Ordenación económica y reforma para el impulso de la productividad (para mejorar el régimen de recursos frente a la calificación dada, ya que la experiencia habida hasta el momento había puesto de manifiesto las enormes y variadas disfunciones de su régimen jurídico). Todo lo cual permite decir que el recurso gubernativo se encuadra dentro del sistema administrativo de recursos pero, en cualquier caso, es muy *sui generis*. Por esto, frecuentemente se le ha tildado de llamado o denominado, porque, aunque sea *un* recurso administrativo o si se quiere gubernativo, no es *el* recurso gubernativo. A lo sumo, lo es para los civilistas, y más para los cultivadores del Derecho inmobiliario registral, en base a la letra de la ley y una larga historia, por contraposición a la otra alternativa impugnatoria, procesal y judicial (a pesar de la excepcional intervención, en virtud de los Estatutos de Autonomía, en materia civil, foral o especial, del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, que, cuando resuelve, no lo hace como órgano jurisdiccional, al carecer de competencias unipersonales decisorias de conflictos entre partes).

Es un procedimiento extrajudicial de solución de conflictos de naturaleza civil, en el ámbito del derecho hipotecario registral, tanto por el órgano que decide DGRN, como por la tramitación, más parecida a la de un procedimiento administrativo de revisión en vía de recurso, que judicial, según José Arturo MATHEU DELGADO, *El recurso gubernativo contra la calificación registral como procedimiento extrajudicial de solución de un conflicto en el ámbito civil: su aplicación a los derechos reales de vuelo y subsuelo*. Anales

de la Facultad de Derecho n° 27. Universidad de La Laguna 2010.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ –cuando la LPA y el art. 1.7° del Decreto de 10 de octubre de 1958 consideraban procedimientos administrativos especiales, a los efectos de lo dispuesto sobre ámbito de aplicación (respetuoso de otras normas especiales que continuaran en vigor, de acuerdo con la DF 1ª, salvedad hecha de la regulación de silencio administrativo y el ejercicio del derecho de recurso en vía administrativa reconocido en disposiciones especiales), los procedimientos regulados por las Leyes y Reglamentos Hipotecario y Notarial, de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión y del Registro civil– decía, que el recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad quedaba fuera, por su naturaleza especial, a causa del órgano de que emanan y la naturaleza de las cuestiones debatidas. Y lo siguió diciendo, incluso después de la ley de 1999 de modificación de la LAJAPPAC, del régimen general de los recursos, por razón de la materia, calificándolo de recurso especial.

No es recurso administrativo porque no impugna acto administrativo, sino, en su caso, de la Administración, no sujeto al Derecho Administrativo, sino al civil, como sucede con la calificación del título por el Registrador. Se parece a una reclamación, no previa, sino alternativa, a la vía judicial civil, que, a pesar de discurrir por un procedimiento administrativo, no regula la LRJAPPAC. Gubernativo sí lo es, por no judicial o extrajudicial.

V.- Algunos recursos innominados.

1. Contra la denegación (por parte de la Comisión de asistencia jurídica gratuita) del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

DRAE Asistencia jurídica gratuita, es: *Der. La que facilita el Estado a quienes carecen de recursos para litigar.*

Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 11/1996, de 10 de enero

EM. No quiere ello (la *desjudicialización* de la materia) decir que los órganos judiciales pierdan todo su peso en el reconocimiento, ya que la Ley garantiza suficientemente el control judicial sobre la aplicación efectiva del derecho, habilitando a aquéllos para decidir sobre el mismo, **en vía de recurso.**

art. 20 Quienes sean titulares de un derecho o un interés legítimo podrán impugnar las resoluciones que, de modo definitivo, reconozcan o denieguen el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Tal impugnación habrá de realizarse ante el Secretario de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. Este remitirá el escrito de impugnación, junto con el expediente correspondiente a la resolución impugnada al Juzgado o Tribunal competente o al Juez Decano, para su reparto, si el procedimiento no se hubiera iniciado.

Recibido el escrito el Secretario judicial citará de comparecencia a las partes y al Abogado del Estado o al Letrado de la Comunidad Autónoma correspondiente (cuando de ésta dependa la Comisión de Justicia Gratuita) y el Juez o Tribunal, tras oírlos y practicar la prueba que estime pertinente, dictará auto manteniendo o revocando la resolución impugnada.

Contra el auto dictado por el Juez o Tribunal no cabrá recurso alguno.

Como título competencial se invoca el artículo 149.1 3^a, 5^a, 6^a y 18^a CE, sin duda porque, siendo la nueva Comisión órgano de la Administración General del Estado o, en su caso, Autonómica, y dictarse sus actos en ejercicio de una función administrativa (EM dice que las más modernas pautas configuran dicha función como una actividad eminentemente administrativa), podrían, agotada la vía administrativa, haberse sometido al control judicial del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, a menos que resultase que la actuación no está sujeta al Derecho Administrativo, y se trata de una cuestión expresamente atribuida a los órganos de la jurisdicción civil, penal y social, aunque relacionada con la actividad de la Administración pública, de las de su artículo 3. Desde luego, directamente, no lo hace la Ley, pues permite que la impugnación sea resuelta por jueces y tribunales de todos los órdenes, incluso el contencioso-administrativo, y hasta el Juez Decano (de cuyas funciones –no jurisdiccionales– de reparto, trata la LOPJ, en un Título rubricado del orden interno de los Juzgados y Tribunales), y, por lo menos, en su funcionamiento, la Comisión se rige por el Derecho Administrativo.

Si se trata de un recurso, no es administrativo, sino judicial, como el contencioso-administrativo mismo, el contencioso-electoral o el contencioso-disciplinario militar. En cualquier caso sin denominación específica.

Sobre este tema, puede verse mi estudio *Desjudicialización (atenuada) y control judicial (peculiar) de los actos administrativos en materia de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita*²⁴.

24.- TOMAS MIR DE LA FUENTE. *Estudios en homenaje de Miguel Coll Carreras*. Aranzadi 2006.

2. Contra la tasación de costas.

DREA Tasar es graduar el precio o valor de una cosa o un trabajo. Costas (condenar en) *Der. en lo civil, hacerle pagar los gastos que ha ocasionado a sus contrarios en el juicio, y, en lo criminal, agravar accesoriamente el castigo con el pago total o parcial de los gastos.*

LEC

art. 245.1 La tasación de costas (practicada por el Secretario judicial) podrá ser impugnada. 4 El escrito de impugnación habrá de mencionar las cuentas y minutas y las partidas concretas a que se refiere la discrepancia y las razones de ésta.

art. 246. 3 El Secretario judicial (si se impugnan los honorarios de abogados y peritos por excesivos) dictará decreto manteniendo la tasación o, en su caso, introducirá las modificaciones que estime oportunas. Contra dicho decreto cabrá recurso de revisión. Contra el auto resolviendo el recurso de revisión no cabe recurso alguno. 4. Cuando sea impugnada la tasación por haber incluido derechos u honorarios indebidos o por no haberse incluido gastos debidamente justificados reclamados el Secretario judicial resolverá. Frente a cuya resolución podrá ser interpuesto recurso directo de revisión. Contra el acto resolviendo el recurso de revisión no cabrá recurso alguno.

LECr

art. 242 El Secretario judicial que interviene en la ejecución de la sentencia hará la tasación de costas de que habla el nº 1 y 2 del artículo anterior.

art. 244 Transcurrido el plazo establecido en el artículo sin haber sido impugnada (por el Fiscal o el condenado al pago) la tasación de costas practicada, o tachadas de indebidas o excesivas alguna de las partidas de honorarios, se procederá con arreglo a lo dispuesto en la LEC.

LRJCA

art. 139.6 las costas causadas en autos serán reguladas y tasadas según lo dispuesto en la LEC.

LRJS

art. 97.3 La sentencia podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con temeridad, así como al que no acudió al acto de conciliación injustificadamente, una sanción pecuniaria dentro de

los límites que se fijan en el apartado 4 del artículo 75. En tales casos, cuando el condenado fuera el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contra la que hubiera intervenido, hasta el límite de 600 euros.

3. Contra minutas de derechos arancelarios de Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

DRAE Minuta, es *Der.* (del Lat. *Minūta*, borrador) 5. *Cuenta que de sus honorarios o derechos presentan los abogados o curiales.*

Honorario, es 3. Estipendio o sueldo que se da a alguien por su trabajo en algún arte liberal.

Notario, es funcionario público autorizado para dar fe de los contratos, testamentos y otros actos extrajudiciales, conforme a las leyes.

Registrador, es: 3. Persona que tiene a su cargo algún registro público, especialmente el de la propiedad.

Arancelario. Perteneciente o relativo al arancel, especialmente el de aduanas. *Derechos arancelarios. Reforma arancelaria.*

Arancel (Del ár. Hisp. Alinzál, y éste del ár. Clás. Inzál) es *tarifa oficial que determina los derechos que se han de pagar en varios ramos, como el de las costas judiciales, aduanas, ferrocarriles, etc.* 2 *Tasa, valoración, norma, ley.*

Diccionari Jurídic Català. Arancel forma de retribución de algunas funciones públicas como la de notario, registrador, etc. O semipúblicas, como la de procurador de los tribunales.

Ley de Tasas y Precios públicos de 13 de abril de 1989

DA 3ª. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las percepciones fijadas en arancel aprobado legalmente, que se cobren directamente por el funcionario, se sujetarán en su establecimiento, modificación y exacción a los preceptos contenidos en esta DA y en las demás normas reguladoras que no resulten contrarias a lo previsto en la misma.

RR DD 1426 y 1427/1989 de 17 de noviembre sobre los Aranceles de Notarios y Registradores de la Propiedad

En el Anexo II y las normas generales de aplicación 10ª y 6ª, respectivamente se dice, por lo que importa: 1. Los interesados podrán impugnar la minuta formulada por el Notario y el

Registrador. Se interpondrá ante el Notario o Registrador o, directamente ante la Junta Directiva del Colegio Notarial, o del Nacional de Registradores. Las resoluciones de las Juntas Directivas Directiva podrán *apelarse* ante la DGRN. Las JDs o JD deberán comunicar a la DGRN todos los *recursos* que se hubieren interpuesto así como las resoluciones que dictaren en esta materia.

Antes, la Norma general de aplicación 9ª del Arancel de los Notarios, dispone: 1. El importe de los derechos (arancelarios, según la Instrucción de 22 de mayo de 2002 de la DGRN) devengados, la base tenida en cuenta para su cálculo y los Números del Arancel aplicados, se harán constar por el Notario con su firma al pie de la escritura y de la matriz y de todas sus copias. 2. Los derechos que los Notarios devenguen se consignarán en la oportuna minuta que deberá contener mención del *recurso* que contra ella cabe y el plazo para su impugnación.

Y la 5ª, del de los Registradores de la Propiedad: 1. El importe de los derechos devengados, la base tenida en cuenta para su cálculo y los números del Arancel aplicados se harán costar al pie del título registrado, al final de la certificación o nota informativa, en su caso, y tras la nota de despacho que se hubiere practicado en el Libro Diario. 2. Los derechos devengados por los Registradores con arreglo a estos Aranceles se consignarán en la oportuna minuta, en la que deberán expresarse los suplidos, conceptos, bases y números del Arancel. La minuta, que irá firmada por el Registrador, deberá contener mención expresa del *recurso* que contra ella cabe y plazo para su impugnación.

RD 757/73 de 29 de marzo del Arancel de los Registradores mercantiles y de bienes muebles

DA 4ª El conocimiento y resolución de los expedientes de impugnación incumbe en todo caso a la DGRN. Cuando se interponga recurso de *reforma* los Registradores solicitarán informe a Junta de Gobierno del Colegio Nacional de Registradores.

DA 5ª El importe de los derechos devengados, la base tenida en cuenta para su cálculo, y los números del Arancel aplicados se hará constar al pie del título registrado, al final de la certificación o nota informativa, en su caso, y tras la nota de despacho que se hubiere practicado en el Libro diario. Los derechos devengados por los Registradores con arreglo a estos Aranceles se consignarán en la oportuna minuta, en la que deberán expresarse los suplidos, conceptos, bases y números del Arancel. La minuta que irá formada

por el Registrador deberá contener mención expresa del *recurso* que contra ella cabe y plazo para su impugnación. Los Registradores entregarán el original de la minuta al interesado y conservarán una copia de la misma.

art. 619 RH, desde 1998, dice, aún pagados los honorarios, podrán los interesados recurrir *gubernativamente* en solicitud de revisión, siempre que se trate de errores aritméticos o materiales o la minuta no cumpla los requisitos formales con especificación de conceptos.

Se habla de impugnación, pero se reconoce que se trata de recurso, contra la minuta de Notario o del Registrador de la Propiedad o Mercantil, ante la Junta de su Colegio (el de Notarios o el Nacional de Registradores de la Propiedad) o DGRN (en el caso de los Registradores Mercantiles), que le hace, por decirlo así, como un recurso administrativo de alzada, en vía colegial, cuya resolución no agota la vía administrativa, al ser susceptible de recurso de apelación (como una segunda alzada o una alzada impropia) ante la DGRN, en el primer caso, y de un recurso de alzada –al que se llama de reforma (como, al parecer, según testimonio de R. DE LA RICA Y ARENAL, se le venía llamando, en la práctica, tradicionalmente, a la innominada impugnación, porque el Registrador podría al ser oído mantener o reformar la minuta, y acordarlo, en su caso, la Junta Directiva del Colegio)– en el segundo. Usando nombres propios de recursos judiciales y hablando de lo gubernativo. A pesar de que todo lo es y, por ello, sin perjuicio del contencioso-administrativo que ha de haber, al fin y al cabo.

Esta terminología se hunde en la historia. Donde la Ley Hipotecaria de 1861 y la del Notariado de 1862, que se refieren al arancel de los honorarios que devengan estos funcionarios públicos (que la Comisión de Códigos, en su Exposición de 6 de junio de 1860, entendió no debían percibir sueldo del Estado, sino ser retribuidos por los beneficiarios de su actuación, y a los que la doctrina llama oficiales públicos, profesionales oficiales, ejercientes privados de funciones públicas), y sus Reglamentos, hablaron de lo gubernativo, y todo lo demás propio de su tiempo, anticipándose a las grandes Leyes procesales y administrativas, de cuyos conceptos y denominaciones provienen las actuales. Repitiéndolo, las modificaciones posteriores y, aun, los sucesivos aranceles. Y los actuales, que, aunque se dictan ejercitando la competencia estatal del artículo 149.1.8ª de la CE, sobre legislación civil, y, dentro ella, de ordenación de los registros e instrumentos públicos, prescinden de la dimensión tributaria y parafiscal, destacada por Ricardo NAVARRO GÓMEZ *El arancel de los funcionarios públicos. Análisis jurídico tributario*. Marcial Pons 2007. Dice éste que, en el régimen de impugnación de los honorarios, sobresalen dos rasgos

determinantes: el pago de las partidas tradicionales de su evolución histórica y, sobre todo, su común procedimiento de impugnación, a través de una doble instancia mediante un recurso ante la respectiva Junta Colegial y una posterior apelación ante la DGRN. Lo que entronca con otra: la posibilidad de que los particulares accedan a la vía jurisdiccional contra la resolución de la DGRN, que agota la vía administrativa en la aplicación del arancel. STS 8 de mayo 1957 y 25 de mayo de 1976 para Registradores, según las que es materia netamente administrativa, y, como tal, elemento determinante de la competencia de nuestra jurisdicción. STS 17 de junio de 1960 para Notarios, que dijo es un procedimiento administrativo relativo a lo que en esencia viene a ser la percepción de una tasa por un servicio público, sujeta al Derecho Administrativo, cuyas decisiones pueden tener en otras hipótesis naturaleza civil. Pero no, cuando encierran una vía gubernativa, especialmente establecida con esa finalidad de discutir el pago de los derechos arancelarios devengados por un funcionario público, con una doble instancia mediante un recurso ante la respectiva Junta Colegial.

La *confusión*, sobre todo para el observador más distante, está en la línea del propio Arancel. Fernando SÁINZ DE BUJANDA, en *La estructura jurídica del sistema tributario* RDFHP nº 41, 1961, dijo que el Arancel responde a los parámetros de los sistemas asistemáticos o históricos²⁵.

4. Recurso especial en materia de contratación pública.

DRAE Especial es *singular o particular, que se diferencia de lo común o general. Muy adecuado o propio de algún efecto, Que está destinado a un fin concreto y específico.*

Contratación es acción y efecto de contratar, y contratar, pactar, convenir, comerciar; hacer contratos o contratadas. Contrata 3. Contrato que se hace con el Gobierno, con una corporación o con un particular, para ejecutar una obra material o prestar un servicio por precio o precios determinados.

Diccionari Jurídic Català. Contrato administrativo: Contrato celebrado por una administración pública con personas naturales o jurídicas, cuando tengan por objeto la ejecución de obras en materia de contratación la gestión de servicios públicos y los suministros cuando así lo declare expresamente

25.- Sobre la naturaleza vid. ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE *La naturaleza del Arancel Registral (Notas a la sentencia del TS de 2 de noviembre de 2006)*. Impuestos. Año 23, nº 2 Noviembre 2007. De esta sentencia y otras, como la de 10 de junio de 2003, sobre el Arancel notarial, y la conveniencia de un tratamiento normativo, a resultas de un posible pronunciamiento del TJ de la Unión Europea, hablé, yo mismo, en el Prólogo del Libro de RICARDO NAVARRO GÓMEZ, *El Arancel de los funcionarios públicos. Análisis jurídico tributario*. Marcial Pons. 2007 pág. 12.

una ley o cuando estén vinculados directamente a la prestación de un servicio con independencia de su contenido público.

Ley de Contratos del Sector Público TR de 14 de noviembre de 2011

EM de la Ley 30/2007 de 30 de octubre. IV.3 Con la misma finalidad de incorporar normas de Derecho comunitario derivado se articula un nuevo recurso especial **en materia de contratación**, con el fin de trasponer la Directiva 89/665/ CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y STJCE 15 de mayo 2995 y 2007/66/CE.

A diferencia de otras coordenadas geográficas el legislador español optó por incorporar un régimen administrativo, y no judicial, de medios urgentes de impugnación frente a los actos de las fases de preparación y adjudicación en los contratos abarcados por las Directivas. La 89/665 no se oponía de forma expresa a un modelo administrativo (no judicial, pese al espíritu de la Directiva) de protección provisional. La 2007/88/CE determinó una nueva regulación, más detallada, en la ley 34/2010, de 5 de agosto, recogida en la refundición de 2011. Alguien ha hablado de *Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento de en la contratación pública*²⁶.

Capítulo IV Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos.

art. 40 Recurso **especial** en materia de contratación: actos recurribles

1. Son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las AP y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores: a) de obras, concesión de obra pública, suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada; b) de servicios comprendidos

26.- Susana DE LA SIERRA. REDA Cívitas nº 149 Enero-Marzo 2011. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR habla de *La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública*. REDA Cívitas Nº 159 Julio-Septiembre 2013. José María GIMENO FELIU, de *Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública*. REDA Cívitas nº 159 Julio-Septiembre 2013.

en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros; y c) de gestión servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del IVA, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años. Serán también susceptibles de recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.

2. Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos: a) Los anuncios de licitación, los pliegos y documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban seguir la contratación; b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos; y c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

5. No procederá la interposición de recursos administrativos *ordinarios* contra los actos enumerados en este artículo, salvo la excepción prevista en el siguiente con respecto a las CC AA.

6. El recurso especial tendrá carácter potestativo.

art. 41 Órgano competente para la resolución del recurso. 1. En el ámbito de la AGE, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado a un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de su competencia. Este órgano conocerá también de los recursos especiales que se susciten contra los actos de los órganos competentes del CGPJ, Tribunal Constitucional y Tribunal de Cuentas. A estos efectos se crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda.

art. 42 Legitimación. Toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

art. 47 Resolución. 2. La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimaré las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición, y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones *ilegales* adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las

características técnicas, económicas o financieras discriminatorias, contenidas en el anuncio de licitación, pliegos de condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación. Así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones.

4. Asimismo, a solicitud del interesado y si es posible, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios que haya podido ocasionar la infracción ilegal que hubiese dado lugar al recurso.

art. 49.1 Contra la resolución dictada sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo, conforme a los artículos 10 k) y l) apartado 1, y 11 letra f) de su apartado 1 ambos de la LRJCA.

Es *especial*, por contraposición a los recursos administrativos *generales o comunes*, como son los ordinarios, de alzada y potestativo de reposición, y el extraordinario de revisión de la LRJAPPAC. Éste, contra actos firmes en la vía administrativa y motivos tasados. Aquéllos, por cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (el artículo 107 dice que cabrá fundarlos en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad de los artículos 62 y 63 de esta Ley) y contra actos definitivos o de trámite cualificados.

Y es potestativo (como no lo era, sino obligatorio, originariamente), lo que debilita, según Miguel Ángel BERNAL BLAY, en *El sistema de tutela de la "buena administración contractual": balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento*²⁷, la eficiencia del sistema en materia precontractual, que califica de alternativo de reclamaciones (administrativa de carácter potestativo y jurisdiccional), con sus diferencias procesales. En un conjunto fragmentado y complejo, en el que encontramos mecanismos de tutela administrativa que funcionan con anterioridad a la perfección del contrato (precontractuales), como el recurso administrativo especial en el ámbito del sector público, y una reclamación en el ámbito de los procedimientos de contratación de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (contractuales), como la cuestión de nulidad, sin olvidar además la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional, bien de manera alternativa a estos recursos administrativos especiales, bien de manera sucesiva, una vez resueltos estos recursos y reclamaciones.

Es especial y potestativo. Pero posiblemente no sea ni recurso, sino impugnación sustitutiva del recurso administrativo, de las del artículo 107.2

de la LRJAPPAC. Gerardo MARTÍNEZ TRISTÁN, (a quien el artículo 40 citado le parece farragoso e ininteligible), en *¿Es el recurso especial la solución o el problema?*²⁸, dice que, ontológicamente, es contrario a los principios generales de la LPA diseñar un recurso administrativo potestativo, aunque sea especial, y proclamar que las resoluciones que recaigan agotan la vía administrativa. El carácter potestativo del recurso especial, implica que actos contractuales –que es posible recurrir en recurso especial– también pueden ser objeto de recurso contencioso-administrativo directo, lo que no puede significar otra cosa que los actos contractuales recurribles agotan la vía administrativa por sí mismos. Esta configuración del recurso puede provocar dos disfunciones: la concurrencia de varias clases de impugnación, una administrativa, a través del cauce del recurso especial, que desemboca en procesos judiciales, y otra jurisdiccional, sobre un mismo procedimiento contractual. Ello sin contar que, en el caso de las CCAA, puede el recurso dejar de ser potestativo, al posibilitar la ley que establezcan recursos administrativos previos al especial, por lo que en tales casos el acto administrativo contractual no agotará por él mismo la vía administrativa. En cualquier caso, dice, el recurso especial se parece a la reclamación económico-administrativa, de la que habla en artículo 107 citado y no es potestativa, sino preceptiva, para el agotamiento de la vía administrativa.

Ley 3/2003, de 26 de marzo de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears

art. 66 Recurso especial en materia de contratación

1. Contra los actos de los órganos de contratación se puede interponer un recurso especial en materia de contratación. Este recurso, al que es aplicable el régimen jurídico previsto en la legislación básica para el recurso de reposición, tiene carácter potestativo, lo ha de resolver la Junta Consultiva de Contratación y sustituye²⁹, a todos los efectos, el recurso de reposición.

2. El recurso de puede interponer ante el órgano de contratación o directamente ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Si el recurso se interpone ante el órgano de

28.- *La contratación pública: problemas actuales*. Jornada organizada por el Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid. 2013.

29.- El art. 59 dispone: Sustitución de los recursos administrativos. 1. El recurso de alzada y el de reposición se pueden sustituir por otros procedimientos de impugnación o de reclamación, de conciliación, de mediación y de arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas que no estén sometidas a instrucciones jerárquicas. Esta sustitución se puede establecer en supuestos o en ámbitos sectoriales determinados y cuando la especialidad de la materia lo justifique y, en todo caso, por ley.

contratación, éste lo ha de trasladar a la Junta en el término de diez días con un informe jurídico y con una copia completa y ordenada del expediente de contratación. Si se interpone ante la Junta, ésta ha de requerir la remisión del expediente y el informe correspondiente al órgano de contratación.

3. La competencia de la Junta Consultiva para resolver comprende también la facultad de suspender la ejecución del acto impugnado y, si procede, la adopción de medidas cautelares.

4. El acuerdo que adopte la Junta Consultiva son vinculantes para el órgano de contratación que dicte el acto impugnado.

José Ramón AHICART SANJOSÉ, en *El recurso especial en materia de contratación: Examen del artículo 66 de Ley 3/2000 de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears*. Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras. Aranzadi 2006, dice:

1º Que no es un recurso administrativo en sentido estricto, aunque el legislador lo haya calificado de tal, por cuanto sustituye el recurso de reposición y no mantiene el régimen de éste, sino que sus características vienen a encajar en las propias de un procedimiento de impugnación o reclamación en el que, manteniendo la decisión de la controversia en el seno de la Administración, quien resuelve es un órgano colegiado o comisión específica, distinto del que dictó el acto o resolución, y con determinadas características de independencia, composición y especialidad.

2º Que es especial, por razón de la materia, en cuanto sólo puede *interponerse* contra actos administrativos (resoluciones y actos de trámite cualificados) dictados en materia de contratación, y ordinario, por razón de los motivos para su interposición (cualquier infracción del ordenamiento jurídico).

3º Que es un procedimiento que cabe utilizar solamente contra actos del órgano de contratación (Consejero y los que especifiquen los propios estatutos de los entes de la Administración instrumental) dictados en materia de contratación administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

4º Que es destacable, de su régimen –de la Ley y, supletoriamente y por remisión, el del recurso de reposición de la LRJAPPAC básico– jurídico, lo siguiente: a) Que, aunque se diga que es el previsto en la legislación básica para el recurso de reposición, en realidad, hay sensibles diferencias (que resultan de que, pese a lo dice la ley, *no es un recurso, sino otra cosa*, como la figura del artículo 107.2 de la LRJAPPAC, de la que es trasunto el 59 de la Ley autonómica), en relación con la identidad y naturaleza del órgano competente para resolver el procedimiento, que es un órgano distinto del

órgano de contratación, como la Junta Consultiva de Contratación (adscrito a la consejería de Economía, Hacienda e Innovación, y, concretamente, a la Dirección General de Patrimonio) que no es superior jerárquico; b) Que el *recurso* tiene carácter potestativo y plazo para interponerlo y para ser resuelto, entendiéndose *desestimatorio* el silencio c) Que la resolución del procedimiento puede declarar la nulidad o anular las resoluciones contrarias a derecho y *es obligatoria y vinculante*.

En su valoración crítica (que resume, como netamente favorable, prescindiendo de la sorprendente terminología), se centra, sobre todo, en los plazos –y su adecuación a las exigencias doctrinales y jurisprudenciales en la materia, de razonabilidad y suficiencia– diciendo que el plazo, de un mes para resolver y notificar, aparece como extraordinariamente difícil de cumplir por un órgano colegiado cuyas normas de funcionamiento prevén una única sesión ordinaria cada mes.

5. Recursos en materia de régimen disciplinario.

DREA Disciplina es, *especialmente en la milicia, observancia de las leyes y ordenamientos de la profesila celebración de una única sesión ordinaria cada mesón o instituto.*

LOPJ

art. 422.1 Contra la resolución que recaiga sobre dicha clase de sanción (advertencia) podrá interponer el (juez o magistrado) sancionado, con carácter potestativo antes de acudir a la vía contencioso-administrativa, **recurso administrativo**.

art. 425.8 La resolución que recaiga deberá ser notificada al interesado y al Ministerio Fiscal, quienes, si el acuerdo procede de la Sala de Gobierno o de la Comisión Disciplinaria podrá interponer contra él **recurso potestativo en vía administrativa**, sin perjuicio de los que legalmente procedan en la jurisdiccional.

LO del Estatuto del Ministerio Fiscal 50/1981, de 30 de enero

art. 67 Las resoluciones del Fiscal Jefe serán recurribles ante el Consejo Fiscal. Las del Fiscal General del Estado serán recurribles en alzada ante el Ministro de Justicia. Las resoluciones del Fiscal Jefe y del Ministro de Justicia que agoten la vía administrativa serán susceptibles del recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente de la AN,

Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal

art. 136 De todas las sanciones impuestas por los Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales se podrá recurrir ante el

Consejo Fiscal, y por éste y el Fiscal del TS ante el Ministerio de Justicia.

LO de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas de 7 de diciembre de 1989

art. 76 y siguientes. De los que hemos hablado al tratar del recurso disciplinario militar, y dibujando otro recurso innominado. En IV.2

6. Recursos electorales (distintos del contencioso electoral).

Contra la proclamación de candidatos y candidaturas, y otros, estudiados, dentro de los recursos electorales, en el IV.22.2 y IV.22.3., y carentes de denominación.

7. Recurso contra las Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.

Ley Orgánica 1/2010, de 13 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial. Que añadió a la primera una Disposición Adicional 5ª, y supuso la creación de tres nuevos procesos constitucionales, dos de los cuales se denominan respectivamente recurso y cuestión y su objeto son las Normas Forales Fiscales de los Territorios Históricos del País Vasco³⁰. Y modificó el apartado 4 del artículo 9 de la segunda. Añadiendo una letra d) al artículo 3 de la Ley 29/2998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Disposición adicional quinta (nueva) de la LOTC.

1. Corresponderá al Tribunal Constitucional el conocimiento de los *recursos* interpuestos contra las Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, dictadas en el ejercicio de sus competencias exclusivas, garantizadas por la disposición adicional primera de la Constitución y reconocidas en el artículo 41.2 a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre).

30.- Sobre la posición de estas normas en el sistema de fuentes vid. JUAN RAMALLO MASSANET Prólogo de *Introducción al régimen jurídico de las de las Haciendas Forales* de F. DE LA HUCHA CELADOR. Civitas. Madrid 1995. También, R. JIMÉNEZ ASENSIO *El sistema de fuentes de la Comunidad Autónoma del País Vasco como "ordenamiento asimétrico"*. Revista Vasca de Administración Pública nº 47 (II) y *La "norma foral" en el sistema de fuentes del Derecho. Presupuestos conceptuales, problemas en torno a la naturaleza y esbozo de propuestas*, en Las Juntas Generales de Gipuzkoa como Parlamento foral. J.I. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA (dir.). IVAP. Oñati 2006.

El Tribunal Constitucional resolverá también las *cuestiones* que se susciten con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales sobre la validez de las referidas disposiciones, cuando de ella dependa el fallo del litigio principal.

El parámetro de validez de las Normas Forales enjuiciadas se ajustará a lo dispuesto en el artículo veintiocho de esta Ley.

2. La interposición y sus efectos, la legitimación, tramitación y sentencia de los *recursos y cuestiones* referidos en el apartado anterior, se regirá por lo dispuesto en el Título II de esta Ley para los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad respectivamente.

Los trámites regulados en artículos 34 y 37 se entenderán en su caso con las correspondientes Juntas Generales y Diputaciones Forales.

En la tramitación de los recursos y cuestiones regulados en esta disposición adicional se aplicarán las reglas atributivas de competencia al Pleno y a las Salas en los artículos diez y once de esta Ley.

3. Las normas del Estado con rango de ley podrán dar lugar al planteamiento de conflictos en defensa de la autonomía foral de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, constitucional y estatutariamente garantizada.

Están legitimados para plantear estos conflictos las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, mediante acuerdo adoptado al efecto. Los referidos conflictos se tramitarán y resolverán con arreglo al procedimiento establecido en los artículos 63 y siguientes de esta Ley.

Artículo 9.4 de la LOPJ.

Los (juzgados y tribunales) del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción, También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. *Quedan excluidos de su conocimiento los **recursos** directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas*

Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica.

Artículo 3 d) de la LRJCA.

Los **recursos** directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica.

Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero.

Las normas forales reguladoras de los distintos impuestos resultan, por lo tanto (tener naturaleza reglamentaria), recurribles ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, situación ésta que contrasta abiertamente con las normas fiscales del Estado, que tienen rango de ley y, por lo tanto, sólo pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional por la reducida lista de sujetos que el artículo 162 de la Constitución considera legitimados.

Los derechos históricos de los territorios forales, al menos en lo que concierne a su núcleo esencial, no son una cuestión de legalidad ordinaria, sino que entrañan, sin duda, una cuestión constitucional, tanto como las que pueda plantear cualquier otro precepto de la Constitución, *lo que obliga a arbitrar una vía practicable y accesible para su defensa, que remedie el **déficit de protección de la foralidad** que resulta de la falta de legitimación de las instituciones forales para acudir al Tribunal Constitucional en los supuestos en los que el legislador, estatal o autonómico, invada el espacio que la disposición adicional primera de la Constitución y el artículo 37 del Estatuto vasco les reserva en exclusiva.*

En este espacio exclusivo constitucionalmente garantizado, en el que ni las Cortes Generales ni el propio Parlamento Vasco pueden entrar, las instituciones forales han de operar, sin embargo, con normas que, al carecer de rango de ley, resultan más vulnerables, y, por tanto, más frágiles, lo que hace consiguientemente *más débil* la garantía constitucional de la foralidad de los territorios históricos vascos que la de la Comunidad Foral de

Navarra, a pesar de que en ambos casos el fundamento constitucional es el mismo: la disposición adicional primera de la norma fundamental.

Esta diferencia no tiene justificación material alguna: materialmente la regulación del impuesto sobre la renta de las personas físicas o del impuesto de sociedades es la misma *cosa* y debería tener, por ello, el mismo tratamiento en Navarra que en *Bizkaia, Gipuzkoa y Álava*. Todo se reduce a una diferencia formal, que resulta, en el caso de los territorios históricos del País Vasco, de la falta de reconocimiento a sus instituciones de la potestad legislativa formal, explicación ésta que dista mucho de ser satisfactoria, supuesta la identidad material ya destacada.

El recurso y la cuestión son dos nuevos mecanismos impugnatorios de la LOTC, muy similares al recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, a cuya regulación remite la Ley. Participando todos de la misma naturaleza de proceso judicial.

El propósito del legislador, con la creación de estos nuevos mecanismos impugnatorios, muy similares a los declarativos de la inconstitucionalidad de las leyes, según ROBERTO GONZÁLEZ DE ZÁRATE LORENTE³¹, parece claro. El de establecer, fuera del Título II, un mecanismo similar al establecido en él, para las normas con fuerza de ley, pero sin atreverse a determinar que se trata de normas con este rango, pues la incardinación de las Normas Forales entre las normas objeto de impugnación del artículo 27 de la LOTC, a través de los mecanismos del Título II, supondría el reconocimiento de la fuerza de ley, de acuerdo con el artículo 161.1 a) CE.

Contra la Ley, han interpuesto recurso de inconstitucionalidad el Parlamento y el Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja y las

31.- *El control del Tribunal Constitucional de las Normas Forales fiscales: La constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2010*. REDA n° 167 octubre-diciembre 2014. Menos favorables fueron J.F. MERINO MERCHAN, *Cuestiones que plantea la Ley Orgánica 1/2010*. En *El privilegio jurisdiccional de las normas forales fiscales vascas* de ÁLVAREZ CONDE, E. (director) y LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ MADROÑERO, A. (coordinadora). Instituto de Derecho Público. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid 2010. DUQUE VILLANUEVA, J.C. *Los procesos constitucionales de control de las normas fiscales vascas*. Revista Española de Derecho constitucional n° 90 octubre-diciembre 2010. Una exposición completa, con opinión favorable, esperando (se sentencia del TC) con natural curiosidad, es la de FERNANDO PALAO TABOADA *La constitucionalidad del régimen del control jurisdiccional de las normas forales fiscales*. La distribución del poder Financiero en España. Libro homenaje al profesor Juan Ramallo Massanet. JUAN ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN y JUAN ZORNOZA PÉREZ (dirs.) y FÉLIX ALBERTO VEGA BORRÉGO (coord.). Marcial Pons 2014

Cortes y el Consejo de Gobierno de la de Castilla y León. Sostienen, en lo que importa, sobre todo, que, al atribuir el enjuiciamiento al TC normas de carácter reglamentario, que reservan los procedimientos de inconstitucionalidad a normas con fuerza de ley, vulnera los artículos 161.1 a) y 63 CE. La técnica de crear dos nuevos procedimientos de inconstitucionalidad no logra ocultar que lo que hace en realidad es ampliar los procedimientos de inconstitucionalidad anteriormente existentes para incluir a normas reglamentarias, lo que, en cuanto desnaturaliza estos procedimientos, no puede ampararse en la cláusula de apertura del artículo 161.1 d) CE. La nueva regulación sustrae normas reglamentarias al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa con infracción del artículo 106.1 CE, que reserva a los tribunales de este orden el control de la potestad reglamentaria. La falta de legitimación de las CCAA para interponer los nuevos recursos supone un recorte de los medios de defensa para salvaguardar sus competencias, vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva.

Lo que más nos importa ahora es el recurso, y de él su falta de denominación legal y resolución por el Tribunal Constitucional, que lo emparenta con el de inconstitucionalidad, del que hablamos antes, pero con el que el legislador no quiere identificar. Pudiendo haberlo hecho, pues la Ley, procede de una proposición elevada por el parlamento de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que modificaba el artículo 27 de la LOTC declarando susceptibles de declaración de inconstitucionalidad, las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las CCAA, *incluidas las normas forales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Gipuzkoa y Bizkaia relativas a los impuestos concertados*.

Objeto del recurso son las Normas Forales, dictadas por las Juntas Generales de los Territorios Históricos Vascos, que regulan los impuestos concertados y otros tributos, la Norma General Tributaria de cada Territorio Histórico y las normativas reguladoras de las Haciendas Locales. Y acaso, por la literalidad del texto de la nueva Disposición Adicional Quinta de la LOTC y la Exposición de Motivos de la LO 1/2010 modificadora, los *productos* normativos de las Diputaciones Forales, como los Decretos Forales Normativos y las disposiciones por razones de urgencia y con rango de Norma Foral.

El canon de enjuiciamiento está integrado por el bloque de la constitucionalidad, y, por ello, las normas constitucionales, el Estatuto de Autonomía, los Reglamentos de las Juntas Generales (en cuanto al procedimiento normativo) y la Ley 12/2002 por la que se aprueba el Concierto Económico.

Legitimados activamente lo están quienes pueden interponer recurso de inconstitucionalidad. Aunque haya quien dude sobre que lo puedan

interponer también los órganos colegiados ejecutivos y asambleas de las Comunidades Autónomas, respecto de las Normas que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía. Duda, que, como otras –la de la posibilidad de ampliación a 9 meses, del plazo de interposición, no existiendo en los Territorios Históricos, ninguna Comisión bilateral de cooperación entre la Administración del Estado y ellos, sino con la Comunidad Autónoma– y más, resultan del exceso remisivo (cinco remisiones y de distinta naturaleza) de la Disposición Adicional Quinta nueva.

**VI.- Otro nonato recurso, sin nombre propio.
Contra las decisiones adoptadas por los Encargados
de las Oficinas del Registro Civil.**

DREA Encargado es, el que ha recibido un encargo, y persona que tiene a su cargo una casa, un establecimiento, un negocio, etc. en representación del dueño.

Oficina es, departamento donde trabajan los empleados públicos o particulares. Registro civil es, aquél en que se hacen constar por autoridades competentes los nacimientos, matrimonios, defunciones y demás hechos relativos al estado civil de las personas.

Ley del Registro Civil de 21 de julio de 2011

Entrará en vigor, en los términos de su Disposición Final Décima, el día 15 de julio de 1915.

Título VIII Régimen de recursos

art. 85.1 Contra las decisiones adoptadas por los Encargados de las Oficinas Central, Generales y Consulares del Registro Civil los interesados sólo podrán interponer *recurso* ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. 2. En el caso de denegación de inscripción de sentencias y otras resoluciones judiciales extranjeras cuya competencia corresponda a la Oficina Central del Registro Civil, el interesado sólo podrá instar procedimiento judicial de *exequatur*.

art. 86.1 El recurso se dirigirá a la DGRN y *se formulará en los términos previstos en la Ley 32/1992, de 26 de noviembre de RJAP-PAC*. 2. La DG resolverá el recurso en el plazo de seis meses siguientes a la recepción del escrito de interposición.

art. 87 *Las resoluciones y actos de la DGRN podrán ser impugnados ante el Juzgado de Primera Instancia de la capital de provincia del domicilio del recurrente, de conformidad con lo*

previsto en el artículo 781 bis de la LEC (sobre oposición a las resoluciones y actos de la DGRN). La DGRN podrá impugnar ante el Juzgado de Primera Instancia las decisiones adoptadas por los Encargados de las Oficinas por ser las mismas contrarias a la doctrina establecida por el Centro Directivo.

EM II La aplicación de técnicas organizativas y de gestión de naturaleza administrativa permitirá una mayor uniformidad de criterios y una tramitación más ágil y eficiente de los distintos expedientes, sin merma alguna de los derechos de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva, pues *todos los actos del Registro Civil quedan sujetos a control judicial*. Esta Ley deslinda con claridad las tradicionales funciones *gubernativas y judiciales*, que, por inercia histórica, todavía aparecen entremezcladas en el sistema de la Ley de 1957, y aproxima nuestro modelo de Registro Civil al existente en otros países de nuestro entorno, en los también se ha optado por un órgano o entidad de naturaleza administrativa (en VII se habla de *desjudicialización*), con el fin de prestar un servicio público de mayor calidad sin perjuicio de la garantía judicial de los derechos de los ciudadanos. Puesto que la materia a la que el funcionamiento del Registro Civil se refiere es el estado civil de las personas y, en ciertos aspectos, el derecho de familia, *la jurisdicción competente es la civil*. No obstante, se exceptúa la nacionalidad por residencia, respecto de la que persisten las razones que aconsejaron trasladar esta materia a la jurisdicción contencioso-administrativa con la entrada en vigor de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre de reforma del Código Civil.

Antes de la desjudicialización efectiva, el recurso, en el futuro innominado, se llamaba de apelación.

La Ley de 8 de agosto de 1957, regula la materia en los artículos 92 y siguientes.

art. 92. Las inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme recaída en juicio. La demanda se dirigirá contra el Ministerio Fiscal Y aquéllos a quienes se refiere el asiento que fueran demandantes

art. 93 No obstante el anterior artículo, pueden rectificarse previo expediente gubernativo: 1º Las menciones erróneas de identidad. 3º Cualquier otro error cuya existencia resulte de la confrontación con otra u otras inscripciones que hagan fe del hecho correspondiente.

art. 97 Los expedientes se sujetarán a las siguientes reglas: 1ª Puede promoverlos cualquier persona que tenga interés legítimo. 2ª Siempre será oído el Ministerio Fiscal. 3ª La incoación se comunicará a los interesados, los cuales podrán hacer las

manifestaciones que crean oportunas. 4ª En última instancia, cabe apelación contra las resoluciones ante la Dirección General.

La primera Ley del Registro Civil, la provisional de 17 de junio de 1870, en su artículo 18, disponía que, firmada ya una inscripción, no se podrá hacer en ella rectificación, adición ni alteración de ninguna clase, sino en virtud de ejecutoria del Tribunal competente, con audiencia del Ministerio público y de las personas a quienes interese. Y atribuía la llevanza de un registro –en el que se inscribirían o anotarían los actos concernientes al estado civil de las personas– a la Dirección General del Registro de la Propiedad –que en lo sucesivo se denominará *Dirección general de los Registros civil y de la Propiedad y del Notariado*–, los Jueces municipales en la Península e *islas adyacentes* y Canarias y los Agentes diplomáticos y consulares españoles en territorio extranjero.

La decisión del legislador, de no “bautizar” el recurso –ni como de apelación, ni tampoco de alzada, pese a referirse a un expediente gubernativo, sin duda por el carácter civil de la materia, que excluye la revisión contencioso-administrativa, como regla, de la resolución de la DGRN– y a someter el escrito de interposición a las formalidades de los recursos administrativos, por remisión a los de la LRJAPPAC, le honra. Es preferible, en la duda, y ante los “híbridos”, callarse (antes que acudir a una denominación inexpresiva como la de recurso de anulación del artículo 239.6 de la LGT).

El legislador de cada momento no está para enseñar, y menos, para sorprender a los destinatarios de la norma (sea la ciudadanía, como se suele decir, en las Normas de Técnica legislativa, sean los afectados o los órganos llamados a aplicarla, o todos ellos) o asombrar a la doctrina científica, con sus innovaciones. Su libertad está limitada, si no por la Ciencia o la doctrina, si por la claridad, y la evitación de la confusión. Por la misma razón que el nombre propio del nacido o el de la marca (denominativa –incluso de fantasía– o gráfica o mixta), que le corresponde dar al interesado en promoverla (por obligación legal, como los progenitores) o, en su defecto, el Encargado del Registro (que elegirá uno de uso corriente) y al que pretenda su registro, respectivamente, tienen límites. El artículo 51 de la LRC nueva, que proclama el principio de libre elección, sin más limitaciones –de interpretación restrictiva– que las que contempla, alude, además de a la dignidad de la persona, a la evitación de la confusión. Y la Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre –congruente con su concepto de signo o medio que sirve para distinguir en el mercado productos o servicios, de productos y servicios idénticos o similares de otro– trata de evitar la confusión en el mercado por causa de la similitud conceptual, fonética o gráfica, prohibiendo, en los artículos 5 y 6, absolutamente, las que carezcan de carácter distintivo o puedan llevar al público a error, y, relativamente, las que sean idénticas a una marca anterior que designe productos o servicios idénticos y las que, por

ser sea idénticas o semejantes a la marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que designen, exista riesgo de confusión en el público.

VII.- La idea y la palabra.

En su discurso de ingreso en la Real Academia Española, sobre *El estado o punto de perfección a que lograron levantar la lengua española los autores de los dos últimos tercios del siglo XVI y primero del XVII*³², mi pariente Don Miguel MIR NOGUERA, fallecido, siendo Bibliotecario perpetuo, en 1812 (y del que muy poco sabía, hasta que descubrí —con ocasión de mi estudio para la inauguración del Curso 2011-2012 de esa Academia, sobre *Refranes jurídicos castellanos y mallorquines*— que había prologado en 1906 la publicación por la RAE del *Vocabulario de refranes y frases proverbiales y otras fórmulas comunes de la lengua castellana, en que van todos los impresos antes y otra gran copia que juntó el Maestro GONZALO CORREAS, catedrático de Griego y Hebreo de la Universidad de Salamanca*), dijo, de la idea y la palabra:

Aunque su relación sea estrechísima, no se confunden ni se identifican: pero andan tan unidas y enlazadas que lo que afecta a una, altera o modifica necesariamente a la otra. La palabra es la señal exterior de la idea, su expresión material, la forma que la revela en su mayor pureza y exactitud. La idea es la virtud que da ser intrínseco a este signo material, la luz que lo esclarece, el alma que lo anima. La palabra sin la idea sería sonido muerto y sin significación ni importancia alguna; la idea sin la palabra quedaría oculta en lo escondido del alma y privada de toda vida o influencia exterior. Juntas estas dos realidades resulta la creación más bella, útil y beneficiosa que la mano de Dios ha puesto al servicio de la criatura racional.

En este compuesto maravilloso es claro que la idea ha de llevar ventaja a la forma, como el espíritu la lleva a la materia. La idea es, en efecto, antes que la palabra; es además lo que la sostiene y fecunda, lo que le da toda la energía y virtud que en sí tiene. El hablar dice Fr. Luis de León nasce del entender y las palabras no son sino imágenes de lo que el ánimo concibe en sí mismo. Cuanto este concepto sea más claro y vigoroso, tanto más poderosa y eficaz será la palabra. La luz de las ideas ha de penetrar el lenguaje, si ha de ser claro e inteligible. Poco importa que los vocablos sean sencillos y tomados del hablar común y familiar, si la idea es precisa. Sea el pensamiento claro, perspicuo y luminoso, que si lo es, su misma

32.- *Discursos leídos ante la Real Academia Española en la recepción pública de R.P. MIGUEL MIR el día 9 de mayo de 1886.* Madrid. Tipografía de los Huérfanos, Calle de Juan Bravo núm. 5. MDCCCLXXXVI. Contiene el discurso de ingreso y la contestación, en nombre de la Academia, de don MARCELINO MENÉNDEZ Y PELAYO.

claridad, las esclarecerá.

La claridad de las ideas, efecto y resultado de su verdad, parece que debiera lograrse fácil y aun naturalmente, y de aquí pasar a las palabras por consecuencia necesaria, y con todo esto, nada hay más difícil y trabajoso. Nace la dificultad en expresar clara y sencillamente las ideas de que éstas no se ofrecen por la mayor parte a inteligencias puras y distintas, sino envueltas en cierta vaguedad e indecisión vaporosa que no permite verlas en la exacta precisión de sus contornos, es necesario sacarlas de esta niebla u oscuridad a fin de que, distintas e iluminadas, puedan esclarecer las palabras con los reflejos de su propio resplandor en sí. Esta apuración y aclaramiento de las ideas se hace por medio de la reflexión anterior, ora intuitiva, ora querida y deliberada, cuando considera cada concepto o idea por sí, y mirándolo por todos sus visos o semblantes, examina los elementos de que se compone y los distingue cuidadosamente. Todo lo cual es de no escaso trabajo para la inteligencia, que vagueando siempre a lo exterior se recoge y vuelve en sí muy penosa y difícilmente, y de todo cuida, al parecer, menos de lo que en ella pasa.

Este trabajo jurídico es el que, modestamente, he realizado para la apuración y esclarecimiento de la idea impugnación y la palabra recurso, en nuestro Derecho positivo actual. En cuya creación, hoy, y siempre, el legislador sabe lo que dice y lo dice con la mejor técnica de su momento³³. Y bienintencionadamente³⁴.

33.- Las *Directrices de técnica normativa*, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (BOE de 29 de julio de 2006), como criterio lingüístico general, en la 101, dice que Las normas jurídicas deben redactarse en un nivel de lenguaje culto, pero accesible para el ciudadano medio, de manera clara, precisa y sencilla y, por ello, se utilizará un repertorio léxico común, nunca vulgar y se recurrirá, cuando proceda, al empleo de términos técnicos dotados de significado propio (en nuestro caso recurso); en este caso, se añadirán descripciones que los aclaren (en nuestro caso, de alzada, apelación, etc.) y se utilizarán en todo el documento en igual sentido. Y en particular, para el título de las normas, en la 5 dice, que forma parte del texto y permite su identificación, interpretación y cita, y en la 7, sobre nominación, que el nombre de la disposición es la parte del título que indica el contenido y objeto de aquélla, lo que permite identificarla y describir su contenido esencial. La redacción del nombre deberá ser clara y concisa y evitará la inclusión de descripciones propias de su parte dispositiva. Deberá reflejar con exactitud y precisión la materia regulada, de modo que permita hacerse una *idea* de su contenido y diferenciarla de cualquier otra disposición.

34.- FERNANDO VILCHES VIVANCOS en *Texto y contexto en el lenguaje administrativo ¿Por qué no nos entienden los ciudadanos?* EAR Toledo 2009, se refiere a las palabras que (según los franceses) hacen sufrir, citando alguna, como sinalagmático, litispendencia o coadyuvar. No creo que sea así. Otra cosa son los deplorables términos conminatorios de muchos escritos oficiales y su tipografía microscópica (a veces por imperativo legal, a causa de la pluralidad de lenguas que usan). Con olvido de que *Humillia verba nuntii sunt pacis, superba belli*, como dijo, en su *Liber Proverbiorum*, el Benito Ramón Llull.

Y en el que he comprobado que las palabras, especialmente los sustantivos abstractos (refiriéndose expresamente a cultura), recogen, a lo largo de su vida dilatada, significaciones diversas, tal como dijo otra mallorquina de nacimiento CARMEN RIERA, también de la Real Academia Española, antes de que lo fuese, en su *Pregó per a la Festa de l'Estendard*³⁵ de Palma. Y mucho más las que expresan conceptos jurídicos, porque tienen mucho que ver con las normas vigentes en cada momento y su aplicación indefinida en el tiempo, que, según el Código Civil, en su reforma de 1975, en cualquier caso –y esto permite superar el riesgo de la petrificación– se han de interpretar según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que hayan de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas, por mandato legal. Pero, el sentido propio de los términos jurídicos (no solo de la ley sino también del Derecho, como ordenamiento y como Ciencia) se encuentra, casi siempre, en la tradición. Esta tradición jurídica de que habla la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears como encarnada en las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina. Que hemos visto es, en la materia que nos ha ocupado, de muchos años, pero sobre todo, de los siglos XIX y XX. Y no digamos las expresiones latinas, tan queridas por los juristas, como la del título de este trabajo. Los recursos vigentes, paradójicamente, no tienen su *nomen iuris* en latín³⁶, como se ha visto.

Como decíamos al principio, con Luis MARTÍN REBOLLO, el Derecho es lenguaje pero también Historia. Sin el conocimiento de ésta, las denominaciones de sus instituciones no tienen sentido y son inexplicables sus vaivenes.

POST SCRIPTUM.

La entrada en vigor, antes de la publicación del Boletín de la Academia, correspondiente al Curso 2014-2015, de la Ley 4/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la agilización de la

35.- CARME RIERA, *Defensem la nostra Llengua*. Ajuntament de Palma. 2004.

36.- Las Directrices de 22 de julio de 2005 no expresan, contra lo que suelen hacer los lingüistas no juristas, ninguna prevención frente a los latinismos (como no sea que se les considere extranjerismos con equivalente en castellano o construcciones lingüísticas inusuales, y no como términos técnicos con significado propio). Una Guía para la elaboración y control de las disposiciones generales de Principado de Asturias dijo que los latinismos, que, con frecuencia, son más exactos, simples y eficaces que sus traducciones, han de conservarse cuando sean locuciones breves.

justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, ha incidido en algún aspecto, incluso, erróneamente, en el *nomen iuris*, de algún recurso judicial.

En primer lugar, en relación con el recurso de apelación. Según el Preámbulo ha supuesto la generalización de la segunda instancia. Sentado el derecho reconocido en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (conforme al cual todo condenado por delito podrá someter a revisión la causa ante un tribunal superior), la ausencia de regulación procesal de recurso contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, previa celebración de juicio ante dichos órganos judiciales, mantiene una situación insatisfactoria, que, al tener que compensarse con una mayor flexibilidad en el entendimiento de los motivos del recurso de casación, desvirtúa la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley penal. Por ello se procede a la generalización de la segunda instancia, estableciéndose la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal en el proceso abreviado³⁷.

En segundo lugar, en relación con el recurso de casación. Según el Preámbulo la modificación³⁸ supone la ampliación del *recurso de casación*. Se trata de conseguir que cumpla de forma eficaz su función unificadora de la doctrina penal y se adapte a los cambios profundos de la ley sustantiva (por sucesivas reformas del Código Penal). Con medidas como: 1. Generalizar el *recurso de casación por infracción de ley*, si bien acotado al motivo primero del artículo 849 y reservando el resto de los motivos para los delitos de mayor gravedad. 2. Excluir del recurso las sentencias que no sean definitivas (esto es, aquéllas que se limitan a declarar la nulidad de las resoluciones recaídas en primera instancia), por considerarse que en estas situaciones la casación se convertiría en un trámite superfluo y dilatorio, sin sustraer la causa al conocimiento del Tribunal Supremo, toda vez que esta vía impugnativa permanecerá abierta una vez resueltas las causas de nulidad. 3. Instituir la posibilidad de que el recurso pueda ser inadmitido a

37.- El nuevo artículo 846 *ter* dispone: 1. Los autos que... y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia serán recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia... 3. Los *recursos de apelación* se registrarán por lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 de esta Ley, si bien...

38.- De los artículos 847, 848 y 889.

trámite, mediante providencia sucintamente motivada, por unanimidad de los componentes de la Sala, cuando carezca de interés casacional (para cuya determinación se señalan los aspectos a tener en consideración), aunque exclusivamente cuando se trate de recursos interpuestos contra sentencias de las Audiencias Provinciales o la Sala Penal de la Audiencia Nacional. De esta forma existirá doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en todas las materias, sustantivas, procesales y constitucionales.

En tercer lugar, y por lo que hace al recurso extraordinario de revisión. En el Preámbulo se dice que la modificación³⁹ supone la reforma del recurso de revisión. Para establecer un cauce legal de cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Modificando los motivos y posibilitando la impugnación de sentencias penales que puedan resultar contradictorias con la dictada posteriormente en otro orden jurisdiccional acerca de una cuestión prejudicial no devolutiva y de las dictadas en los procedimientos de decomiso autónomo.

39.- Del artículo 954, en el que se habla de que se podrá solicitar la *revisión* de las sentencias firmes y de legitimación para interponer *este recurso*. Antes decía habrá lugar al recurso de revisión. Siempre dentro del Libro V De los recursos de casación y revisión, y el Título Del recurso de revisión, sin llamarle a éste recurso extraordinario (aunque lo pudiera ser) de revisión. Como se hace en el Preámbulo I, pero no en el IV, de la Ley de modificación reciente.

XI.2- NOTAS A PROPÓSITO DE LA LLAMADA DOCTRINA PAROT Y LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL (LO 1/2015, DE 30 DE MARZO).

Antonio J. Terrasa García

- I.- Una mesa redonda sobre la duración de la pena.
- II.- Individualización de la pena.
- III.- Límite máximo de cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad.
- IV.- Acumulación de penas para fijar su límite máximo de cumplimiento efectivo.
- V.- Refundición material de condenas.
- VI.- Evolución de los criterios de conexidad para fijar el límite máximo de cumplimiento efectivo de las penas.
- VII.- Incidencia de la llamada “doctrina Parot” sobre la fijación del límite máximo para el cumplimiento efectivo de las penas.
- VIII.- Posición del Tribunal Constitucional sobre la llamada “doctrina Parot”.
- IX.- Sentencia 21 de octubre de 2013 de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la llamada “doctrina Parot”.
- X.- Unas breves reflexiones.

I.- Una mesa redonda sobre la duración de la pena.

La exigencia de documentar todas las actividades académicas explica la edición de estas notas, reunidas para apoyar mi intervención durante la mesa redonda del día 19 de febrero de 2015 junto a mi compañero el magistrado José Ramón Navarro Miranda (Presidente de la Audiencia Nacional), y los periodistas Andreu Manresa (EL PAÍS), y María Fuenteálamo (EL MUNDO), que ahora completo con algunas novedades derivadas de la –hasta ahora– última reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Fuese o no previsible, incluso las intervenciones de ámbito periodístico recalaron en el factor “tiempo” (me refiero al cronológico), al fin y al cabo erigido en “*leit motiv*”, denominador común, o hilo conductor durante la mesa redonda.

María Fuenteálamo aludió a tiempo y espacio (especialmente los titulares para la prensa) como elementos condicionantes de la información, que obligan a comprimir y simplificar los debates, a menudo desde posiciones polarizadas.

Andreu Manresa, asombrado de que una línea jurisprudencial y su correspondiente doctrina constitucional sean conocidas bajo la advocación de un terrorista, afirmó que el tiempo supedita la virtud rehabilitadora de las penas cuando su medida es más duradera que la propia vida, y desaprobó la inclinación a legislar en caliente, sin resistir exigencias populistas.

En cualquier caso es patente que el tiempo de privación de libertad (su duración) es, para esta clase de pena, un elemento axial pero de fenomenología poliédrica.

Axial porque su medida –o mejor su dosificación– es tan connatural a esta pena que suele hablarse –en plural– de “las” penas privativas de libertad, considerándolas distintas en función de su duración (porque la cantidad acaba afectando a la calidad); una componente que desde luego tiene toda la penología.

Poliédrica porque la duración de la privación de libertad aparece vinculada a distintas operaciones:

- la individualización de la pena a imponer, para determinar en concreto su medida;
- la acumulación jurídica de las penas conexas pendientes de cumplir, para fijar el límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena;

- y la refundición material de las condenas, para graduar la ejecución penitenciaria en orden a fomentar la rehabilitación y la reinserción.

II.- Individualización de la pena.

Incumbe exclusivamente al ámbito jurisdiccional la imposición de la pena¹, cuya medida es el primer vector que influye sobre la duración de la condena, fijada en base a una operación individualizadora (mediante la que se determinan su grado y duración o extensión² concretos), aplicando criterios de prevención (general y especial) en función de las circunstancias del caso y del culpable, la gravedad de los hechos, el grado de culpabilidad, y el perfil conductual del sujeto.

III.- Límite máximo de cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad.

Pero a esa medida concreta de la pena a imponer, le corresponde –además– la fijación de un “límite máximo” de cumplimiento efectivo, previsto por primera vez en el Código Penal de 1870³ con arreglo a una modalidad limitativa que en realidad determinaba la no “imposición” de las penas restantes una vez se había alcanzado el límite (fórmula reiterada en el Código Penal de 1932⁴).

Más adelante el Código Penal de 1944⁵, con una fórmula igualmente sostenida en el Código Penal de 1973, estableció la imposición de todas las penas en que se hubiese incurrido, sin perjuicio de tenerlas por cumplidas –o sea declararlas extinguidas– más allá del correspondiente límite máximo de duración de la condena, redacción heredada por el inicial art. 76 del Código

1.- **Art. 72 del Código Penal vigente:** “Los jueces y tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y la extensión concreta de la impuesta”.

2.- Aunque de uso ambivalente, los términos “duración” y “extensión” no parecen igualmente adecuados para aludir a la medida de la pena privativa de libertad, porque el segundo no es medida de tiempo sino de espacio.

3.- **Código Penal de 1870, art. 89:** “el *máximum de duración de la condena del culpable no podrá exceder del triple de tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de imponérsele las que proceda desde que las ya impuesta cubrieren el máximum del tiempo predicho*”.

4.- **Art. 74.2º del Código Penal de 1932:** “, dejando de imponérsele las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximum del tiempo predicho”.

5.- **Art. 70.2º del Código Penal de 1944:** “, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximum del tiempo predicho”. Art. 70.2º del Código Penal de 1973: “dejando de extinguir las que procedan...”.

Penal de 1995, cuya reforma (operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) alude ahora al máximo de cumplimiento “efectivo” de la condena del culpable⁶.

IV.- Acumulación de penas para fijar su límite máximo de cumplimiento efectivo.

La sentencia que imponga varias penas establecerá el límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena, pero cuando las penas hayan sido impuestas en sentencias distintas su fijación requerirá una previa operación de acumulación, la llamada acumulación de penas:

a/ Que conserva la naturaleza jurídica de la imposición de penas (a cuyo ámbito corresponde como presupuesto necesario)⁷, y por ello no resulta atribuida a la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, sino al juez o tribunal sentenciador⁸, o al último de ellos si se hubiesen impuesto en sentencias distintas las diferentes penas a acumular;

b/ que por tanto es –obviamente– distinta de la refundición material de condenas, para la que es competente el Juez de Vigilancia Penitenciaria;

c/ que asimismo es diferente de la acumulación procesal, o acumulación en un mismo proceso de las diferentes causas pendientes de enjuiciar (art. 300 LECrim⁹), aunque en la actualidad los frecuentes procesos complejos (por multiplicidad de hechos, partes, y medios probatorios) impulsan ahora

6.- **Art. 76 Código Penal vigente:** “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo...”7.- **STS 2ª de 25 de mayo 1990:** “entraña un pronunciamiento sobre la determinación última de la pena, en aplicación de una norma sustantiva que surte efectos en el seno del juicio penal, al tiempo del pronunciamiento de la sentencia, y, excepcionalmente, ex post”.

STS 2ª 15 Sep. 2005: “este límite se consideraba como una nueva pena, resultante y autónoma, a la que se remittan los beneficios previstos por la ley, como la libertad condicional, los permisos de salida, y las concesiones del tercer grado penitenciario”. **STS 2ª 14 Oct. 2005:** “este límite se analizaba como una nueva pena, resultante y autónoma, a la que se remittan los beneficios previstos por la ley, como la libertad condicional, sin perjuicio de las excepciones previstas en el artículo 78 del Código Penal de 1995”.

8.- **Art. 988 Ley de Enjuiciamiento Criminal:** “Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal.”

9.- **Art. 300 LECrim.:** “Cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso”.

una tendencia pendular que apunta –en sentido opuesto– a una disección en “piezas separadas”, para simplificar el enjuiciamiento, que es de carácter meramente instrumental¹⁰.

En cualquier caso es importante atender a que, si bien ambas clases de acumulación (la de las penas y la de los procesos) en principio responden a criterios de conexidad diferentes¹¹, sin embargo entre ellas existe una innegable correlación funcional, porque si bien la acumulación de las penas se limitaba inicialmente a las impuestas en una misma sentencia, la Ley 3/1967, de 8 de abril (modificativa del Código Penal y de Ley de Enjuiciamiento Criminal) permitió la acumulación de las penas impuestas en sentencias distintas, siempre que fueran conexas¹², y además flexibilizó la conexidad procesal hasta supeditarla a la simple concurrencia de cualquier analogía o relación subjetiva¹³, estableciendo con ello una vinculación funcional entre ambas conexidades (tanto la requerida para la acumulación de procesos como la requerida para la acumulación de las penas) para que cualquier desviación de la regla general sobre acumulación procesal (que prevé el enjuiciamiento conjunto, en un mismo proceso, de los diferentes delitos pendientes de sentenciar) pudiera corregirse mediante la subsiguiente acumulación de las penas, a fin de que su cumplimiento efectivo respete el mismo límite máximo que si se hubiesen enjuiciado todos los delitos en el mismo proceso¹⁴.

Y ello es así porque en el fondo late constantemente la conveniencia de considerar el período de privación de libertad que debe ser cumplido de modo continuado (el cumplimiento sucesivo de las penas)¹⁵ como un conjunto de tracto único, coherente, y proporcionado, de modo que se

10.- Sobre las condiciones y límites de la separación en piezas: Antonio José Terrasa García. **Comentarios de jurisprudencia penal**. Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Baleares 270/2010, de 15 de noviembre. Revista Jurídica de les Illes Balears n.º, 9 pág.203 y ss.

11.- Porque la primera es de carácter “sustantivo” (art. 76 del Código Penal) y tiende a limitar el principio acumulativo que el art. 74 del Código Penal introduce para el concurso real de delitos.

12.- **Art. 70.2 del Código Penal de 1973**: *«la limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo»*.

13.- **Art. 17.5º de la LECrim**: *«Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieran analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados»*.

14.- (STS 2º 30 May. 1992, 1 Jul. 1994, 21 Mar. 1995, 3 Nov. 1995, 18 Jul. 1996).

15.- **Art. 75 Código Penal vigente**: *«Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible»*.

ensamble en un sistema penológico congruente, especialmente por razones materiales (aspectos de política-críminal, y de humanitarismo penal y penitenciario), conforme se expresó con claridad en la STS 30 May. 1992¹⁶ y ha mantenido una línea jurisprudencial consolidada¹⁷, lo que conduce a englobar bajo esa misma perspectiva tanto la acumulación de procesos y penas como su ulterior tratamiento penitenciario (este último mediante la llamada refundición material de condenas).

V.- Refundición material de condenas.

En consecuencia, cuando concurren varias penas a cumplir sucesivamente, la aplicación del régimen penitenciario también vuelve a exigir (por estar basado en las Reglas mínimas de Estrasburgo que responden a un método gradativo), que la clasificación del penado¹⁸ tome como referencia necesaria un período de cumplimiento único¹⁹ en el que se engloben todas las penas pendientes de cumplimiento sucesivo²⁰, y ello independientemente del

16.- **STS 2^o 30 de mayo de 1992:** *"La doctrina científica destaca, en este sentido, las innegables deficiencias de la regulación legal del instituto de la acumulación, en la que se mezclan instituciones diferenciadas y diferenciables como lo son el concurso de delitos, que es un concepto complejo que pertenece al Derecho penal material y para el que se propugnan soluciones muy distintas, y los delitos conexos que hacen referencia sustancialmente al Derecho procesal penal, respecto al enjuiciamiento unitario de determinados hechos unidos entre sí por una determinada abrazadera común. El principio que, sin duda, caracteriza a la institución que ahora se examina es establecer, con criterios de racionalidad y en cumplimiento del propio mandato constitucional respecto a las penas privativas de libertad, del art. 25.2 que tiene vocación generalizadora en todo el sistema penológico en el sentido de estar orientado hacia la resocialización, que no puede conseguirse o resulta muy difícil su consecución cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas, por ello éstas no pueden exceder del triple de la más grave ni tampoco de treinta años. De alguna manera se estima que el principio de proporcionalidad impone, desde el punto de vista jurídico y humano, y exige un tope al cumplimiento de las penas privativas de libertad en el que también se hace jugar, y ello es ya más discutible, un determinado límite respecto de la condena más grave."*

17.- (STS 2^o 27 Abr. 1994, 3 Nov. 1995, 18 Jul. 1996, 7 y 18 Feb. 1997, 4 Mar. 1997).

18.- **Art. 65 de la Ley General Penitenciaria:** *"Cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para reconsiderar su anterior clasificación, tomándose la decisión que corresponda, que deberá ser notificada al interesado..."*

19.- **Art. 193. 2^o del Reglamento Penitenciario:** *"...Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total"*.

20.- **STS 2^o 29 de septiembre de 1992:** *"En efecto, el tratamiento penitenciario se inspira en la conveniencia o necesidad de operar, no sobre penas individualizadas, sino sobre la totalidad de las sentencias o condenas pendientes de ejecución, reduciéndolas a una unidad de*

límite máximo de cumplimiento efectivo que corresponda a cada una, con el fin de establecer coherentemente los distintos grados penitenciarios, los beneficios penitenciarios, y la libertad condicional; operación que responde a la conocida como “refundición material de condenas”, para la que es competente el Juez de Vigilancia Penitenciaria²¹ porque la ejecución de la pena está atribuida al ámbito administrativo (aunque finalmente se sujete también al control judicial).

VI.- Evolución de los criterios de conexidad para fijar el límite máximo de cumplimiento efectivo de las penas.

Expuesta, para mayor claridad, la diferencia –y también la relación– entre acumulación de penas y refundición de condenas, conviene ahora señalar que el alcance de la conexidad necesaria para la acumulación de las primeras (las penas) ha experimentado una evolución sujeta a oscilaciones jurisprudenciales:

- en su primera época respondió a criterios de unidad natural de tiempo y espacio.

- después requirió una misma o semejante tipología delictiva (por uniformidad de bien jurídico protegido)²².

- más adelante tendió a ampliarse en orden a una mayor capacidad de reeducación y reinserción²³.

cumplimiento. De comunidad terapéutica habla el art. 66 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26-9-1979, a lo que se opone una reclusión excesivamente prolongada que según los especialistas puede producir efectos irreparables en la personalidad del interno.”

21.- Art. 76.2.c de la Ley General Penitenciaria: “*corresponde especialmente al Juez de Vigilancia: c) aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena*”.

22.- STS 2ª 16 de diciembre de 1987: “*...analogía o relación que puede derivar de plurales circunstancias de tiempo, lugar, bien jurídico lesionado, precepto infringido, modus operandi del agente, etc., debiendo huirse de posturas eminentemente restrictivas, alentando a este respecto criterios beneficiosos para el reo.*” **STS 20 de enero de 1989:** “*Semejante parecer, realmente presidido por distendidas pautas de amplitud y de otorgamiento al Tribunal de un generoso margen de arbitrio, dentro de unos parámetros mínimos fundamentales –analogía o relación entre las varias infracciones–, permite amplificar los márgenes de conexidad con los beneficiosos efectos punitivos pretendidos por el legislador, en aras de una política criminal de humanitarismo y contribución a la función resocializadora y de reinserción del delincuente, no ajena al propósito inspirador de la reforma sustantiva y procesal llevada a efecto por Ley de 8 de abril de 1967”.*

23.- STS 2ª 24 de junio de 1994: “*Dicha doctrina, sentada entre otras, en las Sentencias de 30 mayo 1992 y 18 febrero, 8 marzo y 3 mayo 1994, conduce al resultado de que en nuestro sistema, es indudable que para lograr el fin que la Constitución propugna de «reeducación y*

- pero últimamente ha sufrido restricciones para evitar el efecto criminógeno y la falta de efecto disuasorio por la acumulación de una condena impuesta por hechos cometidos tras la primera sentencia condenatoria firme de una serie anterior (STS 2ª 6 Nov. 1992, 27 Abr. 1994, 23 May. 1994, 27 Ene. 1995, 3 Jul. 1995, 15 y 18 Jul. 1996, 30 Dic. 1996); y ello tanto si el punto de inflexión se sitúa en la fecha de firmeza o en el de la fecha del pronunciamiento condenatorio (STS 2ª 3 Nov. 1995, 19 Jul. 1996, 14 Oct. 1996, 28 Oct. 1996, 18 Feb. 1997), dado que la comisión de nuevos delitos tras una previa condena carecería de respuesta punitiva real y efectiva²⁴; criterio jurisprudencial que acaba de ser incorporado por la reciente reforma del Código Penal (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) modificando la redacción original de su art. 76.2 (que procedía de la Ley 3/1967, de 8 de abril) por la

reinserción social», la fijación del límite de cumplimiento máximo por el penado, no puede quedar al albur de la mayor o menor celeridad con que los diversos procedimientos se hayan tramitado y resuelto, de las más o menos variadas incidencias y recursos habidos, así como de otras circunstancias no atribuibles al reo, que hayan contribuido o contribuyan a la imposibilidad o dificultad cuando menos, en la apreciación de la «conexidad» que requiere la norma adjetiva, pues obviamente –como dice la Sentencia de 30 mayo 1992, reiterada– el Derecho ha de tender y orientarse siempre al logro de la justicia, como suma de equilibrios y en esta materia jurídico-penal, por ser precisamente favorable al reo, admite la interpretación extensiva y analógica, buscando siempre una hermenéutica acorde con el espíritu que fluye de la Constitución, impidiendo que el azar o circunstancias ajenas al penado –como quedó dicho– intervengan en la determinación de la pena límite máximo de cumplimiento.»

24.- **STS 18 Jul. 1996:** *“nos hallamos ante una limitación de penas que se funda en exclusivas razones de humanismo penal y penitenciario que nada tienen que ver con el dato de la conexión procesal. Así lo entendió la doctrina y así lo vienen entendiendo ya numerosas resoluciones de esta Sala dictadas en los últimos años (Sentencias 30 mayo 1992, 29 septiembre 1992, 7 julio 1993, 8 marzo 1994, 15 y 27 abril 1994, 3 y 23 mayo 1994, 20 octubre 1994, 4 noviembre 1994 y 27 enero 1995, entre otras) que consideran aplicable tal norma penal incluso cuando no concurren los requisitos necesarios para dicha conexión, bien utilizando la analogía como procedimiento de integración legal permitido en materia penal cuando beneficia al reo, bien acudiendo a determinados textos de nuestra Constitución (artículos 10, 15 y 25) por estimarse que unas penas excesivamente largas son un obstáculo para la posible reeducación y reinserción social del condenado e incluso pueden considerarse inhumanas y contrarias a la dignidad de la persona, sin que haya razón alguna que pudiera justificar un trato desigual por el hecho de que pudiera existir o no la mencionada conexión procesal entre los diversos hechos por los que se condenó. Sin embargo, ello no quiere decir que no exista límite alguno en la aplicación de la citada regla 2.ª del artículo 70 del CP derogado (ahora artículo 76 CP de 1995). Las penas impuestas por sentencia firme no pueden acumularse a otras derivadas de hechos posteriores a tal firmeza a los efectos que aquí estamos considerando (Sentencias de esta Sala de 6 noviembre 1992, 15 y 27 abril, 23 mayo, 21 junio y 1 julio 1994 y 27 enero y 3 julio 1995). Si no se aplicara esa limitación podría crearse en el reo un sentimiento de impunidad singularmente peligroso y contrario a la finalidad de prevención especial que la sanción penal debe abarcar.”* STS 2ª 25 de mayo de 2004: *“En definitiva, quedarían excluidos de la acumulación: a) los hechos ya sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado y b) los hechos posteriores a la última sentencia que determina la acumulación.”*

siguiente: “La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar”.

Entre tanto, la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, buscando según su exposición de motivos “que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de crímenes especialmente graves se refieran siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias”, había modificado el art. 78 del Código Penal²⁵ para que el juez o tribunal sentenciador pudiesen acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refiriesen a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

Esta nueva redacción del art. 78 del Código Penal supuso un punto de inflexión sobre el statu quo, porque el Tribunal Supremo había venido sosteniendo que, al verificarse la operación jurídica destinada a la acumulación de penas (para el establecimiento del límite máximo de duración de la condena), su resultante era una nueva pena²⁶ sobre la que aplicar los

25.- Art. 78 Código penal vigente: “1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del art. 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. 2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del art. 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. 3. En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:

a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.”

26.- STS 2^o 15 Sep. 2005: “este límite se consideraba como una nueva pena, resultante y autónoma, a la que se remitían los beneficios previstos por la ley, como la libertad condicional, los permisos de salida, y las concesiones del tercer grado penitenciario”, STS 2^o 14 Oct. 2005: “este límite se analizaba como una nueva pena, resultante y autónoma, a la que se remitían los beneficios previstos por la ley, como la libertad condicional, sin perjuicio de las excepciones previstas en el artículo 78 del Código Penal de 1995”.

beneficios penitenciarios, y entre ellos la redención de penas por el trabajo, amén de considerar aplicable dicha redención de penas por el trabajo (derogada con el Código penal de 1995) cuando resultase más favorable por aplicación del Código penal de 1973²⁷.

VII.- Incidencia de la llamada “doctrina Parot” sobre la fijación del límite máximo para el cumplimiento efectivo de las penas.

Por el contrario, la STS 28 Feb. 2006, que contiene de la denominada “doctrina Parot”, apoyándose en razones de índole gramatical²⁸ y teleológica²⁹, afirmó que: “...una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del mencionado art. 70 del Código Penal, texto refundido de 1973, nos lleva a considerar que el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario.”, de manera que “los beneficios de la redención de penas por el trabajo conforme al art. 100 del Código Penal (...) se podrán aplicar (...) en la extinción de las penas que sucesivamente cumpla”, por lo que –al aplicarse así el beneficio de redención de penas por el trabajo– el período de cumplimiento de la condena se alargó³⁰.

27.- Véanse la STC 174/1989 y el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 18 Jul. 1996 sobre aplicación de la ley penal más favorable comparando los Códigos penales de 1973 y 1995 para la aplicación de penas por el trabajo (art. 100 del Código Penal de 1973) a las reducciones consolidadas.

28.- STS 28 Feb. 2006 (sobre la doctrina Parot): “la terminología del Código Penal se refiere a la limitación resultante con el término de «condena», de modo que construye los diversos máximos de cumplimiento de tal condena con respecto a las respectivas «penas» impuestas, tratándose de dos módulos distintos de computación” (...) “es lo que determina con toda claridad el art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues con esta operación lo que se hace es fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas (dicho así en plural por la Ley), «determinando el máximo de cumplimiento de las mismas» (expresado de igual forma así de claro)”.

29.- STS 28 Feb. 2006 (sobre la doctrina Parot): “carecería de cualquier sentido que por el expresado camino de la acumulación se convirtiera en una nueva pena única de treinta años un amplio historial delictivo, igualando injustificadamente al autor de un solo delito con el condenado a una multitud de ellos, como es el caso enjuiciado. En efecto, carecería de cualquier lógica que por tal regla significase punitivamente lo mismo, cometer un asesinato que doscientos” (...) “la gracia de indulto, no podría ser sobre la condena total resultante, sino de una, varias o todas las penas impuestas, en cuyo caso informaría, como órgano sentenciador, el que la hubiere impuesto, y no el órgano judicial llamado a aplicar la limitación (el último de ellos)”.

30.- STS 28 Feb. 2006 (sobre la doctrina Parot): “la forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y reducciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al

VIII.- Posición del Tribunal Constitucional sobre la llamada “doctrina Parot”.

El Tribunal Constitucional dictó numerosas sentencias en amparo, algunas de ellas concediéndolo, por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la libertad, cuando por aplicación de la llamada doctrina Parot se modificaron anteriores decisiones firmes sobre remisión de la pena por aplicación más favorable del Código Penal de 1973 cuyo art. 100 autorizaba la redención de penas por el trabajo³¹; aunque en muchas otras lo denegó³² a tenor de la inicial STC 40/2012:

- a) porque no se había modificado ninguna previa decisión sobre este extremo concreto, de forma que no llegaron a quedar afectados el derecho a la seguridad jurídica ni la tutela judicial efectiva³³.
- b) porque el principio de legalidad proyectado sobre la interpretación y aplicación de los tipos penales no se correspondía con el ámbito inherente a la ejecución de la pena³⁴.

cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 70 del Código penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante. Por ejemplo, consideremos a un condenado a 3 penas, 1 de 30 años, otra de 15 años y otra de 10 años. La regla 2ª del art. 70 del Código penal de 1973, que sería el aplicable en el ejemplo, determina que el tope de cumplimiento efectivo es el límite que represente o bien el tripo de la más grave, o el máximo de treinta años. En el ejemplo, sería el máximo de 30 años de cumplimiento efectivo. El cumplimiento sucesivo de las penas (de la condena total) comienza con la primera, que es la pena más grave (la de 30 años de prisión). Si hubiera redimido (por los conceptos que sean), 10 años, tendría cumplida la pena a los 20 años de estancia en prisión, declarándosele extinguida; a continuación, pasaría a cumplir la siguiente pena por el orden de su respectiva gravedad (estoe es, la de 15 años), si de ésta redime 5 años, la tendría cumplida en 10 años. 20+10=30. Ya no podría cumplir más penas, dejando de extinguir las que procedan, como literalmente dice el Código penal aplicado, desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho que no podrá exceder de treinta años.”

31.- STC 39/2012, 57/2012 y 62/2012.

32.- STC 40/2012, 41/2012, 42/2012, 43/2012, 44/2012, 45/2012, 46/2012, 47/2012, 48/2012, 49/2012, 50/2012, 51/2012, 52/2012, 53/2012, 54/2012, 55/2012, 56/2012, 59/2012, 61/2012, 64/2012, 65/2012, 66/2012, 67/2012, 68/2012 y 69/2012.

33.- *“antes de dictar las resoluciones cuestionadas en amparo, el Tribunal sentenciador no había realizado ningún juicio que conllevara la fijación de un criterio distinto y más favorable sobre la forma de computar las redenciones en caso de penas acumuladas con límite máximo de cumplimiento”.*

34.- *“el de la ejecución de una pena privativa de libertad, cuestionándose el cómputo de la redención de penas por el trabajo, sin que de la interpretación sometida a nuestro enjuiciamiento se derive ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto”.*

- c) porque tampoco medió una aplicación retroactiva del art. 78 del Código penal, sino una reinterpretación viable de los arts. 70.2 y 100 CP 1973.³⁵
- d) porque el cambio de criterio contenía la suficiente argumentación para disipar cualquier duda sobre vulneración del principio de igualdad³⁶;
- e) ni tampoco el derecho a la libertad, ya que no hubo alargamiento ilegítimo de la permanencia en prisión, sino afectación de simples expectativas sobre un acortamiento de la condena.

Sin embargo el parecer minoritario del Tribunal Constitucional se plasmó en algunos votos particulares, que señalaron vulnerados los artículos 25.1 (principio de legalidad), 17.1 (derecho a la libertad) y 24.1 (derecho a la protección judicial efectiva), a partir de lo que consideraban una desviación repentina e imprevisible de las decisiones previas, que además arrancaba de una distinción artificial entre “pena” y “condena” sin apoyo en el Código Penal.

IX.- Sentencia 21 de octubre de 2013 de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la llamada “doctrina Parot”.

La Sentencia dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 21 de octubre de 2013, en el asunto del Río Prada contra España, apreció lesión del art. 7 del CEDH, y señaló que las disposiciones transitorias del Código Penal 1995 posibilitaron claramente la incorporación del beneficio de redención de penas por el trabajo (arts. 72 y 199 del Código Penal de 1973) en cuanto favoreciese al condenado³⁷, pero que la reinterpretación de dichos preceptos a la luz del nuevo art. 78 CP (redactado conforme

35.- *“Ni las resoluciones recurridas, ni la doctrina del Tribunal Supremo invocada en ellas aplican retroactivamente dicho precepto (que, por otra parte, no hace referencia a la redención de penas por trabajo, puesto que dicha redención desaparece en el CP de 1995), sino la normativa vigente en el momento de comisión de los hechos por los que el recurrente fue condenado (arts. 70.2 y 100 CP 1973)”*.

36.- *“No puede apreciarse, por tanto, ni voluntarismo selectivo, ni apartamiento inmotivado del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional cuyas resoluciones se impugnan, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa según nuestra jurisprudencia”*.

37.- **STEDH (Gran Sala) 21 de octubre de 2013**, asunto del Río Prada contra España: *La condena equivalía por tanto a una duración máxima de treinta años de prisión, dando por supuesto que las redenciones de pena por trabajo en prisión deberían ser computadas sobre esa pena.*

a la Ley Orgánica 7/2003): “privó de cualquier efecto útil las redenciones de pena por trabajo”.

Respecto al principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena, sine previa lege poenale*), la sentencia se detuvo en el diferente perfil que presentan las penas y las medidas para su ejecución, añadiendo que estas últimas en principio están al margen de la regulación que contiene el art. 7 del CEDH, tal y como el propio tribunal había tenido ocasión de exponer reiteradamente³⁸, lo cual no fue óbice para reconocer abiertamente que los importantes obstáculos para esta distinción habían propiciado algunas incertidumbres y vacilaciones³⁹, frente a las que optó por conservarla pero con el límite puesto en la salvaguarda de los derechos fundamentales: “el artículo 7 del Convenio prohíbe de forma absoluta la aplicación retroactiva del derecho penal cuando resulte desfavorable para el interesado” y “Cuando eso ocurre, el Tribunal estima que dichas medidas deben quedar comprendidas en el ámbito de la prohibición de la aplicación retroactiva de las penas”.

Y es que, para el caso de la llamada doctrina Parot, la redención de penas por el trabajo (prevista en el Código Penal de 1973 y derogada en el Código penal de 1995) quedó subsistente en tanto las disposiciones transitorias de este último autorizaban su aplicación cuando fuese más favorable (al comparar ambos códigos, para evitar la retroacción *in peius*), y el TEDH entendió que en tales condiciones el resultado era inherente a la esfera del derecho material (imposición de la pena) y no al de las medidas para su ejecución⁴⁰.

Dicho punto de vista le permitió afirmar que en realidad no hubo aplicación retroactiva del art. 78 CP nacido de la Ley Orgánica 7/2003 (“el Tribunal Supremo no ha hecho una aplicación retroactiva de la ley 7/2003 que conlleva la modificación del Código penal”), pero que la reinterpretación

38.- STEDH (Gran Sala) 21 de octubre de 2013, asunto del Río Prada contra España: (véase, entre otros precedentes, *Hogben*, antes citada; *Hosein*, antes citada; *L.-G.R. v. Suecia*, n° 27032/95, decisión de la Comisión de 15 de enero de 1997; *Grava*, antes citada, apartado 51; *Uttley*, antes citada; *Kafkaris*, antes citada, apartado 142; *Monne v. France (dec.)*, n° 39420/06, 1 de abril de 2008; *M. v. Alemania*, antes citada, apartado 121; y *Giza v. Polonia (dec.)*, n° 1997/11, apartado 31, 23 de octubre de 2012).

39.- (véase *Kafkaris*, antes citada, apartado 142; *Gurguchiani*, antes citada, apartado 31; y *M. v. Alemania*, antes citada, apartado 121).

40.- STEDH (Gran Sala) 21 de octubre de 2013, asunto del Río Prada contra España: El Tribunal deduce que, al escoger mantener los efectos de las reglas referentes a las redenciones de pena por el trabajo en prisión de forma transitoria y a efectos de determinar la ley penal más favorable, el legislador español ha considerado que estas reglas formaban parte de las disposiciones de derecho penal material, es decir de las que tiene una incidencia sobre la fijación de la pena en sí misma y no sólo sobre su cumplimiento.

–tolerada por su propia letra– de los arts. 72 y 100 del derogado Código Penal de 1973 excedía de lo que podría considerarse una simple medida de ejecución: *“la forma en que se aplicaron las disposiciones del código penal de 1973 a este caso concreto iban más allá de la mera política penitenciaria. (...) las consideraciones de política criminal en que se apoya el Tribunal Supremo no bastan para justificar semejante giro jurisprudencial (...) los motivos de la sentencia del Tribunal Supremo hacen aparecer un objetivo que es el mismo que el de la ley mencionada”* (se refiere a la Ley Orgánica 7/2003); es decir, que la cuestionada reínterpretación no respondía en realidad a un giro jurisprudencial sino a la asunción directa del nuevo objetivo legal señalado en el art. 78 tras su reforma en el año 2003, cuyo efecto resultó aplicado retroactivamente contra la prohibición del art. 7 del CEDH.

Además la sentencia del TEDH analizó si el resultado de la denominada doctrina Parot era razonablemente previsible, y bajo este prisma mencionó que el art. 7 del CEDH también se aprecia vulnerado en función de:

- a) que las ambiguas disposiciones transitorias del Código Penal de 1973 no fueron interpretadas jurisprudencialmente hasta 1994;
- b) que en la práctica la duración máxima de la prisión venía fijándose en treinta años, lo que pudo generar una expectativa razonable sobre este período de cumplimiento efectivo⁴¹, porque el derecho aplicable en su conjunto cuando se tomó la decisión sobre acumulación de penas y aplicación de beneficios (disposiciones transitorias del derogado Código Penal de 1973 que permitían la redención de penas por el trabajo) era suficientemente claro⁴² como para generar una expectativa razonable en torno a la duración de la condena.⁴³

41.- **STEDH (Gran Sala) 21 de octubre de 2013**, asunto del Río Prada contra España: *la demandante ha podido creer, mientras cumplía su pena de prisión (y en particular después de la resolución de acumulación y límite máximo tomada por la Audiencia Nacional el 30 de noviembre de 2000), que la pena impuesta era la resultante de la duración máxima de treinta años de la cual había que deducir las redenciones de pena a otorgar por el trabajo en prisión.*

42.- **STEDH (Gran Sala) 21 de octubre de 2013**, asunto del Río Prada contra España: *La condena equivalía por tanto a una duración máxima de treinta años de prisión, dando por supuesto que las redenciones de pena por trabajo en prisión deberían ser computadas sobre esa pena...*

43.- **STEDH (Gran Sala) 21 de octubre de 2013**, asunto del Río Prada contra España: *en el momento de la adopción de la decisión de la acumulación y del límite máximo, el Derecho español aplicable, tomado en su conjunto, incluida la jurisprudencia, estaba formulado con la suficiente precisión para permitir a la demandante discernir, en un grado razonable, en las circunstancias del caso, el alcance de la condena respecto de la duración máxima de treinta años derivado del artículo 70.2 del Código Penal de 1973 y del dispositivo de las redenciones de pena por trabajo en prisión previsto por el artículo 100 del mismo texto...*

X.- Unas breves reflexiones.

Dicho ello quizás convenga poner de relieve que este pronunciamiento del TEDH parece generar la sensación de que, al menos en parte, el nudo gordiano del problema gira en torno a si tiene o no virtualidad la distinción entre "penas" y "medidas para su ejecución", y si conviene o no mantener vigente su distinción, cuestión que además se complica por la disparidad ciertamente acusada entre los muy diversos sistemas penales a que se enfrentan las decisiones del TEDH.

Como se ha podido ver, en nuestro derecho la cuestión se halla históricamente relacionada con la implantación de un límite máximo para la prisión que, pese a responder a objetivos humanitarios y rehabilitadores, sin embargo resultó inicialmente ligado a la imposición de la pena (prohibición de imponer pena y correlativa obligación de declarar cumplidas las ya impuestas, a partir del límite máximo), hasta que aquellos objetivos de rehabilitación y reinserción condujeron a conectarlo con el máximo de cumplimiento efectivo de la condena, por la necesidad de tratar bajo un período único las diferentes penas pendientes de cumplimiento y ensamblar en un conjunto penológico ordenado y coherente la individualización de la pena, la fijación del límite máximo de cumplimiento de la condena (con la acumulación correspondiente para el caso de penas impuestas en sentencias distintas), y la refundición de las condenas en el orden penitenciario.

Cualquier discriminación sensata (quiero decir que tenga sentido) entre pena y medidas para su ejecución, necesitaría responder a diferencias de naturaleza o carácter que justifiquen la producción de efectos jurídicos diversos, y en principio parece que estas últimas podrían constituir simples modalidades de cumplimiento de la pena para procurar la rehabilitación del penado que, dosificadas en función de la progresión hacia esa meta, posibilitarían el acortamiento o la suavización de la privación de libertad, lo que justificaría mantener para ellas una identificación separada de la pena impuesta, siquiera de orden instrumental aunque desde luego útil para regular competencias y procedimientos de cara al tratamiento penitenciario adecuado, y por ello creo que su distinción no tiene por qué responder a un debate puramente nominalista propiciado por un deslinde insustancial y necesariamente prescindible entre ambas.

Cuestión diferente sería, a mi modesto entender, que la articulación o aplicación de cualquiera de ellas (pena o medidas de ejecución) pueda presentar una paralela, o mejor equivalente, aptitud para vulnerar los derechos fundamentales, y que a partir de ello el art. 7 CEDH exija que tanto la pena conminatoria como su período o modalidad de cumplimiento

se atengan, respetándolas, a las “condiciones cualitativas de accesibilidad y previsibilidad”⁴⁴.

Pero detectar una idéntica potencialidad lesiva entre pena y medidas de ejecución a los efectos de aplicar el CEDH, o constatar que la aplicación de las medidas de ejecución haya repercutido inconvenientemente sobre la pena impuesta, quizás no requiera ni tenga por qué conducir inexorablemente a liquidar y prescindir de su diferente entidad.

44.- **STEDH (Gran Sala) 21 de octubre de 2013**, asunto del Río Prada contra España: “Este requisito se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente, y si es necesario con la ayuda de la interpretación de los tribunales y tras haber solicitado asesoramiento letrado adecuado, qué acciones y omisiones le acarrearán responsabilidad penal y a qué pena se enfrenta por ese motivo”.

XI.3- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES MIXTAS URBANÍSTICAS LOCALES.

Juan Alemany Garcías

1. Planteamiento inicial. Concepto de sociedad mixta local. Proceso de constitución.

Las sociedades urbanísticas de carácter mixto¹ durante bastante tiempo han sido un instrumento eficaz para que las administraciones locales

1.- La descripción de la situación actual de las sociedades de economía mixta de actuación urbanística en Francia, así como de su evolución reciente, reviste considerables dificultades, derivadas, en primer lugar, del amplio uso de la fórmula en este país, y, también, de los distintos tipos de sociedades de economía mixta de actuación urbanística que existen o han existido. En este capítulo se interesan mostrar las clases de sociedades de economía mixta, los caminos por los que éstas se han creado y el proceso de unificación y de establecimiento de regímenes —legales y financieros— iguales para todas ellas. Aunque con los riesgos inherentes a todas las simplificaciones puede afirmarse que, fundamentalmente, se ha llegado a la regulación actual de las sociedades de economía mixta de actuación urbanística en Francia de dos modos distintos:

- 1.- Por extensión de las posibilidades de intervención de las corporaciones locales en el campo económico, lo que ha llevado a las sociedades de economía mixta que denominaremos de "derecho común".
- 2.- Por la conveniencia de impulsar determinadas actuaciones que se consideraban prioritarias y a las cuales se les proporcionaban facilidades crediticias y de carácter administrativo o legal. Son las sociedades de economía mixta que llamaremos "con legislación específica". SERRA SERRA, N, ROCA JUNYENT, M, SOLER LLUSÀ, J: *Las Sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, Barcelona, Ed. C.O.C.I.N, 1969. Pág. 31.

realizaran actuaciones de promoción de vivienda y suelo con el apoyo e intervención del capital privado. Francisco Albi², eminente jurista, definía la sociedad de economía mixta como un modo de gestión, en forma de sociedad mercantil, en cuyos capitales y dirección cooperan la Administración pública y los particulares para realizar finalidades económicas de la Administración. Contempladas con relativa atención en la legislación de régimen local, las sociedades mixtas constituyen un modo de gestión indirecta de servicios públicos.

Gestión indirecta caracterizada porque se da entrada al capital privado en la dirección de la empresa y en la gestión del servicio público, sin excluir la participación de la Administración. Explica Sala Arquer³, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Burgos, que el socio privado aporta ayuda financiera, experiencia industrial y eficacia gerencial a un servicio público, sin que la Administración pierda por ello presencia en la dirección y gestión. El interés manifestado por las sociedades de economía mixta de actuación urbanística se acrecienta con la consideración de la agilidad y flexibilidad propias de su constitución y funcionamiento que se contraponen a las excesivas rigideces que obstaculizan la gestión pública, y con ciertas ventajas respecto a las sociedades urbanísticas de capital íntegramente público como más adelante señalaremos.

Es por ello que las sociedades mixtas se inscriben en el marco de una actuación pública dinámica y han de permitir a la iniciativa de los entes locales señalar prioridades urbanísticas con garantías de éxito, atrayendo a la iniciativa privada a colaborar de forma decisiva en la consecución de objetivos que, de otra forma, o estarían difícilmente al alcance de la iniciativa pública –a causa de dichas rigideces, jurídicas o de orden financiero– o tampoco serían alcanzables confiando exclusivamente en la iniciativa privada⁴. Se trata,

2.- ALBI CHOLBI, F: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Madrid, Aguilar, 1960, 341 y 348. Las sociedades de economía mixta locales se podrían definir como “un modo de gestión, en forma de Sociedad mercantil, en cuyos capitales y dirección cooperan la Administración local y los particulares, para realizar finalidades económicas de la referida Administración”.

3.- SALA ARQUER, J.M: *La empresa mixta como modo de gestión de los servicios públicos en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Revista Española de Derecho Administrativo, nº90, 1996, pág. 233-244.

4.- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M y RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO: B. *El régimen de constitución, organización y contratación de las Sociedades Mercantiles Locales*, Madrid, Edit. La Ley, 2013; pág. 61; Las entidades pueden escoger libremente qué forma quieren utilizar con la excepción de que nunca se podrán gestionar de forma indirecta los servicios públicos que implican ejercicio de autoridad (por ejemplo, la policía municipal). Desde nuestro punto de vista el problema fundamental que plantea esta categoría es la extrema heterogeneidad de los supuestos que pueden encuadrarse en ella porque son numerosos los ejemplos de ejercicio por sujetos privados de competencias asumidas como propias por la Administración Pública.

pues, de ver en las sociedades de economía mixta de actuación urbanística un poderoso instrumento de gran utilidad por sus mayores posibilidades de gestión frente a la gestión pública directa, aún cuando la participación privada no fuese significativa o no comportase ventajas en la financiación y régimen económico de las operaciones a emprender. Si la participación privada añade a la flexibilidad del instrumento una mayor capacidad financiera, parece justificada —dentro del esfuerzo señalado tendente a encontrar nuevos instrumentos que amplíen la capacidad de actuación urbanística— la elección de la fórmula para explorar sus verdaderas posibilidades dentro del marco jurídico y financiero español.

Es por ello que el interés suscitado por las sociedades de economía mixta de actuación urbanística halla su concreción máxima en la preparación del suelo, con la consiguiente oferta del mismo a precios que constituyan un coste adecuado para asentamientos posteriores. También cabe asignarles otros cometidos, como puede ser el de la construcción de viviendas, e incluso, edificios industriales y la renovación urbana, futuro de las mismas, como comentaremos posteriormente, al estudiar su objeto. Existen, en segundo término, dos objetos posibles que no son de carácter estrictamente urbanístico pero se hallan vinculados a la actuación de las sociedades anteriormente sugeridas. Se trata de la construcción de grandes obras de infraestructura (autopistas, abastecimientos de aguas, túneles, etc.) y de la prestación de servicios públicos derivados de la actuación urbanística.

El primero de ellos, sobre todo, puede convenir perfectamente a las posibilidades de las sociedades de economía mixta como instrumento de actuación eficaz y coordinación de voluntades, como pueden ser los convenios⁵ de colaboración público-privado. El menor desarrollo de la actuación urbanística, impropriamente confiada desde nuestro punto de vista a una iniciativa privada, cuyos intereses se han hecho en numerosas ocasiones incompatibles con la res pública, haciendo difícil acudir a formas

5.- Se trataría de un contrato interadministrativo, es decir, de un contrato en el que una Administración pública contrata con otra como si fuese un particular. Sobre esta cuestión, vid. ENTRENA CUESTA, R: "Consideración sobre la teoría general de los contratos de la Administración", Revista de Administración Pública, n.º 24, 1957, pág. 70 y ss. No obstante, hay que señalar que la posibilidad de suscribir un contrato interadministrativo de gestión de servicios públicos, que existe en el plano teórico no es frecuente en la práctica, pues, como ha dicho en reiteradas ocasiones la Junta consultiva de contratación administrativa, el modo normal de colaborar las administraciones públicas no es el contrato sino el convenio. Así, la Junta consultiva de contratación administrativa en su Informe 68/96, de 18 de diciembre de 1996, "Convenios de colaboración. Convenio de colaboración entre un organismo autónomo y una universidad", Consideración Jurídica 2, dice que "con carácter reiterado y uniforme viene sostenido esta Junta consultiva de contratación administrativa que la forma normal de relacionarse las administraciones públicas, como antes a la legislación de contratos del Estado,

instrumentales de carácter mixto, debiendo responder las mismas a un intento de acrecentar una actuación urbanística deficiente recabando simultáneamente la seguridad que da una Administración pública, junto con los capitales particulares.

Creo que, desde la disposición novena de la Ley 27/2013 de LRSAL, se ha ido limitando la creación, participación de entidades, organismos públicos y administraciones públicas. Por ello, afecta plenamente a las sociedades urbanísticas mixtas, y aunque la ley no prohíbe taxativamente su nueva creación, las enumera en dos categorías diferentes.

La primera de ellas son aquéllas que se encuentran encuadradas dentro del endeudamiento, pero están sometidas a un plan de ajuste, o de saneamiento. En este caso excepcionalmente se puede evitar su disolución, sin embargo aquellas empresas urbanísticas mixtas que no hayan realizado un plan de ajuste, y que no puedan cubrir sus deudas con ingresos propios⁶, tal y como señala Joan Pagès i Galtés, Catedrático de Derecho financiero de La Universidad Rovira i Virgili (Tarragona-Reus), se verán abocadas a su disolución y liquidación. Gracias a esta disposición, en la que he tenido que estudiar a fondo su contenido, nos damos cuenta, que lo que inicialmente me parecía una solución eficaz y eficiente para la administración pública y sobre todo respaldada con el socio privado, para la gestión del urbanismo, no es lo suficientemente eficaz por los problemas derivados de la convivencia público-privada en materia de contratación, y por las limitaciones presupuestarias-financieras al ser calificadas las mismas como sociedades de segundo escalón.

El llamamiento a la iniciativa privada para poner fin a los abusos que los propios particulares están cometiendo en materia urbanística, en su día supuso para las sociedades mixtas un freno a la especulación inmobiliaria,

es la vía del convenio de colaboración y, sólo excepcionalmente cuando una de las partes que entran en relación a la ley de contratos de las Administraciones Públicas, como antes a la legislación del contratos de Estado, es la vía del convenio de colaboración, y, sólo excepcionalmente cuando una de las partes que entran en relación sea un Ente público, podrá acudir a la celebración de un verdadero y propio contrato sujeto a la ley de contratos de las Administraciones públicas". Sobre este instrumento de colaboración, en general, vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M: "Los convenios interadministrativos en el Derecho italiano", Revista de Administración Pública nº163, 2004, pág. 393-396.

6.- PAGÈS I GALTÈS, J: *Fiscalidad de las sociedades municipales*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pág. 237: Gramaticalmente, en la aceptación que aquí nos interesa del vocablo "gestionar", tenemos que, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa "Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera". Por tanto, gestionar un ingreso público será hacer diligencias conducentes al logro de un ingreso público. Cuáles sean estas diligencias dependerá, lógicamente, del tipo de ingreso público, Sea cual sea su naturaleza, gira en torno a la declaración de la existencia y determinación de la cuantía del ingreso, así como a la realización del mismo.

sin embargo en la actualidad las realizaciones urbanísticas se traducen en notables incrementos de valor de unos pocos propietarios que se benefician en exclusiva, y desde mi punto de vista merman el rendimiento social. Creemos que las sociedades mixtas deberían recuperar ese rendimiento, como espíritu de su creación, y como alternativa a la crisis inmobiliaria en la que estamos inmersos. Debería haberse tenido en cuenta, al limitar la creación de estas sociedades, especialmente, la argumentación que la Ley 27/2013 maneja en cuanto a su disolución, sometida a la condición fundamental de no estar inmersa en un plan económico de ajuste, sin tener en cuenta, aparte de los argumentos de índole jurídico y social ya comentados, la capacidad de financiación del socio privado como garantía de autofinanciación de la propia sociedad, frente a terceros o a posibles acreedores de la misma, argumento que, hasta la fecha, servía para justificar en el expediente acreditativo de oportunidad y conveniencia en la gestión urbanística, como un sistema indirecto de prestación de servicio público.

El calificar la Ley 27/2013 LRSAL a las sociedades urbanísticas mixtas de segundo grado no tiene, desde nuestro punto de vista, cabida en nuestro ordenamiento jurídico, ya que numerosas leyes urbanísticas, tanto estatales como autonómicas, suelen utilizarlas de manera habitual para desarrollar suelos o actividades que tengan que ver con su objeto social, todo ello sin perjuicio de que dicha ley no respeta el espíritu del legislador europeo, que potencia de manera evidente y clara la colaboración⁷ público-privada, especialmente a través de los nuevos planes de la vivienda. Aún nuestra crítica es mayor, en lo que hace referencia al tratamiento del legislador respecto a las sociedades urbanísticas mixtas, que la referencia que ya

7.- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M y RODRIGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B: *El régimen de constitución, organización y contratación de las Sociedades Mercantiles Locales*, Madrid, edit. La Ley, 2013; pág. 62: Hoy se puede afirmar que el fenómeno de la colaboración de particulares en el ejercicio de competencias públicas se encuentra cada vez más extendido y es muy variado. La explicación de este aumento espectacular de la colaboración de entidades de naturaleza jurídico-privada en el ejercicio de competencias públicas es variada, residenciando, frecuentemente en las supuestas carencias de conocimientos técnicos por parte del personal de la Administración con respecto a un determinado sector económico o la búsqueda de la consecución de niveles de eficiencia organizativa difíciles de obtener con las estructuras administrativas. Desde nuestro punto de vista y desde la aprobación de la LRSAL, la colaboración públicoprivada, acarrea una serie de problemas derivados de la regulación jurídica y procedimental que lleva la participación y elección de un socio privado en la gestión de las res pública, y mucho más desde las limitaciones de carácter presupuestario que argumenta la LRSAL para la creación de cualquier empresa pública. Sin embargo creo que el legislador debería haber contemplado en la LRSAL los principios derivados de la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 12 de abril de 2008, siendo la misma un punto de inflexión normativa en la relación entre administración matriz y sociedad mixta.

hicimos en relación a las sociedades de capital íntegramente público. Decimos esto, porque la propia ley, cuando señala la disolución de instrumentos o sociedades de segundo grado, distingue entre aquellos controlados de pertenencia o de capital exclusivo, de los de pertenencia no exclusiva al capital público, refiriéndose a las sociedades urbanísticas mixtas, por el efecto inmediato que será para las mismas su disolución, sin consideración alguna a su viabilidad económica.

Por ello, las mismas deberán proceder a la transmisión de su participación en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la ley. Todo ello no solamente es absurdo, desde la perspectiva social y económica, sino que plantea muchas dudas sobre su posible inconstitucionalidad, respecto a la autonomía de las entidades locales, y sobre el principio de suficiencia financiera, invadiendo competencias respecto a leyes urbanísticas estatales y autonómicas que apoyan e incentivan a la creación y colaboración público-privada, inspirada por el ordenamiento jurídico europeo.

La proliferación de las sociedades mixtas, y su utilización por la Administración local, exigen lo siguiente: En primer lugar, mantener un cierto control directo sobre la gestión del servicio público de que se trate, mejorar la eficacia y la eficiencia en la prestación del servicio, para lo que se cuenta con la experiencia empresarial y de gestión del socio privado en el ámbito del objeto material de dicho servicio público.

En segundo lugar, obtener, a través de la entrada de capital privado, una fuente de financiación complementaria para la implantación o prestación del servicio público en cuestión. Además, la responsabilidad económica de las Corporaciones locales se limita a su aportación a la sociedad, ya que éstas presentan para los Ayuntamientos ciertas ventajas con respecto a la entrega a un particular de la gestión que supone la gestión indirecta, como en la figura de la concesión. De esta forma, se hace "visible", hacia el exterior, que la Administración local tiene el control sobre el servicio y que es la responsable última de su prestación, aunque con la colaboración del socio privado (o los socios, en su caso). Si bien es cierto que, en la realidad, frecuentemente es el socio privado el que tiene la dirección y administración efectiva del servicio, reservándose la Administración una función de mero control. Y así, frecuentemente se denuncia la opacidad en el funcionamiento de estas sociedades que están escasamente dotadas de recursos humanos y de control de gestión, provocando carencias en la tutela que ejerce el respectivo Ayuntamiento. En estos casos, es el socio privado, con más conocimientos técnicos y experiencia, el que, en realidad, gestiona un servicio tan complejo como es el urbanismo, ventaja inherente a la propia composición de la sociedad mixta respecto a la sociedad íntegramente pública.

Dentro de estas sociedades⁸ de economía mixta, podemos distinguir entre aquellas en cuyo capital es mayoritaria la participación de la Administración pública (y que son las que propiamente se denominan “sociedades de economía mixta”); y las sociedades en las que el capital público es minoritario, que son denominadas “sociedades participadas”. Al no ser de capital íntegramente público de la Administración matriz, ya no estamos ante una forma de gestión directa, sino indirecta. Estaremos en presencia de una gestión indirecta cuando la participación no sea íntegra, con independencia de que ésta sea mayoritaria o minoritaria, y ésto aunque haya otros partícipes públicos.

La empresa pública de capital mayoritario puede ser forma de gestión pública, pero indirecta, y, por tanto, requiere su instrumentación mediante contrato de gestión de servicios públicos. Una sociedad mercantil de propiedad íntegramente perteneciente a un ente público es una personificación estrictamente instrumental. La misma está matizada, sin embargo, cuando el ente público mayoritario comparte su condición de accionista con otras personas, ya que en este caso la empresa no puede limitarse a servir al puro interés general, sino que ha de atender también al interés particular de los restantes socios privados. Y la relación de instrumentalidad cambia de sentido cuando la participación en sí puede desempeñar diversas funciones.

A este diverso papel que el Estado puede desempeñar, según el grado de participación, responde la distinción elaborada por la doctrina mercantilista entre *accionariado gestor* (cuando el ente público ostenta una posición de claro predominio, bien por su carácter mayoritario, bien por un dominio de hecho —socio minoritario, pero hegemónico— en una sociedad de capital muy dividido, o combinada con la existencia de un delegado del Gobierno) y *accionariado fiscal* (cuando la participación pública es de carácter meramente patrimonial, persiguiendo una finalidad de obtención de rendimientos).

8.- ALBI CHOLBI, F: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Madrid, Aguilar, 1960, pág. 364. El contenido de dicha disposición reglamentaria, aplicando la misma argumentación que utiliza al tratar esta cuestión para las sociedades íntegramente públicas, dice que la no exigencia del desembolso íntegro a las Entidades locales “habría de permitir a las Corporaciones maniobras de escasa ortodoxia económica y jurídica, obligando a las Empresas por ellas organizadas a operar con capitales ficticios, en perjuicio de los acreedores y, a la larga, en detrimento del crédito de las mismas. En evitación de todo esto, el núm. 3 del art. 89 del Reglamento obliga a que la dotación de la Empresa esté desembolsada desde el momento de su constitución, es decir, plenamente desligada del patrimonio de la entidad local creadora.”

A esta dualidad ha añadido el Catedrático de Derecho mercantil excedente de la Universidad Complutense de Madrid, D. Javier García de Enterría⁹ la posición de *accionariado testigo o de presencia*, justificado en la finalidad de estar presente en la gestión de empresas relevantes para fiscalizar internamente su gestión (por ejemplo, las participaciones en diversas sociedades privadas de radiodifusión).

Junto a estas, el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid Juan Alfonso Santamaría Pastor¹⁰ añade la situación de *accionariado promotor*, en la que la participación del ente público responde a la finalidad de financiar parcialmente y apoyar proyectos privados de rentabilidad problemática (así, por ejemplo, las participaciones múltiples que ostentan las sociedades de desarrollo industrial de diversas regiones). De forma muy resumida, se puede afirmar que estas sociedades gestoras de servicios públicos tienen una naturaleza jurídica privada, pero un régimen jurídico mixto, público-privado, esencialmente de derecho privado, aunque con importantes peculiaridades de derecho público.

La Administración, así, toma del derecho privado la fórmula societaria pero, una vez que esta figura, propia del derecho mercantil, entra en la esfera pública, su régimen jurídico sufre inevitablemente modificaciones. De entrada, el que uno de los socios sea una administración pública determina algunas especialidades en el régimen de funcionamiento de estas sociedades (como puede ser la posibilidad de que dicha administración pueda vetar las decisiones del consejo de administración). Además, existen una serie de normas imperativas de derecho público que se aplican, en diferente medida, lo que determina que se produzcan modulaciones en el régimen general de personal o de contratación de estas sociedades. Así, el TS (Sala de lo contencioso-administrativo), recurso de apelación, de 24 de marzo de 1987, afirma que las empresas mixtas constituidas en forma de sociedad mercantil para la gestión de servicios públicos, son entidades sometidas en su

9.- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. señala que "este doble sistema se justifica por la dificultad de que los socios fundadores asuman todo el capital en la constitución de sociedades con capital cuantioso. Entonces el procedimiento de suscripción pública de las acciones puede facilitar la formación del capital. Pero, en la práctica, dadas las formalidades y los trámites de este procedimiento, la constitución de las grandes sociedades suele hacerse también por el sistema de fundación simultánea, mediante la intervención de entidades financieras que asumen inicialmente todo el capital para repartirlo o colocarlo después, en su caso, entre su clientela o entre sus inversores." *La sociedad anónima: fundación*, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Civitas, Navarra, 2006, pág. 827.

10.- SANTAMARIA PASTOR, J.A: *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, vol. I, Justel, 2009.

constitución, organización y funcionamiento interno al derecho mercantil, en las que las corporaciones participan, en concepto de socios, con los derechos que, como a tales, les reconocen los estatutos y la legislación mercantil, pero sin que dentro de cada sociedad tengan facultades exorbitantes derivadas de sus potestades públicas, porque esas empresas mixtas, con personalidad distinta de los socios, actúan en la prestación de servicio de una manera análoga a la de un contratista particular.

En nuestra opinión la intervención, colaboración público-privada en ocasiones era necesaria para lograr integrar a los propietarios de un sector determinado (en muchos casos sociedades promotoras o entidades financieras), en otras para permitir que ciertas actuaciones se realizaran con una doble perspectiva de actuación, la pública y la privada con sus distintas finalidades y motivaciones, y en otros supuestos, era necesaria para la obtención de financiación¹¹ del socio privado, que suscribía las acciones, ante la insuficiencia de fondos públicos para acometer actuaciones de gran calado. El procedimiento de constitución y de selección del socio privado estaba perfectamente claro a nivel local, pues el Reglamento de servicios de las Corporaciones locales, en vigor desde el año 1955, lo establecía con bastante nitidez. Además, una vez constituida la sociedad, el Ayuntamiento podía perfectamente encargarle cualquier actividad relativa a la vivienda o el urbanismo de forma directa sin necesidad de someterla a concurso, pues dicha sociedad, aun cuando participaba en ella un socio privado, se consideraba un medio propio de la administración.

El sistema era efectivo, se constituía la sociedad mixta con un socio privado constructora, urbanizadora o entidad financiera estableciendo como ventajas inherentes a la condición de socio privado la posibilidad del encargo directo por el Ayuntamiento de obras o servicios, o derechos de preferencia en la adjudicación en procesos de selección de las obras de urbanización-construcción o de los contratos de financiación de actuaciones de la sociedad.

11.- Las inversiones urbanísticas requieren para su financiación dos condiciones fundamentales. En primer lugar, suelen precisar de volúmenes considerables de dinero. En el caso de las sociedades de economía mixta de actuación urbanística ello es particularmente cierto, si se consiguen las sugerencias del presente estudio en cuanto a utilizar esta fórmula tan solo para grandes equipamientos u operaciones. En segundo lugar, los plazos de los créditos y demás mecanismos de financiación deben ser largos, de acuerdo con los periodos de maduración propios de las obras de carácter urbanístico. Aunque, en general, el sistema crediticio de cualquier país sirve mal a este tipo de necesidades financieras, en el caso español es particularmente cierto que las dos condiciones anteriores son, en la práctica, muy difíciles de satisfacer. SERRA SERRA, N; ROCA JUNYENT, M, SOLER LLUSÀ, J. *Las sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, Barcelona, 1969. COCIN, pág. 209.

Naturalmente, estas ventajas llevaban inherentes las obligaciones de colaborar en la programación y diseño de las actividades, así como la obligación de realizar las obras o la financiación en el caso de ausencia de licitadores a las mismas, con lo que la Administración se garantizaba así su realización. Expresamente se reconocía esta posibilidad de encargo directo de las obras de urbanización o edificación en la Ley¹² de Contratos de 1995, que, en su artículo 155, excluía de las reglas de adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos los supuestos en que las Administraciones hubieran creado para la prestación del mismo una “una sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria¹³ la participación de la Administración o de un ente público de la misma”.

Como se observa, se excluía la aplicación del sistema concurrencial y se permitía el encargo directo tanto a una sociedad instrumental (100% capital público) como mixta (capital mayoritario pero no exclusivo público). La posibilidad de dicho encargo directo a las sociedades mixtas fue cuestionada al considerar que era contraria a la normativa europea de contratación pública, que impone la aplicación de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad de trato, por el hecho de encontrarse participadas por sujetos privados.

Tras distintas resoluciones e incluso sentencias contrarias a la regulación que de la contratación pública hacía la norma española, se elabora un texto refundido de la Ley, en el que el nuevo artículo 154, teniendo una redacción casi idéntica al anterior 155, deja fuera a las sociedades mixtas de la exclusión antes indicada del párrafo segundo¹⁴. Por lo que para encargar directamente se requiere que en la sociedad sea “exclusiva” la participación

12.- Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

13.- El referido artículo 155 (régimen general) de la Ley 13/1995, en sus disposiciones generales, al definir el contrato de gestión de servicios públicos, establecía:

1. Los contratos mediante los que las Administraciones Públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio.
2. No serán aplicables las disposiciones de este Título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin ni a aquéllos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma.

14.- El artículo 154 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece en su párrafo 2º que: “No serán aplicables las disposiciones de este Título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma”.

de la administración o de un ente público de la misma. La reciente Ley de Contratos del sector público (Ley 30/2007, de 30 de octubre), en el artículo 8, mantiene este criterio utilizando la expresión “en su totalidad”¹⁵.

Ante esta nueva regulación, el problema que se ha suscitado es el de establecer un procedimiento de selección del socio privado, que otorgue la necesaria seguridad jurídica, por ser acorde no sólo con la normativa interior sino también con los principios de contratación pública o mercado interior de la Unión Europea, para poder establecer la posibilidad de que el socio privado pudiera realizar parte de las obras o servicios objeto de la sociedad como ventajas inherentes a su condición.

La realidad ha sido que, desde ese momento, no se han constituido apenas sociedades mixtas y las que lo han hecho no han gozado de seguridad jurídica, al no existir una clara regulación, con los riesgos que ello conlleva; y más si se tiene en cuenta que las operaciones urbanísticas son de considerable cuantía y pueden generar millonarias indemnizaciones en caso de nulidad de procedimiento.

Esta problemática, puesta de manifiesto por los promotores públicos de toda Europa, agrupados en el Cecodhas, fue asumida por el Parlamento Europeo, que, en su resolución legislativa sobre la colaboración público-privada, de 26 de octubre de 2006, tomaba nota de que los operadores deseaban claridad en la aplicación de la legislación sobre contratos públicos a la creación de empresa público-privadas en relación con la adjudicación de un contrato o una concesión, e invitaba a la Comisión a formular “con la mayor brevedad, las aclaraciones pertinentes”.

En cumplimiento de dicha invitación, la Comisión europea emitió recientemente una Comunicación Interpretativa de fecha 5 de febrero de 2008, sobre lo que en Europa se denominan PPPI (Partenariado Público-Privado Institucional) y que se ha traducido como Colaboración público-privada institucional (CPPI) en España, concepto que comprende las sociedades mixtas, a través de convenios¹⁶, por expresa referencia en el texto. Esta Comunicación Interpretativa parte del hecho de que, durante años, “el fenómeno de la colaboración público-privada” se ha desarrollado en numerosos ámbitos.

15.- El artículo 8.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, indica: “Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

16.- La expresión “convenio” utilizada en el artículo 104.3 del RSCL debe ser entendida no en sentido técnico-jurídico, como convenio de colaboración de los regulados en el artículo 4.1.c) de la LCSP, sino, simplemente, como un acuerdo o pacto. La interpretación de dicha expresión ha sido muy discutida por la doctrina. Así, el Ilustre jurista ALONSO UREBA, A, señala que

La característica de esta cooperación, en general a largo plazo, es la función asignada al socio privado, que participa en las distintas fases del proyecto de que se trate (diseño, ejecución y explotación), soporta los riesgos tradicionalmente asumidos por el sector público y contribuye con frecuencia a la financiación del proyecto. Pero no obstante dichas ventajas, la incertidumbre jurídica que, al parecer, rodea la participación de socios privados en las CPPI, puede afectar al éxito de la fórmula.

El riesgo de crear estructuras basadas en contratos que más tarde podrían no ajustarse al Derecho comunitario puede, incluso, disuadir a las autoridades públicas y a las entidades privadas de fundar CPPI. Ante dicho problema, la Comunicación señala las modalidades de aplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones en caso de creación y explotación de estas sociedades mixtas, para reforzar la seguridad jurídica y, sobre todo, responder a las dudas, frecuentemente manifestadas, de que la aplicación del Derecho comunitario a la participación de socios privados en las CPPI, convierta estas fórmulas en poco atractivas o, incluso, resulten imposibles.

“en la doctrina administrativa, ni siquiera aquellos que participaron en la ponencia que redactó estos preceptos, como es el caso de ALBI, llegan a delimitar con claridad qué supuestos se están contemplando en dicho precepto. En segundo lugar, se trata, como decimos, de un “convenio”, es decir, de una vinculación puramente contractual, lo que parece excluir la adquisición de participaciones o acciones en una sociedad ya existente y el de participación en la fundación de una sociedad de capital en las distintas formas ya examinadas, supuestos estos últimos contemplados separadamente por el Reglamento en los números 1 y 2 del art. 104. Pese a lo indeterminado del supuesto contemplado en el art. 104.3 del Reglamento, creemos, sin embargo, que tiene la virtualidad de poder operar como una especie de cláusula abierta a la que reconducir algunos casos diversos a los contemplados hasta ahora. Así, por ejemplo, cabe un convenio en virtud del cual se transforme una “concesión administrativa” en participaciones o acciones en la sociedad, o incluso dicha transformación puede producirse, no a partir de una concesión, sino en relación a subvenciones o créditos concedidos por la Administración a la sociedad. Realmente, todos estos casos son supuestos de aumento de capital con emisión de nuevas acciones sin suscripción pública (arts. 89 y ss. L.S.A.), pudiendo considerarse la transformación de subvenciones o créditos como supuestos de liberación mediante compensación, y la transformación de la concesión como supuesto del “acuerdo de aumento de capital”, acuerdo que en su contenido se adaptaría, a su vez, al referido convenio de transformación. También cabría traer aquí el supuesto de que, habiendo la Corporación suscrito obligaciones, se proceda posteriormente a la conversión de las mismas en acciones (art. 95 L.S.A.), debiendo entenderse que la liberación de las acciones se produciría mediante compensación. Por último, la introducción en nuestro ordenamiento de un Derecho de grupos permitiría reconducir al “convenio” del art. 104.3 del Reglamento, el supuesto, de “contrato de dominio” entre la Corporación interesada y una sociedad de capital ya existente, supuesto que la doctrina alemana ha reconducido al “Beherrschungsvertrag”, considerando a la Corporación como empresa dominante a efectos del “Konzernrecht”. *La Sociedad Mercantil de Capital como forma de la Empresa Pública Local*, Pág 98.

No quisiera finalizar el presente artículo sin comentar brevemente algún caso de sociedad municipal mixta en nuestra Comunidad.

La Comunidad Autónoma de les Illes Balears, regula la Administración institucional en la Ley 3/1989 de 29 de marzo de entidades autónomas y empresas públicas vinculadas a la CAIB. Para ser coherente con el título del presente artículo, en la línea que hemos mantenido, de defensa de la autonomía local, pueden resultar de interés algunas observaciones fundadas en el funcionamiento de una sociedad de régimen local, concretamente en la sociedad del Palacio de Congresos de Palma S.A, participada con un capital público pertenecientes a dos administraciones territoriales diferentes, una de ámbito local y la otra de ámbito supra-municipal.

Nuestra experiencia en sociedades públicas ha estado relacionada en la creación de una empresa mayoritariamente pública, y como socio de la misma, otra Administración, que intervenían en el capital social, para un objeto concreto y determinado, por el tiempo que duren las obras y la explotación de la misma. Nos estamos refiriendo a la empresa pública del "Palacio de Congresos S.A.", que empezó su creación con la participación del Ayuntamiento, a través de una sociedad mercantil de capital íntegramente público (EMOP actualmente S.M.A.P¹⁷), y de la Consejería de Turismo de les Illes Balears (a través del INESTUR S.A.). El gran problema que tuvo la empresa citada no estuvo vinculada tanto a su estructura interna, (participación de dos administraciones en su constitución), sino más bien que coincidió con la crisis del sector inmobiliario.

En relación a su ubicación en la primera línea de la fachada del Paseo Marítimo de Palma, y la protección del edificio de GESA como bien de interés cultural (BIC), por parte del Consell Insular de Mallorca, debemos señalar que el Consell impedía su demolición al ser un bien protegido, pese a los inconvenientes urbanísticos que existían en la zona donde se ubicaba dicho edificio, para el desarrollo urbanístico de la fachada, porque el problema de las sociedades urbanísticas no siempre se refleja en su estructura interna, y en el motivo que llevó a su creación, ya que todo ello debe ir acompañado de una voluntad política clara y firme en materia de urbanismo, calculando las inversiones financieras a realizar, juntamente con aquellas unidades de actuación que están sometidas a un sistema de expropiación, para la adquisición por parte del consistorio de zonas verdes.

17.- SOCIAS CAMACHO, J.M. y BLASCO ESTEVE, A. *Derecho Local de las Islas Baleares*; Ed. IUSTEL, Madrid, 2014, pág. 210-211; El Ayuntamiento de Palma gestiona servicios públicos a través de cuatro sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal EMAYA S.A., EMT S.A., EFM S.A. y SMAP S.A. Dispone, a través de la sociedad SMAP S.A. del 50% del capital social de PALACIO DE CONGRESOS DE PALMA S.A.

El anteproyecto de urbanización de la fachada marítima de Palma, gestionado por la EMOP, tenía, como eje principal del “proyecto estrella”, el Palacio¹⁸ de Congresos y un hotel de lujo anexo al mismo. A día de hoy, las administraciones públicas responsables, no han llegado a ponerse de acuerdo, principalmente por problemas de financiación, falta de claras ideas urbanísticas consensuadas, con todos los agentes afectados, influyendo gravemente a la imagen urbanística y turística de Palma de Mallorca, ya que los numerosos visitantes que llegan a la isla, especialmente en época estival, provenientes del aeropuerto de Son Sant Joan, se enfrentan al enorme impacto visual que produce el Palacio de Congresos, inacabado, en un solar totalmente inadecuado por su ubicación, ocultando las vistas a nuestra reconocida catedral gótica palmesana. Todo ello con independencia de los números litigios contencioso-administrativos que la Empresa Núñez y Navarro S.A., promotora de las mismas ha tenido que interponer a las administraciones competentes de les Illes, con millonarias indemnizaciones a consecuencia de los daños y perjuicios sufridos en materia de responsabilidad patrimonial, por licencias que no se podían otorgar y que han afectado claramente a la planificación del urbanismo de la ciudad de Palma de Mallorca.

Para concluir debemos destacar que las sociedades mercantiles locales de carácter mixto constituidas por empresas de capital público y socios privados, se presentaban como una solución alternativa, a la prestación directa por parte de las sociedades de capital íntegramente público, sin embargo nuestra interpretación es mucho más restrictiva, desde la aprobación de la LRSAL de 27 de diciembre de 2013, en referencia a las taxativas restricciones que la misma realiza a la creación de entidades de segundo nivel, en las que nos atrevemos a incluir a las sociedades urbanísticas mixtas.

Dichas sociedades que, hasta ahora, en el campo del urbanismo habían desarrollado una gestión bastante opaca, en tiempo de crisis no ha sido del todo descabellado apostar por un sistema de gestión indirecta a través de las empresas mixtas, ya que es el socio privado el que gestiona el urbanismo, porque es el único que tiene recursos técnicos y económicos.

Sin embargo, aunque por su especial constitución, hubieran podido suponer un alivio para la crisis del urbanismo, especialmente para el debilitado ámbito local, no lo han conseguido debido a las especiales

18.- SOCIAS CAMACHO, J.M y BLASCO ESTEVE, A. *Derecho Local de las Islas Baleares*; Ed. IUSTEL, Madrid, 2014, pág.211; Palacio de Congresos de Palma S.A. con capital social al 50% de SMAP S.A. y de INESTUR S.A., se creó para la construcción, gestión y promoción del Palacio de Congresos de Palma de Mallorca.

peculiaridades, harto complicadas de su sistema de contratación pública, especialmente en la elección del socio privado y en la gestión cotidiana de la empresa. No han sido en la práctica las sociedades mixtas todo lo ágiles que se les suponía, aunque en la época de crisis económica, en la que todavía estamos inmersos, no estamos totalmente en desacuerdo en apostar por esa colaboración público-privada para agilizar el urbanismo y, por supuesto, para llegar a una actuación pública más eficiente, en la reestructuración del sector público-local, siguiendo los criterios provenientes de Europa.

Se trata en definitiva de ver en las sociedades de economía mixta urbanísticas un poderoso instrumento de gran utilidad por sus mayores posibilidades de gestión sobre la actuación pública directa, aun cuando la participación privada no fuese significativa o no comportase ventajas en la financiación y régimen económico de las operaciones a emprender.

Si la participación privada añade a la flexibilidad del instrumento una mayor capacidad financiera, parece justificada, dentro del esfuerzo señalado tendente a encontrar nuevos instrumentos que amplíen la capacidad de actuación urbanística, la elección de la fórmula para explorar sus verdaderas posibilidades dentro del marco jurídico y financiero español.

XII.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO. ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE LAS PAREJAS NO CASADAS.

Pocos temas han suscitado mayor interés entre los órganos legislativos de nuestras Comunidades Autónomas –y en el seno de la doctrina– que el relativo a las parejas no casadas. La Ley 10/1998, de 15 de julio, del Parlamento catalán fue la primera ley sobre la materia que se promulgó en España; y, al socaire de la misma, han ido apareciendo, una tras otra, en las diversas Comunidades Autónomas leyes específicas sobre la materia, hasta el punto de que, en la actualidad, todas ellas tienen su ley de parejas no casadas, a excepción de Murcia, Castilla-León, Castilla-La Mancha y La Rioja. Sin duda alguna, la ley catalana ha inspirado las leyes autonómicas que la han seguido, pero con la particularidad de que, algunas de ellas –cual la nuestra– se han separado certeramente del modelo catalán, que impone de manera obligatoria los preceptos de la ley a los convivientes que hayan mantenido una relación ininterrumpida de dos años o hayan tenido un hijo, aunque no hayan expresado declaración de voluntad alguna encaminada a la constitución de la pareja. La sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013 de 23 de abril muestra bien a las claras que éste es un camino equivocado, al colisionar con la libertad de no contraer matrimonio, decisión libre y constitucionalmente amparada.

Sea como sea, este alud de leyes autonómicas sobre parejas estables ha contrastado con la inactividad legislativa del Estado sobre la materia y con la inexistencia de recursos de inconstitucionalidad contra las leyes autonómicas promovidos por el Gobierno de la Nación. No es de recibo el hecho de no haberse dictado siquiera una norma estatal resolutoria de los conflictos de leyes que se pueden ocasionar en caso de constituirse una pareja estable entre personas de distinta vecindad civil, supuestos en los que pueden entrar en colisión directa las leyes autonómicas.

En el seno de la Comisión Académica de Derecho Privado se ha producido un fenómeno similar al de la profusión de leyes autonómicas sobre la materia, ya que las comunicaciones a la brillante ponencia del Académico y Notario de Palma Carlos Jiménez Gallego –titulada “Parejas no matrimoniales”– han sido numerosas y extensas. Tomás Mir de la Fuente presentó una comunicación titulada “Informe apresurado sobre un aspecto de la propuesta del Académico Don Carlos Jiménez Gallego sobre la reforma de la ley de parejas estables de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears”; Antonio Monserrat Quintana presentó una comunicación titulada “Notas sobre la regulación de las parejas no matrimoniales”; Miquel Masot Miquel otra que lleva por título “Grandes concordancias y leves discrepancias con una magnífica ponencia; y una reflexión final a favor de la ley de parejas estables de las Illes Balears”; María Pilar Ferrer Vanrell la titulada “Análisis de ciertas cuestiones que se han presentado, recientemente, sobre las parejas estables. Una especial referencia a la llamada “pensión de viudedad”; y José Cerdá Gimeno una extensa comunicación que resume sus históricas aportaciones doctrinales a la materia, que lleva por título “Unas notas sobre el “ámbito genérico” del tema de “parejas no casadas”.

En las páginas que siguen el lector encontrará, en primer lugar, la ponencia de Carlos Jiménez Gallego y, a continuación, cada una de las reseñadas comunicaciones, que son verdaderos y enjundiosos estudios sobre la materia. Apareciendo, tras los mismos, el acta de la sesión académica celebrada el 21 de Abril de 2015, bajo la presidencia del Presidente de la Academia Miquel Masot Miquel, y con asistencia de los Académicos

Señores Aguiló Monjo, Cardona Escandell, Cerdà Gimeno, Coca Payeras, Ferrer Pons, Ferrer Vanrell, Jiménez Gallego, Martínez-Piñeiro Caramés, Mir de la Fuente, Monserrat Quintana y Quintana Petrus, en la que se debatieron los aspectos más interesantes de la ponencia y de las comunicaciones.

Con estos estudios sobre las parejas no casadas, la Comisión Académica de Derecho Privado ha seguido la senda iniciada hace ya años de profundizar en el estudio de las más características instituciones de nuestro Derecho civil propio, como son las legítimas, los contratos sucesorios, la sucesión intestada, las reservas y la definición; aparte de haber tratado de las interesantes cuestiones que sugiere la sucesión de personas con discapacidad.

XII.1- PAREJAS NO MATRIMONIALES.

Carlos Jiménez Gallego

Resumen.

El presente trabajo comenta la regulación de las fases por las que atraviesan las parejas no matrimoniales: su constitución, los efectos mientras dura y la extinción y sus efectos. Está enfocado al Derecho de las Islas Baleares, aunque ha tenido en cuenta toda la normativa autonómica hoy vigente en España, pero sólo como referencia, ya que el objetivo es formular propuestas de reforma legislativa para Baleares. No es objeto de este trabajo comentar la situación jurídica de las parejas que no reúnen los requisitos previstos en las leyes que se han referido especialmente a ellas.

Sumario.

- I.- Reseña de normativa.
- II.- Derecho comparado autonómico: la constitución de las parejas.
- III.- Derecho comparado autonómico: efectos patrimoniales constante la relación de pareja.
- IV.- Derecho comparado autonómico: la extinción y sus efectos patrimoniales.
- V.- La legislación de Baleares:
 - V.1.- Comentario de la Ley 18/2001.
 - V.2.- ¿Hay que regular las parejas de hecho? ¿Qué hay que regular?
 - V.3.- Una propuesta de lege ferenda para Baleares.

Nota terminológica.

Las expresiones utilizadas en la práctica y en las leyes son muchas: parejas de hecho, uniones de hecho, parejas estables, parejas registradas, parejas no matrimoniales...

No es demasiado importante utilizar una u otra pues lo que tiene efectos es la situación regulada por las distintas leyes, que es bastante diferente según los casos. En todo caso, preferimos utilizar la expresión "parejas no matrimoniales" pues es la que menos delimita el supuesto de hecho y permite aplicarse a todas las situaciones, en el bien entendido de que esta denominación no pretende precisar ningún efecto jurídico.

I.- Reseña normativa.

Dada la gran cantidad de normativa vigente sobre la materia que vamos a tratar debe comenzarse este trabajo con una reseña las distintas leyes autonómicas. Prácticamente toda la legislación existente es autonómica. La legislación estatal no se ha referido a las parejas no matrimoniales más que "de pasada", aunque siempre ha ido en la dirección de equiparar sus efectos a los del matrimonio. No obstante, nunca las ha definido más que con expresiones vagas, del tipo "relaciones de análoga afectividad a la conyugal" o similares.

Los deseos e intentos de obtener una legislación estatal "general" sobre la materia tuvieron su auge a finales del siglo XX y principios del XXI. Hoy podemos decir que han sido abandonados. No obstante, nuestra opinión es que el Estado sí debiera legislar sin demora como mínimo para dar normas sobre conflictos de leyes y registro de las parejas, a efectos civiles y no administrativos, pues se trata de dos materias que la legislación autonómica necesita y no puede cubrir sin incurrir en inconstitucionalidad. Quizá también convenga legislación estatal sobre efectos patrimoniales, especialmente en caso de extinción de la pareja, pero en este caso dejando a salvo la regulación de las CCAA con Derecho civil propio. Sin embargo, no hay proyectos legislativos a la vista.

La Constitución no se refiere expresamente a las parejas de hecho, ni siquiera en el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas.

Alguna de las materias que enumera el art. 148 ha sido no obstante alegada como punto de apoyo para legislar por alguna Comunidad Autónoma

que no tenía Derecho civil propio. Se trata de la “asistencia social” (nº 20) y la “sanidad” (nº 21). Sin embargo, el grueso del apoyo alegado por las leyes autonómicas son determinados principios y derechos fundamentales, aunque su apoyo no siempre resulta claro, al menos a primera vista. Nos referimos al principio de promoción de la igualdad y libertad “reales” a que se refiere el art. 9.2, el libre desarrollo de la personalidad a que se refiere el art. 10.1, interpretado en el sentido de que toda persona tiene el derecho a establecer la relación de convivencia afectiva más acorde con su propia sexualidad, y el principio de igualdad ante la Ley del art. 14. Estos principios se han interpretado desde una óptica individualista y unidimensional, como es predominante hoy, en consonancia con la doctrina del TEDH. A título de ejemplo: “La ley debe ser el mecanismo equilibrador e igualitario para aquellas personas que por el libre ejercicio de sus opciones pudieran sentirse discriminadas”, dice la exposición de motivos de la ley valenciana. También se ha alegado el art. 39, en cuanto otorga protección social, económica y jurídica a la familia, entendiendo por ésta tanto la matrimonial como la no basada en el matrimonio, lo que implica interpretar que el artículo no se refiere a un modelo de familia determinado, para lo cual se ha dicho que es necesaria una interpretación amplia, que por cierto es la que ha mantenido el TC, de acuerdo con la realidad social actual. Y el art. 32, referido al derecho a contraer matrimonio, que incluye el derecho a no contraerlo y a elegir un modelo distinto de convivencia sin que esto deba ser objeto de peor trato por la ley común. Alguna vez se ha alegado también, aunque esto parece más forzado, las singularidades del propio Ordenamiento civil, que exigen “no orillar el especial tratamiento que estos tipos de convivencias han de tener en nuestra Comunidad” (exposición de motivos de la ley aragonesa).

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el art. 149 da competencia exclusiva al Estado para regular “las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” (nº 1). Y asimismo, en materia de legislación civil, en los ambiguos términos que resultan del conocido art. 149.1.8, y en cuanto a las “bases y coordinación general de la sanidad” (nº 16) y a las “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios” (nº 18).

Como sabemos, las Comunidades Autónomas pueden asumir, y así lo han hecho, mediante reformas estatutarias, competencias que excedan de las materias del art. 148 siempre que no se trate de las reservadas en exclusiva al Estado por el art. 149.

Las principales referencias que hay a las parejas no matrimoniales en la vigente legislación estatal de Derecho privado se contienen en la regulación de las siguientes materias: filiación, a efectos de las reglas de determinación

y de las acciones; reproducción asistida, a efectos de prestación de consentimientos; adopción, a efectos de que las parejas no matrimoniales puedan adoptar; arrendamientos urbanos (LAU de 3 de noviembre de 1994) a efectos de permitir la subrogación del conviviente en los derechos de arrendatario, siempre que hubieran convivido al menos 2 años antes del fallecimiento en análoga relación de afectividad a la de cónyuges, o si hubiera descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia; y ley concursal, a efectos de delimitar las personas especialmente relacionadas con el concursado: “las que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso”.

Cada norma estatal precisa lo que entiende por pareja no matrimonial, a efectos de la aplicación de la propia norma, y con mayor o menor imprecisión. Ambas cosas resultan criticables. Pero esta cuestión no puede ser tratada aquí.

En contraste con la legislación estatal, la legislación autonómica es muy abundante. Hay trece Comunidades Autónomas que han promulgado leyes con objeto de regular la materia, unas de forma más exhaustiva que otras: todas, excepto Murcia, Castilla-León, Castilla-La Mancha y La Rioja. Estas tres últimas han promulgado simplemente normas reglamentarias para regular Registros de parejas. En el caso de Murcia no hemos encontrado normas autonómicas, pero sí hay Registros de parejas, regulados por normativa municipal, en la capital y en otros Ayuntamientos.

Tiene importancia, para justificar la competencia sobre la propia regulación de las parejas de hecho, la competencia para regular sobre Derecho civil. Por ello, distinguimos dos grupos de Comunidades Autónomas. Dentro de cada grupo, se realiza la enumeración por orden cronológico de las respectivas Leyes vigentes.

a) CC.AA. con normativa civil a la entrada en vigor de la Constitución:

- Cataluña: Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. Fue la primera Ley sobre la materia que se promulgó en España. Incluyó una regulación sobre parejas homosexuales. Se modificó por la Ley 3/2005, de 8 de abril para permitir la adopción por parejas homosexuales. La regulación fue derogada por la vigente Ley 25/2010 de 29 de julio, del libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, en vigor desde el 1 de enero de 2011. La evolución ha integrado la normativa sobre parejas en el Código. En 1998 se promulgaron por separado la Ley 10/1998 y el Código de familia (Ley 9/1998) que sólo se refería al matrimonio. En la ley vigente se ha utilizado la técnica de hacer remisiones a la normativa del matrimonio en algunas (bastantes) materias, pero sin hacer una equiparación en bloque, se ha ampliado el ámbito de la autonomía de la voluntad, aunque la ley se aplica,

igual que la ley derogada, a parejas por el mero hecho de convivir (sin necesidad de formalizar acuerdos y sin inscripción) y se ha permitido la constitución de parejas estables por personas casadas separadas meramente de hecho.

- Aragón: Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas. Esta Ley se ha integrado sin apenas modificaciones en el Código de Derecho Civil Foral, de 22 de marzo de 2011. Fue modificada por la Ley 2/2004, de 3 de mayo para permitir la adopción por parejas homosexuales, y más recientemente, por la Ley 2/2010 de 26 de mayo “de igualdad en relaciones familiares antes la ruptura de convivencia de los padres”, que ha creado una asignación compensatoria a favor de la madre con hijo/s en caso de ruptura de la convivencia, lo que ha sido muy discutido.

- Navarra: Ley 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Ha sido modificada por una Ley 3/2011 de 17 de marzo, en cuanto a la regulación de la guarda y régimen de visitas de los hijos.

- Baleares: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables. Modificada por la Ley 3/2009 de 27 de abril, en cuanto a la (discutible) aplicación supletoria del art. 4 de la Compilación.

- País Vasco: Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

- Galicia: La normativa no es una Ley ad hoc sino la breve regulación contenida en la disposición adicional 3ª de la Ley 2/2006 de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, que fue modificada de forma muy importante por la ley 10/2007 de 28 de junio.

b) Restantes CC.AA:

- Valencia: Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana. Esta Ley ha derogado la anterior Ley, que fue la 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las parejas de hecho.

- Madrid: Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid.

- Asturias: Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables.

- Andalucía: Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho.

- Canarias: Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias. Ha sido modificada por las leyes de 28 de diciembre de 2006, en cuanto a asimilación a cónyuges en materia de Derecho público, y 25 de junio de 2012, en cuanto a la inscripción registral.

- Extremadura: Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

- Cantabria: Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

La normativa de las otras CC.AA., limitada sólo a la creación y funcionamiento del correspondiente Registro autonómico de parejas de hecho, es a día de hoy la siguiente:

- Castilla la Mancha: Decreto 124/2000 de 11 de julio.

- Castilla y León: Decreto 117/2002, de 24 de octubre.

- La Rioja: Decreto 30/2010, de 14 de mayo.

Como vemos, el “grueso” de la producción normativa se produjo entre los años 2000 a 2003. A partir de entonces, parece que el interés autonómico por legislar ha decaído. Sorprende esto, porque la calidad de la normativa es en general baja, las normas promulgadas suscitan gran cantidad de interrogantes que debieran haberse resuelto por la vía de modificaciones legales, y la constitucionalidad de muchas normas, incluida la base puramente fáctica, no formal ni registral, de la producción de los efectos jurídicos está hoy puesta en entredicho. Pero nada de esto mueve ya a los legisladores autonómicos, y menos al estatal, a actuar, salvo contadas excepciones. Incluso hay leyes con muchos artículos expresamente declarados inconstitucionales por el TC que no han sido objeto de ninguna atención legislativa posterior a la respectiva sentencia. Da la impresión de que el tema de las parejas de hecho fue una ocasión de los políticos de mostrar a todos su preocupación social y su voluntad de reafirmar que el matrimonio era sólo una, entre varias, de las opciones legítimas de convivencia afectivo-sexual, y que una vez conseguido ese efecto en la opinión pública, la regulación jurídica ha sido lo de menos.

Realizamos en primer lugar una reseña comparada para luego referirnos a la ley balear.

II.- Derecho comparado autonómico: la constitución de las parejas.

1- Cataluña.

La regulación de 2010, vigente, se contiene en el art. 234 del Libro II del Código, que utiliza el nombre “pareja estable”. Mantiene el criterio de la Ley 10/1998 de que la pareja se constituye sin inscripción registral y la constitución puede tener lugar por el mero uso. Las normas se contienen en

el art. 234 del Código. Pueden ser heterosexuales u homosexuales. Hay tres formas de constitución: la convivencia durante al menos dos años ininterrumpidos, el otorgamiento de escritura pública o el mero hecho de convivir, sin plazo mínimo, si durante la convivencia tienen un hijo común. La convivencia tiene que ser (en tanto que requisito) “comunidad de vida análoga a la matrimonial”.

Hay cuatro “impedimentos”: no pueden formar pareja los menores no emancipados, ni los parientes en línea recta, sin límite de grado, ni en colateral hasta el 2º grado, los casados no separados de hecho y quien conviva en pareja con una tercera persona. Obsérvese que en el caso de personas casadas, se admite la constitución de pareja en caso de separación de hecho, sin necesidad de separación judicial. La exposición de motivos justifica esto diciendo que al tratarse de una regulación “dirigida a resolver los problemas derivados del cese de la convivencia, un tratamiento desigual no tiene justificación”; o sea, que no se debe tratar de forma desigual a los separados de hecho que a los separados judicialmente.

Una de las novedades de la reforma de 2010 es la regulación única (antes, la regulación era separada) para las parejas heterosexuales y las homosexuales y la inexistencia de normas sobre la acreditación de la condición de pareja. La Ley de 1998, para el caso de no haberse otorgado escritura, admitía cualquier medio de prueba, pero con una excepción (lamentable, porque sólo era para este caso) para el caso de solicitar beneficios respecto a la función pública, porque en este caso exigía aportar acta de notoriedad de la convivencia y del transcurso de dos años. Otra gran novedad de la reforma de 2010, en este caso afortunada, es haber eliminado del requisito de que “como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña”. Así se deja imprejuizado por qué normas tiene que regirse la pareja en los casos de Derecho internacional privado.

La ley catalana vigente no regula nada más en lo que se refiere a constitución de la pareja. En especial, no regula ningún Registro para la inscripción de las parejas estables.

2- Aragón.

La Ley aragonesa utiliza la expresión “parejas estables no casadas”. Se trata de parejas formadas por personas mayores de edad “en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal”. Pueden ser heterosexuales u homosexuales. Se constituyen sólo de dos formas: o por escritura pública o bien convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años como mínimo. No se constituye por tener descendencia común si no ha transcurrido el plazo de dos años, a diferencia de lo que dispone la ley catalana. En caso de falta de escritura, la existencia de la pareja puede

acreditase por cualquier medio de prueba “especialmente a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia”.

Hay cuatro “impedimentos”: estar casado (sin distinguirse el caso del casado separado de hecho), el parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción, sin límite de grado, el parentesco colateral por consanguinidad o adopción hasta el 2º grado, y formar pareja estable con otra persona.

Expresamente se dice que la pareja no puede constituirse “con carácter temporal ni someterse a condición”.

La ley crea un Registro de parejas, con efectos limitados. La inscripción no es constitutiva y tampoco obligatoria; simplemente es requisito obligatorio para “que le sean aplicables las medidas administrativas reguladas en la presente Ley”; es decir, sin inscripción, no hay efectos administrativos. Parece que estas medidas son las citadas en el art. 18 de la Ley (“derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en la normativa aragonesa de Derecho público, que no tenga carácter tributario”) pues el resto del articulado se refiere a Derecho civil.

No hay otras normas sobre la constitución, al igual que en el caso de Cataluña. No se exige vecindad civil aragonesa ni empadronamiento en municipio de Aragón, ni residencia efectiva en Aragón.

3- Navarra.

La Ley navarra utiliza la expresión “pareja estable”. Considera tal a la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, de dos personas de igual o distinto sexo, cuando hayan “convivido maritalmente” al menos un año, o hayan expresado su voluntad de constituir la pareja estable en documento público, o simplemente convivan y tengan descendencia común. Es lo mismo que la Ley catalana salvo que el plazo de convivencia es aquí de un año mientras que en la Ley catalana es de dos años. La acreditación de la existencia de pareja estable y del tiempo de convivencia podrá hacerse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. No se menciona ninguna prueba especial ni se establecen diferencias a la hora de obtener unos efectos u otros. Lo que sí exige la Ley navarra es que al menos uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra.

Expresamente dice la ley que no cabe la constitución de una pareja con carácter temporal ni sometida a condición.

Hay cuatro impedimentos: no ser mayor de edad o emancipado, ser pariente en línea recta por consanguinidad o adopción, sin límite de grado, o colateral por consanguinidad o adopción hasta el 2º grado, estar casado, o formar pareja estable con otra persona.

La ley navarra no exige la inscripción en ningún Registro. Se limita a decir en la disposición adicional de la ley que el Gobierno de Navarra y los Ayuntamientos podrán crear Registros de parejas estables “para facilitar a través de su inscripción voluntaria la prueba de su constitución”. Por tanto, una eventual inscripción no es constitutiva de la pareja ni tampoco obligatoria; se limitará a conferir una mejor prueba de la constitución de la pareja.

Numerosos preceptos de la ley navarra han sido declarados inconstitucionales por una STC de 23 de abril de 2013, a la que nos referimos más adelante. Esta sentencia tendrá que ser tenida en cuenta a la hora de interpretar las otras leyes autonómicas y a la hora de legislar en el futuro.

4- País Vasco.

La Ley vasca utiliza la expresión “parejas de hecho” y se aplica por igual a todo el territorio de la Comunidad Autónoma. Para ello alega la competencia estatutaria en materia civil y el discutible artículo 10.5 del Estatuto vasco que permite la fijación del ámbito territorial de vigencia de éste.

Se considera pareja de hecho a la unión de dos personas que se encuentren “ligadas por una relación afectivo-sexual, sean del mismo o distinto sexo” que se inscriban en el Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma.

No se exige, por tanto, ni tiempo de convivencia, ni descendencia común. Ni tampoco documento público de constitución. En realidad, la ley no menciona el requisito de la “convivencia” aunque nos parece claro que lo presupone: sin convivencia, no hay pareja.

Hay los siguientes impedimentos: no ser mayor de edad o emancipado, ser pariente por consanguinidad o adopción en línea recta; ser pariente por consanguinidad o adopción en 2º grado colateral, estar casado o formar pareja de hecho con otra persona.

No podrán constituirse con carácter temporal ni sometidas a condición.

Es requisito de la inscripción que al menos uno de los integrantes de la pareja tenga su vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma, “sin distinguir, en el caso de la otra parte, su nacionalidad”.

Se considera igualmente válida la inscripción en registros municipales siempre que el Registro autonómico haya verificado que se han cumplido los mismos requisitos exigidos por la Ley.

La inscripción es constitutiva; la Ley se encarga de remarcarlo, al decir que “a las no inscritas no les será aplicable la presente Ley”.

5- Galicia.

En Galicia han fracasado, hasta la fecha, todos los intentos de una ley de parejas. La única normativa hoy vigente no es una Ley ad hoc sino la breve regulación contenida en la disposición adicional 3ª de la Ley 2/2006 de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. En su primera versión, esta norma equiparó al matrimonio las “relaciones maritales mantenidas con intención de permanencia”, con lo que se aplicaba a toda pareja de hecho.

La redacción fue pronto corregida por la ley 10/2007, hoy vigente, que exige no sólo convivencia y “relación de afectividad análoga a la conyugal” sino también inscripción en el Registro autonómico “expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio”. De esta forma se ha cambiado completamente la versión inicial, pues la ley sólo se aplica a las parejas que haya declarado expresamente su voluntad de someterse a la misma.

La inscripción es, como se ve, constitutiva.

Son impedimentos: no haber alcanzado la mayor edad, el parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción, el parentesco por consanguinidad o adopción hasta el 3º grado colateral, estar casado, o formar pareja de hecho debidamente formalizada con otra persona.

6- Valencia.

En Valencia ha habido dos leyes sucesivas sobre la materia y a consecuencia de la segunda (ley 5/2012) se ha producido un cambio importante en cuanto a los requisitos de constitución.

Tanto una como otra ley utilizaron la expresión “uniones de hecho”.

La ley de 2001 se aplicaba a las parejas que convivieran “vinculadas de forma estable, al menos durante un periodo ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad” y se inscribieran en el Registro de uniones de hecho de la C.A. La inscripción no necesitaba documento público previo, era constitutiva, voluntaria, y exigía que al menos uno de los convivientes estuviera empadronado en la Comunidad Valenciana. Podían ser heterosexuales u homosexuales, como se deducía de la exposición de motivos, aunque no había mención expresa a esto en el texto de la ley.

Reguló impedimentos, que son los mismos que en la ley de 2012, con la diferencia de que en la de 2011 era impedimento estar casado y en la de 2012 este impedimento es estar casado y no separado judicialmente.

La Ley de 2012, vigente, se refiere explícitamente a las homosexuales, ya que se aplica a las parejas que “con independencia de su sexo, convivan en una relación de afectividad análoga a la conyugal”. No exige plazo mínimo de convivencia y se han añadido las palabras “análoga a la conyugal”. Se

mantiene el requisito de la inscripción, constitutiva y voluntaria, que puede practicarse mediante declaración ante el encargado del registro o aportando documento público de constitución. Como se ve, al igual que antes, no se exige documento público, aunque ahora sí se menciona expresamente la posibilidad de constituirla en documento público. La inscripción ya no exige empadronamiento, pero se rechazará cuando la unión no quede sujeta a la ley valenciana según el art. 2. En esto se ha producido otro gran cambio. El art. 2 dispone que la ley se aplicará “cuando las partes queden sujetas a la legislación civil valenciana de acuerdo con el art. 3.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Si sólo una de las partes estuviera sujeta al derecho civil valenciano, se aplicarán las disposiciones estatales sobre resolución de conflictos de leyes”. La pérdida de la vecindad civil por un conviviente no determinará la pérdida de la condición de unión de hecho formalizada.

No puede constituirse con carácter temporal o condicional.

Hay impedimentos: ser menor de edad no emancipado, estar casado con otra persona sin hallarse separado judicialmente (la separación de hecho no se tiene en cuenta), formar parte de una unión de hecho formalizada con otra persona, ser pariente en línea recta por consanguinidad o adopción, o ser pariente colateral por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado.

7- Madrid.

La exposición de motivos alega los arts. 9 y 14 de la Constitución. Asimismo habla de “seguridad jurídica que permita evitar situaciones de desigualdad” y de evitar cualquier tipo de discriminación.

Es una regulación que prácticamente copia la Ley valenciana de 2001, incluso en la exposición de motivos. Las diferencias se dan, casi únicamente, en el artículo dedicado a la regulación de la convivencia.

8- Asturias.

Esta Ley alega los artículos 9.2, 14 y 39 de la Constitución en su exposición de motivos y su art. 1 dispone, en cuanto al objeto de la Ley, que éste es “garantizar el principio de no discriminación en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico del Principado de Asturias, de manera que nadie pueda ser discriminado por razón del grupo familiar del que forma parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio, o en la unión estable de dos personas que convivan en relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo”.

Se aplica a las parejas “cuyos miembros estén empadronados en cualesquiera de los concejos de Asturias”.

La pareja estable se puede constituir de cuatro formas: por convivencia marital durante un año ininterrumpido, por la mera convivencia si hay descendencia común, por declaración en documento público o por inscripción en el Registro autonómico. La existencia de la pareja o el año de convivencia pueden acreditarse por cualquier medio de prueba. Hay regulación de impedimentos en el art. 3. No puede constituirse con carácter temporal ni sujeta a condición.

9- Andalucía.

La exposición de motivos habla de "ofrecer un instrumento de apoyo jurídico a las parejas de hecho" y "extender a ésta los beneficios que el ordenamiento autonómico venía confiriendo expresamente a las uniones matrimoniales". También alega los arts. 9.2 y 39 de la Constitución.

El art. 1 de la ley es el mismo que el de la ley asturiana.

Se aplica a las parejas en que al menos uno de sus miembros tenga su residencia habitual en cualquier municipio de Andalucía y que ninguno de sus miembros se encuentre inscrito en otro registro como pareja de hecho. Hay impedimentos: ser menor no emancipado, estar casado, "pareja de hecho anterior inscrita", ser pariente en línea recta por consanguinidad o adopción, o colateral por consanguinidad en 2º grado.

Se constituye por declaración ante el encargado del Registro, ante alcalde, concejal o funcionario en quien delegue, en escritura pública "o por cualquier otro medio de prueba admisible en Derecho" (sic).

La inscripción, según el art. 6, es obligatoria, pero no constitutiva. No obstante, "los beneficios previstos en la presente Ley serán aplicables a las parejas de hecho a partir de su inscripción en el Registro". Da la impresión de que se refiere a beneficios derivados de normas y actuaciones administrativas, aunque la ley regula algunos efectos civiles.

10- Canarias.

La exposición de motivos alega los artículos 9.2 y 39 de la Constitución.

La ley canaria se aplica a las parejas que convivan de forma estable durante al menos un año ininterrumpido, existiendo una relación de afectividad, y a las parejas con descendencia que convivan (sin plazo mínimo de convivencia). Se crea un Registro de parejas, pero la inscripción es voluntaria y meramente declarativa. No hay forma específica de acreditar la constitución de la pareja: puede hacerse por declaración ante el Registro, por escritura pública o por cualquier otro medio. La formalización de estas uniones tiene efecto, según el art. 6, a partir de la inscripción, de la fecha de autorización del documento o de la fecha de constatación de la suficiencia del medio de prueba aportado (sic).

Los dos miembros de la pareja han de tener residencia legal en España y han de estar empadronados en alguno de los Ayuntamientos de la C.A. de Canarias.

Se contemplan los impedimentos usuales: edad, vínculo matrimonial (sin tenerse en cuenta la separación judicial ni de hecho), formar parte de otra unión estable, parentesco, y también la incapacidad declarada por sentencia firme.

11- Extremadura.

La exposición de motivos alega los arts. 1.1, 14, 9.3 y el derecho a la intimidad reconocido por el art. 18.

La pareja se constituye siempre, y sólo, por inscripción en el Registro de parejas. La inscripción es, como se ve, constitutiva. Son requisitos previos: la convivencia de un año como mínimo, o la mera convivencia (sin plazo mínimo de tiempo) si hay descendencia común, o la voluntad de las partes declarada en documento público.

Se exige que al menos uno de los miembros de la pareja esté empadronado y tenga su residencia en la C.A. de Extremadura.

No se puede constituir una pareja sujeta a término ni condición.

Hay los impedimentos usuales: edad, matrimonio previo sin separación judicial (o sea, la separación de hecho no se tiene en cuenta), pareja de hecho inscrita con otra persona, y parentesco.

12- Cantabria.

La exposición de motivos cita los arts. 14 y 39 de la Constitución. Se trata de promover la igualdad de todos "a través de" (sic) la institución familiar.

La pareja se constituye con la inscripción en el Registro administrativo autonómico. La inscripción es voluntaria pero constitutiva (art. 6) y exige el consentimiento de ambos miembros.

Podrán inscribirse las parejas en que al menos una de las partes se halle empadronada y tenga su residencia en cualquier municipio de Cantabria.

Los requisitos para la inscripción son: haber convivido al menos un año ininterrumpidamente, o bien tener descendencia común (natural o adoptiva) o haber expresado su voluntad de constituir una pareja de hecho en documento público. Hay determinados impedimentos, entre los que citamos constar la pareja inscrita en otro Registro de otra Comunidad Autónoma o formar parte de otra pareja inscrita en otro Registro de parejas. Los otros

impedimentos son los usuales de edad, matrimonio no separado judicialmente y parentesco. Se añade el de incapacidad.

La disp. ad. 2ª establece que las parejas inscritas en los Registros de otras CC.AA. gozarán de los mismos beneficios que las parejas inscritas en el Registro de Cantabria “siempre y cuando dichos registros exijan para su inscripción al menos los mismos requisitos que los establecidos en la presente Ley.”

III.- Derecho comparado autonómico: efectos patrimoniales constante la relación de pareja.

La ley catalana apenas regula los efectos patrimoniales durante la convivencia. Es materia que se deja a los pactos de los convivientes. La regulación de 1998 sí que contenía una regulación de gastos comunes, responsabilidad por deudas, alimentos, beneficios respecto de la función pública y disposición de la vivienda común. Ahora tan sólo se regula, por Ley, la exigencia de consentimiento de ambos para disponer de la vivienda habitual común y la posibilidad de adquirir bienes conjuntamente por pacto de sobrevivencia; en ninguno de estos casos se da normativa propia, sino que se reenvía a la del matrimonio.

La ley aragonesa contiene una regulación breve de los efectos patrimoniales constante la convivencia. Se refiere a la contribución a gastos comunes (en defecto de pacto) y a la responsabilidad (solidaria, como en el matrimonio) ante terceras personas por las obligaciones contraídas por dichos gastos por uno sólo de los convivientes. Hay mención expresa de que los efectos patrimoniales (y personales) pueden regularse en escritura, con los límites de no perjudicar los derechos o dignidad de cualquiera de los otorgantes y no ser contrarios a normas imperativas aplicables en Aragón.

Por otro lado, señala expresamente que los convivientes pueden otorgar testamento mancomunado y pactos sucesorios y pueden nombrarse fiduciarios el uno al otro.

La regulación navarra de los efectos patrimoniales es escasa y se deja a la voluntad de las partes, siempre que respeten normas imperativas. Podrá formalizarse en documento público o privado. La regulación legal se limita a la obligación de contribuir a los gastos comunes (art. 5) y a imponer una responsabilidad solidaria frente a terceros en las obligaciones contraídas por gastos necesarios para el mantenimiento de la casa y la atención de hijos comunes (art. 7).

En el apartado V de este trabajo nos referimos a una STC del año 2013 que ha afectado de forma importante a esta ley y puede afectar, de rebote, a las demás leyes autonómicas.

La regulación contenida en la ley vasca acerca de la convivencia y de los efectos patrimoniales se deja a la voluntad de las partes, que podrán documentarla en forma pública o privada.

No obstante, la Ley prevé que las parejas podrán (no “deberán”) adherirse “a las cláusulas que con carácter general se establezcan”. La Ley regula el contenido de esas cláusulas en su art. 6, que prevén la contribución a los gastos comunes, la codisposición sobre bienes comunes para no comprometer su uso sin el consentimiento de ambos, y en caso de cese, una pensión para atender el sustento y, con independencia de ello, una compensación económica por trabajo para la casa o para el otro cónyuge. Respecto de éstos, no se dice si es sólo en caso de extinción en vida o también por muerte. Lo que sí se dice para el caso de fallecimiento, si ha habido convivencia y no se perjudica la legítima, el derecho al ajuar de la vivienda común y a residir en la misma durante un año salvo si constituyera nueva pareja o contrajera matrimonio.

Todo esto necesita adhesión por los convivientes, o bien ser pactado por ellos sin adherirse a las cláusulas preestablecidas. Estas cláusulas no se aplican en defecto de pacto.

Expresamente se permite por la Ley (art. 9) que los convivientes puedan otorgar testamento mancomunado y nombrarse recíprocamente comisario en testamento o pacto sucesorio.

La disposición adicional primera dispone que todas las referencias al matrimonio en normas legales y reglamentarias aprobadas en la C.A. “con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se entenderán hechas también a las parejas de hecho”.

La normativa gallega realiza una equiparación al matrimonio, aunque sólo es a los efectos de la aplicación de la Ley de Derecho civil gallego. Esta equiparación tan completa plantea el problema de su constitucionalidad, ya que la pareja podría considerarse otra “forma de matrimonio” cuya regulación reserva al Estado el art. 149.1.8 de la Constitución. Por otro lado surge el problema de la delimitación de la aplicación de la propia Ley; por ejemplo, ¿qué ocurre cuando debe aplicarse de forma supletoria el Código Civil?

Respecto de esta norma, se plantearon varias cuestiones de inconstitucionalidad pero fueron todas inadmitidas por entenderse que la aplicación de la norma no era decisiva para el fallo.

La ley valenciana regula con cierta extensión algunos efectos patrimoniales constante la unión: gastos que tienen la consideración de comunes, derecho de alimentos, consentimiento de ambos para disponer de la vivienda

habitual y responsabilidad solidaria por deudas para satisfacer gastos comunes que hubieran sido contraídas sólo por uno de los convivientes.

Esta regulación es supletoria de lo pactado por los convivientes, salvo el derecho de alimentos entre convivientes, que no admite pacto en contrario. El límite de los pactos, al igual que en el 1328 CC es la “ley, la moral y el orden público” y se rechazan los pactos limitativos de la igualdad de derechos de quienes conviven.

No se exige forma especial para los pactos. Pero el art. 7 dispone que para que produzcan efecto frente a terceros, deberán constar en escritura e inscribirse en el Registro de uniones de hecho, y si afectan a inmuebles o derechos inscribibles, en el Registro de la propiedad o el que corresponda según la naturaleza del bien o derecho.

La ley madrileña se refiere a la regulación de la convivencia en su art. 4. Dispone que las relaciones económicas podrán regularse mediante pacto, que necesariamente deberá constar en escritura pública. El pacto puede referirse tanto a la fase de convivencia como a la liquidación. En este caso podrá pactarse una compensación, que habrá de “tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el art. 97 CC”. Los pactos serán inscribibles en el Registro, según el art. 5. A pesar de esto, los pactos “sólo surtirán efectos entre las partes firmantes y nunca podrán perjudicar a terceros” (art. 5.3). Esto suscita la cuestión de cuáles son en realidad los efectos de la inscripción: los pactos vinculan a quienes los otorgan, tanto si se inscriben como si no (para esto no hace falta inscripción) y a continuación se dice que lo inscrito no podrá perjudicar a terceros, cuando perjudicar a terceros sería el efecto más propio de la inscripción. También se refiere la ley a la contribución a los gastos, disponiendo que, en defecto de pacto, los convivientes contribuirán en proporción a sus recursos (art. 4.3).

Los artículos 4 y 5 fueron declarados inconstitucionales por una STC de 11 de abril de 2013. Esta sentencia admitió la constitucionalidad del art. 3, referido a la inscripción de las uniones en el Registro administrativo. Un voto particular señaló que debía haberse interpretado esta norma en el sentido de que la inscripción en el Registro “sólo producirá efectos en el ámbito de las competencias de la esta Comunidad Autónoma”.

La ley asturiana se refiere a las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes para disponer que pueden regularse por los convivientes en documento público o privado, que podrá referirse a compensaciones económicas para el caso de disolución “siempre con observancia de la legalidad aplicable” y “nunca podrá perjudicar a terceros”.

La ley andaluza contiene alguna regulación sobre efectos patrimoniales, aunque principalmente regula el derecho de los convivientes a obtener información y asesoramiento sobre la materia de la Administración andaluza

en cuando a contribución a cargas, titularidad de bienes, derecho a alimentos, efectos derivados de la disolución. El art. 10 dice que las parejas, en el momento de su inscripción podrán “establecer el régimen económico que mantendrán tanto mientras dure la relación, como a su término”, incluido una compensación económica a su cese. Una regulación material, claramente civil se contiene en los art. 12.5 y 13. El art. 12.5 dispone los convivientes son responsables solidarios frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa. El art. 13 dispone, para el caso de fallecimiento, que el sobreviviente tendrá derecho a residir en la vivienda habitual durante un año, con independencia de los derechos hereditarios.

La ley canaria regula algunos efectos patrimoniales en sus arts. 7 y 8. Los convivientes podrán regular por cualquier forma “verbal o escrita” (sic) admitida en Derecho las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, incluidas compensaciones económicas al cese. A continuación, no obstante, dice “será necesario que tales pactos consten en escritura pública o en otro documento que reúna las condiciones de autenticidad”, que es contrario a lo anterior. Los pactos pueden inscribirse en el Registro y “sólo surtirán efectos entre las partes firmantes y nunca podrá perjudicar a terceros”.

En defecto de pacto, la ley presume una contribución al mantenimiento del hogar y a los gastos comunes con el trabajo doméstico y con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos y si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios respectivos. Quizá para evitar la inconstitucionalidad, la ley añade que esta presunción “será de aplicación a los efectos de la actividad administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias, y siempre que no sea contrario a la normativa civil aplicable”. No acabamos de ver qué relación puede llegar a tener este pacto con la actuación administrativa.

La ley extremeña se refiere en sus arts. 6 y 7 a algunos efectos patrimoniales de la unión. Los convivientes podrán pactar en escritura lo que estimen conveniente; tanto para la fase de convivencia como para el cese de ésta. Estos pactos podrán inscribirse en el Registro, pero sólo surtirán efectos entre los firmantes y nunca podrán perjudicar a terceros.

En defecto de pacto, la ley regula dos materias: se presume que los convivientes contribuyen al sostenimiento de las cargas en proporción a sus recursos, y en caso de cese se podrá reclamar una compensación económica por el conviviente que haya trabajado para el hogar o para el otro conviviente siempre que la convivencia haya supuesto una “situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto.”

En cuanto a los efectos, la norma cántabra contiene en su mayor parte normas administrativas, pero también algunas civiles: los convivientes podrán regular por pacto sus relaciones económicas durante la convivencia y a su cese. Los pactos son inscribibles, de forma voluntaria, si bien “sólo surtirán efectos entre las partes firmantes y nunca podrán perjudicar a una tercera persona” (art. 8). En defecto de pacto, se da una regla sobre contribución a gastos (art. 8.2: “de forma proporcional a sus posibilidades mediante aportación económica o trabajo personal”) y sobre reclamación de pensión económica al cese (art. 9).

Las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas que no tienen competencia para legislar en materia civil son, en nuestra opinión, inconstitucionales en cuanto su contenido exceda del ámbito administrativo de la propia C.A. Es decir, son inconstitucionales en prácticamente todo lo que se acaba de reseñar. La inconstitucionalidad afecta incluso a la repetición de normas estatales, como es jurisprudencia consolidada del TC desde los años 90.

Estas leyes han sido muy criticadas por la doctrina, que ha llegado a la ironía (1) e incluso a la grave descalificación (“engendros que no merecen interés”, en palabras de Carrasco Perera) (2).

IV.- Derecho comparado autonómico: la extinción y sus efectos patrimoniales.

1- Cataluña.

La ley catalana contempla cinco casos de extinción de la pareja: cese de la convivencia con ruptura de la comunidad de vida, muerte (o declaración de fallecimiento) de uno de sus miembros, matrimonio de uno de sus miembros, común acuerdo en escritura pública, y voluntad de uno notificada fehacientemente al otro.

Y contiene una extensa regulación de los efectos patrimoniales de la extinción, que se centra en tres puntos: uso de la vivienda “familiar” (con remisión a la normativa del matrimonio), compensación económica por razón de trabajo (con remisión a la normativa del régimen matrimonial de separación de bienes) y derecho a una prestación alimenticia. Se permiten los pactos en previsión del cese de la convivencia y la adopción de acuerdos tras el cese; en ambos casos hay también remisión a la normativa del matrimonio.

La extinción implica la revocación de poderes y consentimientos que uno de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

En materia sucesoria, el conviviente tiene los derechos reconocidos en los arts. 231.30, o sea, predetracción del ajuar de la de la vivienda habitual, y 231.31, o sea, uso de la vivienda habitual durante un año y derecho a ser alimentado con cargo al patrimonio del causante, todo ello en caso de no tener el usufructo universal (se repite la técnica de remisión a la normativa del matrimonio); y además, el conviviente superviviente ocupa en la sucesión intestada la misma posición que el cónyuge viudo (art. 441.2 y 442.3), así como en orden a reclamar la eventual cuarta viudal (art. 452.1). Hay que tener en cuenta que la Ley da al sobreviviente, además, el derecho a una compensación por trabajo ex art. 232.5.5 (con una nueva remisión a la normativa del matrimonio), como si se hubiera disuelto la pareja en vida de ambos.

Un importante problema en materia sucesoria es la acreditación de la relación de pareja si ésta no se constituyó en escritura pública.

2- Aragón.

La ley aragonesa contempla cinco casos de extinción de la pareja: separación de hecho de más de un año, muerte (o declaración de fallecimiento) de uno de sus miembros, matrimonio de uno de sus miembros, común acuerdo, y decisión unilateral, con obligación de notificarla al otro. Respecto del mutuo acuerdo no se dice nada acerca de la forma, pero los ex convivientes están obligados a dejar sin efecto, aunque sea separadamente, la escritura pública que en su caso hubieran otorgado.

Y contiene una breve regulación de los efectos patrimoniales de la extinción, que se limita a la posibilidad de una compensación económica si la convivencia "ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto".

No se dice nada acerca de una compensación por trabajo para la casa o para el otro conviviente.

La extinción implica la revocación de poderes que uno hubiere otorgado al otro.

En caso de fallecimiento, el sobreviviente tiene derecho al ajuar de la vivienda habitual y a residir gratuitamente en la vivienda durante un año. La Ley no atribuye más derechos sucesorios, por lo que a diferencia de Baleares y Cataluña, el sobreviviente carece, entre otras cosas, de legítima y de derechos en la sucesión intestada.

3- Navarra.

La ley navarra cita seis casos de disolución de la pareja estable: muerte (o declaración de fallecimiento), matrimonio de uno de sus miembros, mutuo acuerdo, decisión unilateral notificada fehacientemente al otro, cese efectivo

de la convivencia por plazo superior a un año y en los supuestos acordados por sus miembros en escritura pública.

El mutuo acuerdo de cese no exige ninguna forma especial, pero sí exige dejar sin efecto, aunque sea separadamente, el documento que en su caso hubieren otorgado.

Para el caso de extinción en vida se prevé la posibilidad de reclamar una pensión alimenticia si la convivencia hubiera disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos o el cuidado de hijos le impidiera trabajar o lo dificultara seriamente. Y se prevé asimismo, con independencia de lo anterior, una indemnización por trabajo para la casa o para el otro conviviente, si se ha producido una “situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto”.

La extinción de la relación de pareja implica la revocación de poderes que uno hubiera otorgado al otro.

En materia de derechos sucesorios, la Ley de parejas estables introdujo modificaciones en la Compilación, de forma que el conviviente queda completamente equiparado al cónyuge viudo en lo referente al usufructo de fidelidad y en la sucesión intestada de bienes no troncales.

4- País Vasco.

La ley vasca contempla cinco supuestos de extinción: común acuerdo, decisión unilateral comunicada fehacientemente al otro, muerte (o declaración de fallecimiento), matrimonio entre los convivientes, y matrimonio de uno de los convivientes.

No se contempla la extinción por cese de la convivencia.

En todos los casos de extinción hay obligación de los convivientes, o de uno de ellos en caso de decisión unilateral, de instar la cancelación registral.

No hay regulación de los efectos patrimoniales a la extinción de la pareja, salvo los sucesorios. Respecto de éstos, el art. 9 establece una equiparación completa al matrimonio (“tendrán la misma consideración que las casadas”).

5- Valencia.

La ley valenciana vigente regula seis causas de extinción: común acuerdo, declaración unilateral, muerte (o declaración de fallecimiento), cese “efectivo injustificado de la convivencia durante un plazo mínimo de tres meses”, matrimonio de cualquiera de los convivientes, y cuando uno de los convivientes esté incurso en un procedimiento penal por determinados delitos contra el otro o contra los hijos, comunes o no, si se ha dictado resolución judicial en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

En los casos de extinción cualquiera de los convivientes debe solicitar la cancelación registral, en el plazo de un mes.

La extinción implica la revocación de los poderes conferidos al otro durante la unión.

No hay regulación de los efectos patrimoniales a la extinción de la unión, salvo sucesorios. La ley admite pactos sobre liquidación de las relaciones económicas tras la extinción.

En el ámbito sucesorio, el art. 12 da derecho al sobreviviente a la predetracción del ajuar doméstico y a usar la vivienda habitual durante un año a contar desde el fallecimiento de uno de los convivientes, y el art. 14 dispone que “quien sobreviva ocupará en la sucesión la misma posición que corresponde legalmente al cónyuge supérstite”.

6- Madrid.

La ley madrileña contempla las siguientes causas de extinción: común acuerdo, decisión unilateral “notificada al otro por cualquiera de las formas admitidas en Derecho”, muerte (o declaración de fallecimiento), separación de hecho de más de seis meses, y matrimonio de un conviviente.

La extinción tiene que hacerse constar en el Registro, aunque puede hacerlo uno solo de los convivientes. En tal caso, es el Registro el obligado a notificar al otro conviviente.

No se regulan efectos de la extinción.

7- Asturias.

La ley asturiana contempla causas de extinción: muerte (o declaración de fallecimiento), matrimonio de un miembro, mutuo acuerdo, voluntad unilateral notificada fehacientemente al otro, cese efectivo de la convivencia por más de un año, y por los supuestos acordados en escritura.

No se regulan los efectos de la extinción, a salvo que ésta implica revocación de los poderes otorgados por uno a favor del otro.

8- Andalucía.

La ley andaluza regula las causas de disolución de igual forma que la ley asturiana.

9- Canarias.

La ley canaria regula las causas de extinción siguientes: mutuo acuerdo, decisión unilateral notificada al otro “por cualquiera de las formas admitidas en Derecho”, muerte, matrimonio de un conviviente, y por separación de hecho de más de seis meses.

No se regulan efectos patrimoniales en caso de extinción.

10- Extremadura.

La ley extremeña considera causas de disolución: la muerte (o declaración de fallecimiento), el matrimonio de un conviviente, el mutuo acuerdo, la voluntad unilateral “que deberá ser notificada fehacientemente al otro”, y el cese efectivo de la convivencia por más de un año.

No se regulan efectos de la extinción, salvo que ésta implica la revocación de los poderes que cualquiera de los convivientes hubiera otorgado al otro.

11- Cantabria.

La ley cántabra regula las causas de disolución al igual que la ley andaluza.

V.- La legislación de Baleares.

V.1.- Comentario de la Ley 18/2001.

Los títulos competenciales.

La exposición de motivos da argumentos análogos a los que ya hemos visto en otras leyes autonómicas. Se alega el art. 39 de la Constitución, que fija como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia. Y se interpreta que el art. 39 no da ningún concepto de familia, lo que permite dar una interpretación que acoja las parejas no matrimoniales “en consonancia con la realidad social, el resto del articulado y el espíritu de la Constitución”. También se alega el art. 32, diciendo que al regular el derecho a contraer matrimonio también prevé el derecho a no contraerlo. Se dice que compartir la vida en una relación a análoga a la conyugal produce derechos y deberes entre los convivientes, con terceros y hacia la sociedad en general, cuestiones que merecen una protección por parte de los poderes públicos y que no deben quedar al margen del Derecho positivo; y que la falta de legislación ha producido situaciones de desamparo que no encuentran suficiente respuesta en la aplicación analógica por los Jueces. También se alega el art. 9.2, en lo que se refiere a promover las condiciones para la igualdad real y efectiva de ciudadanos y de los grupos en que se integran.

No resulta fácil encontrar apoyo para regular las parejas de hecho en el Estatut (L.O. 1/2007, de 28 de febrero), salvo en el artículo 30.16, que da competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en materia de “protección social de la familia”. La ley 18/2001 es anterior a la L.O. 1/2007 y su exposición de motivos sólo cita preceptos constitucionales; no cita ningún artículo del Estatut entonces vigente.

Entender que este art. 30.16 permite regular todo lo relacionado con la convivencia para-matrimonial implica haber respondido de forma afirmativa a las tres siguientes cuestiones, que tan sólo dejamos apuntadas:

¿La interpretación amplia de la palabra “familia” es algo obvio? (esto ha sido respondido en sentido afirmativo por el TC)

La regulación de efectos constante la convivencia, que se puede discutir que haga falta en buena parte incluso en el matrimonio, ¿es necesaria? (esta regulación sólo podrá aplicarse si hay previa declaración de voluntad de las partes para que se aplique, según el TC)

La protección a la familia, al menos a primera vista, parece referirse más bien a reglas para favorecer su mantenimiento, por lo que la regulación de los efectos de la liquidación, que es casi lo único o lo más importante que conviene regular en la convivencia no matrimonial ¿acaso cabe en la protección social de la “familia”?

La ley 18/2001 ha respondido de forma afirmativa a las tres preguntas y se ha inspirado en un principio de equiparación al matrimonio de las parejas que regula, aunque sin llegar a ser total.

El comentario crítico que sigue se realiza a efectos de proponer la reforma de la ley.

La constitución de la pareja estable.

Se entiende por “pareja estable”, que es la terminología que utiliza la ley, la unión de dos personas que “convivan de forma libre, pública y notoria en una relación de afectividad análoga a la conyugal”. De la exposición de motivos se desprende que la Ley incluye también las parejas homosexuales. El art. 1 exige la inscripción en el Registro autonómico con carácter constitutivo, si bien la inscripción es voluntaria.

Esta doble exigencia no casa muy bien. Si no hay inscripción, no hay “pareja estable” a efectos de la Ley, por lo que hubiera sido mejor no mencionar la voluntariedad de la inscripción.

El carácter constitutivo de la inscripción diferencia claramente a la ley balear de las leyes catalana, aragonesa, navarra, asturiana y canaria.

No puede constituirse con carácter temporal ni sujeta a condición. Estos dos requisitos, que se repiten, como hemos visto, en toda la normativa autonómica, pueden ser puestos en duda. ¿Por qué se exige esto? ¿Qué razones hay para negar efectos a una convivencia temporal? Y respecto de la condición ¿acaso no está sujeta toda pareja a una condición puramente potestativa de que cualquiera de sus miembros quiera romperla sin alegar motivo?

En mi opinión, estos dos requisitos debieran eliminarse. Ello contrastaría con el resto de leyes autonómicas, pero es que creemos que esta norma se ha ido copiando de una ley a otra sin una mínima reflexión. Se podría alegar, en contra, que el amor verdadero siempre es “puro”, y que conviene trasladar esta palabra al mundo jurídico, pero creo que aquí no estamos hablando de esa “pureza”. El TC, por otros motivos, ha entendido que una norma igual a ésta de la ley navarra es inconstitucional, como ahora veremos.

No obstante la inscripción constitutiva, una reforma legal de 2009 parece haber ampliado la normativa legal sobre relaciones patrimoniales a parejas no inscritas, o al menos da pie a ello, según se dice más abajo.

Hay determinados impedimentos: edad (no pueden constituir pareja los menores no emancipados), parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción o colateral por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado, matrimonio vigente, o formar pareja estable con otra persona “inscrita y formalizada debidamente”.

Si comparamos con la legislación autonómica antes vista, resulta lo siguiente: el impedimento de edad se recoge en iguales términos en todas. El parentesco por adopción no se recoge en algunas leyes. No se recoge en la ley balear el parentesco por afinidad, pero en este caso tiene sentido, porque es impedimento el vínculo matrimonial sin tenerse en cuenta la separación judicial ni de hecho, a diferencia de lo que ocurre en otras leyes. El impedimento de formar otra pareja estable puede interpretarse referido al propio Registro balear, pero a nuestro juicio parece que permite denegar la inscripción si se comprueba la inscripción en otro registro autonómico similar. Ello no elimina toda posibilidad de inscripción de una misma persona como integrante de más de una pareja, porque hay numerosas leyes autonómicas que no exigen la inscripción (Cataluña, Aragón, Navarra, Asturias y Canarias). La ley balear, a diferencia de muchas otras leyes autonómicas, considera impedimento estar casado aunque se esté separado judicialmente o de hecho. La rapidez con la que se puede obtener hoy una separación judicial o un divorcio ha –prácticamente– eliminado los problemas que a los autores de la ley catalana vigente planteaban los casados separados de hecho que conviven con otra persona. Podría pensarse que también conviene regular la convivencia de un casado separado de hecho que pasa a convivir con otra persona y que simplemente no quiere tramitar un procedimiento de separación judicial o divorcio, pero ¿no sería excesiva consideración por parte del Derecho hacia quienes no quieren observar las actuaciones diseñadas legalmente para cada situación?

El art. 2.2. exige que “como mínimo uno de los dos miembros ha de tener la vecindad civil en las Illes Balears y se exige sumisión expresa de ambos

al régimen establecido por ésta”. Este último inciso es una norma muy interesante, ya que evita la aplicación de la ley a las parejas que no quieran acogerse a la misma y evita problemas de inconstitucionalidad. De todas formas, interpretado esto en el conjunto de la ley, puede llevar a entender que esta declaración de voluntad impediría la aplicación de normas que debieran regir en aplicación del sistema de Derecho internacional privado, cuando tales normas no sean la propia Ley 18/2001. Este problema se solucionaría limitando la eficacia de la declaración de voluntad a aquellas situaciones jurídicas susceptibles de ser reguladas por la autonomía de la voluntad. Seguramente debe entenderse esto último, pero esta conclusión es resultado de una interpretación restrictiva (por su resultado) de la Ley. Un poco más de claridad hubiera sido deseable.

A la vecindad civil nos referimos más abajo, en el apartado “algunas cuestiones en particular”.

Como vemos, la Ley no permite la constitución de parejas de hecho en las que ninguno de sus miembros tenga vecindad civil balear, aunque estén empadronados en un municipio de Baleares y residan efectivamente en él. La principal razón estriba en la aplicación de muchas normas de la Compilación, aunque esto tropieza o puede tropezar con el sistema estatal de Derecho internacional privado.

La ley sí permite la constitución de una pareja en que uno de los miembros no tenga nacionalidad española.

Ningún artículo de la ley ni tampoco del Decreto que regula el Registro, que ahora citaremos, exige la residencia, ni la residencia habitual, ni el empadronamiento en un municipio de Baleares a ninguno de los miembros de la pareja. ¿Será porque se habrá (mal)entendido que la residencia está implícita en la “vecindad civil”? Los formularios que utiliza el Registro exigen constancia del domicilio y la práctica rechaza la inscripción si el domicilio no es en un municipio balear. De esta forma, aunque los dos convivientes tengan vecindad civil balear no pueden inscribirse en el Registro si ninguno está empadronado en un municipio de las Islas Baleares. Por el contrario, respecto de la vecindad civil, basta una mera declaración del o los interesados; en la práctica, por tanto, no se “acredita” ésta.

La ley es verdaderamente desafortunada al no referirse a las formas de constitución de la pareja. Sólo se ha fijado en la inscripción en el Registro y no se ha referido a ningún tipo de documento ni a un periodo de convivencia, a diferencia de lo que han hecho otras leyes autonómicas. Esta cuestión no fue resuelta por la norma reglamentaria, que se ha limitado, en cuanto a esto, a regular el procedimiento de inscripción; el art. 10.3 del Decreto sólo se refiere a la escritura como uno de los requisitos de la inscripción. Permitir

expresamente, como hace la ley, que las relaciones personales y patrimoniales puedan regularse en forma “oral o escrita” es desafortunado. La ley pretende equiparar las parejas al matrimonio y sin embargo no ha querido traer a su ámbito la regla que exige escritura pública para las capitulaciones matrimoniales.

La normativa reglamentaria se refiere al Registro de parejas estables. Se trata del Decreto 112/2002, de 30 de agosto, que ha sido ya modificado tres veces: por el Decreto 140/2002 de 13 de diciembre, por el Decreto 184/2003 de 21 de noviembre y, en cuanto a la gratuidad, para eliminarla, por la Ley 15/2012 de 27 de diciembre. El modelo de declaración de voluntad de constitución de pareja estable se encuentra en la Resolución de 30 de octubre de 2002 (BOCAIB de 5 de noviembre).

La normativa reglamentaria reitera los requisitos de la Ley y, respecto de uniones previas y vecindad civil dispone en su art. 9 que los interesados deben presentar, entre otras cosas, una declaración responsable de no formar pareja estable con otra persona inscrita y formalizada debidamente, la acreditación (la versión inicial decía “un certificado acreditativo”) de la vecindad civil balear de uno de los miembros de la pareja, que en los formularios del Registro aparece como una mera declaración del otorgante de que ha residido durante los últimos diez años en el territorio de las islas Baleares sin declaración contraria a adquirir la vecindad civil balear, y una declaración expresa y por escrito del sometimiento de ambos miembros al régimen que establece la vecindad civil de las Illes Balears. La norma reglamentaria no parece permitir que los convivientes pacten la aplicación de sólo unas normas de la ley; por ejemplo, que excluyan la aplicación de la equiparación al cónyuge en cuanto a efectos sucesorios. Nos parece que la ley sí permite esto y que el Registro niega indebidamente la libertad de pacto de los contrayentes. La práctica administrativa no permite la inscripción si no se presenta la declaración suscrita de sumisión a la propia ley en su totalidad y sin salvedades. Esto debiera ser corregido, aunque nos tememos que no será corregido si no hay un cambio en la norma legal.

El art. 10.2 dice que el Registro “ha de comprobar la exactitud y la suficiencia de los datos aportados” y, si es necesario, debe requerir a los interesados para subsanarlos. No se habla de consultar con otros registros autonómicos y no sabemos si esto se hace en la práctica.

No se dice expresamente que la inscripción de la constitución haya de pedirse por los dos miembros de la pareja, aunque está se presupone. Sí se dice expresamente para las modificaciones (art. 8.1).

Una declaración formal se exige por el art. 10.3: “comprobada la exactitud y suficiencia de los datos aportados, debe requerirse a ambos miembros de

la pareja para que, en el plazo de un mes y delante del responsable de Registro, delante de un notario o delante de un alcalde asistido por el secretario, formalicen conjuntamente y de forma escrita la voluntad de constituirse en pareja en una relación de afectividad análoga a la conyugal, sin condiciones y con carácter de permanencia.”

Como se ve, parece una copia del procedimiento matrimonial: una vez tramitado el expediente, se formaliza el compromiso que da origen al matrimonio. Máxime porque esta prestación de consentimiento de los convivientes se refiere sólo a la constitución de la pareja; no se refiere a la regulación del contenido de la relación de pareja. Esto último puede hacerse, pero no es necesario. Y en la práctica no se da.

El art. 10.4 del Decreto contiene una norma poco clara sobre el momento temporal de reconocimiento de efectos de la pareja. La inscripción es constitutiva pero el art. 10.4 dice que “la fecha que marca los efectos de la constitución es la declaración formalizada de acuerdo con el punto anterior”, o sea, la declaración ante el encargado del Registro, ante notario o alcalde.

Finalmente diremos, en cuanto al procedimiento de inscripción, que tras la formalización de la declaración anterior, la inscripción necesita una resolución favorable del Conseller de Presidencia, que se puede conseguir por silencio positivo en tres meses. No comprendemos por qué se ha creado este trámite y no se puede practicar la inscripción, sin más, por el encargado del Registro, una vez recibida la voluntad de los convivientes. Se trata de un trámite burocrático sin sentido desde el punto de vista del Derecho civil.

Los efectos constante la relación.

Los efectos patrimoniales constante la convivencia se regulan en los artículos 4 a 6. Los convivientes pueden pactar sobre las relaciones personales y patrimoniales en “cualquier forma admitida en derecho, oral o escrita” incluido sobre compensaciones al cese, con el límite de los derechos mínimos que establece la ley. Son nulos los acuerdos “contrarios al derecho y los que limiten la igualdad de derechos que corresponden a cada miembro de la pareja”.

En defecto de pacto, la ley da cuatro reglas:

- Contribución a las cargas: se contiene una regla igual a la que el art. 4.1 de la Compilación establece para el régimen matrimonial de separación de bienes mallorquín y menorquín. La ley, a diferencia de la regulación de la Compilación para el matrimonio, precisa lo que deba entenderse por gastos para el sustento de las cargas familiares en una enumeración que se contiene en el art. 5.2.

- Responsabilidad por deudas: responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante, “siempre que sean adecuadas al uso social y al nivel económico de la pareja”.
- Titularidad y disposición de bienes: hay separación completa.
- Derecho de alimentos: hay obligación recíproca de alimentos, que deben reclamarse con prioridad a cualquier otra persona.

Esta normativa sólo se aplica en defecto de pacto. El problema de inconstitucionalidad que afectó a la ley navarra no se da en la ley balear, como ya hemos dicho al comentar el art. 2.2.

Una reforma introducida por la ley 3/2009, de 27 de abril, ha añadido el siguiente párrafo 5 al art. 5: “En todas las relaciones patrimoniales, si consta convivencia, será de aplicación supletoria el art. 4 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears”.

Esta norma suscrita perplejidad y merece algún comentario.

En primer lugar hay que fijar su ámbito de aplicación: ¿a qué parejas se aplica? ¿Se ha roto el principio de constitución formal de las parejas? Amunátegui así lo entiende (3). Nuestra opinión es la misma, aunque nos hubiera gustado encontrar argumentos para defender lo contrario. En toda pareja estable inscrita debe haber convivencia, por lo cual la norma no puede referirse a las parejas estables inscritas. Además, si se hubiera querido extender a las parejas inscritas la aplicación del art. 4 de la Compilación se podría (debería) haber dicho así y sin embargo no se redactó así la norma. Entonces: ¿Se va a aplicar el art. 4 a parejas sin ningún requisito de constitución: ni capacidad, ni impedimentos, etc. sólo la mera convivencia, ya que ni siquiera hace falta que haya descendencia?

Esto por sí sólo ya sería desafortunado, por incoherente con el diseño que efectuó la propia ley. Y una fuente de problemas, porque el ámbito de aplicación apenas queda determinado. Pero es que su imperatividad convierte a esta norma en inconstitucional, en aplicación de la doctrina del TC, que en seguida reseñaremos, ya que se aplica a sujetos que no la han consentido.

Por ello, entendemos que esta norma es inaplicable. De rebote, queda eliminado el gran problema de dilucidar qué es lo que habría que aplicar del art. 4.

Finalmente, hay equiparación a los casados en cuanto a la tutela, curatela, incapacitación, declaración de ausencia y prodigalidad. Raimundo Clar consideró esto una modificación del régimen del Código Civil, para lo que la C.A. balear no tenía competencia (4). Nosotros vemos el problema, en

cambio, no en la invasión de competencia, sino en la aplicación de esta norma con independencia de la voluntad de las partes.

La extinción y sus efectos.

Las causas de extinción se enumeran en el art. 8 de la Ley: por mutuo acuerdo, por decisión unilateral comunicada fehacientemente al otro, por cese efectivo de la convivencia durante más de un año, por matrimonio o por muerte de uno de los convivientes.

Cabe plantear si las causas de extinción operan de manera automática o sólo son motivos para cancelar la inscripción. Dicho con otras palabras: dado que la inscripción de la pareja en el Registro es constitutiva, ¿la inscripción de la extinción también lo es?

El art. 8.2 dispone que “los dos miembros de la pareja están obligados, aunque sea de forma separada, a dejar sin efecto la declaración formal que se hayan otorgado”. Esta norma no resuelve la cuestión, pues no se refiere a la inscripción. Del contexto de la Ley parece que la inscripción de la extinción es meramente declarativa. La pareja se extingue desde el momento en que se ha producido una de las causas de extinción.

El Decreto 112/2002 contiene la siguiente norma en su art. 8.5: “En el caso de que una modificación, cancelación o anulación tenga efectos lesivos para uno de los miembros o para sus hijos, la jurisdicción civil debe tomar una decisión al respecto”.

Este artículo crea una norma procesal, para lo que no está clara la competencia autonómica. Quizá podría aceptarse ya que se trata de una peculiaridad procesal derivada del Derecho sustantivo, si bien esto presupone que no se discute la competencia autonómica para regular sustantivamente la materia.

Hay una amplia regulación de los efectos patrimoniales de la extinción.

En primer lugar, la extinción implica la revocación de los poderes que un conviviente hubiera otorgado al otro. Una norma igual se encuentra en las diversas leyes autonómicas, como hemos visto. Y se recoge en el art. 102 CC como un efecto automático de la admisión de la demanda de separación, nulidad y divorcio. En opinión de quien suscribe, la revocación no debería ser ex lege, sino que debería realizarse por cada miembro de la pareja. Las normas no deben ser tan tuitivas. Hay cuestiones que deben ser dejadas a los particulares: que cada uno cuide de sus propios intereses. No cabe aquí alegar el art. 102 CC, pues esta norma se da cuando ya se ha interpuesto una demanda de nulidad, separación o divorcio; es decir, cuando hay un peligro real de abuso del poder. Además, una norma de igual contenido –de la ley navarra– ha sido declarada inconstitucional.

En segundo lugar, se regula la posibilidad de una pensión periódica, en caso de necesidad para el sustento futuro de uno de los convivientes, siempre que se dé alguno de los requisitos del art. 9.1. Llama la atención que se haya regulado un derecho a pensión en la ley de parejas estables y no se haya hecho en la Compilación para el matrimonio. En caso de matrimonio hay que acudir al art. 97 CC, con lo que se puede crear una desigualdad entre parejas y matrimonios contraria al principio constitucional. En el mismo sentido, M^a Pilar Ferrer (5).

Y en tercer lugar, y con independencia de la pensión, se regula una posible compensación económica si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad que implique enriquecimiento injusto y el conviviente ha realizado trabajo para la familia o para la adquisición, conservación y mejora de bienes comunes o propios del otro. Esta compensación no está prevista para el matrimonio por la Compilación, ni en el Derecho de Mallorca-Menorca ni en el de Ibiza-Formentera, con lo cual se crea una situación de desigualdad con los matrimonios, sin perjuicio de introducir una figura jurídica difícil de interpretar. Como sabemos, una STSJ de 24 de marzo de 2010 aplicó la compensación a un matrimonio, alegando precisamente este artículo de la ley 18/2001, por la identidad de razón que se aprecia entre pareja y matrimonio. No compartimos la doctrina de esta sentencia, pues nos parece que los jueces se han atribuido el papel de legisladores. Es una materia interesante, aunque no la podemos tratar en este momento para no alargar más este trabajo. Permitásenos sólo decir que entendemos que esta compensación sólo debe entenderse procedente en caso de que el conviviente que la reclame haya contribuido al levantamiento de cargas de forma superior al otro; en otro caso se está pagando doblemente el trabajo para la casa, ya que el conviviente que lo hace está cumpliendo su obligación de contribuir al levantamiento de cargas y a la vez estaría cobrando por ello. Esta es la interpretación que hemos sostenido recientemente al interpretar el art. 1438 CC y la consideramos igualmente aplicable a la ley balear (6).

En materia sucesoria, el art. 12 da derecho al sobreviviente a la predetracción del ajuar de la vivienda habitual común y, si el causante era arrendatario de la vivienda, el sobreviviente tiene derecho a subrogarse en los términos que establece la legislación sobre arrendamientos urbanos. Esta última norma es innecesaria porque ya se recoge en la LAU. Asimismo, el art. 13 otorga al sobreviviente, tanto en la sucesión testada como en la intestada “los mismos derechos que la Compilación de Derecho civil balear prevé al cónyuge viudo”. Esto implica que en el Derecho de Mallorca y Menorca será legitimario y que en la sucesión intestada tendrá los derechos reconocidos al cónyuge viudo por el art. 53 (en el Derecho de Mallorca y

Menorca) y 84 (en el de Ibiza-Formentera). La igualación sucesoria al matrimonio ha hecho ab initio inviable la inscripción de parejas formadas por personas mayores que precisamente no han contraído matrimonio para evitar perjudicar a los hijos de un anterior matrimonio, ya que si se casan el nuevo cónyuge tiene el usufructo legal; esto mismo ocurre ahora si se registran como pareja estable.

La ley no dice si cabe pacto sobre la materia sucesoria. Habrá que estar a lo que disponen las normas reguladoras de cada institución. M^a Pilar Ferrer (7) sostuvo, lo cual suscribimos, que los pactos que deben otorgarse en espòlits no caben entre convivientes, pues las capitulaciones son propias del matrimonio, pero sí caben los pactos que puedan otorgarse en escritura pública, como una fiducia sucesoria y pactos sucesorios.

Algunas cuestiones en particular.

1- La competencia autonómica para regular las parejas de hecho.

En nuestra opinión, puede haber inconstitucionalidad si la regulación autonómica equipara la pareja no matrimonial al matrimonio en todo o “casi todo” porque entonces estaríamos ante una “forma de matrimonio” regulada por una ley autonómica, contra lo que dispone el art. 149.1.8.

Como hemos dicho más arriba, la ley balear ha dispuesto una equiparación, aunque sin llegar a ser total. Son muchas más las materias en que aplican a parejas y matrimonios las mismas o parecidas normas que las que no. Entre las primeras se encuentran las que hemos comentado al tratar de los efectos de la relación de pareja. Entre las escasas normas que se aplican al matrimonio y no a las parejas podemos citar: la presunción de cotitularidad de bienes (art. 3.3 de la Compilación), la dispensa de devolución de frutos en caso de administración por un cónyuge de bienes del otro (art. 4.2 de la Compilación), la presunción de gratuidad y las causas especiales de revocación de donaciones (art. 4.3 de la Compilación).

Creemos que, como poco, se está cerca del límite de constitucionalidad. De cara a una reforma de la Ley, vamos a proponer una menor equiparación, por la vía de dejar la regulación a la autonomía de la voluntad.

Sin perjuicio de lo que acabamos de decir, en materia de competencia autonómica resulta hoy inevitable examinar la STC 93/2013 de 23 de abril, de la que resultan importantes consecuencias, especialmente en el caso de CC.AA. con competencia en materia de Derecho civil, como fue en ese caso concreto Navarra. Esta STC ha declarado inconstitucionales muchos artículos de la ley navarra de parejas estables, y contiene un voto particular que defiende la inconstitucionalidad de toda la ley.

Se alegó por los promotores del recurso:

- La ley invadía la competencia estatal de regular “relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio”. Esto no sólo comprende las formas externas de celebración de la propia legislación estatal, sino cualesquiera otras. No pretende proteger la familia sino regular una relación conyugal, partiendo de la identidad sustantiva de ambas relaciones como presupuesto de su propia regulación. La diferencia entre matrimonio y pareja estable la pone en el cumplimiento de una formalidad.

En contra, se dijo por el Parlamento Navarro que la ley no regula una nueva forma de matrimonio, sino sólo los efectos jurídicos de una realidad social (las parejas estables) en ámbitos en que la C.A. tiene competencia, como el Derecho civil. Los modelos de familia no los introduce el Derecho, sino que están en la sociedad.

- Invade la competencia estatal sobre normas para regular las reglas sobre aplicación y eficacia de las reglas jurídicas y sobre conflictos de leyes, al disponer que la ley se aplica las parejas cuando al menos uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra (art. 2.3).

- La constitución forzosa de la pareja, con independencia de la propia voluntad de los convivientes, por mero transcurso del tiempo de convivencia o por el simple hecho de convivir, sin plazo mínimo, si han tenido un hijo, conculca la libertad de sus miembros. Ello es contrario al art. 10.1 (libre desarrollo de la personalidad), 18 (intimidad personal) y a la libertad de elección de no contraer matrimonio que deriva del art. 32.

El TC decidió:

- El matrimonio y la pareja estable no son realidades jurídicamente equivalentes. El legislador puede deducir razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida. La ley navarra regula una realidad social diferente al matrimonio, ceñida a las parejas de hecho que reúnan ciertos requisitos. No obsta a esta conclusión que la ley navarra regule las parejas estables con el fin de eliminar discriminaciones en función del grupo familiar del que se forme parte: tal pretensión “se consigue articulando un régimen jurídico diferente y específico para las relaciones familiares establecidas a partir de las parejas estables. El Parlamento navarro está facultado para “valorar el fenómeno que las parejas estables suponen en el marco de sus competencias y para extraer, en el campo específico de las realidad correspondiente a las mismas, las consecuencias que estime procedentes dentro de su ámbito competencial”. En concreto, “puede regular determinados efectos jurídicos derivados de la relación entre los que conviven de hecho, en el ejercicio de las competencias de que dispone”.

El voto particular dice que la palabra “matrimonio” del art. 32 no impide entender que abarca cualquier otra regulación jurídica de las parejas estables ligadas por una relación de afectividad análoga a la conyugal, aunque esa otra institución jurídica no lleve el nombre de matrimonio pero cumpla la misma función social. Y que la regulación de las parejas de hecho no cabe en la competencia civil de la C.A. de Navarra pues se trata de una institución que no existía en la Compilación, ninguna institución foral guarda la menor conexión con la institución de las parejas de hecho y su regulación no cabe en la expresión “conservación, modificación y desarrollo” del art. 149.1.8, pues este art. no atribuye una competencia ilimitada *ratione materiae*, sino que permite regular instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación.

- El art. 2.3 es inconstitucional por ser una norma para resolver conflictos de leyes; no permite ser interpretada, entre otras cosas por su imperatividad, como norma que sólo regula la aplicación de la ley navarra siempre que la aplicación de ésta sea posible según las normas estatales para resolver los conflictos de leyes. La adopción de normas delimitadoras de los ámbitos de aplicación espacial y personal de las normas autonómicas no puede usarse como técnica de solución de conflictos de leyes.

- La ley navarra no conculca la libertad de no contraer matrimonio, pues no se refiere al matrimonio, sino a una situación distinta. Se rechaza por tanto la vulneración del art. 32. En cuanto a los arts. 10 y 18, dice: “una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo.... La restricción referida lógicamente no opera respecto a medidas legales que tutelén derechos fundamentales de los dos o de alguno de los componentes de la pareja de hecho, supuesto en el que se deberán tomar en cuenta los criterios generales sobre la necesidad, adecuación y proporcionalidad de las medidas atendiendo a los intereses en juego, de manera que el sacrificio del libre desarrollo de la personalidad sea el estrictamente indispensable.” A consecuencia de esto, es inconstitucional que la ley se aplique a las parejas por el mero hecho de que la convivencia dure un plazo de tiempo o por el hecho de convivir y tener un hijo común.

Y, a consecuencia de lo que se acaba de reseñar en el párrafo anterior, el TC declaró inconstitucional:

- La revocación automática de poderes al darse una causa de extinción de

la pareja, ya que precisamente al ser automática “colisiona frontalmente con la libertad consagrada en el art. 10.1”.

- La obligación de respetar los derechos mínimos regulados de forma imperativa por la ley y la imposibilidad de renuncia.

- La prohibición de pactar término o condición, pues “coarta la libertad de pactos de los miembros de la pareja, que en la medida en que no atenten a principios constitucionales no podrán excluirse en una relación de estas características” y vulnera el art. 10.1.

- Toda la regla de contribución a los gastos y de definición de éstos, en defecto de pacto, por ser imperativa.

- La regulación completa de la pensión periódica y de la compensación por trabajo para el hogar o para el otro conviviente, ya que la ley permite exigir las aunque los convivientes no hubieran acordado nada sobre ello.

- La regulación sobre responsabilidad de un conviviente por deudas contraídas por el otro para gastos necesarios para el mantenimiento de la casa e hijos comunes. El TC dice: “aunque pudiera considerarse como una consecuencia necesaria de la convivencia libre y voluntariamente asumida, evitando que la misma pudiera producir perjuicios a terceros, lo cierto es que merece igualmente la declaración de inconstitucionalidad, ya que se impone de manera absoluta a los integrantes de la pareja, sin permitirles siquiera el establecimiento voluntario de un régimen distinto, por lo que vulnera el art 10.1”.

- La equiparación al matrimonio en cuanto a la aplicación de disposiciones relacionadas con la tutela, curatela, incapacitación, ausencia y prodigalidad, pues se realiza esta equiparación de efectos sin contar con la voluntad de los integrantes de la pareja, por lo que también se contraría el art. 10.1.

- La equiparación al cónyuge en cuanto a derechos sucesorios reconocidos por la ley. Sólo los propios convivientes pueden acordar los derechos que pueden corresponder a cada uno en la sucesión del otro.

- Y la equiparación al cónyuge en la legislación fiscal de navarra, por la misma razón.

Esta sentencia tiene que ser tenida muy en cuenta a la hora de realizar propuestas de reforma de la Ley balear vigente.

2- *El requisito de la vecindad civil (art. 2.2).*

Parece que este requisito se ha puesto en la ley balear como criterio delimitador de la aplicación de la ley, no como norma de conflicto de Derecho internacional privado. Esto último sería algo para lo que la C.A. no tiene competencia. Entendemos que por ello no debe considerarse inconstitucional,

ya que no es funcionalmente equivalente a una norma de conflicto. No obstante, esta exigencia restringe, de hecho, el ámbito personal de aplicación de la ley: hay “dos escalones” que subir para conseguir su aplicación.

Este requisito no puede tener ninguna eficacia a la hora de resolver conflictos de leyes. No impide ni puede impedir la aplicación de las normas estatales. El problema es que la inscripción en el Registro va a determinar en la práctica la aplicación de la ley balear y pudiera haber casos en que, por aplicación de las reglas de Derecho internacional privado estatal, se trate de parejas que no deben quedar sometidas a la ley balear. Por ejemplo: una pareja en que uno de sus miembros tiene vecindad civil mallorquina y la otra persona, aragonesa, cuya convivencia se inició hace tres años en Zaragoza, traslada su residencia a Palma de Mallorca y se inscribe en el Registro balear de Parejas, que es algo perfectamente posible en la práctica. Es cierto que esta situación ha quedado probablemente solucionada por la STC de 2013, ya que se podría sostener que la ley aragonesa nunca pudo ser aplicable. En todo caso, obsérvese la inseguridad jurídica en que nos encontramos.

La sumisión expresa que los convivientes hacen, al tiempo de inscribirse, al régimen establecido por la ley ¿qué consecuencias tiene? La respuesta tendrá que ser, en nuestra opinión, la siguiente: la aplicación de la Ley en todo aquello a que los sujetos puedan someterse. Ni más ni menos. En materia sucesoria la sumisión no puede tener consecuencias, pues no cabe elección de ley; ni siquiera cuanto entre en vigor el Reglamento sucesorio europeo podrá una persona elegir la ley nacional de su cónyuge (o asimilado). Como se ve, esta interpretación lleva a una aplicación de la Ley a menos cuestiones de las que a primera vista parecen, pues ya no todos (decimos “todos”) los derechos “son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles”, por decirlo con las palabras de un artículo de la ley (art. 4.2 in fine).

3- La cuestión de la Ley balear aplicable: mallorquina, menorquina o pitiusa.

A esto se debe responder aplicando los mismos criterios que acabamos de reseñar. O sea, debe aplicarse el Derecho que determine la vecindad civil del causante. En todo caso, y afortunadamente, la Ley no pide la sumisión al Derecho de una de las Islas, sino sólo una sumisión genérica al Derecho balear. Las normas del art. 12, sin embargo, nos parecen de aplicación en todas las Islas.

4- La posible o imposible aplicación analógica a parejas no inscritas.

Esta cuestión se plantea hoy de forma muy distinta a hace unas décadas, cuando todavía no había normativa de parejas estables ni se había modificado la naturaleza legal del matrimonio.

En general, la doctrina es reacia a aplicar las normas de las parejas "legales" a las parejas que quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley. Como muestra, Amunátegui (8) ha señalado: "si el legislador parte de un estándar de pareja como destinatario está excluyendo de su contenido todas aquellas uniones que no coincidan con el tipo previsto, proceder que elimina, en mi opinión, el recurso a la analogía al no existir ausencia de ley; la hay, pero sólo regula una serie de uniones y no otras. Por tanto, quedaría vedado el recurso al contenido de la ley a aquellos convivientes que no cumplieran sus requisitos."

También la jurisprudencia está siguiendo esta tendencia. En una STS de 12.09.2005 se ha dicho lo siguiente: "con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello, debe huirse de la aplicación por analogía legis de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad."

En nuestra opinión, la inaplicación de las normas del matrimonio y de las parejas no matrimoniales (inaplicación que defendemos) no puede llevar a rechazar toda pretensión de un conviviente frente al otro, aunque ello tendrá que ser estimado sólo en casos verdaderamente excepcionales. La respuesta vendrá por la vía de aplicar los criterios que ha ido fijando la jurisprudencia a lo largo de los años, pero repetimos, sólo en situaciones muy justificadas, en la que pueda deducirse un consentimiento tácito de los convivientes para la producción de efectos jurídicos y/o en la que la desestimación de la pretensión choque fuertemente con lo que pueda considerarse evidentemente justo. Los criterios jurisprudenciales han sido: aplicar las reglas del enriquecimiento injusto, la analogía con algunas normas dadas para el matrimonio como el uso de la vivienda habitual del art. 96 y la pensión compensatoria del art. 97 CC, la responsabilidad extracontractual, y las normas previstas para la disolución de sociedad civil o la comunidad de bienes. Y, si hay pactos entre los convivientes, dentro de los límites genéricos a la autonomía de la voluntad, estar a lo pactado. Esto último es lo más eficaz. Pero es muy poco usado.

Se puede decir que, en defecto de pacto, se está de lleno en una situación de inseguridad, y es cierto, pero se trata de un efecto intrínseco, en nuestra opinión inevitable, por ser imputable a los propios convivientes.

No corresponde extendernos en este trabajo más sobre esta cuestión.

5- Cuestiones de Derecho internacional privado.

La ley autonómica, en el contexto de las otras muchas leyes autonómicas y de la falta de regulación estatal específica, plantea numerosos problemas.

En materia de relaciones patrimoniales puede plantearse la cuestión de si hay que aplicar los criterios fijados para las relaciones patrimoniales entre cónyuges (por analogía) o para los contratos o, en su caso, para el enriquecimiento sin causa o para otros supuestos. Nos inclinamos a pensar, dado que no hay ley estatal de parejas no matrimoniales y la jurisprudencia constitucional no ha equiparado al matrimonio las parejas no matrimoniales reguladas por las leyes, que cada relación jurídica en que se plantee la controversia sobre ley aplicable, en caso de distinta vecindad civil de los convivientes, tiene que regirse por la norma de Derecho internacional privado que regule esa materia.

Así, habría que ir aplicando las distintas reglas de los arts. 9 y 10 CC según el caso de que se tratara: obligaciones contractuales, responsabilidad por deudas, derechos reales, sucesión mortis causa, etc. En todo caso hay el problema previo de conforme a qué ley se califica si estamos ante una pareja de hecho o no, lo que no es fácil de resolver pues no olvidemos que en la diversa legislación autonómica hay criterios dispares: unos formales y otros factuales. En defecto de ley estatal de conflicto, habrá que ir resolviendo esta cuestión según la ley que más elementos de conexión presente con el caso de que se trate.

En las sucesiones mortis causa es seguramente donde pueden plantearse los problemas más difíciles de resolver.

En nuestra opinión, la *lex successionis* sólo puede ser la que determine el sistema de Derecho internacional privado. A día de hoy, hay que aplicar el art. 9.8 CC, y para las sucesiones abiertas a partir del 17 de agosto de 2015, el Reglamento Sucesorio Europeo. Se trata de normas imperativas y no alcanzamos a entender cómo la voluntad de los convivientes o una ley autonómica (incompetente) pueda desplazarlas.

Veamos distintos supuestos, refiriéndonos sólo a los derechos sucesorios por ministerio de la ley, prescindiendo de si el causante otorgó testamento, que en todo caso sería válido, sin perjuicio de legítimas y reservas establecidas por la *lex successionis*:

- Si el causante tiene vecindad civil balear al tiempo de fallecer, se aplican las normas de la Compilación y no se plantean mayores problemas.

- Si el causante no tiene vecindad civil balear: entendemos que su sucesión se rige por la Ley que determine el sistema de Derecho internacional

privado: art. 9.8 CC y desde el 17 de agosto de 2015 el Reglamento Sucesorio Europeo. La Ley autonómica no puede impedir la aplicación de esto. La declaración de sumisión al Derecho balear tampoco puede tener el efecto de desplazar la aplicación de normas de conflicto imperativas. Tampoco la puede tener al amparo de la nueva normativa europea que entrará en vigor en agosto de 2015. Nos referimos a la elección de Ley aplicable a la propia sucesión que permite el Reglamento europeo; se exige que tal elección se haya hecho constar en testamento. No es el caso de la declaración al encargado del Registro balear. Esa declaración sólo puede verse como un requisito (una formalidad) para la inscripción, sin que pueda tener más efectos que aquellos que las normas sustantivas que resulten aplicables (estatales o autonómicas según la competencia) establezcan.

Por tanto, ninguno de los efectos previstos en los arts. 12 y 14 de la Ley balear pueden darse en este caso.

- Si el causante tuvo vecindad civil balear pero la perdió y la pareja sigue inscrita en el Registro de Baleares: la solución tiene que ser la misma que si nunca la tuvo.

- Si el causante aparece inscrito como pareja en varios registros autonómicos: también creemos que debe aplicarse la misma solución; es decir, se aplica la Ley personal del causante, ex art. 9.8 CC, y desde agosto de 2015 el Reglamento europeo, prescindiendo de las normas que puedan regir los efectos sucesorios de la/s pareja/s.

Un ejemplo concreto.

Si una pareja de mallorquines se traslada a vivir a Barcelona y adquieren ambos, por declaración o por residencia sin declaración, la vecindad civil catalana, la sucesión de cualquiera de ellos se regirá, según la normativa aplicable a la fecha en que escribe este trabajo, antes de la entrada en vigor del Reglamento sucesorio europeo, por la Ley catalana, pero los efectos patrimoniales durante la convivencia se deben seguir rigiendo por la Ley balear, incluido el derecho o inexistencia de derecho a una compensación por trabajo si la pareja se extingue en vida de ambos. Pero los derechos del art. 231 del CC catalán (predetracción del ajuar y uso de la vivienda por un año) parecen haberse configurado como derechos matrimoniales, no sucesorios, por lo que no se deberán regir por la ley sucesoria.

¿Se aplicaría esto en la práctica?

La dificultad de fijar con exactitud el momento inicial de la relación de pareja, según el Derecho catalán, permite de hecho una cierta facultad de elección del Derecho aplicable, salvo que el criterio "factual" se entienda inaplicable tras la STC de 2013 referida a la ley navarra.

Lo mejor sería una normativa estatal propia sobre esta materia. Al menos, sabríamos con un poco más de seguridad a qué atenernos.

En definitiva.

La ley balear 18/2001 es inconstitucional en muchas materias. Es desafortunada en otras muchas. Es poco clara y contradictoria en sí misma, máxime desde la reforma de 2009. Estas críticas pueden hacerse también de otras leyes autonómicas pero la ley balear, y es triste reconocerlo, ocupa un lugar en el podio de ganadores. Es una razón que a nuestro juicio exige una reforma urgente y profunda. Además, aunque esto es una opinión más personal, realiza una equiparación excesiva al matrimonio, que debiera ser también corregida, aunque sólo fuera, que no lo es, para evitar la inconstitucionalidad. El TC no llegó a decirlo respecto de la ley navarra, pero la cuestión puede replantearse con cada ley autonómica, pues la regulación es diferente en caso.

V.2.- ¿Hay que regular las parejas de hecho?

¿Qué hay que regular?

Estadística de inscripciones en el Registro de Baleares:

En los primeros años de funcionamiento se practicaron las siguientes inscripciones, según información comunicada en su día por el propio Registro: en 2002 –primer año de funcionamiento del Registro– hubo 26 inscripciones (14 homosexuales y 12 heterosexuales) y ninguna cancelación; en 2003 hubo 173 inscripciones (29 homosexuales y 144 heterosexuales) y 1 cancelación (heterosexual); en 2004 hubo 198 inscripciones (27 homosexuales y 171 heterosexuales) y 9 cancelaciones (sólo heterosexuales).

En los últimos tres años la estadística ha sido la siguiente: en 2012 hubo 545 inscripciones y 69 cancelaciones; en 2013, 199 inscripciones y 42 cancelaciones; y en 2014, 265 inscripciones y 90 cancelaciones. El Registro no nos ha suministrado una información más detallada respecto de estos años.

En la práctica notarial no vemos muchas parejas estables inscritas. La constitución por escritura pública es algo que no se hace, salvo contadas excepciones. Los interesados acuden directamente al Registro de parejas. La configuración que hace la ley balear de la escritura como mero trámite de constitución no ayuda a que en ésta se recoja la regulación que los convivientes quieren darse, para evitar problemas de inscripción. Quien suscribe sólo recuerda dos desde el año 2001 hasta hoy, y una de ellas es porque uno de los convivientes estaba preso y no podía acudir al Registro de parejas. Si nos encontramos con convivientes que se han inscrito como

“pareja” en algunas escrituras de compraventa de inmuebles (muy pocas) y, sobre todo, en testamentos y de documentos suscritos por extranjeros relacionados con expedientes de extranjería. En cuanto a la finalidad de dos convivientes de constituirse como “pareja inscrita” no hay datos fiables. El que suscribe sólo puede apuntar alguno, tomado de conversaciones con otorgantes o de lo que se puede deducir de los otorgamientos. En muchos casos, se trata de conseguir beneficios administrativos: funcionarios que quieren obtener de la Administración el mismo trato que los casados; empleados de grandes empresas que pretenden lo mismo; presos que quieren obtener del Centro penitenciario una autorización para ser visitados por esa persona; parejas que conviven y que quieren que el sobreviviente liquide en su día el impuesto de sucesiones al tipo reducido de “cónyuge”; extranjeros que quieren reagrupar a la persona con quien conviven. Este último caso es el más frecuente. Y, aunque no tiene por qué ser así, la ley de parejas facilita el fraude porque antes había que simular un matrimonio y ahora la desinscripción como pareja ha hecho todo más fácil. En todo caso, la inscripción como pareja, por el mero hecho de serlo, aunque estamos seguros que también se da, apenas nos la han mencionado.

La regulación de efectos constante la convivencia o para el caso de cese es un caso con el que quien suscribe no se ha encontrado nunca. Es difícil pensar que haya casos en que les interese, en la práctica, no en la teoría, regular su convivencia constante la convivencia. Es más fácil que quieran regular los efectos del cese. Sin embargo, tampoco autorizamos en la práctica escrituras de este tipo. Sí, aunque muy pocas, en el caso de personas casadas o que van a contraer matrimonio, especialmente si son de distintas nacionalidades.

Argumentos para regular.

Algunas razones para regular pueden ser las siguientes:

La situación presenta muchos problemas iguales a los que se dan en el matrimonio, como por ejemplo la contribución a las cargas familiares, la responsabilidad por deudas contraídas para gastos comunes, y la situación en que queda cada conviviente en caso de ruptura; posible pérdida de nivel de vida, dificultad para encontrar trabajo, obligación de mantener a hijos, eventuales compensaciones por trabajo para la casa.

Ha aumentado el número de parejas que no se casan, los criterios de moralidad hoy dominantes no las consideran contrarias a la moral ni buenas costumbres y hay más pluralismo social e ideológico que hace 30 años. El Derecho debe tener en cuenta esta realidad cuando razones de oportunidad, equidad y justicia así lo aconsejen. Estos argumentos fueron defendidos por Martínez Tapia hace ya algunos años. (9)

Puede defenderse que el art. 39 de la Constitución contiene un concepto amplio de familia, que incluye la matrimonial y la extramatrimonial: “una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales, la voluntad reflejada en los debates constituyentes, los criterios jurisprudenciales emanados del TEDH y una interpretación de la norma constituyente adecuada a la realidad social a la que debe aplicarse” así lo hacen pensar (Rallo Lombarte). (10)

Las directrices de libertad y el respeto al libre desarrollo de la personalidad serían incompatibles con la falta de consecuencias jurídicas de la unión libre. Este argumento, que es el que se suele alegar en las exposiciones de motivos de muchas leyes autonómicas, es quizá el más endeble, porque realmente adonde lleva es a permitir que los convivientes regulen por sí mismos su relación.

Aunque haya parejas que, al menos al principio de su relación, quieran mantenerse al margen del Derecho, el Ordenamiento no puede desentenderse de la protección del débil en esa relación ni del posible enriquecimiento injusto de uno a costa del otro. La libertad no puede estar exenta de responsabilidad.

Si no se regula algo se mantiene una situación de gran inseguridad, que puede dar lugar a resoluciones judiciales dispares, ya sea en sentido de dar a algún conviviente más derechos que si hubiera estado casado o, por el contrario, rechazar totalmente sus pretensiones o dejarlas reducidas al mínimo. Una STS 17 enero 2003 dice textualmente, en una reclamación a consecuencia de una extinción de pareja no matrimonial: “la jurisprudencia de esta Sala ha tenido en cuenta caso por caso y a la especialidad de cada uno le ha aplicado la solución más justa”. Esto lleva a resoluciones de todo tipo, lo cual es por sí un nuevo problema, ya que el arbitrio judicial debiera evitarse todo lo posible.

La alegación del principio de igualdad, aunque aparece en muchas leyes autonómicas, no nos parece, en cambio, un argumento para regular. El matrimonio y la pareja no matrimonial no son situaciones iguales. Es cierto que la diferencia es mucho menor que en 1990, pero esto ha sido por el cambio legal habido en el matrimonio. Alegar la igualdad nos parece imponer (peligrosamente) un consenso en el que todo se ha valorado previamente por igual.

Argumentos para no regular.

Como argumentos para no regular, podríamos decir:

Parece un contrasentido regular una situación que nace precisamente huyendo de toda regulación para no tener atadura legal alguna (Cantero

Núñez). (11) La pareja que no se casa es porque no quiere. Ya lo dijo la Ley catalana 10/1998 en su exposición de motivos, aunque luego no fue muy congruente con esto.

Hoy, además, la posibilidad de casarse y de divorciarse está tan facilitada que el matrimonio "legal" casi puede decirse que es una pareja estable que se inscribe en el Registro civil en lugar del Registro autonómico. La diferencia entre matrimonio y pareja no matrimonial se ha desdibujado. En el matrimonio "legal" caben muchas situaciones diferentes, desde un compromiso para toda la vida a una convivencia sin compromiso de permanencia; y pueden casarse personas del mismo sexo, el divorcio es "expres", etc. Ello hace perder sentido a una doble regulación, que además está teniendo una orientación dispar: la tendencia legislativa sobre el matrimonio se ha dirigido hacia la desregulación y en las parejas de hecho, hacia la imperatividad.

Asimismo, imponer deberes por el mero hecho de la convivencia a quien voluntariamente no los ha asumido, parece atentatorio contra su libertad. Eso sería hacer primar la protección económica de un conviviente frente a la libertad de organizar su convivencia sin casarse. Si uno no se casa, será porque no quiere que se le aplique el entramado de deberes y derechos del matrimonio. Si la ley establece estos efectos, o unos muy similares, para parejas no casadas, obliga a aplicar a éstas precisamente lo que han tratado de evitar. La voluntad de proteger a uno de los convivientes se convierte en la imposición de deberes al otro, que le pueden ser exigidos judicialmente. Esto se da especialmente en las leyes que aplican sus efectos a la mera situación de convivencia, sin declaración de la pareja de constituirse formalmente en tal. Las parejas pueden no saber que por la mera convivencia durante un período de tiempo se van convertir en sujetos de deberes uno frente al otro, y esto se a producir sin que puedan evitarlo. No es el caso de Baleares, pero sí el de Cataluña o Aragón. El caso "peor" es el de tener un hijo común, porque en estos casos ni siquiera se exige tiempo mínimo de convivencia.

La exposición de motivos de alguna ley, como la de Andalucía, cae un poco en una trampa que ella misma se crea: empieza diciendo que las parejas no casadas han nacido por el "ejercicio por los ciudadanos del derecho a regular sus relaciones personales, sin la sujeción a reglas previamente establecidas que condicionaran su libertad de decisión" pero a continuación el texto articulado regula derechos y deberes, algunos de los cuales son inderogables por los convivientes.

Por otro lado, es muy difícil precisar exactamente la relación protegida. Las parejas no matrimoniales pueden adoptar muchas formas y poner un límite puede ser arbitrario; siempre unas parejas quedarán dentro y muchas

otras fuera. Toda ley de parejas deja siempre fuera a todas las parejas que no cumplen los requisitos de la ley, porque la ley no tiene más remedio que delimitar su propio ámbito de aplicación; en el caso balear, son todas las parejas que no se inscriben en el Registro. Y, a la hora de plantear cuestiones jurídicas, la situación de estas parejas no reguladas por la ley es prácticamente la misma que las de las parejas "reguladas": levantamiento de las cargas familiares, responsabilidad por deudas contraídas para gastos comunes o situación en que queda cada conviviente en caso de ruptura. Entonces, surge la cuestión de qué hacer en estos casos: si aplicar las normas de parejas por analogía (¿cómo va a ser esto posible si los convivientes no han querido acogerse a la ley?), acudir a principios generales del o simplemente rechazar toda pretensión que se plantee alegando que el que no usa de los medios que da el Ordenamiento tiene que imputarse a sí mismo los perjuicios de esa omisión.

Esta dificultad es un argumento a favor de que las leyes se apliquen a las meras situaciones de convivencia, como hacen algunas leyes autonómicas, pero esto plantea el problema de que quizá los convivientes no lo quieran. ¿Dónde se pone el límite entre la situación que debe tener efectos jurídicos y la que no?

En todo caso, parece que una norma de este tipo podría ser declarada inconstitucional.

Qué habría que regular (y qué se puede regular, a la vista de la jurisprudencia constitucional).

Entendemos que es mejor dejar la solución de los problemas en primer lugar a la autonomía de la voluntad. La normativa de finalidad tuitiva puede ser restrictiva de la libertad que se reconoce a las partes para organizar su vida afectivo-sexual.

En todo caso, quien suscribe entiende que es bueno regular algo, ya que hay muchas personas que conviven sin estar casadas, pretenden una cierta equiparación legal al matrimonio, o al menos un cierto reconocimiento legal, y conviene precisar algunos efectos jurídicos, aunque sólo fuera, que no lo es, para evitar la arbitrariedad judicial.

No se está diciendo con esto que la regulación de las parejas de hecho sea una exigencia del principio constitucional de igualdad.

No nos parece recomendable una regulación orgánica, que terminaría por constituir un "matrimonio de segunda clase" o al menos una regulación paralela un tanto inútil, además de probablemente inconstitucional si pudiera considerarse una "forma de matrimonio". Compartimos la opinión de Parra Lucán: "Si de lo que se trata es de atribuir a las parejas no

casadas efectos análogos al matrimonio carece de sentido establecer dos formas alternativas para conseguir los mismos efectos (celebración del matrimonio/constitución de pareja formal). El legislador debiera estimular una única forma de acceso a un esquema formal que garantizara de forma cierta el conjunto de derechos y deberes exigibles entre las partes". (12)

Una regulación parcial es más correcta: mantiene la distinción con el matrimonio, a la vez que evita el desconocimiento de las parejas de hecho por el Derecho y es más respetuoso con la voluntad de las partes que, pudiendo, no se han casado. Debe dejarse un amplio margen a la regulación convencional, que es el complemento adecuado a la regulación legal parcial.

En mi opinión, lo que merece ser regulado, aparte de la delimitación de la aplicación de la ley, son los efectos patrimoniales de la extinción. La regulación de la convivencia en situación de normalidad nos parece algo innecesario, salvo en lo que sirva para precisar los efectos de la extinción.

Sí puede ser conveniente regular efectos administrativos (en materia presupuestaria, subvenciones, cuestiones de estatuto de funcionarios,...) y fiscales, en cuanto a tributos propios o tributos cedidos respecto de los que haya potestad normativa.

Lo relativo a pensiones presenta un problema de delimitación de competencias no fácil de resolver (vid. art. 149.1.17 de la Constitución), en el que no vamos a entrar por exceder de la materia civil.

Defendemos que la aplicación de una ley de parejas sólo debe aplicarse a quienes voluntariamente se hayan sometido a sus efectos. Con una declaración que se refiera no sólo a la propia constitución de la relación de pareja, sino a que se apliquen los efectos previstos por la propia ley de parejas.

No se puede dar normativa autonómica sobre normas de conflicto ni ordenación de registros públicos.

La existencia de normas de conflicto autonómicas es un exceso que debe ser corregido por la vía de su inaplicación, siempre que no se trate de una norma de delimitación de la aplicación de la propia ley. Sólo lo primero será inconstitucional, aunque la delimitación no siempre resultará clara.

La falta de normativa estatal sobre Registros de parejas no matrimoniales ha tolerado de hecho esta inconstitucionalidad. Y así se está desde la primera ley autonómica de parejas (la catalana de 1998) y sin previsión de que se legisle en el futuro. Los registros sólo podrían tener funciones de derecho administrativo, no de Derecho civil. La situación por tanto es de una gran inseguridad.

Propuesta de regulación.

La regulación que proponemos se basa en los siguientes puntos:

1- Constitución de la pareja sólo por voluntad común de sus miembros de constituirla, no por mera convivencia, ya que la imposición de efectos jurídicos faltando tal voluntad ha sido declarada inconstitucional.

2- Mientras el Estado no regule un Registro de parejas de hecho, la inscripción en un Registro autonómico no puede ser considerada requisito para la constitución de la pareja. La C.A. puede regular un Registro, pero sólo con efectos administrativos dentro del propio ámbito de la C.A. La inscripción puede exigirse pero a los solos efectos de aplicar a quienes se inscriban la normativa de Derecho público de la propia C.A. (no en las relaciones de carácter laboral, porque se invadirían competencias estatales), o de equiparación al cónyuge a efectos de tributos de la C.A. o de tributos cedidos respecto de los cuales la C.A. tenga competencia normativa. No parece ser éste el caso del impuesto de sucesiones y donaciones, aunque la práctica ha admitido la equiparación al cónyuge de la pareja inscrita.

3- La constitución de la pareja, por los efectos que puede tener frente a terceros, debiera constar en escritura pública, al menos mientras no haya Registro con efectos jurídicos. Así ocurre por ejemplo con las capitulaciones matrimoniales. Si esto se ve como una opinión corporativista (que no lo es) del notario que suscribe, se debe exigir al menos, aunque creo que es claramente peor, que la constitución conste o bien en documento público o bien en documento privado, pero en todo caso por escrito.

4- Debe exigirse el empadronamiento en un municipio de la C.A., para justificar alguna vinculación con la C.A. Optamos por exigirlo a ambos convivientes, para dificultar duplicidad de inscripciones en otros Registros, españoles o extranjeros.

5- Se opta por no exigir expresamente nacionalidad española, para no "tocar" cuestiones de Derecho internacional privado. Con ello, no se impide la constitución de parejas no matrimoniales por extranjeros, sea uno o los dos, pero no se dice por qué ley deberán regirse los efectos jurídicos de esa relación. Reiteramos que hemos prescindido de la inscripción en un Registro para que la pareja se entienda constituida.

6- Prescindimos de la exigencia del requisito de la vecindad civil. Si se exige como mero criterio delimitador de la aplicación de la Ley, restringe injustificadamente su ámbito de aplicación. Como norma de conflicto no se puede exigir, pues es una competencia estatal. Se dejan así imprejuizados los requisitos de Derecho internacional privado para que se aplique la propia Ley.

También se eliminan las palabras "en las Illes Balears" del art. 1 de la vigente Ley, pues dar eficacia territorial a la ley es fijar una regla de Derecho internacional privado. Y además eran unas palabra técnicamente incorrectas, ya que hay parejas en Baleares que no pueden regirse por la Ley balear y parejas fuera de Baleares que se deben regir por la Ley balear.

7- Autonomía de la voluntad en cuanto a la regulación de los efectos patrimoniales, tanto constante la unión como a su extinción. Los límites sólo pueden ser el respeto a los principios y derechos constitucionales, y los genéricos del art. 1255 CC. Se elimina, en consecuencia, la prohibición de constitución de la pareja sujeta a término o condición.

8- La regulación supletoria que hubiera que aplicar en defecto de pacto exigiría una previa aceptación por los miembros de la pareja. Nos referimos a los efectos patrimoniales constante la pareja y a los efectos no sucesorios a su extinción. También a los efectos personales. E incluso a efectos del Derecho público. Respecto de éstos, la solicitud de inscripción de la pareja en el Registro administrativo, inscripción que no es necesaria para la constitución de la pareja, implica la voluntad de que se apliquen los efectos jurídicos de la inscripción, sin que sea necesaria otra manifestación de voluntad más específica.

9- La regulación supletoria, aunque exija el consentimiento de los miembros de la pareja, no puede consistir en una aplicación del régimen legal previsto para el matrimonio, pues creo que así se está creando un matrimonio y se incurre en inconstitucionalidad. La diferencia de requisitos de constitución no puede estimarse suficiente para impedir esta equiparación.

10- Tal regulación supletoria debe más bien consistir en remisiones a lo regulado para el matrimonio, cuando haya identidad o parecido en las situaciones. Y lo hay en materias como contribución a gastos para el levantamiento de cargas, responsabilidad por deudas contraídas por uno solo de los miembros para satisfacer esos gastos y, en caso de extinción, la regulación del uso de la vivienda común y una posible pensión alimenticia. Una compensación por trabajo parece mucho más discutible; en todo caso, no debe darse mientras no se reconozca en caso de matrimonio.

11- En cuanto a las causas de extinción, se considera conveniente añadir a las ya existentes cualquier otra causa pactada por los convivientes. Respecto de la extinción por cese de la convivencia, el plazo de un año nos parece excesivamente largo, sobre todo teniendo en cuenta la facilidad con la que hoy puede obtenerse un divorcio; por ello, se ha acogido el plazo de tres meses que figura en la ley valenciana. No hay por qué incluir en las causas de extinción la comisión de delitos de un conviviente al otro, ya que se ha preferido evitar todos los automatismos legales, en consonancia con la

doctrina del TC antes expuesta, y especialmente porque la extinción se puede dar en cualquier momento por voluntad unilateral de cualquier miembro de la pareja.

12- En cuanto a la regulación de los efectos sucesorios mi opinión es que debe quedar fuera de la ley y dejarse exclusivamente a los convivientes. Salvaría sólo el derecho al ajuar de la vivienda común sin computarlo en la herencia, que puede configurarse más como un efecto de la convivencia en pareja que sucesorio.

La aplicación de normas sucesorias ex lege plantea graves problemas cuando el causante no tenía vecindad civil balear. Como hemos visto, el sistema vigente de Derecho internacional privado no permite, a nuestro juicio, aplicar normas de la Compilación balear a la herencia de un sujeto que no tenía vecindad civil al tiempo de su fallecimiento, aunque los dos convivientes se hubieran sometido voluntariamente a la ley de parejas o a la Compilación. En esta materia, además, hay derechos de las personas a quienes correspondería heredar según la *lex successionis* que no pueden conculcarse.

También está la cuestión de los derechos que la Compilación deba dar ex lege al conviviente de un causante de vecindad civil balear. La equiparación total que hace la ley vigente me parece excesiva y que incide en materias que no tienen regulación en la Compilación, por ejemplo en las reservas. Por otro lado, y tal como es hoy en día el matrimonio "legal" diseñado por la Ley 15/2005 de 8 de julio, defiendo la reducción e incluso la eliminación de derechos ex lege del cónyuge viudo (aunque esto es otro tema). En mi opinión, el conviviente, con más razón, no debería tener derechos sucesorios por ministerio de la ley. No obstante, si ello se considera excesivo, se podría equiparar al cónyuge en cuanto a la sucesión intestada, pero dejando siempre bien claro que ello sólo sería así en los casos en que la ley balear fuera la *lex successionis*.

Para concluir este trabajo hacemos una **propuesta de texto articulado** que sustituya completamente a la vigente Ley 18/2001:

art. 1.- Constituye el objeto de esta ley la regulación del régimen jurídico de las parejas no matrimoniales, entendiéndose como tales las uniones de dos personas, de igual o distinto sexo, que convivan de forma estable y pública en una relación de afectividad análoga a la conyugal y hayan formalizado su voluntad de constituirse en pareja estable en la forma prevista en esta ley.

art. 2.- Pueden constituir pareja estable a los efectos de esta ley los

mayores de edad y los emancipados. No pueden constituir pareja estable los que estén ligados por vínculo matrimonial, los que formen pareja estable con otra persona, ya esté sujeta a ésta o a otra ley, los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, ni los parientes colaterales hasta el tercer grado por consanguinidad o adopción.

En el momento de constitución de la pareja, ambos miembros han de estar empadronados en un municipio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balear.

art. 3.- La formación de una pareja estable no genera ninguna relación de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro.

art. 4.- La constitución de pareja estable deberá formalizarse en escritura pública (en su caso podría añadirse: o en documento privado), cuyo otorgamiento tendrá carácter constitutivo.

art. 5.- Habrá un Registro de parejas estables, cuya organización y gestión se regulará por Decreto del Govern de las Illes Balears. La inscripción será voluntaria y tendrá únicamente eficacia administrativa en el marco competencial de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

art. 6.- Los miembros de la pareja pueden regular en la escritura (en su caso: o documento) de constitución o en cualquier otra escritura (o documento) posterior los efectos personales y patrimoniales, tanto durante la fase de convivencia como a la extinción.

No se producirá ningún efecto mortis causa si los convivientes no los han regulado voluntariamente mediante testamento u otros negocios jurídicos previstos al efecto por el Derecho.

art. 7.- En defecto de pacto, se aplicarán las reglas previstas en los artículos 8, 10, 11 y 12 de la presente ley, pero sólo en caso de que los miembros de la pareja hayan consentido, en la escritura (en su caso: o documento) de constitución o en otra posterior, someterse a las normas de la presente ley.

art. 8.- Se aplicarán a las parejas objeto de esta ley las normas previstas para el matrimonio en relación a la contribución al sustento de las cargas familiares y responsabilidad por deudas contraídas para tales gastos.

(en materia de gastos, mientras la Compilación no regule qué debe entenderse por gastos para el levantamiento de las cargas de la familia, podría mantenerse la redacción del vigente art. 5.2 de la Ley).

(no vale la pena regular sobre titularidades dudosas ni puesta de bienes a nombre del otro conviviente).

(no decimos nada sobre equiparación al cónyuge en relación a tutela, curatela, incapacidad, ausencia y prodigalidad, así como tampoco en relación a alimentos para no tocar materias que se pudiera alegar que no caben en el "desarrollo" del Derecho civil balear; y en todo caso es algo que la partes pueden prever, si quieren, en su regulación de los efectos de la relación de pareja)

art. 9.- La pareja estable se extingue por las siguientes causas: a) Por mutuo acuerdo b) Por voluntad de uno de los miembros, notificada de forma fehaciente al otro c) Por cese efectivo de la convivencia durante un período superior a tres meses d) Por matrimonio de uno de sus miembros e) Por muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus miembros. f) Por cualquier otra causa prevista en la escritura (en su caso: o documento) de constitución o en una modificación posterior de ésta.

La extinción se produce en el mismo momento en que tiene lugar su causa. Sin perjuicio de ello, los dos miembros de la pareja están obligados, aunque sea de forma separada, a dejar sin efecto la declaración formal que hayan otorgado y, en su caso, la inscripción en el Registro de Parejas.

art. 10.- Cuando la convivencia cese, cualquiera de los miembros puede reclamar al otro el pago de una pensión periódica, con los mismos requisitos y efectos que si hubieran contraído matrimonio. También se aplicarán las normas previstas para el matrimonio en cuanto al uso de la vivienda común.

art. 11.- La extinción de la pensión periódica se producirá en iguales casos que los previstos para el matrimonio.

(El vigente art. 11 se eliminaría).

art. 12.- Cuando la extinción de la pareja sea por muerte de uno de los convivientes, el superviviente tendrá derecho a la ropa, mobiliario y enseres que constituyen el ajuar de la vivienda común, sin que se computen a efectos sucesorios. Se entienden excluidos los objetos artísticos o históricos, los bienes de procedencia familiar y los de valor extraordinario atendido el nivel de vida de la pareja.

Disposición adicional.

Los miembros de una pareja estable que estén sometidos al régimen estatutario de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears se entenderán equiparados, en cuanto a derechos y obligaciones, a los cónyuges, en el marco de la esfera competencial autonómica.

Los mismo se entenderá, en cuanto a todas las parejas sujetas a esta ley, en relación a beneficios concedidos por normas de Derecho administrativo

dictadas en el marco de la esfera competencial autonómica y en relación a normas fiscales respecto de las cuales la Comunidad Autónoma de las Illes Balears tenga competencia normativa.

Disposición transitoria.

Las parejas estables que a fecha de entrada en vigor de esta ley consten registradas en el Registro de Parejas estables de las Illes Balears quedan sujetas a la presente ley, aunque no se hayan observado las formalidades previstas en ésta.

NOTAS DE BIBLIOGRAFIA.

1) Amunátegui Rodríguez, Cristina: "Las parejas no casadas", en Tratado de Derecho de la familia, dirigido por Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas, volumen IV, Thomson Reuters Aranzadi, 2011. El tono crítico y en momentos irónico se mantiene a lo largo de su comentario a las leyes de las CCAA sin competencia en Derecho civil. Vid. páginas 674 y ss.

2) Carrasco Perera, Angel: "Derecho de familia. Casos. Reglas. Argumentos", Dilex, 2006, página 474.

3) Amunátegui Rodríguez, op. cit., página 668.

4) Clar Garau, Raimundo. Se trata de un comentario publicado en el diario Última Hora el 23 de marzo de 2002, del que el autor amablemente me hizo llegar una copia que he conservado hasta hoy.

5) Ferrer Vanrell, M^a Pilar, "El "régimen económico" en la ley 18/2001 de 19 de diciembre, de parejas estables, del Parlamento Balear", en "Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo", tomo III, página 4609, Thomson Civitas, 2003.

6) Jiménez Gallego, Carlos, El régimen económico matrimonial de separación de bienes, en "Instituciones de Derecho Privado" tomo IV, volumen 2^o, coordinado por Víctor Garrido de Palma, Consejo General del Notariado y Thomson Civitas (en prensa a día de hoy). El trabajo fue escrito en octubre de 2014.

7) Ferrer Vanrell, M^a Pilar, op. cit., página 4600.

8) Amunátegui Rodríguez, op. cit., página 666.

9) Martínez Tapia, Ramón, "Las parejas de hecho ante el pensamiento jurídico. Reflexiones en torno a algunos problemas teóricos", en "Parejas de hecho", obra dirigida por Ramón Herrera Campos, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, 1996, página 240.

10) Rallo Lombarte, "Uniones conyugales de hecho y Constitución", en "La necesidad de clarificar la contradictoria jurisprudencia constitucional", R.G.D. n° 606, 1995, pág. 1759.

11) Cantero Núñez, Federico, "Uniones de hecho", en "Instituciones de Derecho Privado" tomo IV, volumen 1º, coord. general Juan Francisco Delgado de Miguel, Consejo General del Notariado y Thomson Civitas, 2001, página 318.

12) Parra Lucán, Mª Angeles, "Autonomía de la voluntad y Derecho de familia" en "Autonomía de la voluntad en el Derecho privado", Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, Consejo General del Notariado, 2012, página 297.

**XII.2- INFORME APRESURADO
SOBRE UN ASPECTO DE LA PROPUESTA DEL
ACADÉMICO DON CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO
SOBRE LA REFORMA DE LA LEY
DE PAREJAS ESTABLES DE LA
COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS.**

Tomás Mir de la Fuente

I

Tal como se dice en el muy fundado informe-propuesta del Sr. Jiménez Gallego, en sede de la Comisión Académica de Derecho Privado de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, la Ley Balear 18/2001, de 19 de diciembre *exige una reforma urgente y profunda.*

La ley que la haya de reformar, en mi opinión, debe, por lo menos, derogar las Disposiciones Adicionales 1ª y 2ª y la Final 2ª, sin sustituirlas por otras, como la adicional que se propone. Por lo que se dice a continuación, y hago como miembro de la Comisión Académica de Derecho Público y autor, en 2002, de un artículo, publicado en el N° 1 de la Revista Jurídica de las Illes Balears, págs. 200 a 207, titulado *Las parejas estables y el Impuesto de Sucesiones y Donaciones (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2002. Sección Segunda de la Sala Tercera. Ponente: Pujalte Clariana).*

II

Contra lo que decía la Exposición de Motivos de la Ley 18/2001, de 18 de diciembre, de Parejas estables, lo que hicieron las citadas Disposiciones Adicionales¹ y Final² no fue regular los aspectos fiscal y de función pública del régimen jurídico específico de las parejas estables, ajustado al marco competencial de las Illes Balears, ni siquiera los regímenes fiscal y administrativo de ellas, sino³:

1) *Proclamar*, en el ámbito competencial normativo de la CAIB, *la no discriminación* de tales parejas, respecto de las matrimoniales⁴.

Sin mucha concreción, en lo referente “al campo administrativo” (que no precisa, más que en la “esfera de la función pública”), al expresarse en términos de *entender* las normas establecidas para los *cónyuges de igual aplicación* a los miembros de la pareja estable. Y *equipararles* a ambos, en cuanto a derechos y obligaciones del régimen estatutario de los funcionarios y personal laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma.

2) En lo referente al “campo fiscal”, mediante una mera remisión a su *regulación por ley* (consciente seguramente de la reserva de ley en materia tributaria y de las escasas competencias normativas, a la sazón, sobre todo, en los tributos estatales cedidos, que se referían a la unidad familiar, en el IRPF, y a los extraños, como distintos de los parientes y el cónyuge, en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones), *expresar, en voz alta, la aspiración de*

1.- La Disposición adicional primera dijo: *Los miembros de una pareja estable que estén sometidos al régimen estatutario de los funcionarios de la Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears o al régimen del personal laboral al servicio de ésta, se entenderán equiparados, en cuanto a derechos y obligaciones, a los cónyuges, en el marco de la esfera competencial autonómica.*

La Disposición adicional segunda dispuso: *Los derechos y las obligaciones establecidas para los cónyuges en el marco competencial normativo de las Illes Balears se entenderán de igual aplicación para los miembros de una pareja estable.*

2.- La Disposición final segunda estableció: *La Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en el marco de sus competencias normativas, regulará por ley el tratamiento fiscal específico para los miembros de las parejas estables previstas en esta norma y equiparará su régimen, en la medida de lo posible, al de los cónyuges.*

3.- Con invocación genérica del derecho a la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna, por cualquier condición o circunstancia personal o social (que el artículo 14 CE califica de fundamental de los españoles) y, citando expresamente el artículo 39, sobre el principio rector de la política social y económica de los poderes públicos, que, dice, asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia.

4.- La ley navarra habla de no discriminación por el grupo familiar del que se forma parte. La ley andaluza dice que la pareja será considerada unidad de convivencia.

la equiparación del tratamiento fiscal de los miembros de las parejas estables al de los cónyuges, en la medida de lo posible, Reconociendo la Exposición de Motivos que sólo contiene la remisión a una futura regulación o a una adecuación normativa en materias fiscales (y administrativas).

III

La Disposición adicional que se propone⁶ (como las dos de la Ley vigente) no establece ninguno de los regímenes específicos –territorial, personal, económico y procesal– creadores de normas jurídicas reguladoras de situaciones diferentes de las previstas en la parte dispositiva y de imposible situación en el articulado, de que habla la Directriz 39, de las de Técnica legislativa del Anexo del acuerdo del Consejo de Ministros de de 21 de septiembre de 2005.

Tampoco parece se adecúe a las del acuerdo de 29 de diciembre de 2000 del Consejo de Gobierno de la CAIB, sobre forma y estructura de los anteproyectos de ley, que, además de los citados regímenes jurídicos especiales que no se pueden situar en el texto articulado, contempla los mandatos y autorizaciones no dirigidos a la creación de normas jurídicas y los preceptos residuales que no se pueden colocar en otro lugar.

No contiene especialidad alguna en el *régimen jurídico* de las parejas no matrimoniales regulado por la ley (propuesta), en su articulado, que se refiere a los efectos personales y patrimoniales de la unión. Sino, en su caso, en el estatuto de los funcionarios públicos (CE 103.3), los derechos y deberes de los administrados (de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública en el artículo 35 de la LRJAPPAC) y los derechos y obligaciones de los contribuyentes (Ley de derechos y garantías del contribuyente).

Tampoco confiere mandato o autorización no dirigidos a la creación de normas. Sino, más bien, lo contrario. Y, si los preceptos son residuales, no tienen ni dejan de tener lugar en la ley, teniéndolo en otras: las que regulan las situaciones administrativas o fiscales a que se refieren.

5.- Corresponsiéndose con la primera y segunda de la Ley vigente, en dos párrafos, establece: *Los miembros de una pareja estable que estén sometidos al régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears se entenderán equiparados, en cuanto a derechos y obligaciones, a los cónyuges, en el marco de la esfera competencial autonómica. Lo mismo se entenderá, en cuanto a todas las parejas sujetas a esta ley, en relación a los beneficios concedidos por normas de Derecho Administrativo dictadas en el marco de la esfera competencial autonómica y en relación a normas fiscales respecto de las cuales la Comunidad Autónoma de las Illes Balears tenga competencia normativa.*

El eventual título competencial para la regulación de las uniones civiles de la CAIB es distinto del que pueda tener para regular sus efectos jurídico-públicos, en lo administrativo, en general, y fiscal o tributario, en particular. Y aunque fueran ejercitables en la misma ley, la principalmente reguladora de su constitución los efectos personales y patrimoniales de su constitución, no parece aconsejable hacerlo, ni siquiera para establecer la equiparación al cónyuge matrimonial del miembro de la pareja no matrimonial en el ámbito de su relación con la Administración Pública autonómica⁶.

Antes que una equiparación en abstracto, como la que se hace en el párrafo segundo de la Disposición adicional propuesta, si hubiera que equiparar, debería modificarse la norma de Derecho Administrativo o de Derecho Tributario, que se refiera al *cónyuge*, añadiendo *y el miembro de la pareja estable regulada en la ley autonómica*. En los precisos términos que disponga la ley concreta de Derecho Administrativo o Tributario, que, si la inscripción no es constitutiva, como se propone, acaso, para la equiparación, exija la inscripción.

En cualquier caso, por lo que se refiere al Derecho Tributario, la Disposición adicional propuesta, es menos respetuosa del reparto competencial que la Disposición final segunda vigente, que no es de automática aplicación, sino dilatoria y remisiva, y en todo caso dubitativa. En cuanto se refiere a una regulación por ley, sobre el tratamiento fiscal específico que, en lo posible, equipare los miembros de la pareja de estable a los cónyuges.

Creo que ha de ser la ley propia de cada tributo, propio o cedido, la equiparadora, al ser la ley a que remite la LGT, cuando trata del significado de los términos (jurídico, económico, técnico o usual según proceda) y prohíbe la analogía en la delimitación del hecho imponible y las exenciones, reducciones y demás beneficios tributarios.

En cuanto al Derecho Administrativo, de que se habla (que es menos que el marco competencial normativo de que habla la Ley vigente, en expresión aún más excesiva), el texto nuevo, al contemplar sólo los beneficios concedidos, no parece ecuánime, ni siquiera equiparador, pues para serlo debería referirse a derechos y obligaciones (como el precedente).

Por lo que alcanza al ámbito de la función pública, la propuesta es plausible en cuando no alude al personal laboral de la Administración

6.- La ley aragonesa declara de igual aplicación a los miembros de la pareja de hecho no casada los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en la *normativa aragonesa de derecho público*. Las del País Vasco, Andalucía y Canarias entienden hechas a las parejas de hecho todas las referencias al matrimonio *de las normas legales y reglamentarias aprobadas por la Comunidad Autónoma*. Incluso la del País Vasco equipara al matrimonio las parejas de hecho *en todas las materias no reguladas expresamente en esta Ley* y alude a las relaciones jurídicas que puedan establecer con las diversas Administraciones Públicas del País Vasco.

autonómica, pero no en cuanto habla de derechos y obligaciones, y no deberes, como corresponde a la naturaleza de la relación jurídica funcional, que es de lo que habla la legislación básica, de competencia estatal exclusiva. La legislación autonómica de desarrollo es la que, en cada caso y situación, ha de ponderar la equiparación. Como hace la del Estado, al tratar de deberes como la abstención y recusación y cuantas veces alude a las relaciones afectivas análogas al matrimonio.

Las Disposiciones adicionales y final 2º de la Ley vigente (y, en cuanto las mantenga, aunque las reforme, la propuesta) parecen propias de lo que alguna doctrina⁷ llama *legislateur bavarder*, con neutrones legislativos, textos *d'affiche, droit mou o flou* o en estado gaseoso, en una ley *memorielle*⁸.

En resumen, creo que hay que ir, en Derecho Administrativo y Tributario, golpe a golpe, verso a verso o partido a partido⁹.

IV

Acaso el legislador civil (convertido, en este caso, en total) **prefiera**¹⁰ **no derogar expresamente las Disposiciones dichas**, o toda la ley, sustituyéndola por una nueva, que nada diga, del Derecho Administrativo y del Derecho Tributario, y no hable de equiparación, **y decir lo mismo de otra forma mejorada**, después de que el legislador fiscal (no total, sino especial, como veremos), con posterioridad a ley de parejas estables de 2001 –cuando en 2006 tuvo competencia legislativa parcial en un impuesto estatal cedido, como de de Sucesiones y Donaciones– haya establecido la equiparación en este concreto impuesto, en términos correctos.

Si tal sucede, lo hará, mejor, técnicamente, si en la propuesta que se estudia se introducen modificaciones en línea con lo hasta aquí sugerido. Y, precisando más, creemos:

7.- CAMBY J.P. *La loi et la norme*.

8.- MOLFESSIS N. *Le titre des lois*.

9.- En el Derecho comparado autonómico español ha habido de todo. Vid. *Las parejas de hecho como sujeto de las políticas familiares en la España de las autonomías*. José Javier ESQUERRA UBERO e Isabel Eugenia LÁZARO GONZÁLEZ. Fundación BBVA 2007.

10.- Por inercia, comodidad, discreción, mimetismo, o convicción de la utilidad de decir, de momento, lo que, si ahora conviene, luego, otra norma posterior de igual o superior rango, si no conviene, contradirá. O simplemente derogará. Tácita (así se nota menos) o expresamente (incluso sin explicación, como –por desuso, obsolescencia, pérdida de objeto o finalidad, a causa de la evolución del contexto social, jurídico o político, o del simple trascurso del tiempo– ha admitido la EM de la Ley de Racionalización y simplificación del ordenamiento legal y reglamentario de la CAIB 5/2015, de 23 de marzo. BOJB nº 44 de 28 de marzo).

1) En lo relativo a funcionarios: No debería decir sometido, sino sujeto, ni decir se entienden equiparados, sino se equiparan o igualan. Debería referirse a derechos y deberes, y no a derechos y obligaciones. También, por una parte, a los miembros de una pareja estable e inscrita (si la inscripción en el Registro *ad hoc* deja de ser, como se propone, constitutiva, por seriedad, publicidad y reciprocidad) y, por otra, a los casados (así se diluirá la imagen de que la constitución de la pareja no matrimonial es como la celebración del matrimonio civil o canónico, en los que los cónyuges están casados, mientras que los miembros de la pareja estable no). Enfatizar, en todo caso, que la equiparación o igualdad opera solamente en el marco o ámbito competencial de la CAIB, que es de mero desarrollo de la legislación básica, de competencia exclusiva del estatal, dentro de la que se incluyen los derechos (el permiso por matrimonio o acaso el llamado derecho de cónyuge en algún Cuerpo, en materia de traslados¹¹) y deberes (incompatibilidades y deber de abstención), por lo que, de hecho, la competencia en este tema es poco relevante.

2) En lo que se refiere a la condición de administrado (titular de derechos y obligaciones o intereses legítimos, o, en su caso, persona sujeta al Derecho Administrativo): No debe decirse se entenderán equiparados, sino se equiparan o igualan; debe exigirse que estén inscritos, por lo dicho antes. No se han de contemplar solamente los beneficios concedidos, sino los derechos y obligaciones, o situaciones sujetas al Derecho Administrativo, reguladas por normas dictadas por la CAIB en la esfera de sus competencias (que son muchas y bien distintas en cada materia¹²). La Disposición ha de excluir la referencia a las normas fiscales.

3) Sobre lo tributario: se ha de hablar aparte, por las especialidades de esta legislación, que, pese a la codificación mínima de la LGT, cada día que pasa más vuelve ser, en buena medida, como lo fue hace tiempo, mera legislación de Hacienda.

Sólo puede convenir la previsión equiparadora a los miembros de las parejas inscritas, por seriedad, congruencia y reciprocidad. No puede ser sólo de beneficios fiscales (exenciones, reducciones o bonificaciones), sino en derechos y obligaciones tributarias, incluso formales, en relación con los

11.- En otras CCAA se alude a excedencia voluntaria, permisos por fallecimiento o enfermedad, lactancia, maternidad o jornada. Alguna contempla al personal laboral de la Administración, y hasta los contratos y convenios, respecto de las relaciones laborales.

12.- El proponente alude, en su informe, a las subvenciones y presupuestos y añade puntos suspensivos (¿pensiones del RGSS? ¿clases pasivas?). Las leyes de otras CCAA se refieren, en las más generales y programáticas, a las materias: presupuestaria, de subvenciones y tributos propios: habiéndolas, más particulares, referidas a incorporación a la vida social de los drogodependientes, centros penitenciarios, adjudicación de viviendas, residencias de personas mayores y derechos sanitarios.

tributos y recargos propios de la CAIB, o los impuestos estatales cedidos, con potestad normativa en el ámbito de la equiparación, en cualquier caso, concretos. Figuras tributarias para los que operan principios restrictivos, como los permanentes de la LGT, sobre prohibición de la analogía y reserva ley en casi todos los elementos de la relación jurídico tributaria, sobre todo, hecho imponible, base imponible, sujeto pasivo y algunos de los demás determinantes de la cuantía de la deuda tributaria, y los del propio tributo, contingentes, en cuanto sometidos, de hecho, al vaivén de la Ley de Presupuestos, primero, y de la de Acompañamiento después. Leyes posteriores y de igual rango que la eventual equiparadora, genérica, abstracta o universal del miembro de la pareja de hecho, regulada por la CAIB, al cónyuge de matrimonio.

Si se dice algo con esas prevenciones (pero no una tan vergonzante para un legislador cabal¹³, como la de la vigente Disposición final segunda, que dice “en la medida de que sea posible¹⁴”) u otras, ha de remitir al legislador tributario, más oportunista y cambiante, o advertir de la existencia de éste, dispuesto a deshacer lo hecho. Aunque bastaría con olvidarse de él, y de pretendidas injusticias y situaciones de desamparo. Que, si no encuentran suficiente respuesta en la aplicación analógica por parte de los órganos jurisdiccionales, lograron, al parecer, según se dice en la ponencia, que “la práctica haya admitido la equiparación al cónyuge de la pareja inscrita” en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones (el más importante de los estatales cedidos, con creciente competencia legislativa), y no sé bien¹⁵ cómo pudo ser, hasta la ley autonómica 22/2006, de 16 de diciembre, de reforma de este Impuesto¹⁶, que modificó lo establecido en la 8/2004, de 23 de diciembre (cuyos artículos 1, 2, 14 a 19, en relación con la ley estatal 27/1897, de 12 de diciembre, contemplaban el trato fiscal del cónyuge, incluido en el grupo II de parentesco, junto los descendientes mayores de 21 años y los ascendientes), estableciendo la equiparación a él de los miembros de las parejas estables o de hecho.

La Disposición adicional única de la citada ley terminó, con plena autoridad, y porque lo consideró fiscalmente conveniente, con la eventual aplicación analógica a los miembros de la pareja estable autonómica, de la

13.- El legislador debe saber lo que es posible y lo que no. Si no lo sabe debe callarse.

14.- La Ley navarra 6/2000, que modificó la foral 22/98 de 30 de diciembre de Régimen fiscal de las parejas de hecho, dice que trata, en IRPF, de equiparar *en lo posible* la situación del *compañero* a la del cónyuge. Como las normas fiscales forales de los territorios históricos de Vizcaya 8/2003, de 13 de octubre y de Guipúzcoa 20/2003, de 15 de diciembre.

15.- El imperio de la ley afecta a los gestores de los tributos. Arts. 103, 133. 2 y 3 CE.

16.- Antes, traté del tema en *Las parejas estables y el Impuesto de Sucesiones y Donaciones (Comentario sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2002. Sección segunda de la Sala Tercera, Ponente: Pujalte Clariana)*. RJIB n° 1 págs. 200 a 207.

reducción y deducción autonómicas establecidas para el cónyuge. Dice así:
1. El régimen jurídico aplicable a los cónyuges en virtud de esta ley en relación con las reducciones estatales y autonómicas, las cuantías y los coeficientes de patrimonio preexistente se hará extensivo a los miembros de las parejas estables reguladas en la ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, siempre que los convivientes verifiquen todos los requisitos y las formalidades a que se refiere el artículo 1.2 de dicha ley, *incluida la inscripción en el Registro de Parejas Estables de las Illes Balears*. 2. En todo caso, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 18/ 2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, el conviviente que sobreviva al miembro premuerto tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones que la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears prevé para el cónyuge viudo, tanto en la sucesión testada como en la intestada¹⁷.

Si una nueva Adicional calla, sobre la necesidad de inscripción en el Registro, dudo que, sin modificar la de la Ley autonómica del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, en este sentido, puedan beneficiarse de la equiparación los miembros de la pareja estable, constituida pero no inscrita.

17.- El apartado 2 de este precepto es impropio del legislador fiscal, porque reproduce la norma civil, que rige independientemente de él. Pero en buena parte justifica el apartado 1. Si, como se propone, en la nueva, los efectos sucesorios de la extinción, por muerte, son otros (los del artículo 12), podrán ser tenidos en cuenta y recordados en la norma tributaria, y la adquisición, testamentaria o legítima (por parte del ajuar de la vivienda común) tributar como si del cónyuge del premuerto se trata.

XII.3- GRANDES CONCORDANCIAS Y LEVES DISIDENCIAS CON UNA MAGNÍFICA PONENCIA; Y UNA REFLEXIÓN FINAL EN FAVOR DE LA LEY DE PAREJAS ESTABLES BALEAR.

Miquel Masot Miquel

I.- INTRODUCCIÓN.

Las primeras palabras de esta comunicación deben ser para expresar mi agradecimiento al Académico don Carlos Jiménez Gallego, agradecimiento, en nombre propio, por las cosas que he aprendido, y como Presidente de la Academia, por el magnífico trabajo realizado. En él aflora toda la problemática –que evidentemente no es poca– suscitada por una institución que, por innegables razones de oportunidad política, se ha encaramado a casi todos los Derecho autonómicos del territorio español, ante la pasividad y dejadez del legislador estatal y de los sucesivos gobiernos de la nación –que no han recurrido ninguna de ellas ante el Tribunal Constitucional–, a pesar de haberse abordado, en las leyes autonómicas dictadas sobre la materia, cuestiones que podrían ser de competencia estatal, entrándose con ello, en ocasiones y particularmente en las Comunidades Autónomas sin Derecho civil propio, en la resbaladiza senda de la inconstitucionalidad.

La exposición sistemática de todas estas cuestiones está en la ponencia perfectamente estructurada y es difícil no estar de acuerdo con la mayoría de sus afirmaciones, dada su sólida fundamentación y su elaborado estudio.

Por vía de síntesis me referiré separadamente a aspectos que considero de especial interés puestos de relieve en la ponencia, a las leves discrepancias con alguna de sus afirmaciones y acabaré con una cruda conclusión derivada del análisis de la realidad actual que presenta la dispersión legislativa sobre parejas no casadas.

II.- CUESTIONES DE ESPECIAL INTERÉS ABORDADAS POR LA PONENCIA.

En realidad toda la ponencia, de la primera a la última página, es de primordial interés; cuanto se expone en este apartado no son sino algunas de las ideas de la ponencia que yo resaltaría por su novedad o por las innegables razones que les sirven de fundamento. Podrían ser las que a continuación se relacionan.

1) Efectivamente sobra el adverbio “voluntariamente” en el párrafo 2º del art. 1 LPE, al ser la inscripción constitutiva –tal cual se dice a renglón seguido–. Si la inscripción es constitutiva no puede ser considerada voluntaria o facultativa.

2) Las prohibiciones del art. 4.2 de no poder pactarse la constitución de una pareja estable con carácter temporal ni sometida a condición no son sino meros “brindis al sol”; queda muy bonito, pero está en contradicción con la posible extinción de la pareja estable por la voluntad unilateral de uno de los convivientes. Hoy en día no hay parejas estables ni matrimonios perpetuos.

3) Se plantea en la ponencia la posibilidad de regular la convivencia de un casado separado de hecho, lo cual en la actual LPE no es factible al no poder constituir pareja estable “los que estén ligados por vínculos matrimoniales”. La razón del impedimento está en la necesidad de evitar la concurrencia de dos parejas –el separado de hecho y el conviviente– en la sucesión de una misma persona. El impedimento, en cambio, ya no tendría razón de ser si se modificara nuestra Compilación en un punto esencial, cual es el relativo a los derechos sucesorios del cónyuge separado de hecho, eliminando las exigencias que se mantienen en materia de legítima y sucesión intestada y disponiendo, cual hace actualmente el Código civil, que dejará de existir derecho a la legítima y a la sucesión intestada en caso de separación judicial o de hecho, sin ninguna otra precisión. Para este caso, yo no vería inconveniente en que pudieran constituir pareja estable los separados de hecho y creo que sería una reforma socialmente aplaudida.

4) Totalmente de acuerdo con el ponente en que la vecindad civil de uno de los componentes de la pareja es un requisito esencial, a pesar de lo cual

en el expediente no se realiza, al parecer, prueba o indagación alguna para determinar si efectivamente el declarante tiene o no tiene la vecindad civil balear, haciendo constar, en cambio, el empadronamiento en un municipio de las Illes Balears, con lo cual se vienen a confundir estos términos. En realidad, el Decreto 112/2002 de 30 de agosto exige, entre los documentos que deben presentarse, la acreditación de la vecindad civil balear de uno de los miembros de la pareja (art. 9.f) y el art. 10.3 impone que se compruebe la exactitud y suficiencia de los datos aportados por parte del encargado del Registro. Por tanto constituye una mala *praxis* no hacer constar en el expediente las circunstancias de las que pueda derivarse la vecindad civil en las Illes Balears de, al menos, uno de los miembros de la pareja.

5) También es de interés la afirmación expresiva de la absoluta innecesidad de la resolución que –según el art. 10.3 del Decreto 112/2002– debe dictar el titular de la Consejería de Presidencia una vez formalizada la declaración escrita expresiva de la voluntad de constituirse en pareja estable. Tanto más si se tiene en cuenta que la fecha de la declaración marca los efectos de la constitución, según el art. 10.4 del Decreto antedicho. Y que, además, dicha declaración se habrá formalizado de manera auténtica, ante Notario, Alcalde asistido de Secretario o el encargado del Registro (art. 10.3). Posiblemente la exigencia derive de la aparente necesidad de poner punto final al expediente administrativo abierto para la inscripción de cada pareja mediante la oportuna resolución; pero, en realidad, la finalización del mismo viene dada por la inscripción, dado su carácter constitutivo.

6) Totalmente de acuerdo en que la inscripción de la extinción de la pareja no matrimonial es meramente declarativa. El art. 8.2 LPE, al imponer a los miembros de la pareja la obligación de dejar sin efecto la declaración formal de constitución de la misma, no hace sino crear una obligación desprovista de sanción, cuyo único efecto es que los miembros de la pareja no podrán constituir otra mientras no se produzca la cancelación de la inscripción registral. La sentencia 1/2011 de 3 de Octubre de la Sala Civil y Penal del TSJ establece que la extinción de la pareja estable viene dada por la concurrencia de la causa de extinción, independientemente que se haya o no puesto en conocimiento del Registro especial. Sobre causas de extinción, se está de acuerdo con la afirmación de la ponencia de que, a las legalmente establecidas, se podrían añadir otras de libre configuración por los constituyentes de la pareja; pero –añado– siempre que no atentaran contra deberes que hay que considerar esenciales en el contexto de la pareja, como podrían ser la convivencia –que está ínsita en el concepto de pareja estable, según la sentencia citada líneas arriba–, la fidelidad –al suponer la pareja estable una afectividad análoga a la conyugal–, el mutuo respeto –que es natural exigencia de la condición humana– y la ayuda

mutua –establecida por la LPE al imponer la obligación alimentaria a los miembros de la pareja entre sí–. Piénsese que los miembros de la pareja están afectos a las causas de indignidad y desheredación establecidas por la ley 3/2009 de 27 de abril, una de las cuales hace referencia al incumplimiento de los deberes familiares, por lo que se ha de partir de la existencia, dentro de la pareja, de unos deberes primarios que no se pueden dejar sin efecto por su sola voluntad.

7) Muy interesante la afirmación de la ponencia según la cual *“la igualación sucesoria al matrimonio ha hecho ab initio inviable la inscripción de parejas formadas por personas mayores que, precisamente, no han contraído matrimonio para evitar perjudicar a los hijos de un anterior matrimonio, ya que, si se casan, el nuevo cónyuge tiene (al enviudar) el usufructo legal; esto mismo ocurre ahora si se registran como pareja estable”*. Da la casualidad de que la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear ha estudiado la posibilidad de ampliar la institución tradicional de la definición al matrimonio y a la pareja estable, precisamente en evitación del supuesto apuntado en la ponencia, dándose la circunstancia de que varios miembros de dicha Comisión hemos conocido supuestos cual el indicado en nuestro entorno de amigos.

8) Totalmente de acuerdo en que la sumisión de los constituyentes de la pareja al régimen establecido por la LPE, *ex art. 2.2 LPE*, no puede tener consecuencias en materia sucesoria, en la que regirá el art. 9.8 Cc y para las sucesiones transnacionales abiertas a partir del 17 de agosto de 2015 el Reglamento Sucesorio Europeo.

9) Resulta muy ilustrativa la estadística sobre parejas estables constituidas y canceladas en los años 2002, 2012 y 2013. Realmente se producen más supuestos de los que yo creía. Me han informado de que se han observado carencias en cuanto al funcionamiento del sistema en Menorca, Eivissa y Formentera, por no haberse delegado y dotado debidamente el servicio de llevanza y funcionamiento del Registro especial. Evidentemente se trata de una situación a corregir. También es de especial interés la relación de posibles finalidades que se han perseguido en la práctica con la constitución de la pareja no matrimonial.

10) Finalmente quiero terminar este apartado haciendo constar mi total acuerdo con la afirmación de que la imposición de una especial regulación, con un entramado de derechos y deberes de toda índole bastante complejo, sin que exista declaración de voluntad por la que se acepta todo ello, y tan solo sobre la base de haber existido una convivencia durante un determinado período de tiempo o haber tenido un hijo común, resulta no sólo claramente inconstitucional, sino algo que no tiene la más mínima lógica y fundamento

racional. Un verdadero atentado a la libertad de las personas. Particularmente si tenemos en cuenta que, por otra parte, el Ordenamiento jurídico tiene medios más que suficientes para dar una compensación al conviviente de hecho que haya resultado notoriamente perjudicado por la convivencia. Ello resulta de una copiosísima jurisprudencia.

III.- CUESTIONES EN LAS QUE SE APUNTA UNA LEVE DISCREPANCIA.

En una materia tan resbaladiza –torturante diría– como es la de las parejas estables es lógico que no todos los tratadistas de la misma estén de acuerdo, existiendo, por el contrario, discrepancias y pareceres encontrados. En el caso que nos ocupa he de afirmar que algunas de las conclusiones a las que se llegan en la ponencia no las acabo de ver del todo claras, de ahí que las exponga a continuación; obviamente sin que ello suponga desmérito alguno para un trabajo tan sólido y bien fundamentado cual es la ponencia que nos ocupa. Trataré de los siguientes casos.

1) Al referirse a la sumisión expresa al régimen de la ley *ex art. 2.2 LPE*, apunta la ponencia la posibilidad de que esta sumisión se entienda referida, tan solo, “*a aquellas situaciones jurídicas susceptibles de ser reguladas por la autonomía de la voluntad*”. Ello supone –como no se deja de reconocer en la ponencia– una interpretación restrictiva de la LPE. Puede tenerse en cuenta, en este punto, que la LPE parte de una amplia posibilidad de autorregulación, según señala el art. 4, pudiendo incluso regular las compensaciones económicas para los supuestos de extinción de la convivencia, aunque siempre con el debido acatamiento de los esenciales deberes familiares –según antes se ha visto: convivencia, fidelidad, respeto y ayuda mutua– y teniendo en cuenta que las compensaciones establecidas por la LPE para los supuestos de extinción de la convivencia constituyen mínimos irrenunciables hasta el momento de su exigencia. E igualmente son nulos los acuerdos que limiten la igualdad de derechos que corresponden a cada uno de los miembros de la pareja. Esta amplia posibilidad de autorregulación queda enmarcada por las disposiciones de la LPE que la limitan y condicionan su ejercicio, añadiendo, en su caso, otros posibles derechos (predetracción, alimentos, régimen sucesorio, etc...). Por todo ello no se ve que la sumisión al régimen de la LPE pueda entenderse limitada a una parte del contenido de la misma, ya que, realmente, los constituyentes de la pareja se someten a ella como un todo.

2) Alcance del art. 5.5, introducido por la ley 3/2009 de 27 de abril. Dice el precepto que “*en todas las relaciones patrimoniales, si consta convivencia, será de aplicación supletoria el artículo 4 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears*” La ponencia se plantea el alcance del precepto, del

cual —acertadamente— dice que “suscita perplejidad”. Y, por lo que respecta al alcance, señala que la norma no parece referida a las parejas estables inscritas, en las cuales existe ya convivencia, dándose la particularidad de que si se pretendía extender el art. 4 CDCIB a las parejas estables reguladas por la LPE se podría haber dicho así lisa y llanamente. Apunta, en consecuencia, la posibilidad de que se haya roto el principio de constitución formal de las parejas, extendiendo el precepto a las parejas de hecho no inscritas.

Tal posibilidad creemos que no puede admitirse. En primer lugar porque el precepto forma parte de la Ley de Parejas Estables, por lo que una interpretación *sedes materiae* no podría llegar a la conclusión de que se está dando patente legal y régimen jurídico a un tipo de parejas que están fuera del esquema establecido por la LPE. No hay que olvidar, por otra parte, que el precepto fue introducido en la LPE por la ley 3/2009 de 27 de abril, sobre causas de indignidad sucesoria y desheredación, para hacer posible la revocación de donaciones entre los convivientes si se hubiere dado alguna de las causas establecidas en dicha ley, que se dictó para incluir todas las relacionadas con la violencia de género. Por lo tanto, la interpretación *teleológica* del precepto tampoco nos puede llevar a una conclusión tan alejada de la finalidad para la que se dictó la ley.

En lo que sí estamos de acuerdo con la ponencia es en que la redacción del precepto resulta confusa y horrorosa, siendo de destacar que se trata de una ley de la cual la Comissió Assessora de Dret Civil del Govern Balear conoció su existencia cuando ya la ley había sido aprobada. Creo recordar que un ilustre Académico la calificó como “un buñuelo a la

La remisión del art. 5.5 LPE al art. 4 CDCIB plantea la cuestión, abordada por la ponencia, de a qué materias se aplicará este último precepto. El art. 4 CDCIB no solamente trata de la revocación de donaciones entre cónyuges, sino también de la presunción de gratuidad de las transmisiones entre cónyuges, de la administración por un cónyuge de los bienes del otro y de la contribución a las cargas del matrimonio. A excepción de esta última materia —de la cual trata la LPE de manera expresa, excluyendo, por tanto, la aplicación supletoria— sí se podría entender aplicable a las parejas estables la regulación de aquellas materias, pues, además de derivarse de la interpretación literal del precepto, las normas del art. 4 sobre presunción de gratuidad y administración de los bienes del otro cónyuge no dejan de resultar lógicas, siendo, por tanto, adecuada su traslación a las parejas estables. Por ello se discrepa de lo que se afirma en la ponencia sobre las diferentes normas que se aplican al matrimonio y a la pareja estable, ya que, en virtud de esta rocambolesca remisión, también se aplicarían a la pareja estable la revocación de donaciones entre los convivientes, la presunción de gratuidad y la administración de los bienes del otro conviviente.

3) El art. 7 LPE, establecedor de la equiparación de los convivientes a los cónyuges en cuanto a la aplicación de las disposiciones relacionadas con la tutela, curatela, incapacitación, declaración de ausencia y prodigalidad, motiva la afirmación de la ponencia expresiva de que el problema del precepto radica, más que en la invasión de competencias, en la aplicación de la norma con independencia de la voluntad de las partes.

De entrada, hay que reconocer que estas materias parecerían *prima facie* de competencia exclusiva del Estado, salvo que se recurra a la doctrina de la conexidad, considerando que realmente se trata de instituciones que se mueven dentro del ámbito familiar, por lo que una Comunidad Autónoma como la nuestra, que ha tenido tradicionalmente un régimen económico familiar propio, puede extender su normativa a estas instituciones relacionadas generalmente con la familia. Gracias a una conexidad interpretada *ad libero arbitrio* se ha podido hacer, por ejemplo, el Codi civil catalán, por lo que no sería de recibo una interpretación *a contrario iure*. Se trata también de una norma bien intencionada, ya que podrían darse casos en que la falta de parientes de la persona que sufre estas situaciones podría determinar la no puesta en marcha de los mecanismos previstos por el Código civil si el conviviente no puede instarlos. Por todo ello sería partidario de la conservación del precepto. Particularmente por entender, además, que las disposiciones del precepto encajan con lo que los convivientes desearían en caso de darse las situaciones contempladas por el artículo en cuestión.

Estas leves discrepancias apuntadas me llevan a dedicar un apartado final a la cuestión que considero más importante de la ponencia, que, obviamente, es la que hace referencia al proyecto de reforma.

IV.- LA IMPROBABLE PROSPERABILIDAD DE LA REFORMA APUNTADA.

La reforma legislativa que se sugiere en la ponencia es impecable, de acuerdo con los principios en que la misma se inspira y que han sido expuestos a lo largo de la ponencia. Además, no puede olvidarse que la misma viene precedida de diversos apartados en los que se exponen la realidad social (Estadística de inscripciones en el Registro de Baleares), los argumentos para regular, los argumentos para no regular, qué habría que regular (y qué se puede regular a la vista de la jurisprudencia constitucional), ciñéndose la propuesta de regulación a los dictados de la STC 93/2013.

Sin embargo, con relación a la misma, cabría la siguiente matización. La configuración de la pareja estable realizada por la ley Navarra no coincide en absoluto con la nuestra, ya que considera tal *la unión libre y pública*, en

una relación de afectividad análoga a la conyugal, de dos personas de igual o distinto sexo, cuando hayan convivido maritalmente al menos un año, o hayan expresado su voluntad de constituir la pareja estable en documento público o simplemente convivan y tengan descendencia común". Por lo tanto se trata de una ley que se impone "a la fuerza" a las personas que se encuentran en una determinada situación, aunque no hayan realizado acto alguno, expreso o tácito, de aceptación de la misma. Caso muy distinto es el de la ley balear, en la que el sistema de inscripción constitutiva supone la manifestación de unas declaraciones de voluntad en las que se acepta la constitución de la pareja estable y existe, además, un especial acatamiento –sumisión expresa dice la LPE– al régimen especial establecido por la Ley balear. En este sentido no hay que olvidar que uno de los argumentos en que se fundamenta la STC 93/2013 de 23 de abril hacía referencia a que *una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretenden atribuir a esta unión puede colisionar con la libertad de no contraer matrimonio, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio*. Es inconstitucional, en definitiva, según se dice en la ponencia, que la ley se aplique a las parejas por el mero hecho de la convivencia durante un plazo de tiempo o por el hecho de convivir y tener un hijo en común. En el caso de la ley balear, al establecer la inscripción constitutiva, se rechazan todos los supuestos que no resulten de unas declaraciones de voluntad expresas y se constata que los miembros de la pareja se han acogido a una normativa que configura jurídicamente su situación como pareja, a la que se han sometido expresamente.

En definitiva, la tacha de inconstitucionalidad de la ley navarra deriva de la imposición de una regulación a personas que no la han aceptado de modo alguno, pero no de haber creado un marco jurídico distinto del matrimonio, aunque parecido a él, para las parejas que voluntariamente lo han aceptado. Considerar que determinadas peculiaridades jurídicas sólo son de posible inclusión en el régimen del matrimonio, pero no a las parejas estables, atentaría contra el principio constitucional de protección a la familia, que no se agota en la familia matrimonial.

Todo ello hace que, a diferencia de la ley Navarra, la ley balear no deba ser meramente dispositiva, sino que también pueda ser imperativa. Es positivo que respete la autonomía de la voluntad de los convivientes para regular sus relaciones personales y patrimoniales –autonomía que en nuestra ley tiene un amplio campo de posibilidades, como antes se ha visto–, pero enmarcada dentro de unos condicionamientos legales, que la sociedad

ha aceptado y a los que le sería muy difícil renunciar. Piénsese en el revuelo mediático y en las protestas generalizadas que desencadenaría una ley que incidiera en el tema de las parejas estables para eliminar la pensión periódica y la compensación económica, establecidas por el art. 9 LPE como efectos de la extinción en vida de la pareja, o el régimen sucesorio del art. 13. Hay que tener en cuenta que nuestra Ley de Parejas Estables ha sido considerada avanzada y progresiva, habiéndose aplicado precisamente por ello a los matrimonios, por la discutible vía de la *analogía legis*. (Sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ 2/2010 de 24 de Marzo).

Tampoco soy partidario de eliminar la inscripción constitutiva como trámite indispensable para la existencia jurídica de la pareja. Su sustitución por la escritura pública será evidentemente criticada como norma corporativista y peor aun resulta la simple exigencia de la mera constancia escrita (documento privado), dadas su falta de fehaciencia en cuanto a la fecha de su otorgamiento y posibilidad de manipulación. La constitución de la pareja estable requiere unos trámites previos para comprobar la ausencia de impedimentos y las circunstancias personales, entre ellas la vecindad civil balear (art. 9.f del Decreto 112/2002 de 30 de agosto). Ciertamente si se partiera de la escritura pública constitutiva, en las Notarías podrían hacerse estos trámites, pero, en un régimen de inscripción constitutiva, no deja de ser lógico que todo ello se realice en el Registro de Parejas Estables actualmente existente, si bien admitiendo –como ahora se hace– la posibilidad de que la prestación del consentimiento para la constitución de la pareja se realice no solamente ante el encargado del Registro, sino también ante Notario y ante Alcalde asistido de Secretario. Es cierto que estamos ante un Registro administrativo del cual se derivan importantes efectos civiles, pero es de la mayor evidencia que no se tienen competencias para crear otro tipo de Registro que no sea meramente administrativo.

La meditada reflexión sobre todos estos temas me lleva a una conclusión que, en este caso, se aviene con mi pensamiento liberal: *laissez faire, laissez passer*. La ley de parejas estables 18/2001 de 19 de diciembre está ahí y se han apuntado a la misma bastantes parejas, dado el amplio abanico de finalidades y ventajas administrativas y fiscales que de la misma se pueden obtener. Un cambio del modelo para terminar con la inscripción constitutiva sería incurrir en un error en el que cayó la ley Navarra. Establecer un régimen de la misma basado tan sólo en la autonomía de la voluntad sería un fenómeno regresivo. Es cierto que la LPE es más avanzada que la Compilación, pero no es aquélla, sino ésta la que debe cambiar. La sociedad no entendería una “vuelta atrás” en este proceso que ha ido acercando la pareja estable al matrimonio. Es cierto que nuestra ley –como todas las

leyes- tiene perpetuamente pendiente sobre ella la espada de Damocles de una cuestión de constitucionalidad de posible planteamiento por cualquier Juez o Tribunal. Pero, para superar este peligro, nuestra Ley de Parejas Estables tiene, con relación a otras leyes autonómicas sobre la materia, dos ventajas: parte de un sistema de inscripción constitutiva y somos una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio, de marcado carácter familiar y sucesorio.

XII.4- NOTAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS PAREJAS NO MATRIMONIALES.

Antonio Monserrat Quintana

I.- A modo de introducción.

Con estas líneas pretendo tan sólo exponer algunas ideas generales, de orden jusfilosófico, porque me parece que, en definitiva, toda esta cuestión es incluíble más en el campo de las ideas y concepciones filosóficas que en el del derecho práctico. Quiero decir que, previamente a las soluciones y recetas finales, creo que es necesario hacer un replanteamiento general, con serenidad y sinceridad.

Ante todo, considero que habría que hacer una suerte de "enmienda a la totalidad" a toda la regulación actual. Desde hace bastantes años, muchos esfuerzos doctrinales y legislativos han ido en la línea de regular, homologar, imponer, etc., determinadas concepciones que se proyectan sobre las parejas no matrimoniales, ciertamente, pero que implican una agresión evidente y un perjuicio comparativo al matrimonio y a la familia, entendidos en su sentido más auténtico.

Considero, por ello, que las soluciones a las más acuciantes necesidades de la sociedad, a nivel mundial, no sólo español ni balear, van por otra vertiente. La enorme crisis existente en Occidente, en gran parte provocada por un bombardeo verdaderamente masivo por parte de determinados *lobbies* y algunos medios de comunicación, con estrategias mundiales¹, que se ha cernido sobre el matrimonio, entendido como unión estable entre un hombre

1.- Me permito alegar mi experiencia personal en ámbitos de la ONU, Conferencia de El Cairo, ECOSOC, etc.

y una mujer, basada en un compromiso, y con orientación a los hijos, y base de la inmensa mayoría de familias, ha producido unos resultados que nadie que no sea ciego no puede dejar de ver.

1.- Una crisis galopante de orden demográfico, que lleva como consecuencias obvias:

A.- Una progresiva y pronto imparable disminución de la población joven y activa, unida a un aumento, aún más rápido que aquélla, de la población pasiva. De esta manera, multitud de previsiones totalmente neutras, puramente científicas, demuestran que muy pronto los ciudadanos activos no podrán hacer frente a las necesidades de los pasivos.

B.- Esta primera constatación tiene también como efecto que el sistema de la Seguridad Social no podrá hacer frente a las pensiones.

C.- Una confusión creciente, a nivel jurídico, en el campo de la Familia (matrimonial, convivencial) y Sucesiones, en razón de que no se acomete una regulación armónica, estructurada y global, como lo fue el *Code Napoléon* (sin que quiera decir con esto que haya que volver a las concepciones, totalmente sobrepasadas, de éste), y de las *codificaciones* posteriores.

2.- Lo anterior tiene como único paliativo, mientras no varíe sustancialmente el planteamiento —y aunque se variara, hasta que, dentro de muchos años, se invierta la tendencia— que las sociedades como la nuestra dependan, cada vez más, del aporte de inmigrantes, desde luego no de los provenientes de países de nuestro entorno europeo desarrollado, que sufren los mismos problemas, sino de países también europeos del Este, y, fundamentalmente centro y sur-americanos. Sin olvidar, como es también patente en Baleares, la creciente influencia y presencia de musulmanes y negro-africanos, que van paulatinamente ocupando las posiciones que dejan vacías los nacimientos que no cubren siquiera el relevo generacional, o crecimiento cero.

3.- Las consecuencias a que me refiero no son únicamente, ni de manera más importante, económicas, sino culturales. Está en juego la supervivencia de nuestra lengua y de nuestra cultura, lo que incluye a nuestro Derecho propio, muy especialmente a los principios generales sobre los que se asienta, destilación de siglos, por centrarnos en la materia más propia de nuestra Academia.

4.- Entre los efectos no puramente económicos, aunque también los tienen, están las crisis que sufren los jóvenes, con dificultades cada vez mayores a la hora de integrarse en la sociedad; la desesperanza en el futuro profesional y personal; la desconfianza hacia el establecimiento de una familia, previo

el matrimonio correspondiente; el acelerado aumento de familias monoparentales; el gran número de personas ancianas y desvalidas que viven solas; la delincuencia originada por entornos de familias desestructuradas; la infelicidad, etc. Todo lo cual está perfectamente documentado y estudiado, de manera que no son “opiniones”, sino hechos incontrovertibles.

Es por ello que urge, como acaba de decir bien alto el Papa Francisco, “revalorizar el matrimonio y la familia”², porque, de no hacerlo, las consecuencias serán evidentemente muy negativas, como ya lo estamos viendo.

II.- Entrando más en el Derecho Positivo.

Como ya dije en reciente correo dirigido a la Academia: «Tras una primera lectura de la comunicación de nuestro amigo y distinguido colega José Cerdá, no puedo estar más de acuerdo. En mi opinión, la situación actual —grave desde el punto de vista demográfico, social y de valores— que atraviesa nuestra sociedad, exige que desde nuestra privilegiada posición en cuanto académicos, propongamos avances positivos que redunden en un reforzamiento de todo lo que sea favorecer al matrimonio y a la familia basada en compromisos serios de convivencia. *Compromiso convivencial formalizado* que ha sido exigido por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo³ en la materia de las “pensiones de viudedad” que solicitan sobrevivientes de parejas de hecho, que nunca quisieron formalizar su relación —para eso es “de hecho”— pero que luego desean gozar de las ventajas de ser “de derecho”. El Derecho no está sólo para regular “lo que hay”, especialmente cuando los interesados no tienen voluntad de someterse al Derecho (son “de hecho”), sino que, también y de manera muy importante, tiene una función tuitiva, es decir, cultural y formativa, que, en

2.- El texto completo a que me refiero dice así:

“Pero pensemos también en la reciente epidemia de desconfianza, de escepticismo, e incluso de hostilidad que se difunde en nuestra cultura —en particular a partir de una desconfianza comprensible de las mujeres— en relación a una alianza entre hombre y mujer que sea capaz, al mismo tiempo, de afinar la intimidad de la comunión y de custodiar la dignidad de la diferencia.

Si no encontramos una oleada de simpatía por esta alianza, capaz de establecer las nuevas generaciones a la reparación de la desconfianza y de la indiferencia, los hijos vendrán al mundo cada vez más desarraigados desde el vientre materno. La desvalorización social por la alianza estable y generativa del hombre y de la mujer es ciertamente una pérdida para todos. ¡Debemos revalorizar el matrimonio y la familia!”.

(Papa Francisco, Audiencia General, 22 Abril 2015).

3.- SSTC 44/2014 y 45/2014, ambas de 7 abril; SSTS 9 febrero 2015; 20 julio 2010; 3 mayo 2011; 22 septiembre 2014 y 22 octubre 2014 (ambas del Pleno de la Sala 4^ª); 9 febrero 2015, etc.

el caso que nos ocupa, debería ir por la vía de crear atractivos de orden civil, hereditario, fiscal, social, etc., para esas relaciones estables, de derecho, que son las que más interesan a la sociedad».

En definitiva, lo que, en el contexto actual legislativo y jurisprudencial, distingue a las “parejas de hecho” de las “estables” o “de derecho”, es el aludido *compromiso convivencial hecho público*, vía inscripción en registro, declaración constitutiva notarial, documento público, o como se quiera. Pero resulta que, desde que el matrimonio civil ya no es indisoluble, y ni siquiera heterosexual, no existe ninguna diferencia digna de este nombre entre estas “parejas estables, o de derecho” de los “matrimonios civiles”.

Dicho esto así, me parece que la solución habría de estar, mientras no cambie el contexto que ha desnaturalizado el matrimonio y la familia, en tomar decididamente las siguientes medidas:

1.- Conferir legalmente a toda pareja estable, de derecho, con compromiso convivencial público, el *nomen* y el *status* de matrimonio civil, con las consecuencias de régimen económico conyugal, filiación, y sucesorio que le doten de una firmeza y permanencia institucionales, con la consiguiente protección propia y de terceros.

2.- Dicha institucionalización debería tener carácter nacional, para evitar el caos actual causado por las distintas y hasta incompatibles regulaciones autonómicas.

3.- De no ser esto posible, intentar hacerlo a nivel autonómico –en nuestro caso, balear–, y avanzar resueltamente hacia un Código Civil Balear ágil y moderno. Si parece demasiado esta empresa, hacer una regulación del Derecho Balear de Familia consistente, orgánica y completa.

4.- Para las parejas de hecho, que, por ello, carecen de compromiso convivencial, dejar su regulación –si es que la quieren– a los pactos convivenciales que pudieran, privadamente, convenir entre los convivientes provisionales. Me remito a la excelente aportación de José CERDÁ GIMENO en recientes comunicaciones.

5.- Para salir al paso de las objeciones que pudieran provenir de la necesidad de dotar de protección legal a los intereses de terceros afectados por dichas parejas de hecho –el caso paradigmático son los hijos que pudieran tener–, creo que sería suficiente con la aplicación de las normas de filiación, alimentos, etc., ya existentes; y en cuanto a las relaciones económicas de los convivientes mientras dure la convivencia y al cese de ésta, aplicar la doctrina del *enriquecimiento injusto*, con desarrollo legislativo, o jurisprudencial en su caso.

Se nos puede decir que el enriquecimiento injusto no siempre resulta de fácil aplicación. A esto podemos oponer que se trataría de la aplicación de un principio general del derecho –como lo es–, con adaptación a la realidad social del tiempo, y esperar de la jurisprudencia una doctrina flexible, dinámica y solucionadora de los conflictos. Lo que es perfectamente posible, como se ha visto con los enormes avances jurisprudenciales con ocasión de la crisis económica, que han dado un vuelco⁴ a la doctrina hipotecaria (¿qué diría ROCA SASTRE?!), a los derechos de los consumidores y usuarios, etc.

4.- Más bien un *revolcón*.

XII.5- ANÁLISIS DE CIERTAS CUESTIONES QUE SE HAN PRESENTADO, RECIENTEMENTE, SOBRE LAS PAREJAS ESTABLES. UNA ESPECIAL REFERENCIA A LA LLAMADA “PENSIÓN DE VIUDEDAD”.

María Pilar Ferrer Vanrell

Tras la lectura pausada del minucioso estudio sobre las parejas no matrimoniales que realiza el Académico D. Carlos Jiménez Gallego, poniendo de relieve las principales dudas que plantea la actual regulación, poco queda por decir, más que agradecer la información tan completa que nos proporciona.

El tema es de sumo interés y requiere un debate que no se puede apartar de la realidad social a la que va dirigida; porque la situación convivencial comparte un amplio espacio, en nuestra sociedad, con la situación matrimonial como fundamentos de convivencia y para formar una familia, que la Constitución ampara (art. 39) Ahora bien, en esta materia, cuando las regulaciones de la convivencia de parejas no casadas son rígidas, incluso más que la regulación del matrimonio, como ocurre con la Ley balear 18/2001, no atienden a las necesidades de una situación que, *per se*, quiere quedar al margen de tal rigidez; no en vano se ha denominado a tal convivencia parejas “de hecho”, en contraposición a las de derecho. También es cierto que, tales parejas, cuando cesa la convivencia, acuden a los Tribunales de Justicia para solucionar los problemas que han derivado de tal convivencia, porque, generalmente, de las relaciones de pareja deriva, mayoritariamente, que uno de los miembros es el más vulnerable y queda afectado por la relación, como ocurre con el matrimonio. Y hay que tener en cuenta que de estas relaciones pueden verse afectadas terceras personas como son los hijos fruto de tales uniones.

En definitiva, comparto y suscribo las palabras, de la ponencia, del Sr. Jiménez Gallego que transcribo:

En definitiva

La ley balear 18/2001 es inconstitucional en muchas materias. Es desafortunada en otras muchas. Es poco clara y contradictoria en sí misma, máxime desde la reforma de 2009. Estas críticas pueden hacerse también de otras leyes autonómicas pero la ley balear, y es triste reconocerlo, ocupa un lugar en el podio de ganadores. Es una razón que a nuestro juicio exige una reforma urgente y profunda. Además, aunque esto es una opinión más personal, realiza una equiparación excesiva al matrimonio, que debiera ser también corregida, aunque sólo fuera, que no lo es, para evitar la inconstitucionalidad. El TC no llegó a decirlo respecto de la ley navarra, pero la cuestión puede replantearse con cada ley autonómica.

Tras este introito, pasaré a dividir este comentario, que emito de forma apresurada, en dos parte diferenciadas; por una parte trataré de las situaciones que hoy, tras 14 años de vigencia de la Ley 18/2001, se ha planteado en la sociedad y que la ley debe dar respuesta, y lo concretaré a dos hitos importantes, la Ley 13/2005 y la Sentencia del TC 40/2014 sobre inconstitucionalidad del apartado 5 del art. 174, 3 LGSS. Estas dos cuestiones son de sumo interés, por lo que presentaré, a modo de fundamentación de las propuestas, un breve análisis. Seguidamente, como segundo apartado, trataré de comentar algunas cuestiones de las interesantísimas propuestas en su brillante ponencia que formula el Académico D. Carlos Jiménez Gallego.

Sumario:

- I.- Razones, para el análisis de la regulación de las Parejas Convivientes no casadas, fundadas en la Ley 13/2005 y en las Sentencias del TC, especialmente por razón de la pensión de viudedad.
- II.- Comentarios a algunas cuestiones en relación a la ponencia que presenta el Académico D. Carlos Jiménez Gallego.

I.- Razones, para el análisis de la regulación de las Parejas Convivientes no casadas, fundadas en la Ley 13/2005 y en las Sentencias del TC, especialmente por razón de la pensión de viudedad.

1º La Familia y su evolución.

La familia como elemento básico del Derecho está mutando hacia un concepto más amplio como es la convivencia fundado, en parte, en el proceso evolutivo y también propiciado por determinadas modificaciones legislativas.

Tradicionalmente, el matrimonio y el parentesco otorgaban unos efectos jurídicos de carácter familiar, que hoy quedan desplazados, o mejor, adicionados a otros conceptos que encuentran su fundamento, principalmente, en la convivencia, siendo el matrimonio una de sus posibles formas¹.

La convivencia otorga consecuencias jurídicas a:

- a) Los núcleos de convivencia fundados en el matrimonio, la llamada familia tradicional.
- b) Los núcleos de convivencia en pareja. Las uniones *more uxorio*; pareja de hecho; o Parejas estables que, en Baleares, están reguladas por la Ley 18/2001 de Parejas Estables.

Esta convivencia de pareja estable existe junto a otra convivencia de pareja de hecho que no están sometidas a la Ley 18/2001 y de la que deriva otras consecuencias.

- c) Otros nuevos núcleos convivenciales en los que, la convivencia, otorga *ex lege* derechos y deberes de carácter familiar.

Entre estos nuevos núcleos, de los que derivan derechos y deberes de carácter familiar, podemos citar, los acogimientos familiares, tanto de menores (art. 173.1 CC, acogimiento menores); como de personas mayores (en las CCAA donde lo tienen regulado (por ej. Ley Foral de Navarra 34/2002, de 10 de diciembre; y en Cataluña Ley 14/2010 de 27 de mayo, de acogida familiar de menores, arts. 125 y ss.; y Ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre de acogida de personas mayores; Ley 19/1998, de 28 de diciembre sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua), vigente hasta el 1 de enero de 2011, fecha de su

1.- Puede consultarse en FERRER VANRELL, M. P., "Las nuevas situaciones convivenciales como fuente de relaciones de carácter familiar. El concepto de familia". *Revista Jurídica del Notariado*, nº 55, 2005.

derogación, y que se sustituye por Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, y se regula en su Título IV del Libro II.

El concepto de familia no lo procura la Constitución, su artículo 39 reconoce a la familia como un bien constitucionalmente protegible; es un principio rector que tendrá que informar la legislación positiva y la actuación de los poderes públicos. Por otra parte, el matrimonio está colocado, sistemáticamente, en el artículo 32, como un derecho constitucional² dentro del Título Primero de los derechos y deberes fundamentales.

Los modelos constitucionales de familia y matrimonio, como instituciones, fueron un importante punto de debate entre los constituyentes.

El modelo constitucional inicial de la familia, en el Anteproyecto de la vigente Constitución³, era la fundada en el matrimonio⁴, ya que era el matrimonio el fundamento para “crear una relación estable de familia” (artículo 27 proyectado, actual artículo 32). Fruto del consenso, el texto aprobado por el Pleno de la Comisión Constitucional (BOC de 1 de julio de 1978), quedan suprimidos (en el proyectado artículo 30.1) los términos referentes a la familia del artículo 27.

2º La heterosexualidad como requisito del matrimonio, fundamento de las leyes de Parejas convivenciales no casadas.

El matrimonio se concibió para los constituyentes con los presupuestos de heterosexualidad y de igualdad; el matrimonio constitucional era el de

2.- En el capítulo II, la sección 1ª regula de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (arts. 15 a 29); la sección 2ª de los derechos y deberes de los ciudadanos, es donde se ubica el artículo 32. En opinión de ESPIN CÁNOVAS, Diego, es dudoso “el acierto sistemático de estas instituciones tradicionales del Derecho Privado. El artículo 32, sede del matrimonio, origen secular de la familia, podría haberse incluido en el capítulo III del mismo título (“Principios rectores de la política social y económica”), aproximándolo al artículo 39, sobre protección de la familia, de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil, etc.” En Comentarios a la Constitución Española, dirigidos por Oscar ALZAGA VILLAMIL, Madrid 1984, pág. 453.

3.- Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 18 de abril 1978.

4.- El artículo 27.1 del Anteproyecto de la Constitución española (BOC de 5 de enero de 1978), decía “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia”, fue modificado en el Informe de la ponencia (BOC de 1 de julio de 1978), quedando redactado por esta en los siguientes términos “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia”.

hombre con mujer en un mismo plano de igualdad según la redacción del artículo 27.1⁵ del Anteproyecto de Constitución (de 5 de enero de 1978). Al texto del artículo 27.1 propuesto, los Grupos Parlamentarios Comunista y Socialista formularon sendos votos particulares; el GP Comunista propuso como redacción “el matrimonio se basa en la plena igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges”⁶; por su parte el GP Socialista presentó como texto alternativo la siguiente redacción: “Toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y su sexualidad: a contraer matrimonio, a crear en libertad relaciones estables de familia y a decidir, libremente, los hijos que desea tener, a cuyo fin tiene derecho a la información necesaria y a los medios que permitan su ejercicio”⁷. Estas dos redacciones alternativas propuestas, la primera escueta, la segunda farragosa, ya apuntaban a dejar abierta la posibilidad para que la Constitución amparara el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas aprobó el Dictamen, el 1 de julio de 1978, quedando redactado el artículo 30.1 (artículo 27.1 del Anteproyecto) “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio”. La misma redacción pasó al Proyecto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 24 de julio de 1978.

En el Senado, las enmiendas formuladas iban dirigidas a omitir la palabra “hombre y mujer”; don Luís María Xirinacs⁸ (GP Mixto) en la enmienda n^o 465 propuso su sustitución por “toda persona”; por su parte, la enmienda n^o 25, formulada por los GP Progresistas y Socialistas Independientes, proponían la modificación por el término “los cónyuges”. Finalmente el texto del artículo 32.1 (artículo 30.1 anterior) quedó aprobado por el Senado el 13 de octubre de 1978 con la reacción siguiente: “el hombre y la mujer, tienen derecho a contraer matrimonio, basado en la igualdad jurídica de los cónyuges”. La redacción definitiva del artículo 32: “el hombre y la mujer, tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” se aprobó por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 31 de octubre de 1978.

5.- Ver en nota 4 el texto del artículo 27.1. del Anteproyecto de la Constitución.

6.- Por don Raúl Morodo, en la fase de enmiendas al Anteproyecto, se presentó la enmienda n^o 479 de adhesión a los votos particulares del GP comunista y también del GP Socialista.

7.- Don Francisco Letamendía (Grupo Mixto) presentó la enmienda n^o 64, de adhesión al voto particular formulado por el GP Socialista.

8.- Manifestó, en defensa de la enmienda, que existen actualmente “nuevas formas de matrimonio y de relaciones no matrimoniales con una intensidad y extensión tales que de no tenerlo en cuenta margina a una gran cantidad de personas”.

El rechazo a las enmiendas propuestas al texto constitucional, presentadas por grupos parlamentarios minoritarios, es reflejo evidente de la voluntad del legislador constituyente, que concibió la institución del matrimonio como la unión de hombre con mujer⁹.

Esta concepción constitucional tuvo su reflejo en la doctrina jurisprudencial sobre la transexualidad¹⁰ ya que el Tribunal Supremo, en los supuestos de reasignación de sexo por intervención quirúrgica y posterior modificación por sentencia de la inscripción en el Registro civil, se mostraba contrario a la autorización del matrimonio del transexual porque el sexo cromosómico (que permanece inalterable) seguía siendo el mismo sexo originario. El fundamento¹¹ de la imposibilidad para contraer matrimonio era que el matrimonio entre personas del mismo sexo no estaba permitido.

La Dirección General de los Registros y del Notariado mantenía la imposibilidad de autorizar el matrimonio de un transexual¹²; posteriormente lo ha autorizado en los casos que se hubiera reasignado un nuevo sexo quirúrgicamente y constara inscrito en el Registro civil. El argumento que ha mantenido para fundamentar el cambio de criterio es: "si el cambio de sexo se ha producido, los sexos de ambos contrayentes son distintos y cada uno de ellos, al prestar el consentimiento, ha tenido en cuenta el diferente sexo del otro"¹³. El fundamento para autorizar el matrimonio seguía siendo el de la heterosexualidad.

La imposibilidad constitucional de contraer matrimonio, personas del mismo sexo, del que pudieran derivar los derechos y deberes propios de la relación matrimonial, tanto en el ámbito de los efectos inter vivos, como los efectos sucesorios, determinaron la necesidad de regular las relaciones convivenciales *more uxorio*, que podían establecerse con independencia del sexo, con el fin de poder otorgar aquéllos derechos patrimoniales y sucesorios a las parejas homosexuales.

9.- Los argumentos jurídicos sobre el presupuesto constitucional de la heterosexualidad del matrimonio puede consultarse en FERRER VANRELL, MARÍA PILAR, "Las nuevas situaciones convivenciales...", cit., pág.51 y ss.

10.- Ver GOMEZ LAPLAZA, M. CARMEN, "La transexualidad". *Aranzadi civil* n° 1/2004. Editorial Aranzadi, Pamplona 2004. FERRER VANRELL, MARÍA PILAR, "Las nuevas situaciones..." cit., pág. 54 y ss.

11.- Se inicia esta doctrina del Tribunal Supremo con las sentencias de 2 de julio de 1987; 15 de julio de 1988; 3 de marzo de 1989 y 19 de abril de 1991.

12.- Resolución 215/1988, de 21 de enero.

13.- RDGRN de 31 de enero de 2001, FJ 6°. RDGRN de 24 de enero de 2005.

Este núcleo convivencial reclamaba una consideración específica porque aún tratándose de una institución distinta al matrimonio requería efectos semejantes a los que de esta institución derivan.

Estas uniones estables de parejas han tenido un reconocimiento autonómico¹⁴ pero no estatal. Las leyes de parejas estables han otorgado a los convivientes, en mayor o menor medida dependiendo de cada legislador autonómico, unos derechos a semejanza de los que derivan de la relación matrimonial, paliando así la imposibilidad constitucional de contraer matrimonio las personas que son del mismo sexo, imposibilidad que hoy está superada a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, Ley que no tiene tacha de inconstitucional, ex STC 198/2012 de 6 de noviembre.

3º. La finalidad de las leyes autonómicas de parejas estables a partir de la ley 13/2005. Los distintos fundamentos de la regulación de la institución del matrimonio y de la convivencia en pareja estable.

3.1. - Finalidad de regular el hecho de la convivencia en pareja.

La finalidad de las distintas regulaciones de parejas convivenciales *more uxorio* ha sido: 1) por una parte, dotar de efectos patrimoniales a semejanza de los que derivan del matrimonio a aquellas parejas heterosexuales que unían sus vidas al margen del derecho, pero que la propia realidad demostraba que, al tiempo de la ruptura de la convivencia, acudían a los Tribunales de Justicia para reclamar derechos económicos derivados de la propia situación de convivencia porque la vida en común había supuesto un perjuicio en sus intereses patrimoniales.

La normativa autonómica, iniciada por la Llei de Catalunya 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estable de parella, (LUEP catalana, que hoy se ha modificado y la regula el Codi Civil de Catalunya, en los arts. 234-1 y ss), en mayor o menor medida, otorgó unos derechos económicos semejantes a los que la pareja matrimonial puede reclamar a la ruptura y otros derechos de carácter sucesorio; incluso, algunas leyes, como es la balear, han equiparado, en materia sucesoria, la situación convivencial a la matrimonial, dando al conviviente supérstite el mismo tratamiento que da la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears al cónyuge viudo.

14.- Actualmente son 13 las leyes autonómicas que regulan las relaciones de pareja estable.

2) Por otra parte, y muy principalmente porque así se determina en la Exposición de Motivos en la mayoría de leyes autonómicas, las normas reguladoras de la pareja estable pretendían dotar a la pareja homosexual de un estatuto patrimonial semejante al patrimonial-matrimonial, al que no podían acceder por entender vetado por la Constitución.

Este efecto era la verdadera razón de las leyes autonómicas reguladoras de la convivencia *more uxorio*. La decisión de la pareja heterosexual, de querer quedar al margen de la regulación matrimonial, era totalmente libre y voluntaria; cuestión distinta es que, posteriormente, reclamaran efectos patrimoniales derivados de aquella relación a la que no habían querido someterse cuando constataban que su situación patrimonial era injusta, como puede ocurrir al finalizar la convivencia. Los Tribunales de Justicia tuvieron que paliarla, mayoritariamente y en la medida que se cumplieran los requisitos, por la vía del enriquecimiento sin causa.

Por el contrario, aunque la decisión de la pareja homosexual de iniciar una convivencia era, también, una decisión voluntaria; no lo era la decisión de que su convivencia y sus efectos quedaran al margen del derecho. Es así que, ante la imposibilidad de contraer matrimonio con el fin de quedar sometidos al régimen patrimonial matrimonial, las leyes reguladoras de la unión de pareja estable tuvieron como finalidad primordial otorgar un estatuto jurídico a la pareja homosexual semejante al matrimonio, como es el que ofrece la Ley 11/2001 del Parlamento balear.

La posterior Ley 13/2005, modificadora del Código civil en materia del derecho a contraer matrimonio influirá, de forma importante, sobre las distintas leyes autonómicas reguladoras de las uniones de pareja y será menester abordar una revisión sobre su propia finalidad.

El Ministro de Justicia, del primer Gobierno del Presidente Rodríguez Zapatero, en su primera comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados anunció una ley que regule las parejas de hecho mediante "la aprobación de un nuevo marco legal para las parejas que deseen formalizar su convivencia".

Algunos Grupos Parlamentarios, minoritarios, ya presentaron distintas proposiciones para la regulación estatal de las parejas estables. El GP catalán de Convergencia i Unió presentó una proposición de ley sobre uniones estables de pareja (nº de expediente 122/000012); el GP de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, sobre igualdad jurídica para las parejas de hecho (nº de expediente 122/000034); y el GP Mixto de Igualdad jurídica para las uniones de hecho (nº de Expediente 122/000044).

Estas proposiciones recibieron la aprobación a la tramitación parlamentaria por el Pleno del Congreso el 29 de junio de 2004. En el debate, el portavoz socialista Sr. Pedret recordó que pronto se aprobará una modificación del

matrimonio para dar cabida a las personas del mismo sexo y que esto cambiaría la regulación de las parejas de hecho “porque no se trata ya de amparar a aquellos que queriendo casarse no pueden, sino de ver la situación que debe regularse, pero de forma distinta, de aquellos que pudiendo casarse no quieren, sea cual sea la causa (...)”.

Esta argumentación del Sr. Pedret denota, claramente, la intención de diferenciar la regulación del matrimonio de las parejas estables como dos instituciones distintas que deben ampararse en una distinta y específica regulación jurídica.

Parecidas argumentaciones se pusieron de manifiesto por los representantes de los grupos parlamentarios en el debate que, de forma acumulada, se llevó a efecto sobre las anteriores citadas proposiciones de ley de parejas estables (Congreso, nº 21, de 29 de junio de 2004); entre tales argumentaciones pondremos de relieve la expuesta en el debate por el Sr. Cerdá Argent porque delimita, muy claramente, el cambio que se producirá desde la perspectiva jurídica al institucionalizar dos tipos de convivencia cuyo nacimiento respondía a fundamentos muy diferenciados.

Esta intención diferenciadora de estas instituciones la expone, claramente, el Sr. Cerdá Argent del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, en el antes mencionado debate, al decir: “Vale la pena aclarar por nuestra parte que es esta relación basada en la unión estable o pareja de hecho la que pretendemos regular y dotar de seguridad jurídica en esta proposición de ley. En ningún caso es nuestra intención que la regulación de la pareja de hecho y su acceso al Registro Civil impida o menoscabe el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo. Creemos que son dos modelos diferentes de regular la convivencia de dos personas: el de las parejas de hecho y el del matrimonio (...) insistiremos en que ambas situaciones sean debidamente regladas como expresión del derecho a la libertad de establecer una convivencia basada en la unión estable o pareja de hecho y el del derecho de cualquier persona a acceder al matrimonio, independientemente de su orientación sexual, así como el derecho a la adopción”, mas adelante añade “(...) existe un auténtico derecho a convivir en pareja sin casarse”. Sigue: “(...) Nos encontramos, pues, ante una nueva institución que se interconecta con el resto de instituciones y con el resto del ordenamiento jurídico (...); es esencial delimitar que la unión de hecho englobe tanto una orientación homosexual como heterosexual, sin ninguna clase de distinciones ni trato diferenciado”.

3.2.- La Ley 13/2005 y la desaparición del requisito de la heterosexualidad en las relaciones de pareja matrimonial.

Con la entrada en vigor de la Ley 13/2005, podemos aportar dos conclusiones:

a) *La desaparición del requisito de la heterosexualidad en las relaciones de pareja.*

La primera conclusión que podemos extraer, de la Ley 13/2005, es que la heterosexualidad deja de ser un requisito, ni siquiera un elemento a tener en cuenta, en las relaciones de pareja, sea matrimonial sea de uniones no matrimoniales, tal como regularon las leyes de parejas convivientes; y como elemento de constitución de un núcleo familiar.

Se puede decir que, con la entrada en vigor de la Ley 13/2005, se ha homologado la pareja homosexual en su relación convivencial a imagen de la familia matrimonial tradicional, esto es, pareja e hijos.

Mientras que las leyes autonómicas que regulan las parejas estables respondían o tenían su fundamento, precisamente, en las relaciones convivenciales *more uxorio* de aquellas parejas que no podían casarse por razón de sexo, y su finalidad fue dotarlas de efectos esencialmente económicos, como es el efecto sucesorio o el compensatorio a la disolución de su relación; la nueva modificación legislativa persigue, simplemente, la desaparición de todo vestigio que incida en la razón de sexo a la hora de configurar la institución del matrimonio.

Así, en la Ley 13/2005, la supresión del presupuesto de la heterosexualidad para contraer matrimonio y permitir, en consecuencia, que cualquier pareja matrimonial pueda adoptar hijos (art. 175,4 Cc), ha supuesto un distinto trato respecto a las parejas convivenciales al no haberse modificado el Código civil en esta cuestión. Es así que algunas leyes autonómicas de parejas estables, procedieron a modificar su regulación permitiendo que la pareja homosexual estable, también pueda adoptar al igual que la heterosexual, en coherencia con la nueva Ley 13/2005 y neutralizar, así, cualquier tipo de distinción basada en la dualidad de sexos.

b) *La relajación en la juridicidad de la regulación matrimonial frente al auge en la regulación de las parejas de hecho.*

La segunda conclusión es la relajación en la juridicidad de la institución del matrimonio frente al auge en la regulación de las parejas *more uxorio*.

Inicialmente, las uniones convivenciales de hecho nacieron como contestación a la propia institución matrimonial y sólo pretendían constituir su convivencia totalmente al margen de la legalidad vigente; al margen de cualquier norma reguladora.

Mientras se debilita la regulación en materia de matrimonio dando una mayor entrada a la autonomía de la voluntad de la pareja; aquellas situaciones de hecho que los propios miembros de la pareja pretendían mantener al margen del derecho, se regulan jurídicamente dando efectos, en principio, no queridos.

Las últimas reformas del matrimonio, especialmente en la Ley 15/2005, de separación y divorcio, demuestran la evolución en este sentido. La propia Exposición de Motivos pone de relieve esta nueva concepción. Frente a la situación surgida por Ley 30/1981, reguladora del divorcio como un medio de disolución del matrimonio, que se concebía como un sistema de solución extrema a las situaciones de crisis, por lo que exigía una rígida y minuciosa regulación. La EM de la Ley 15/2005 argumenta que la disolución de la situación matrimonial en la Ley 30/1981 era, “el último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que (...) su reconciliación ya no era factible. Por ello se exigía la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, una suerte de pulso impropio tendido por la Ley a los esposos, obligados bien a perseverar públicamente en su desunión, bien a renunciar a tal expresión reconciliándose. En ningún caso, el matrimonio podía disolverse como consecuencia de un acuerdo en tal sentido de los consortes”. Precisamente esta vía consensual es la perseguida por la nueva ley frente a la rígida regulación anterior, y justifica la Exposición de Motivos en estos términos “la reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio”, añadiendo “(...) así, el ejercicio del derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de alguna causa, pues la causa determinante no es mas que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación”. Es la justificación del llamado, coloquialmente, “divorcio exprés”.

Por otra parte, frente al despojo de la juridicidad en las relaciones matrimoniales, las parejas que no querían someterse a las reglas jurídicas del matrimonio y pretendían una convivencia al margen del derecho, se encontraron atrapadas en una avalancha normativa de sus relaciones convivenciales, que cada vez va siendo más rígida; es buen ejemplo la puesta en comparación de la Ley 11/2001, de parejas estables de Baleares, en relación a la que fue la primera ley de parejas estables, la LUEP catalana. La única salvedad la podemos encontrar en que la rigidez de la LPE balear es colofón de la exigencia que se impone a los miembros de la pareja de la necesidad de prestar, expresamente, el consentimiento para quedar sometidos a la propia ley y su necesaria constitución registral, a modo de un pseudomatrimonio, porque en muy poco difiere la constitución de la pareja estable balear al matrimonio civil; por el contrario la derogada LUEP catalana se aplicaba, incluso, al margen de la voluntad de los convivientes, porque la sola convivencia, si cumplen las condiciones del artículo 1 de la LUEP, determina su sometimiento; y, posteriormente, el Codi civil de Catalunya ha seguido la misma opción (apartados a) y b) del art. 234-1).

Esta cuestión no es baladí, porque, por una parte, las regulaciones rígidas, como la balear, está regulando un pseudomatrimonio civil, cuestión que entiendo es desaconsejable, porque no se trata de formular un matrimonio de segunda clase, que por otra parte es inconstitucional desde el ámbito de la competencia legislativa (STC 93/2013, de 23 de abril) como indicaremos más adelante; por otra parte hay que tener presente que la aplicación automática que hacen ciertas leyes que regulan la pareja de hecho, por el hecho de la convivencia, puede prestar buena ayuda cuando uno de los miembros de la pareja –que está dispuesto a compartir una relación estable de pareja, incluso fundar una familia– no quiere someterse a las obligaciones y derechos que derivan de tal convivencia. En este sentido, creo que es otorgar a la persona más vulnerable de la pareja unos derechos que le resultarían muy difíciles de reclamar. En tales casos entiendo que estas leyes basadas en un tiempo de convivencia, o en el hecho de tener hijos, responden al principio “no ir contra sus propios actos”.

Frente al descenso en la intensidad reguladora de las relaciones del matrimonio, se ha producido un aumento en la ordenación jurídica de las relaciones convivenciales de hecho que, inicialmente, pretendían quedar al margen del derecho.

4º Estudio del fundamento de las leyes sobre parejas estables.

4º1.- El fundamento de la constitución de la pareja estable. La anomia en el ámbito de la legislación estatal suplido por la doctrina jurisprudencial. Los cambios de criterio jurisprudencial.

Cuando al cese de la convivencia, las parejas acudían a los Tribunales si de la misma había surgido una situación patrimonial perjudicial para alguno de sus miembros, lo hacían con la pretensión de demandar su resarcimiento. Los Tribunales de Justicia tuvieron que solventar estas cuestiones ante la ausencia de ley específica reguladora de tales convivencias.

La situación de anomia en la que se encontraba y se encuentra la relación de la pareja de hecho, en el ámbito de la legislación estatal, ha sido suplida por la doctrina jurisprudencial dictada en la resolución de los pleitos interpuestos por la pareja al tiempo de su ruptura. Se suplicaba la aplicación de las normas propias del matrimonio dada la analogía con la pareja de hecho. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha ido cambiando de criterio a lo largo de estos años que ha fundamentado en los propios cambios legislativos, el primero por la “afloración” de las leyes reguladoras en múltiples Comunidades Autónomas, que incidían en la situación de igualdad de los españoles (art. 14 CE); posteriormente en la propia supresión de la traba que impedía poder contraer matrimonio las parejas del mismo sexo.

a) *Primer criterio jurisprudencial seguido: imposible aplicación analógica de las normas patrimoniales del matrimonio a las relaciones de pareja estable.*

El criterio jurisprudencial, en efecto, ha variado. Inicialmente la doctrina jurisprudencial negó toda posibilidad de aplicar, analógicamente, las normas del matrimonio para solventar las cuestiones patrimoniales de la pareja de hecho, derivadas de la convivencia porque ésta había determinado un grave perjuicio patrimonial a alguno de sus miembros, con base en que matrimonio y unión convivencial de pareja “son realidades distintas”. Así lo declaró el Tribunal Constitucional¹⁵ en Sentencias 184/1990, de 15 de noviembre diciendo que no son realidades equivalentes el matrimonio y la convivencia extramatrimonial¹⁶, por lo que cabe otorgar por parte de los poderes públicos un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales¹⁷. Posteriormente, la Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre, que reitera en Sentencia 47/1993, de 8 de febrero; también, 29/1992, de 9 de marzo; 6/1993, de 18 de enero; 66/1994, de 28 de febrero; 155/1998, de 13 de julio, entre otras.

Este razonamiento del TC, de entender que matrimonio y pareja convivencial son realidades distintas, se ha ido repitiendo en otras Sentencias, por ej. la de 28 de febrero de 1994 y la de 17 de febrero de 1998, entre otras, como en el Auto TC 204/2003, que en su FJ3º, dice “sin que las uniones no matrimoniales –que no constituyen una institución constitucionalmente garantizada– gocen de esa protección”; aunque también ha declarado, que la Constitución protege no sólo a la familia matrimonial, sino a la familia

15.- También por Auto 156/1987, de 11 de febrero; 222/1994, de 11 de julio.

16.- Es la primera que inicia una doctrina de no considerar discriminatoria la situación legislativa que permite denegar la pensión de viudedad al miembro supérstite de una pareja de hecho. Le siguen las STC 29/1991; 30/1991; 31/1991; 35/ 1991; 38/1991; 77/1991, 66/1994; Auto TC 232/1996, ATC 204/2003; entre otras, que exigen el vínculo matrimonial para la pensión de viudedad.

La citada STC 184/1990 en su FJ3º dice: “el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (artículo 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (artículo 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay derecho constitucional expreso a su establecimiento”.

Posteriormente, en Sentencia de 14 de febrero de 1991, declaró, en el mismo sentido, que el matrimonio goza de reconocimiento constitucional expreso en el artículo 32, por esto implica un régimen jurídico diferenciado no aplicable a las parejas no casadas.

17.- En su FJ2º, dice “no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales”.

como realidad social, “entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho afectiva y estable de una pareja”.

Por su parte el Tribunal Supremo ha declarado, también, que no cabe la aplicación analógica del régimen económico matrimonial a las parejas estables, en Sentencias de 18 de mayo de 1992; de 22 de julio de 1993; de 27 de mayo de 1994; de 30 de diciembre de 1994; de 16 de diciembre de 1996; de 27 de mayo de 1998; de 17 de enero de 2003 entre otras, precisamente por tratarse de “realidades distintas”.

b) Cambio de criterio jurisprudencial: aplicación analógica de las normas del matrimonio a la pareja estable, fundamentado en la anomia.

La falta de regulación de las situaciones de parejas estables, a nivel nacional, determina que se produzcan desigualdades que la Constitución no ampara.

Por esta razón, posteriormente, el Tribunal Supremo cambió de criterio entendiendo que el artículo 97 CC era aplicable, por analogía, a las situaciones de ruptura de la pareja de hecho que finalizaba su convivencia. Destacaremos la Sentencia de 5 de julio de 2001, justificando tal aplicación en el FJ5º sobre la base que “ante tal anomia, ha de acudir a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho y precisamente en estos casos de uniones de hecho “more uxorio” encuentra su semejanza en su disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código Civil y así su art. 97 atribuye al cónyuge (...)”. Finaliza justificando tal criterio en que “otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha específica normativa o tener que debatirse con la anomia general en la materia, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de los españoles (...)”.

Fundamenta el cambio de criterio en el principio de igualdad de los españoles, que en este caso se produciría como consecuencia de la existencia de las distintas leyes autonómicas reguladoras de la convivencia estable de pareja y la situación de anomia¹⁸ en el ámbito estatal.

c) Nuevo cambio de criterio jurisprudencial: vuelta al principio que impide la aplicación analógica de las normas del matrimonio a la pareja

18.- Ver el estudio de GINEBRA MOLINS, M.É., “La regulación de las parejas de hecho como manifestación del “desarrollo” del derecho civil: la superación de la “anomía”. Un caso de trasplante jurídico. *Estudios en Homenaje del Profesor Lluís Puig Ferriol*. Barcelona 2005.

estable, fundamentado en la libertad constitucional para contraer o no matrimonio.

Después del cambio de doctrina jurisprudencial concerniente a la aplicación por analogía de las reglas de ámbito patrimonial del matrimonio a la pareja estable se produce, de nuevo, otro cambio de criterio del Tribunal Supremo, volviendo al primitivo que determinaba la falta de identidad entre matrimonio y pareja convivencial. La razón que justifica esta nueva corriente de opinión se fundamenta en la promulgación de la ley 13/2005 de modificación del Código civil que permite declarar, en la Sentencia de 12 de septiembre de 2005, que el matrimonio y la unión estable de pareja son “realidades distintas”, así en su FJ3º motiva el fundamento de la decisión en que “es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tienen nada que ver con el matrimonio –Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990 (RTC 1990, 184) y la 222/1992 (RTC 1992, 222) por todas–, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”; es por lo que el Tribunal Supremo justifica la no aplicación analógica de los artículos 97; 96 y 98 del CC y, también, por entender que “apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”.

4º.2.- La libertad constitucional de contraer o no matrimonio.

La importante cuestión de la posible invasión de la esfera de decisión personal.

La base de la distinción entre matrimonio y pareja conviviente no es tanto la forma de convivencia o de relaciones personales entre la pareja porque, no en vano, se ha calificado esta convivencia de *more uxorio*; no se discute el aspecto fáctico de relación de pareja. La distinción que se apunta es simple, una relación convivencial quiere quedar amparada por el derecho y por ello contrae matrimonio, porque su finalidad es la creación de una pareja y familia regida, en todos los ámbitos, por el ordenamiento jurídico; y la otra, la llamada pareja de hecho o estable, pretende crear unas relaciones personales y patrimoniales de pareja y de familia al margen de esta regulación.

Las parejas heterosexuales y homosexuales (a partir de la Ley 13/2015) que deciden no contraer matrimonio e iniciar una convivencia *more uxorio* manifiestan, tácitamente, su voluntad de no querer someterse a las obligaciones y derechos dimanantes de la relación matrimonial.

El derecho, siempre respetuoso con la autonomía de la voluntad de las partes, debería evitar toda intervención en esta decisión, porque si el legislador, en actuación de su política legislativa, decide tomar en consideración este supuesto de hecho otorgándole unos derechos y unas obligaciones que no pretendían asumir, está invadiendo su esfera de decisión personal. No debería imponerse un régimen análogo al matrimonial contra la voluntad de los propios afectados.

Es más, no sólo no debería imponerse al margen de la voluntad sino, incluso, no debería regularse la situación convivencial que han creado al margen del derecho. Con las leyes autonómicas de parejas estables se ha pretendido otorgar efectos jurídicos a la relación convivencial de aquellos que querían quedar al margen del derecho, incluso someténdolos a una rigurosa sujeción jurídica, como es el caso de nuestra Ley balear 18/2001. Esta sujeción jurídica implica unos derechos y obligaciones que, en parte pueden ser queridos por la pareja, y en parte no; por lo que esta Ley está impidiendo a la pareja regular los derechos y obligaciones que con base en la autonomía de su voluntad quieren establecer.

Esta ley, como otras autonómicas, tiene un especial fundamento, la razón era dotar de un estatuto jurídico a la pareja que por razón de sexo no podía contraer matrimonio. A partir de 2005, decae su principal fundamento, y las leyes que sometieron a la pareja conviviente a una regulación rígida, deberían modificarse, dando unas reglas para que las partes puedan regular a su voluntad sus relaciones convivenciales. Como también evitar que se produzcan casos de consecuencias dañinas, en el ámbito patrimonial, no deseables, como son los supuestos de enriquecimiento injusto de uno de los convivientes a consta del otro. Esta cuestión es importante cuando uno de los miembros de la pareja no quiere someterse al derecho y la otra parte resulta dañada dada su vulnerabilidad.

La libertad constitucional de contraer o no contraer matrimonio conlleva que las consecuencias de esta convivencia se adapten a la voluntad manifestada y no pueden otorgarse los mismos derechos y obligaciones establecidos para el matrimonio a quienes pudiendo contraerlo, libremente, deciden iniciar una convivencia no matrimonial.

La pareja heterosexual no pretendía ni pretende regular jurídicamente su convivencia porque opta por establecer su relación al margen del derecho; en tanto que la pareja homosexual sólo podía establecer su relación convivencial al margen del matrimonio, porque le era vetado; por lo que las leyes autonómicas de parejas estables se convirtieron en el elemento necesario para alcanzar un estatuto jurídico análogo al matrimonial.

Ahora bien, con independencia de la libertad para contraer o no matri-

monio, existe una realidad: de ambas formas de convivencia puede derivar la formación de una familia que el legislador tiene la obligación de amparar (art. 39 CE). En este sentido la STC de 23 de abril de 2013.

4º.3.- La Ley 13/2005 y la necesaria reforma de las Leyes reguladoras de las Parejas Estables.

a) Las pautas de regulación de la convivencia de las parejas no casadas.

Las leyes autonómicas de parejas estables requieren una adaptación a la nueva realidad social y, especialmente, a las directrices jurisprudenciales últimas.

Desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005 se ha constatado, en las decisiones jurisprudenciales, el inicio de un claro cambio ideológico en las uniones no matrimoniales, entendiendo que matrimonio y pareja estable son realidades diferentes.

Esta nueva concepción se tendría que plasmar en una ley estatal de parejas convivientes que alcance a unificar la forma de constitución de la pareja, para que deriven los efectos jurídicos que la ley estatal y las leyes autonómicas, de los territorios con competencia en derecho civil propio, les atribuyan en el ámbito patrimonial.

A efectos de la atribución de la “pensión de viudedad” ya se ha unificado a nivel estatal por el art. 174 de la LGSS. Sería deseable que las legislaciones autonómicas sigan la línea marcada por el TC, en cuanto a la forma de constitución, para poder alegarlos a la hora de reclamar la “pensión de viudedad”. Esta cuestión es importantísima, por lo que supone, en caso de fallecimiento de uno de los convivientes, que la familia que han formado pueda seguir manteniéndose.

En lo demás, quizá sería necesario regular unas normas amplias para que sea la pareja quien pueda ordenar su convivencia; regulación que podría alcanzar tanto en el ámbito patrimonial *inter vivos*, como *mortis causa*.

O bien, otra opción, a debatir, podría ser la asimilación de tales efectos patrimoniales a los que produce el matrimonio, especialmente, en derecho sucesorio.

Si no se aboga por la asimilación de los efectos patrimoniales que produce el matrimonio, se tendría que abandonar, muy especialmente, las regulaciones de la convivencia que son extremadamente rígidas y totalmente contrarias a la necesidad demandada, como es la ley balear reguladora de las parejas estables; porque la ley balear impone a la pareja conviviente, mayores obligaciones que a la pareja matrimonial.

Esta cuestión ya fue propuesta, anteriormente, en un debate en el Congreso de los Diputados.

Si recordamos el debate por el Pleno del Congreso de 29 de junio de 2004, al que se procedió de forma acumulada sobre las proposiciones de ley sobre la igualdad de las parejas de hecho presentadas por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (nº ex. 122/000024); por el Grupo Parlamentario catalán Convergència i Unió (nº ex. 122/000012); por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (nº ex. 122/000034); y por el Grupo Parlamentario Mixto (nº ex. 122/000044).

Este debate se produjo antes de la tramitación de la ley 13/2005, que modifica el Código civil en materia al derecho a contraer matrimonio, aunque ésta ya se había anunciado; es por esto que tanto el Grupo Parlamentario Popular como el Grupo Parlamentario Socialista traen a colación en este debate de parejas estables la oportunidad o no del matrimonio entre homosexuales, unos rechazándolo, otros aprobándolo.

Unos (el GP Popular, cuya fijación de postura corrió a cargo del diputado Sr. Torme Pardo) insisten en seguir el ejemplo de Francia y Alemania, que regulan el pacto civil de solidaridad (Francia) y la ley alemana de comunidad registrada, manifestando que son eficaces instrumentos para dar cobertura a la pareja homosexual sin necesidad de reformar la institución matrimonial en su presupuesto de la heterosexualidad. El GP Socialista y su diputado Sr. Pedret i Grenzner encargado de fijar la posición de su Grupo, después de iniciar su parlamento refiriéndose al matrimonio entre personas del mismo sexo dijo, siguiendo a León Gambeta¹⁹, que “con estas iniciativas que debatimos ahora y que hemos debatido anteriormente vamos a crear iguales al reconocer los mismos derechos al conjunto de los ciudadanos sin distinción de su orientación sexual”; respecto a las proposiciones que se debaten, indica que votarán a favor de las cuatro presentadas, pero advierte que el Gobierno Socialista presentará “un proyecto de ley sobre la situación de las parejas de hecho”, añadiendo, “esto cambia totalmente el concepto de lo que debe regularse en el caso de las uniones de hecho o parejas estables o cualquiera que fuera el nombre, porque no se trata ya de amparar a aquellos que queriendo casarse no pueden sino ver la situación que debe regularse, pero de forma distinta, de aquellos que pudiendo casarse no quieren, sea cual sea la causa, y a los que no podemos casar por vía de imposición legal”.

Es evidente que las leyes autonómicas de parejas estables requieren una regulación en una dirección distinta a la que emprendieron los Parlamentos Autonómicos; y muy especialmente la Ley balear 18/2001.

19.- En alusión a la frase de este parlamentario de la III República francesa, al manifestar que la auténtica democracia no es la que reconoce a los iguales sino la que crea a los iguales.

En este sentido son elocuentes las palabras del diputado de Esquerra Republicana Sr. Cerdá i Argent²⁰, manteniendo que “no debemos pretender crear un segundo matrimonio o un matrimonio de segundo grado (...) carece, pues, de sentido que intentemos imponer legalmente deberes en el ámbito personal de la convivencia. Carece por completo de sentido que se establezcan otras medidas sobre la vida en común de ayuda mutua o en el ámbito de las uniones estables (...). Las disposiciones legales (...) podrían afectar exclusivamente a tres aspectos: el patrimonio, la sucesión y la posible indemnización por ruptura de la convivencia”. Más adelante añade “Esquerra Republicana pretende dejar patente que nos encontramos ante una nueva institución. Esta nueva institución de las uniones estables o parejas de hecho debe interconectarse con el resto de instituciones jurídicas manteniendo una relación de coherencia”.

Es cierto que una cosa es el modelo familiar constitucional²¹, que es el basado en el matrimonio y otra es la protección constitucional²² de la familia que debe alcanzar, también, a la creada por una relación afectiva y estable de pareja que la Constitución protege, art. 39 CE²³; esto confirma que se debe proceder a su regulación, si bien escueta dando un gran margen a la autonomía de la voluntad, porque la pareja por expresa voluntad quiere quedar al margen del derecho, por lo que se debe respetar al máximo su decisión.

20.- En el debate al que hemos hecho alusión.

21.- ROCA TRÍAS, E., *Familias, familia y Derecho de Familia*. ADC 1990, pág.1057, entiende que “la Constitución protege una familia histórica, en un momento concreto, lo que no significa que se excluya, a este nivel, la posibilidad o incluso la necesidad de proteger a familias formadas de otra forma o con caracteres distintos a las que existen en un momento histórico determinado”. Cita a Díez Picazo, que “liga el problema al que se viene denominando *concepto prejurídico de familia* y que, por tanto, los constituyentes hablaban de una familia concreta a la que el Estado debía ofrecer, por una parte, un sistema de regulación mínimo (el artículo 32 CE) y, por otra parte, una protección especial (artículo 39 CE).”

22.- Ver entre otros, DÍEZ PICAZO, L. *Familia y Derecho*, en *Familia y Derecho*. Civitas. Madrid 1984, pág.21. FOSAR BENLLOCH, *La Constitución Española de 1978 y la unión libre*, RJC 1982-4, pág. 117 y ss. GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., *La unión libre: Familia, no matrimonio*. La Ley (diario 11 de junio de 2004) n°6038. y *Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales*. Aranzadi Civil 2002-I, pág. 2363.

23.- La realidad es que los poderes públicos no han equiparado la familia que surge del matrimonio a la que surge de la relación convivencial de pareja, al existir grandes diferencias, por poner un ejemplo, me referiré a la materia de fiscalidad y Seguridad Social. Un reciente Auto del TC de 9 de marzo de 2004, por el que se declara la inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el juzgado de lo Social n° 25 de Barcelona, sobre el artículo 174.1 de la Ley General de Seguridad Social, que exige el requisito de vínculo conyugal para acceder a la pensión de viudedad, reproduce, en su FJ 3º, la doctrina constitucional en los

Es evidente que no es fácil encontrar la justa medida en el alcance de una futura ley estatal de parejas estables; sin embargo el principio o criterio que debe presidir la regulación es la necesidad de potenciar y respetar al máximo la autonomía de la voluntad²⁴ de los miembros de la pareja, con la finalidad que sean ellos, en su caso, quienes regulen los aspectos económicos de su convivencia; como, también, mantener la equiparación en el ámbito sectorial de aquellos aspectos de derecho privado y de derecho público que afecten a la pareja.

Podría ser, también, motivo de reflexión orientar una futura regulación hacia una meta mucho más abierta, que ordenara jurídicamente las bases de organización voluntaria de cualquier tipo de convivencia fundamentada en relaciones “quasi-familiares”, sin ceñirse, exclusivamente, a relaciones de pareja *more uxorio*, sino que alcanzara, incluso, a cualquier relación convivencial afectiva, como son las relaciones de ayuda mutua o el acogimiento de personas mayores reguladas por algunas leyes autonómicas²⁵.

4º.4.- Otros problemas que presenta la unión de pareja no matrimonial.

La llamada “pensión de viudedad”.

Muchos son los problemas que se han planteado en los últimos años, tanto respecto a los distintos derechos y obligaciones de las parejas, dependiendo del derecho que les ampara, como consecuencia de las distintas regulaciones autonómicas de pareja; como de la forma de entenderse constituida la pareja. Algunas cuestiones que han provocado distintos pronunciamientos por parte de los Tribunales de Justicia, están en relación a la discutida pensión de “viudedad” del conviviente supérstite. Este tema no

términos siguientes: “las amplias atribuciones del legislador para configurar legalmente el derecho a la pensión y establecer las condiciones que han de acreditarse para causar derecho a la misma, entre ellas la del vínculo matrimonial legítimo, sin que suponga una vulneración de los preceptos constitucionales, puesto que la unión de hecho no es una realidad equivalente al matrimonio y de realidades distintas puede el legislador extraer consecuencias distintas reconociendo una superior protección a las uniones bajo vínculo matrimonial legítimo, dentro de su amplia libertad de decisión”.

24.- Ahondando en la opinión de libertad de configuración de la relación de pareja de hecho, la STS 611//2005, de 12 de septiembre, en el voto particular formulado por D. José Ramón Ferrándiz Gabriel y Dña. Encarnación Roca Trías, en su FJ3º, dicen: “la falta de igualdad entre matrimonio y la unión de hecho conlleva que los convivientes no gocen de régimen económico matrimonial, a no ser que pacten cualquier tipo de sistema al amparo del artículo 1255 Código civil (LEG 1889,27), de acuerdo con la libertad que tienen, no sólo para constituir la unión, sino también para atribuirle los efectos que consideren más convenientes”.

25.- Ley Foral Navarra 34/2002, de 10 de diciembre de acogimiento familiar de personas mayores; Ley catalana 11/2001 de 13 de julio, de acogida familiar de personas mayores; Ley catalana 19/1998 de 28 de diciembre sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua.

es baladí, porque una familia surgida de la convivencia en pareja no casada que puede encontrarse, 1) bien porque no alcance a entender las consecuencias jurídicas que produce su forma de convivir, 2) bien porque uno de sus miembros que ha fundado una familia al margen del derecho, no quiere legalizar su situación constituyéndose en pareja estable por su “equiparación” al matrimonio, que, al fallecimiento de uno de los convivientes, no pueda reclamar la llamada “pensión de viudedad”, regulada en el art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social.

Esta imposibilidad de reclamar la pensión no se funda en que a las parejas de hecho no les puede corresponder tal pensión de viudedad, que la ley ampara, sino que el fundamento de la denegación de tal pensión se funda en la forma de constituirse en pareja, porque es distinta según las distintas leyes autonómicas. Por esta razón, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional el párrafo quinto del apartado tercero del artículo 174 y ha establecido los requisitos para poder optar a la “pensión de viudedad”.

II. Comentarios a algunas cuestiones en relación a la ponencia que presenta el Académico D. Carlos Jiménez Gallego.

Presupuesto:

Antes de presentar algunos comentarios en relación a la ponencia del Sr. Jiménez Gallego, y como resumen de la parte expositiva y a tener en cuenta por su importancia, es necesario hacer notar para el debate en el seno de la Comisión de Derecho Privado que no estamos tanto ante una forma de regular las relaciones de pareja de matrimonial, sino ante la pareja convivencial no casada como forma de crear una familia.

El artículo 39.1 CE establece que “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 se refiere a la familia creada por la pareja de hecho; es una familia amparada en el marco de nuestro derecho constitucional. Aunque el TC ha dicho que pareja de hecho y matrimonio son realidades distintas y pueden protegerse de forma distinta y con mayor intensidad la relación matrimonial a la convivencial, porque el matrimonio es una institución garantizada jurídicamente por la Constitución (art. 32), no empece para decir que de ambas convivencias, o que tales relaciones, son formas de familia y por esto dignas de protección. El legislador, en cumplimiento del art. 39.1 CE debe proteger a la familia, surgida de cualquiera de las relaciones posibles, ya sea fundada en el matrimonio, ya sea fundada en un relación de hecho.

Por esto, como presupuesto, entiendo que las acotaciones que se presentan y el debate a realizar debe ir encaminado, no tanto a regular una relación de pareja no casada, que debería dejarse al arbitrio de los convivientes, sino una relación marco de una familia, porque pueden verse afectados muchos intereses dignos de protección. Las partes más vulnerables integradas en esta forma de familia requieren de la misma protección que la anclada sobre el instituto del matrimonio.

Comentarios a la ponencia:

No entraré en el abanico de cuestiones, interesantísimas, que plantea la ponencia del Sr. Jiménez Gallego, sino que plantearé unas acotaciones para que puedan ser objeto de debate en la Comisión de Derecho Privado,

1º Competencia para legislar en materia de parejas de hecho.

Entiendo que, a partir de la Sentencia del TC 93/2013, de 23 de abril, sobre la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio para la igualdad de las parejas estables, no hay objeción para legislar en esta materia.

La Sentencia citada del TC dice que **no** se trata de un supuesto de desarrollo por conexión con el matrimonio, con base en el art. 32 CE, ya que son realidades distintas. Por tanto, su fundamento competencial no está fundado en el art. 32 CE; sino el art. 39 de la Constitución.

Por tanto, el legislador autonómico con competencia en derecho civil no puede crear una forma de matrimonio distinta al regulado en la Constitución, o una institución a semejanza del matrimonio porque podría ser tachado de inconstitucional, por vulnerar el art. 149.1.8 CE; sino que en ejercicio de su competencia legislativa actúa con base en el art. 39 CE, desarrollando las políticas familiares. En definitiva, son instrumentos que pretenden proteger a ciertos tipos de familias basadas en las relaciones de convivencia. No se trata de ejercitar la competencia legislativa que otorga el art. 149.1.8 Cc, regulando una nueva forma de matrimonio, como en cierta manera hace la ley balear 18/2001 de parejas estables, que es materia de exclusiva competencia estatal, sino de desarrollar la competencia exclusiva, asumida por la CA, en el art. 30.16 EAIB.

La única objeción que se puede sugerir es que no se regula una relación paramatrimonial, o sea, una forma de matrimonio, sino que la regulación de la convivencia en pareja es una realidad distinta, que tiene su fundamento en la formación de una pareja o grupo familiar, fundado en una relación convivencial a la que se debe dar protección por mandato constitucional (ex art. 39 CE), especialmente por si, a consecuencia de esta relación, puede resultar afectada alguna parte más vulnerable.

Estos puntos son los que se deben desarrollar para ofrecer un marco jurídico en el que pueda ampararse el perjudicado por la relación.

2º Inscripción constitutiva.

La Ley 18/2001, establece que sólo se puede constituir la pareja estable mediante la inscripción en el Registro Autonómico de Parejas Estables, cumpliendo los requisitos y formalidades que establece dicha Ley.

En la mayoría de leyes autonómicas sobre parejas de hecho, la forma de constitución de pareja de hecho o estable, no apuestan por la inscripción constitutiva. Se alega que no es un modelo propio para las situaciones convivenciales de pareja no casada²⁶; además que el porcentaje de inscripciones, en aquéllos Registros donde es preceptiva la inscripción para constituirse en pareja, son mínimas. Se aboga por parte de la doctrina, incluso en los casos en que se establece un modelo formalizado de constitución de la pareja, que se establezca una regulación adicional tendente a conjugarla con modelos no formalizados.

Además, se objeta que el sistema formalizado no es el adecuado para regular este tipo de uniones de pareja, porque consiste en crear un modelo de unión análogo al matrimonio pero de “segunda clase”. En este sentido, poca diferencia existe respecto a acudir al Registro civil para contraer matrimonio, a acudir al Registro de PE autonómico para constituirse en pareja.

La inscripción en el Registro Autonómico de Parejas estables requiere el cumplimiento de una serie de requisitos que regula la Ley y el Decreto 112/2002, de 30 de agosto, modificado por el Decreto 140/2002 de 13 de diciembre, el Decreto 184/2003 de 21 de noviembre y la Resolución de 30 de octubre de 2002, que incluye el modelo. Además debe unirse la declaración de la pareja de someterse expresamente a la ley balear de Parejas Estables. Suscribo totalmente, las objeciones o advertencias del Sr. Jiménez Gallego en

26.- “un tercer modelo, el de pareja inscrita o formalizada en documento público, parte de una declaración expresa de los convivientes quienes manifiestan así su voluntad de que la relación de convivencia que les une pase a regirse por un régimen jurídico que el legislador pone a su disposición (...). Es un modelo que ha sido esencial en la lucha del movimiento gay para alcanzar progresivamente mayores cotas en el reconocimiento de las parejas homosexuales y ha constituido, y no sólo en España, el último baluarte en el que se han parapetado muchos legisladores para contener las aspiraciones de plena igualdad matrimonial de dicho movimiento. Por el camino, y con el pretexto de una pretendida no discriminación de las parejas heterosexuales, ha arrastrado al legislador a una regulación de las parejas heterosexuales que tal vez no era necesaria y que además, plantea una serie de problemas difíciles de resolver” MARTÍ CASALS, Miquel, “El derecho a la “convivencia anómica en pareja”. ¿Un nuevo derecho fundamental? Indret 3/2013.

cuanto a la posible interpretación que este sometimiento no debe entenderse que evita la aplicación de las reglas de Derecho Internacional Privado, en las cuestiones de conflicto de leyes. La CA no tiene competencia para legislar en esta materia exclusiva del Estado. En todo caso se trata de un sometimiento respecto de los aspectos de la ley que admiten sean reguladas por la autonomía de la voluntad.

En materia sucesoria, será de aplicación, como dice el Sr. Jiménez Gallego, las normas de conflicto estatales, y, a partir del 17 de agosto de 2015, el Reglamento Sucesorio Europeo. No se trata de normas de derecho disponible, salvo la previsión de poder elegir la ley aplicable si se hace constar en testamento, como dice Jiménez Gallego.

Esta cuestión de inscripción constitutiva es imprescindible enlazarla con el punto 3º, y también con el 5º, respecto a la exigencia del Tribunal Constitucional para reclamar la llamada “pensión de viudedad”, según la Sentencia 40/2014, de 11 de marzo, que declara inconstitucional el párrafo 5º del apartado 3 del art. 174,3 de la LGSS.

3º. La constitución de la pareja. La Sentencia del TC 40/2014, de 11 de marzo,

De la antes citada Sentencia 40/2014 del TC, en la que declara inconstitucional el párrafo 5º del apartado 3 del art. 174,3 de la LGSS, tiene que derivar un nuevo planteamiento sobre la modificación de la forma de constituirse en pareja que regula la Ley 18/2001, dando entrada a las posibilidades que establece el TC para entender que existe pareja a efectos de reclamación de la “pensión de viudedad”, porque es un tema importante, y no dejar a parejas, de las que puede existir algún miembro más vulnerable, en situación de imposibilidad de plantear reclamación sobre tal “pensión de viudedad”.

a) Inconstitucionalidad del párrafo 5º, del art. 174,3 LGSS y nueva redacción del párrafo 4º del citado art. 174,3 LGSS.

- Supresión por inconstitucional del pár. 5º.
- Nueva redacción del párrafo 4º.

Art. 174.3. pár. 4.

“A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una

duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”.

b) Requisitos para reclamar la llamada “pensión de viudedad”.

De la Sentencia 40/2014, podemos extraer los requisitos que exige el TC para poder reclamar la “pensión de viudedad” por parte del miembro supérstite de la pareja.

Requisitos:

- convivencia de 5 años, demostrable por cualquier medio de prueba, inmediatamente anteriores a la muerte del causante.
- Dependencia económica del causante (menos del 50% de la suma de los propios y los del causante; o bien salario y medio del mínimo interprofesional).
- Constatación formal, doble opción:
- Inscripción como pareja en cualquier Registro específico existente.
- o constitución de pareja en documento público; en ambos casos con dos años de antelación al fallecimiento del causante.

Propuesta:

- doble modalidad de constitución de la pareja, a elección voluntaria, de acuerdo con el criterio del Tribunal Constitucional:
 - mediante la inscripción en el Registro Autonómico de Parejas Estables; o cualquier Registro Municipal específico.
 - Constituirse en Pareja Estable mediante declaración en documento público.

Se propone incluir la constitución en documento público, para no dejar al margen de poder solicitar tal pensión de viudedad a parejas que, huyendo de la forma civil de celebración del matrimonio (Registro civil), se ven abocadas a pasar por un tipo análogo de constituirse en pareja (aunque de segundo rango), mediante la inscripción en un Registro Autonómico de Parejas. Con esta doble opción, constituirse ante el Registro de Parejas, o constituirse ante el

Notario, dan cabida a muchas parejas que huyen de la constitución pseudomrimonial.

Propuesta a debatir y enlazando con el anterior apartado 2º sobre inscripción constitutiva si a efectos, sólo, de la ley balear se puede abrir a una tercera modalidad, que en algunas leyes autonómicas se ha previsto, como ya se ha indicado anteriormente, que es la convivencia continuada o el hecho de tener hijos en común, ya que ambos requisitos implican estabilidad, admitiendo la declaración en contrario, es decir, cabe la posibilidad de poder declarar no aplicables las normas previstas por el legislador. Es el llamado modelo factual o de pura convivencia, que, por otra parte, pretende otorgar seguridad a los miembros vulnerables de parejas de hecho que siendo, en efecto, parejas convivientes no casadas, uno de ellos no quiere someterse a ningún tipo de obligación derivada de la relación. Esta figura es propia del *common law*, como Australia o Nueva Zelanda, Escocia y Gales, Inglaterra, Canadá²⁷.

En Cataluña, como sistema más moderno, se ha optado por este modelo²⁸, junto al de formalización en escritura pública (apartado c) del art. 234-1 CCC), así ha incorporado (por Llei 25/2010, por el que se aprueba el Libro II de persona y familia) al Codi Civil de Catalunya, estos supuestos como constitutivos de pareja de hecho los determinan los apartados a) y b), del art. 234-1 CCC.

Este requisito no daría opción, por si solo, a solicitar la pensión de viudedad, pero si daría opción a la aplicación voluntaria de la ley autonómica de Parejas estables, porque cabe “acuerdo de exclusión de la ley aplicable” (*opt-out agreement*), (ex arts. 234-5 y 234-6 CCC).

27.- MARTÍ CASALS, Miquel, “El derecho a la “convivencia anómica en pareja”. ¿Un nuevo derecho fundamental? Indret 3/2013.

28.- MARTÍ CASALS, Miquel, “El derecho a la “convivencia anómica en pareja”. ¿Un nuevo derecho fundamental? Indret 3/2013, dice “Una versión más moderna de este modelo, que entre nosotros inspira la actual regulación del Código civil de Cataluña (arts. 234-5 y 6 CCCat), permite que los convivientes puedan excluir el régimen aplicable predispuesto por el legislador (*opt-out agreement*). Se trata de un acuerdo entre los convivientes, cuya validez está sujeta a unos determinados requisitos de capacidad de las partes y de contenido y forma, que se formaliza con anterioridad a la convivencia, durante la misma o una vez ha concluido y que establece que las disposiciones legales que regulan los efectos de la convivencia de hecho no se aplicarán a las partes. Tal acuerdo ‘que en Cataluña se equipara a los capítulos matrimoniales’ puede limitarse a excluir el régimen que resulta aplicable, sin más, o puede ir más allá y prever un régimen distinto. En este último caso, puede abordar de manera global todos los aspectos económicos o tener un efecto más limitado y referirse a determinados bienes y derechos que tengan un significado especial para uno de los convivientes”.

Incluso se puede dabitir, si a semejanza del derecho francés, sería conveniente proponer dos tipos de regulaciones, al modo del *pacte civil de solidarité* arts. 515-1 a 515-7 Cod. Civ francés.), y del *concubinage*, (art. 515-8 Cod. Civ francés.) como situación más atenuada, reguladora de la situación de hecho.

4º Cuestión sobre la vecindad civil, del art. 2.2 LPE.

Comparto la idea del Sr. Jiménez Gallego en cuanto a la interpretación de la “vecindad civil” en la Ley 18/2001. La ley no lo utiliza para resolver conflicto de normas, sino como criterio de aplicación de la propia ley que debe ceder cuando se presente un conflicto de normas, por ej, en materia sucesoria.

Bien es cierto que la ley del territorio es la ley vigente y como ley vigente es de aplicabilidad inmediata por el juez, aunque puede ocurrir que por las normas de conflicto, en su caso, se debe aplicar otra norma no vigente en el ámbito territorial pero aplicable al caso.

La Sentencia del TC 93/2013, de 23 de abril, sobre la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio para la igualdad de las parejas estables, por el contrario, entiende que la materia conflictual en la aplicación de las distintas legislaciones coexistentes en el territorio nacional, es materia de exclusiva competencia del Estado (FJ6º). En este punto, tener en cuenta lo aportado por el ponente JIMÉNEZ GALLEGO y el comentario a la Sentencia que declara inconstitucional el art. 2.3 de la Ley de Parejas de Navarra, artículo de redacción semejante al art. 2.1 LPE, que realiza COCA PAYERAS²⁹.

Propuesta: eliminar, como ha hecho Cataluña, la referencia a la vecindad civil, que nada aporta.

5º Los requisitos de condición y temporalidad.

En cuanto al requisito de temporalidad en la constitución de pareja; ni someter a condición su constitución, son propios de la institución matrimonial.

La ley balear, como se desprende de la EM, se redacta como una figura análoga al matrimonio, aunque el TC se ha pronunciado en el sentido que se tratan de dos realidades distintas.

29.- “Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad”. Revista de Derecho Civil, nº 1 (enero-marzo 2014), pág. 35 y ss.

Por esto se ha añadido la imposibilidad de constituirse en pareja estable de forma temporal; ni sujeta a condición, por tratarse de situaciones que coartan la "estabilidad" que pretende la ley balear, a semejanza del matrimonio.

Ahora bien, la regulación de la pareja conviviente para dotarla de efectos jurídicos, requiere una cierta estabilidad. No todas las relaciones fugaces podrían tener cabida en relaciones de parejas de hecho o estables. Para otorgar derechos y obligaciones requiere que estemos ante una convivencia estable de pareja, por esto, las leyes del territorio español o extranjero que regulan las relaciones de convivencia en pareja, determinan un número de años de convivencia para entender que es de aplicación la ley que las regula.

En este sentido, el TC, en la Sentencia 40/2014, de 11 de marzo, en la que se declara inconstitucional el párrafo 5º del art. 174,3 de la LGSS, entre los requisitos que exige para poder solicitar la pensión de viudedad, uno de ellos es acreditar una convivencia de al menos cinco años, antes del fallecimiento del causante.

Esta cuestión puede estar en relación con la forma de constitución de la pareja. En las leyes autonómicas se citan ciertos índices de estabilidad para constituirse en pareja a efectos de sus respectivas leyes que giran en torno a un determinado tiempo de convivencia o tener hijos en común; uno u otro claros signos de estabilidad convivencial. La Ley 18/2001 no exige años de convivencia, como hacen otras leyes autonómicas, quizá algún requisito se tendría que imponer, o en su caso, unificar, en relación a las exigencias del TC para tener derecho a la pensión de viudedad.

Por otra parte, es lógico que, si la pareja tiene una imposición de formalización constitutiva mediante la inscripción en el Registro de PE, con declaración de voluntad de querer constituirse, no debería exigirse cualquier otro índice de estabilidad, al haber declarado su voluntad.

Cuestión distinta es analizar si la forma de constitución de pareja es la que la sociedad entiende que deba ser. La pareja que no quiere formalizar su relación ante el Registro civil, contrayendo matrimonio; no querrá formalizarla ante un Registro Autonómico (de valor parcial, a nivel estatal), mediante la declaración de querer constituirse en pareja. Este tema lo abordaremos en otro apartado.

En todo caso, desde el momento que unilateralmente se puede dar por finalizada la relación de pareja, ya incluye un elemento de temporalidad. Aunque esta afirmación no es exportable; porque ocurre lo mismo con el matrimonio a partir de la Ley 15/2005, una vez transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio (art. 81,2º Cc).

La propuesta del Académico Sr. Jiménez Gallego, me parece oportuna, en cuanto propone eliminar estos dos requisitos, con matices.

Comentario: hay que hacer notar una diferencia. La ley 18/2001 presenta los requisitos de temporalidad y sujeción a condición, como requisitos de validez del negocio jurídico de constituirse en pareja estable. En consecuencia, no existirá pareja estable si se ha constituido con tales requisitos.

Por el contrario, el art. 45 Cc, presenta la celebración del matrimonio, como un negocio de familia en el que se debe prestar el consentimiento matrimonial para que exista matrimonio. Ahora bien, en el párrafo 2º del citado art. 45, no permite someter el matrimonio a condición ni a término, y a estos requisitos les da el valor de tenerse “por no puestos”, si se interponen al prestar el consentimiento. Esto significa que, aún incorporando tales requisitos al consentimiento prestado, existirá matrimonio, si bien no se podrán hacer valer, ya que la norma dice “se tienen por no puestos”. El efecto, es diametralmente distinto al previsto en la Ley 18/2001 para la pareja estable.

Propuesta, puede dejarse una redacción semejante al párrafo 2º del art. 45 para el matrimonio, porque su incorporación no afectará a la validez de la constitución de pareja estable, simplemente, tales requisitos “se tendrán por no puestos”.

6º Relaciones patrimoniales de la pareja *inter vivos* y *mortis causa*.

Ideas generales.

Como ya se ha indicado, en la primera parte expositiva, las opciones para organizar la convivencia en pareja y crear una familia, otorgando efectos jurídicos a estas situaciones, se fundamentan en la libertad de contraer matrimonio (art. 32 CE); o bien desarrollando el art. 39 CE que impone a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia.

Lo que pretenden las leyes de Parejas convivientes no casadas es dar la posibilidad de regular los efectos patrimoniales basados en esta convivencia y, especialmente, evitar que puedan producirse efectos nocivos para la parte más vulnerable.

Puede optarse por remitir a la regulación patrimonial regulada para el matrimonio, extendiendo su aplicación a la pareja estable.

Ahora bien, desde otra óptica, también puede entenderse que la regulación de los efectos patrimoniales no pueden determinarse como un efecto general, como ocurre en el matrimonio, situación que la pareja ha rechazado por el hecho de no contraerlo. Por tanto no puede imponerse un “régimen patrimonial” a la pareja; sino que deben ser las partes que, libremente, pacten sus relaciones patrimoniales constante convivencia y, especialmente, tras la ruptura.

Sin embargo no es una novedad que, la pareja, es cosa de dos y puede ocurrir que bien porque sólo uno de los miembros no quiera contraer matrimonio, bien porque no quiera regular su convivencia, esta convivencia pueda desencadenar efectos negativos. En estos casos la ley tiene que amparar situaciones fácticas que pueden producir lesión en alguno de los convivientes, generalmente en el más vulnerable.

También es cierto que la sociedad actual equipara la familia que se fundamenta en el matrimonio con la familia que surge de la relación convivencial, por esto, también es una opción a debatir la de darle unos efectos semejantes a los que la ley otorga a la pareja matrimonial.

a) se puede plantear una primera propuesta a debate:

Equiparar la pareja estable, en sus efectos, a la pareja matrimonial. En este caso, se aplica a la pareja estable la regulación propia del matrimonio que regula, hoy, la CDCIB y que en un futuro próximo esperemos que se apruebe el Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio. Esta es una solución parecida a la que ha optado la regulación de la Ley 18/2001.

b) en caso contrario se puede plantear una segunda propuesta, que consiste en:

1º Efectos patrimoniales constante convivencia:

La regulación de los efectos patrimoniales de la pareja, constante convivencia, debería quedar en la esfera privada. La normativa tendría que posibilitar regular, sea por documento público, por documento privado o tácitamente, sus relaciones patrimoniales. En este sentido se puede establecer una sociedad universal de ganancias (a modo del art. 1675 Cc); que no existan bienes comunes, o cualquier tipo de comunicación o no de bienes y ganancias.

En cuanto a la necesidad de atender los gastos de la convivencia (que en el matrimonio se denominan cargas), la pareja debe establecer la forma de asumir tales costes, ya sea de forma proporcional o según decida la pareja. Esta cuestión de subvenir los gastos de la convivencia es una cuestión que

debe quedar en el ámbito de la regulación privada. Entiendo que nada debe imponer la ley.

Ahora bien, se puede debatir si para el caso que no exista ningún pacto de regulación, la ley proporcionaría unas reglas muy generales y acotadas sólo a la forma de soportar los gastos de la convivencia. Por ejemplo establecer que, a falta de pacto, los gastos de la convivencia, en caso de litigio, se entenderá que se abonarán en forma proporcional a sus respectivos ingresos que provengan de sus actividades profesionales. Evitaría indicar que la proporcionalidad debe estar también, respecto de los rendimientos de su patrimonio.

En cuanto a la responsabilidad frente a terceros, salvo que del pacto se deduzca lo contrario porque se haya establecido un régimen de comunicación de ganancias, será responsable el conviviente que ha contraído la obligación, sin que el acreedor pueda dirigirse al otro conviviente de forma subsidiaria.

Entre los convivientes, de forma tácita o expresa, tendrán las reglas pactadas. Sólo a falta de estos pactos, y sólo para el caso de litigio, entraría la regla residual legal, que determina la forma de contribución a estos gastos. Por tanto, si uno de los convivientes paga por encima de lo pactado o al criterio de proporcionalidad, tiene acción para reclamarlo.

Interpretación de la norma 5.5 LPE.

En cuanto a la concreta cuestión de la remisión del art. 5.5 LPE, introducida por Ley 3/2009, norma de dificultosa interpretación, que aplica, de forma supletoria, la norma del art. 4 CDCIB del régimen económico del matrimonio a la pareja estable, la interpretación puede contener, entre otros, los siguientes puntos:

- en primer lugar que sólo es de aplicación en tanto la pareja siga conviviendo, es decir, si ha finalizado su convivencia, sea de hecho, sea porque han extinguido formalmente su convivencia en el Registro de Parejas Estables, no podrá ser de aplicación. Es la única interpretación que se pueden dar a los términos del precepto cuando dice "si consta convivencia", porque al estar inserto el precepto en una ley de Parejas Estables, se presupone que regula esta clase de convivencia.

Significa que impide la aplicación supletoria del art. 4 CDCIB a supuestos en los que falta la convivencia, ya sea formal o factual. Por tanto lo regulado en el art. 4 CDCIB no es de aplicación supletoria a la pareja que ha dado formalmente por extinguida la convivencia, ni a cualquier supuesto en que la convivencia haya finalizado de hecho.

- en segundo lugar, la norma indica, claramente, la supletoriedad. Es decir, en el apartado 4 del art. 5 LPE se determina un régimen patrimonial supletorio de la pareja, equivalente al de separación de bienes del matrimonio (art. 3.2 CDCIB), por tanto, sólo en defecto de pacto sobre sus relaciones patrimoniales (*ex artículo 4,1 LPE*), se aplicará el régimen del apartado 4 y 5 del artículo (art. 5.1 LPE).

2º Efectos patrimoniales al cese de la convivencia:

a) Efectos patrimoniales a la ruptura o cese de la convivencia.

En el supuesto de cese de la convivencia por ruptura, se tiene que dotar a la parte perjudicada de acción para reclamar aquellos perjuicios que derivan de la convivencia. En este caso, en primer lugar, se podrá entablar acción de reclamación de acuerdo con el pacto de convivencia y los concretos pactos en previsión de ruptura, si se han estipulado; y a falta de pacto, en todo aquello que pueda suponer perjuicio. Debería procurarse una redacción más *light* del art. 9 de la LPE³⁰.

En todo caso, mantendría un derecho de compensación y/o de pensión, para determinados supuestos. Especialmente los supuestos por razón de trabajo para la familia, en sentido amplio, no sólo dedicación y cuidado, sino colaboración no remunerada en la profesión o negocio de su conviviente.

En el supuesto que la pareja tenga de hijos en común, podrán pactar el régimen de pensión, guarda y visitas. En caso de conflicto, el juez resolverá.

b) Otros efectos *post mortem* de carácter familiar o convivencial

En primer lugar, libertad de pacto.

A falta de pacto:

- derecho a predetraer el ajuar doméstico, sin que se entienda extendido a los bienes artísticos, históricos, de valor o de origen familiar.

Entiendo que no es necesario indicar la situación de arrendamiento de la vivienda familiar, porque es la propia LAU la que regula la situación.

- derecho a continuar habitando la vivienda familiar por espacio de un año.

30.- Ver FERRER VANRELL, María Pilar, "Comentario al artículo 9", en *La Ley de Parejas Estables de las Illes Balears* (coord. M^a Pilar Ferrer Vanrell), Institut d'Estudis Autònòmics, L'esperit de les lleis, n^o 6. Palma 2007, pp., 203 y ss.

c) Efectos *post mortem* de carácter sucesorio.

Podemos determinar un doble planteamiento a debatir:

- Entender que a la pareja conviviente se le aplican los efectos del matrimonio, como regula la Ley balear 18/2001
- O bien no atribuir derechos sucesorios de origen legal al conviviente supérstite. En este caso, la propuesta del Sr. Jiménez Gallego plantea la problemática que es la de determinar cuál será la ley aplicable a la sucesión, que comparto. Y, concretamente, respecto a la atribución de los derechos sucesorios al supérstite comparto, también, la opinión del Sr. Jiménez Gallego que no debería tener derechos sucesorios de origen legal, pero entiendo que en sentido amplio, ni a la legítima ni a la sucesión intestada.

En cuanto a los efectos sucesorios, siempre queda la posibilidad de atribuir cualquier legado, o nombrarle heredero por sucesión voluntaria, ya sea testamento o, en el caso que los convivientes estén sujetos al derecho civil balear, por donación universal de bienes presentes y futuros y demás pactos sucesorios previstos en el Lib. III CDCIB; porque la Pareja Estable goza de los beneficios de fiscalidad como la determinada para los cónyuges, de acuerdo con la Ley de Impuesto de Donaciones y Sucesiones.

- Cuestión interesante la que plantea el Sr. Jiménez Gallego respecto a los derechos sucesorios de origen legal que atribuye la ley a la pareja, cuando esta unión se conforma entre personas mayores. Para evitar dañar a los hijos respectivos con los derechos legitimarios de la pareja, no se constituyen en pareja.

Precisamente presenté, a la Comisión Asesora de Derecho Civil, una propuesta para regular esta cuestión para el matrimonio, ya que hoy es frecuente los segundos y terceros matrimonios de parejas que cada uno tiene sus respectivos hijos y simplemente quieren una vida en común de la pareja.

La propuesta estaba fundamentada en ampliar la institución de tanto raigambre como es la "definición" (art. 50 CDCIB) al matrimonio.

En parejas estables se puede optar ya sea por no conceder derechos sucesorios de origen legal, que creo es una buena opción, como hace Cataluña o bien, en caso de atribuirlos, para aquellos causantes que tengan vecindad civil balear, se pueda definir, en vida, los derechos sucesorios de origen legal.

Estas notas apresuradas dejan muchas otras cuestiones por tratar que, con toda seguridad, serán objeto de debate en el seno de la Comisión de

Derecho Privado, ya que se trata de una importante materia de la que deriva o puede derivar la formación de una familia que conlleva una advertencia constitucional al legislador como es la familia como bien constitucionalmente protegible, art. 39 CE.

XII.6- UNAS NOTAS SOBRE EL ÁMBITO 'GENÉRICO' DEL TEMA DE 'PAREJAS NO CASADAS'.

José Cerdá Gimeno

SUMARIO:

I.- CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS.

1. Generalidades.
2. Familia y Cambios Sociales.
3. Ámbito de categorías del fenómeno 'Parejas No Casadas' (PNC).
4. Distinción de perfiles dentro del ámbito sociológico.
5. Delimitación del contenido de estas notas.

II.- SUPUESTOS SOCIALES GENÉRICOS DE CONVIVENCIA Y SITUACIÓN CONCRETA DE 'PAREJA NO CASADA'.

1. Generalidades.
2. Desarrollo del planteamiento previo apuntado:
 - a) Aspecto terminológico (QUID NOMINIS).
 - b) Aspecto fáctico (QUID FACTI).
3. Aspecto sociológico (QUID REI):
 - Supuestos genéricos de convivencias (modalidades):
 - a) Posiciones doctrinales.
 - b) El efecto reflejo de tales situaciones convivenciales en las Islas Pitiusas.

4. El supuesto específico relativo al HECHO de las llamadas 'Parejas No Casadas'.
5. Aspecto jurídico *stricto sensu* (QUID IURIS):
 - Significado jurídico de la dicción 'Pareja No Casada'.
 - La cuestión implícita en el aspecto conceptual (QUID CONCEPTUS).

III.- LA CUESTIÓN DE LA DETERMINACIÓN DEL ASPECTO NORMATIVO DE LA SITUACIÓN FÁCTICA DE LAS 'PAREJAS NO CASADAS'.

- Introducción.
- 1. La cuestión constitucional de la competencia legislativa sobre la materia.
 - a) La doctrina civilista española.
 - b) La doctrina civilista autonómica.
 - c) Mi posición.
- 2. La anomia absoluta estatal y la hipertrofia normativa autonómica.
- 3. La distinción entre el ámbito normativo y el 'reconocimiento' jurídico.
 - a) La perspectiva de S. LLEBARIA SAMPER.
 - b) Mi posición.

IV.- DOGMÁTICA JURÍDICA E INTERPRETACIÓN AUTORAL.

1. La doctrina civilista general.
2. La doctrina civilista autonómica (antes, "foral").
 - En general.
 - En especial: BALEARES:
 - R. CLAR GARAU
 - J. CERDÁ GIMENO
3. Mi posición actual.
4. Aspecto axiológico (valorativo) [QUID VALORIS].

V.- EL ÁMBITO CONFLICTUAL EN ESTA MATERIA [CONFLICTO DE NORMAS]..

- Consideraciones generales.
- La distinción básica:
 - A) LOS CONFLICTOS EXTERNOS [INTERNACIONALES].
 - a) Premisa de partida.

- b) Determinación de la ley aplicable a las 'Parejas No Casadas' en el supuesto de conflicto de leyes.
 - c) Estatuto jurídico aplicable.
 - d) Efectos jurídicos de la situación de 'Parejas No Casadas'.
- B) LOS CONFLICTOS INTERNOS [INTER-REGIONALES/ INTRA-NACIONALES].
1. El presupuesto constitucional (art. 16.1 C.c.).
 2. Problemática general.
 3. Problemática especial (concreta): LA CUESTIÓN DE LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LAS 'PAREJAS NO CASADAS':
 - a) Problemática general del tema.
 - b) La llamada "cuestión previa" [Calificación].
 - c) El posible 'estatuto jurídico' de las 'Parejas No Casadas'. Elementos.

VI.- UNA REVISIÓN PERSONAL DESDE LA PERSPECTIVA TRI-DIMENSIONAL [MADRID, 2001].

- El porqué de dicha revisión.
- Resultados de tal revisión.

VII.- UNA ACTUALIZACIÓN PERSONAL DE ESTA MATERIA DESDE EL PUNTO DE VISTA SISTEMÁTICO [MADRID, 2011].

- El porqué de dicha actualización.
- Resultados de la actualización.

VIII.- UNAS POSIBLES CONCLUSIONES:

PRIMERA.- ADVERTENCIAS ANTE LAS TRAMPAS DIALÉCTICAS.

SEGUNDA.- EL ÁMBITO VALORATIVO DE UNA NORMATIVA SOBRE LA FIGURA.

TERCERA.- EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FIGURA.

CUARTA.- UNA CONDENSACIÓN DE IDEAS.

IX.- BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA..

I.- CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS.

1. Generalidades.

Unas interesantes reflexiones aportadas por la PONENCIA de nuestro compañero Académico Don CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO relativas a un concreto *ámbito específico* del amplio tema de las 'Parejas No Casadas', en cuanto a la regulación normativa autonómica dictada en BALEARES sobre la materia, han propiciado [de un modo a lo A. TOYNBEE de 'estímulo-respuesta'] unas paralelas reflexiones personales mías referidas esta vez al *ámbito genérico* de esta materia de 'Parejas No Casadas'.

Mis reflexiones siguen una vieja costumbre personal de inter-relacionar las tres dimensiones de cada materia: en lo fáctico-sociológico (HECHOS), en lo normativo (NORMAS), en lo argumentativo (DOGMÁTICA) y en lo conflictual (CONFLICTOS INTER-NORMATIVOS).

Previamente a ese propuesto análisis haré unas indicaciones breves en el **ámbito sociológico** desde una perspectiva muy amplia.

2. Familia y cambios sociales.

Que toda esta materia está intrínsecamente relacionada con los cambios sociales es algo que todo jurista atento a la realidad en que se desenvuelve había detectado años ha. He puesto de relieve en su día [al referirme a la *incidencia* de las relaciones 'paraconyugales' en el *régimen económico-conyugal*], que

“Resultaba hasta ahora entre nosotros –me refiero en concreto a **las Islas Pitiusas**– un tema esencialmente *pacífico*, habida cuenta de la multidiversidad cultural que trajo consigo en los ‘años 50-60’ el fenómeno de la llamada ‘contra-cultura’. La amalgama extraña formada por gentes de formación marcusiana, ‘mayo francés’, ‘gauche divine’, ‘hippies’, burguesía ilustrada catalana, etc., desembarcó como un alud en Ibiza y Formentera y provocó un derrocamiento total de perspectivas, comportamientos y valores. Las buenas gentes de las Pitiusas acogían amablemente aquellos nuevos ‘modos’, más que modas, y no parecían sorprenderse de nada extraño a su habitual modo de ser y accionar...”

Si en aquel entonces ahora recordado aquellos nuevos ‘modos’ [*los nuevos tiempos* anunciados por los nuevos juglares] parecían traer nuevas

perspectivas y planteamientos, lo que parece claro es que la realidad actual ha desbordado completamente las proféticas denuncias hasta un punto tal que ni la sociedad ni la familia actuales tienen nada que ver con las de hace unos pocos años.

A la incidencia de tales mutaciones sociales respecto del Derecho de IBIZA me he referido en otro lugar.

A esta incidencia, en relación directa con las nuevas normativas autonómicas sobre la materia aquí estudiada, se han referido los autores de dichos territorios autonómicos.

En definitiva, parece un hecho obvio que, junto al prototipo tradicional de familia matrimonial, aparece otro tipo de familia distinto. Se ha llegado a decir muy recientemente que

“Hace casi medio siglo reinaba la pareja **fusional**, mientras hoy aparece, entre las gentes de 25 a 35 años, la pareja **fisional**. Ayer imperaba la idea de formar una sola cosa, crear un proceso de unidad común, y los novios se abocaban sobre las novias para copar su voluntad, sus gustos y hasta el doméstico destino de sus vidas. La gran demanda de la pareja era convertir el dúo en uno; amarse hasta la fusión total. Ahora, no obstante, la demanda de individualidad personal no cesa, y desde ese pilar irrenunciable se construye una sociedad sin remover la concreta identidad de cada uno”

3. **Ámbito de categorías del fenómeno ‘Parejas No Casadas’ (PNC).**

En mi inicial aproximación al fenómeno —me refiero a los ‘años 70/80’— parecía evidente a los autores especializados en el tema que la delimitación sociológica del fenómeno era únicamente reconducible a la situación fáctica de las parejas heterosexuales.

Pocos años después aparecieron nuevos parámetros culturales que llevaron a un vuelco total en la perspectiva general de estos fenómenos sociológicos: en el día de hoy no solo se postula la inclusión de las uniones homosexuales dentro del término vago y genérico de ‘uniones estables de pareja’, sino que se va en la dirección de considerar como *un fenómeno unitario* todo un conjunto de **relaciones de convivencia** diferentes del matrimonio.

Parece evidente que **el dato sociológico** condiciona todo discurso jurídico, y sobre todo tratándose de fenómenos sociales en plena evolución y en transición hacia el Derecho. Es un campo de investigación enorme, dadas las profundas diferencias culturales y sociales existentes entre los distintos países, pero además *en el mismo interior de un país* hay enormes diferencias

no sólo en la dimensión *sincrónica* de la escala de clases sociales sino también en la dimensión *diacrónica* de la sucesión de generaciones”.

Yo seguía entonces [1987] la dirección indicada por el profesor A. FALZEA [en el Coloquio de **Messina** de 1981, reiterando lo apuntado en años anteriores en los precedentes Congresos de PONTREMOLI, de BERKELEY y de UPPSALA], en el sentido de que en este campo “la palabra decisiva siempre está en manos de los sociólogos”.

En un sentido similar al propuesto mi compañero V.L. SIMÓ SANTONJA había dicho.

“Un estudio de conjunto de las ‘parejas no casadas’ cubriría un campo casi disparatado, si tratáramos de englobar tanto las relaciones fortuitas como las duraderas, tanto las parejas que viven juntas como aquellas otras que se encuentran más o menos esporádicamente, tanto las heterosexuales como las homosexuales... Tema importante y de notoria actualidad que nos obliga a evidentes incursiones interdisciplinarias que nos aproximen a una ruptura de barreras, fruto de ciertos ostracismos ideológicos.... Sólo catorce años nos separan del año 2000, y esta sociedad industrializada en que vivimos es un hecho global que impone sus propios valores, define los modelos de comportamiento y pretende una ruptura con todo aquello que no se adapte a las exigencias de su dinamismo interno...”

4. Distinción de perfiles dentro del ámbito sociológico.

Tanto V.L. SIMÓ SANTONJA como yo mismo habíamos distinguido los aspectos *cuantitativo* y *cualitativo* de esta vertiente sociológica.

La tendencia a la expansión del fenómeno social de las Parejas No Casadas parece ser un proceso irreversible, y *la diferencia* entre el **matrimonio** [en tanto que representa un compromiso formal ante la sociedad] y **la unión libre** no se refleja en *el plano ético* puesto que ambas situaciones fácticas se aproximan bajo la salvaguardia común de la libertad de elección de la manera de vivir de las personas [A. FALZEA].

Dentro de este ámbito sociológico se nos muestra claramente *la difícil separación entre el derecho y el ‘no-derecho’*. Parece lógico el apunte relativo a que con la proliferación y el aumento de este fenómeno sociológico **en todos los países occidentales** se vuelve a los dominios del “no derecho”. Señala agudamente la profesora belga M.T. MEULDERS-KLEIN que en las denominadas ‘sociedades tradicionales’ por los juristas europeos la familia siempre precede al matrimonio y le sobrevive, y que la noción de parentesco reposa no sobre el vínculo de consanguinidad sino más bien sobre una comunidad de creencias míticas, de vida y de sumisión a una misma autoridad.

Retomando la idea de la citada profesora belga de que “la *summa divisio* de las reglas humanas en materia familiar reside en la frontera que separa sexualidad lícita y sexualidad ilícita”, parece oportuno señalar aquí y ahora cómo esta precisión de *lo sexual* es tremendamente exacta en la aplicación a la fenomenología aquí analizada y, muy en especial, a las situaciones de convivencia ‘existencial’ derivadas de la ‘contra-cultura’ de los ‘años 60’ y del fenómeno ‘hippy’ [en especial, el tema de la promiscuidad y la libertad sexuales], que en las islas Pitiusas convivieron pacíficamente en los ‘años 60/70’ con los pobladores de las islas menores.

5. Delimitación del contenido de estas notas.

En las presentes notas al tema genérico citado *la única pretensión clara* de quien suscribe es la de proceder a **una revisión y actualización** en forma resumida de algunas de mis aportaciones precedentes sobre esta materia.

Por consiguiente, en páginas posteriores presento en distintos epígrafes estos puntos:

- supuestos sociales de convivencia;
- determinación del aspecto normativo respecto de las ‘Parejas No Casadas’;
- dogmática jurídica e interpretación autoral;
- ámbito conflictual en la materia [conflicto de normas];
- revisión personal desde la perspectiva tri-dimensional;
- actualización personal desde el punto de vista sistemático;
- unas posibles conclusiones.

II.- SUPUESTOS SOCIALES GENERICOS DE CONVIVENCIA Y SITUACIÓN CONCRETA DE ‘PAREJA NO CASADA’.

1.- Generalidades

Antes de comenzar estas notas recuerdo ahora aquella *perspectiva* presentada por el profesor A. SÁNCHEZ DE LA TORRE en el sentido de que:

“Para una determinada realidad, cada nivel responde a un tipo de averiguaciones acerca de esa misma realidad. Ese tipo de averiguación extraña una perspectiva que se hace responsable a cada pregunta diversa sobre lo real. **Por tanto, hay tantos métodos de investigación**

como preguntas de que la realidad sea susceptible de suscitar: el 'qué' sea algo; el 'cómo' llegue a ser algo; el 'porqué' hay algo; el 'quién' están implicando en algo, etc."

Lo que ocurre es que el desenvolvimiento de cada uno de esos referidos *niveles de conocimiento* que postula SÁNCHEZ DE LA TORRE llevaría a una desmesurada longitud de este escrito, de manera que queda aquí apuntado.

2.- Desarrollo del planteamiento previo apuntado.

Al proceder al desarrollo del planteamiento del profesor A. SÁNCHEZ DE LA TORRE selecciono en este lugar un par de *aspectos previos*, que, a mi juicio, siguen siendo relevantes: uno, *el terminológico* [QUID NOMINIS?]; otro, *el fáctico* [QUID FACTI?]. A ambos me refiero seguidamente.

a. Aspecto terminológico (QUID NOMINIS).

Considero esencial la precisión efectuada por el Profesor M. W. MÜLLER-FREIENFELS al inicio de su aportación al XIº Coloquio de MESSINA. Después de aludir al trabajo del jurista en esta materia, hecho con objetividad e imparcialidad, y previa delimitación del campo de análisis, añade que

"el hecho de que el fenómeno de las "parejas no casadas *dé lugar* desde siempre, pero particularmente en la época actual, a *numerosas denominaciones diferentes y complejas*, debe incitar a la desconfianza. La experiencia muestra en efecto que la existencia de términos vagos, formulaciones ambiguas y expresiones múltiples para una sola y única cosa enmascara fácilmente divergencias, incertidumbres y oscuridades más profundas atinentes a la cosa misma. La abundancia de términos utilizados para designar a las Parejas no Casadas es impresionante... Se constata, desde el principio, que este conjunto de términos refleja puntos de vista muy diferentes,...cada uno de esos términos designa un aspecto específico, contemplado desde un cierto punto de vista, pero ninguno —en todo caso no en esta formulación general— sirve para describir la verdadera naturaleza de estas 'familias' que se forman sin que sus dos miembros contraigan matrimonio en buena y debida forma..."

Por su parte el profesor A. FALZEA ['RELATOR GENERAL' del referido XIº Coloquio de MESSINA] sugiere sutiles argumentos acerca de la fórmula "**de facto**" (u otras fórmulas a ella equivalentes) indicando que

"Es bastante frecuente que, a continuación de fenómenos jurídicos bien establecidos en un sistema legislativo, aparezcan, de hecho por

una evolución espontánea de la vida social, fenómenos relativamente semejantes tendiendo a sustraerse a la reglamentación oficial, no siendo capaz esta última de adaptarse a los intereses específicos que las sostienen. Generalmente estos fenómenos emergen de la zona de lo que es no "jurídico" y, con el fin de acentuar su alejamiento original del derecho formalizado, se les atribuye la fórmula "*de hecho*" u otras fórmulas equivalentes. En mi país, existen las sociedades de hecho, las asociaciones no reconocidas, las fundaciones de hecho, etc. Desde que los intereses que causan su formación toman alguna importancia en el seno de las relaciones sociales, los nuevos fenómenos son absorbidos por el derecho, en primer lugar a través de un reconocimiento jurisprudencial que se hace necesario por los problemas que de ellos se derivan y que exigen una solución institucionalmente apremiante, y seguidamente a través del reconocimiento legislativo. Una vez que está establecida su importancia jurídica, la cualificación "*de hecho*" no sirve más que para distinguir las instituciones jurídicas originarias de las de formación más reciente en el marco unitario y homogéneo de los fenómenos jurídicos "*de derecho*".

En este lugar el jurista que suscribe tiene que remitirse a anteriores consideraciones mías sobre este aspecto concreto y tiene que denunciar con énfasis y dureza el abuso absoluto de teóricos y prácticos del derecho en nuestro País, en la utilización y proliferación de extrañas *denominaciones*. Uso y abuso de un *desconocimiento generalizado de cómo funcionan las instituciones europeas*, en las que —se quiera o no— ESPAÑA está jurídicamente integrada. La denominación, importada desde Italia, de "**de hecho**" o "**de facto**", además de la inexactitud e impropiedad del vocablo ya apuntado por los mejores especialistas europeos, implica la ignorancia de todos estos puntos:

- primero, la existencia de un organismo europeo (CONSEJO DE EUROPA) que *pagamos* todos los estados miembros de la U.E.;

- segundo, que dicho organismo es un fiel ejecutor de las directivas delineadas en su día por el Congreso de Viena de 1977, Congreso del que en ESPAÑA se desconoce prácticamente todo y del cual derivaron y derivan todas las políticas europeas en materia de 'Derecho de Familia';

- tercero, que el Consejo de Europa, previos los elaborados trabajos de los diferentes 'Comités de Expertos', presenta sus 'proyectos' de **Recomendación** a todos los Estados miembros;

- cuarto, que los Consejos de Ministros de la U.E., tras el pertinente Acuerdo, aprueban las respectivas RECOMENDACIONES, de inevitable aplicación, tarde o temprano, en todos los Estados miembros;

- quinto, que la denominación oficial aprobada, tras un amplio 'consenso' institucional, político, cultural y jurídico, es la de 'COUPLES NON MARIÉS' o 'UNMARRIED COUPLES', esto es, en lengua española, la de 'PAREJAS NO CASADAS'.

La conclusión final en este aspecto es bien clara: el jurista que suscribe no puede sino cumplir con las 'Recomendaciones' del Consejo de Europa, tanto en el ámbito teórico como en el práctico, y, por lo tanto, la denominación recomendada es la de 'PAREJA NO CASADA'. Esto, de momento, parece incuestionable en orden a las parejas *heterosexuales*.

b. Aspecto fáctico (QUID-FACTI).

Si en el aspecto *terminológico* apuntaba las numerosas imprecisiones, confusión y vaguedades, mucho más complejo y dificultoso es el poder delimitar este aspecto *fáctico* (propiamente dicho) y del aspecto *sociológico* [QUID REI?].

El Profesor FALZEA indica que el aspecto *fenomenológico* (*fáctico*) del tema queda identificado con la misma denominación, esto es, *pareja no casada*. Aún considerando la multiplicidad de posibles variantes, el citado Profesor italiano analiza por separado los dos términos de la proposición: de un lado, *la pareja*, esto es, una relación entre dos personas, de tal manera que su carácter fundamental y primario es *la dualidad*; y de otro lado, *la ausencia de matrimonio*, dado que aunque no sea suficiente para darse el supuesto la ausencia de formalidades siempre resta el dato diferenciador entre relación conyugal de derecho y la de hecho (como apariencia de matrimonio).

La *variabilidad de los supuestos de hecho* hace que los diferentes autores se preocupen de distinciones y subdistinciones. Así, v. gr., en la doctrina belga, R. de VALKENEER considera que lo que distingue *la cualidad* de las uniones libres depende de diversas variables: bien desde el punto de vista de la *organización*, bien de las diversas *relaciones entre los sujetos*, bien del *objeto* (comunidad de vida y reconocimiento de una situación familiar respetable *erga omnes*), bien de *la forma*, bien desde el punto de vista de la *naturaleza*, bien de *las circunstancias* que dieron origen a su nacimiento.

En la doctrina alemana el profesor MÜLLER-FREIENFELS constata que no existe ningún tipo de Pareja No Casada comparable a la institución jurídica del matrimonio, aunque algunas manifestaciones exteriores de la comunidad no conyugal puedan parecer similares a las características de un verdadero matrimonio. Distingue *tres grandes categorías* de personas para las cuales el término de Pareja no Casada es el apropiado:

- primera, la de las parejas que se constituyen simplemente como comunidad de vida y de hogar (las que él llama uniones *pré- o anticonyugales*, por su hostilidad al matrimonio y que pueden tener muy diversas causas);

- segunda, la de los pensionistas o beneficiarios de ayudas o prestaciones sociales y la de los concubinatos por motivos fiscales;

- tercera, la de las uniones religiosas en países en los que el matrimonio civil es obligatorio, pero violando la ley la pareja ha elegido casarse bajo la forma tradicional (fenómeno 'NAYEN' en JAPÓN).

Señala la doctrina francesa [J. COMMAILLE y J.F. PERRIN] cómo el fenómeno del concubinato es más bien propio de las sociedades industrializadas avanzadas y cómo –para otros países o culturas– la cuestión es extraña y no de recibo. En definitiva, apuntan que **la cuestión fundamental** en esta materia, lo que verdaderamente está en juego aquí, es la cuestión de los equilibrios, de los compromisos entre las aspiraciones de lo 'privado' (el individuo, la familia, lo doméstico) y las exigencias de lo 'público' (el colectivo, la sociedad, el Estado). **La gran pregunta**, retomando esta gran preocupación del siglo XIX, es si la preservación del vínculo social pasa o no todavía por un control del vínculo familiar.

La profesora belga M.T. MEULDERS-KLEIN partiendo del **dato fáctico** emergente en la sociedad moderna de *las mutaciones profundas en los comportamientos familiares* de las sociedades occidentales (caída de la nupcialidad, aumento de la 'divorcialidad', caída de la natalidad, multiplicación de las cohabitaciones –juveniles o no–, de los nacimientos extramatrimoniales y del número de abortos legales), cree que ese espectacular aumento de las que llama 'uniones de hecho' ha originado una abundante literatura que quizás es más estructural que coyuntural y que tiene raíces más bien profundas y no pasajeras. Alude al tema tratado por J. COMMAILLE en orden a la dinámica de las relaciones hecho-derecho, considera que debe descenderse en profundidad a buscar –a través del tiempo y del espacio– las raíces de **un tema eterno y universal** como es el de las regulaciones sociales de la sexualidad, la alianza y el parentesco, y añade que:

“la *summa divisio* de las reglas sociales humanas en materia familiar –en cualquier época y en cualquier lugar que sea– reside en la frontera que separa sexualidad lícita y sexualidad ilícita, y aún más seguramente entre 'uniones legítimas' y 'uniones libres'. Cualquiera que sea *el contenido de las normas* –orales o escritas– **el matrimonio** (fuente de alianzas más que de parentesco) traza un corte profundo respecto de otras uniones. Es precisamente *en función de la relación al estatuto del matrimonio* como se definen todas las relaciones 'extra-matrimoniales'. A lo largo de toda la historia de la humanidad,

es por tanto por la relación a la concepción del matrimonio, institución social básica, como puede comprenderse el lugar reservado —de hecho o de derecho— a las diferentes formas alternativas de uniones sexuales: **el matrimonio goza siempre de estatuto privilegiado**".

Volviendo a la posición de M.T. MEULDERS-KLEIN conviene precisar que, precisamente *en función de ese paralelismo con el matrimonio*, gran número de las sociedades tradicionales han adoptado frente a las 'uniones de hecho' **dos tipos de actitudes**: o bien asimilación total o parcial al matrimonio, o bien la condena pura y simple.

Frente a ese paralelismo —el matrimonio como estatuto básico *modelo* de la 'unión libre'— autores modernos angloamericanos [E. CLIVE, B. HOGGETT, M. FREEMAN, M.A. GLENDON] afirman que

"el matrimonio ha devenido un concepto inútil, y que, antes que 'juridificar' el concubinato, era el matrimonio al que habría que 'desjuridificar' alineándose con la unión libre".

Considera finalmente M.T. MEULDERS-KLEIN que esta visión angloamericana —profética, pesimista, sujeta históricamente a discusión— choca de frente con los países romano-germánicos de la vieja Europa. En cualquier caso, *concluye, el problema siempre sería el mismo*: el de la ecuación imposible entre las esperas patéticas de felicidad afectiva y desvanecimiento sexual situadas en la relación de pareja y la imposibilidad de prever en el tiempo si las gratificaciones de hoy subsistirán mañana. La referencia final de la Profesora belga es en el sentido de que

"Hoy, más que ayer, el matrimonio lleva en sí sin duda esa necesidad, esa llamada, ese proyecto de eternidad".

La doctrina francesa [J. RUBELLIN.DEVICH] es unánime en el sentido de considerar que la polimorfía del fenómeno de las parejas no casadas hace imposible establecer una tipología base ni una definición única. "—si se parte de que el concubinato no requiere ni diferencia de sexos, ni relaciones sexuales, ni comunidad de vida, ni cohabitación, ni estabilidad, ni duración de las relaciones, ni notoriedad, sino simplemente los elementos de prueba requeridos en función del efecto buscado—, forzosa es la conclusión de que el concubinato no tiene rostro y atraviesa él mismo una crisis de identidad que la ausencia de definición legal permite amueblar a voluntad con los fantasmas de cada cual, esto es, de los jueces. Lo que nos llevaría, en definitiva, a la imposibilidad práctica de pretender equiparar la *condición de concubino* con la *cualidad de esposo* —como solía entenderse años atrás—, y a la reflexión de que parece indudable que la sociedad actual deja en manos de los individuos la elección de la ordenación de sus relaciones y de la formación de la pareja con la cual cuenta para asegurar su vida".

3.- Aspecto sociológico (QUID REI).

Anteriormente había aludido a la relación de la familia con los cambios sociales y a las distintas categorías del fenómeno 'Parejas No Casadas' en un primer atisbo sociológico acerca de esta materia. Ahora, profundizando en este ámbito sociológico, apunto algunas ideas en torno a los variados *supuestos genéricos* de convivencias de hecho.

Supuestos genéricos de convivencias (modalidades).

- a) Posiciones doctrinales.

Autores y especialistas consagrados habían practicado *investigaciones sociológicas* acerca de este particular, sin que haya un punto de concordancia en orden al *criterio delimitador* para la conceptualización de la categoría genérica de 'Parejas No Casadas'.

Recientemente la civilística catalana [M. GARRIDO MELERO] se refiere a la Ley 10/ 1998, de 15 de Julio del Parlamento Autonómico de Cataluña que regula las relaciones de pareja heterosexuales y homosexuales y entiende que:

"La Ley de Uniones Estables de Pareja acota *una de las múltiples variedades* que pueden darse de uniones de hecho, pero con esto no se agota ni mucho menos toda la problemática relativa a las mismas. Sigue exponiendo que las posibilidades de uniones de hecho que quedan al margen de la nueva legislación catalana son tantas como dé de sí la imaginación de cada uno. Distingue el citado autor los siguientes supuestos:

1. *Poliuniones.*
2. *Uniones a tiempo compartido o bajo término o condición.*
3. *Las uniones legales more uxorio en fase deformación.*
4. *Las uniones de personas que no pueden contraer matrimonio o una unión legal.*

- b) El efecto reflejo de tales situaciones convivenciales en las Islas Pitiusas.

Hasta hace algún tiempo resultaba entre nosotros un tema esencialmente *pacífico*, habida cuenta de la multidiversidad cultural que trajo consigo en los 'años cincuenta-sesenta' el fenómeno de la llamada 'contracultura'. Me refería anteriormente a esta amalgama extraña formada por gentes de formación marcusiana, 'mayo francés' (1968.1969), '*gauche divine*', 'hippies', burguesía ilustrada catalana (1972-1973), etc., que desembarcó como un alud en Ibiza y Formentera y provocó un derrocamiento total de perspectivas, comportamientos y valores. [v. una deliciosa descripción de aquella época

en el artículo "Oriol ha perdido el tranvía... o no" en DIARIO DE IBIZA, miércoles 5 Abril 2000, pág. 15, de Mariano PLANELLS].

Las buenas gentes de las Pitiusas acogían amablemente aquellos nuevos 'modos', más que modas, y no parecían sorprenderse de nada extraño a su habitual modo de ser y accionar.

A mi juicio, todo este conjunto de *fenómenos sociológicos* antes apuntados no incitaron en su día, ni impulsan hoy, al habitante de las Pitiusas, a la demanda de un cambio drástico de normativa. Una vez más, la combinación de normas, hechos y valores, daba un resultado de aceptación, conformidad y pacifismo.

Sin embargo, en el presente y con la llegada de los *nuevos tiempos* –de que hablara BOB DYLAN– han comenzado a producirse *actitudes* nuevas y a proliferar *demandas* de cambios normativos en los últimos meses, sobre todo en artículos periodísticos.

Ahora bien, parece que al detectarse en MALLORCA [la isla mayor de las Baleares] los *nuevos modos*, los *nuevos tiempos*, han comenzado a producirse *actitudes* nuevas y a proliferar *demandas* de cambios normativos en los últimos tiempos.

Todo este conjunto de *especulaciones* parece, a mi juicio, que sea inevitable [escribía yo en el año 2000] que, cual inmediato reflejo 'mediático', se va a demandar y producir una nueva normativa *autonómica* en esta materia.

4.- El supuesto específico relativo al HECHO de las llamadas "Parejas No Casadas".

Presento aquí una relación sucinta de los diferentes *foros o congresos* habidos en la segunda mitad del siglo XX y relativos a la temática de las 'Parejas No Casadas', así como un resumen de *mis aportaciones* sobre este tema en años anteriores, todo ello como sigue:

a) Eventos ocurridos en la segunda mitad del siglo XX.

- Internacionales:

VARNA, 11-18 Mayo 1975.

UPPSALA, Junio 1979.

BERKELEY (CALIFORNIA), 27 Agosto 1980.

MESSINA (ITALIA), 'Consejo de Europa', 8-10 Julio 1981.

LUXEMBURGO, julio 1982.

BRUSELAS, 1992.

BARCELONA, 1993.

BARCELONA, 1996.

- Nacionales:

PONTREMOLI (ITALIA), 27-30 Mayo 1976.

HOLANDA, 1977.

BÉLGICA, 1978.

REIMS (FRANCIA), 1984.

ALMERÍA (ESPAÑA), 1996.

b) Aportaciones mías precedentes.

1ª.- CÁCERES [1987].[Comunicación a la Primera Ponencia del 'Congreso Hispano-Americano de Derecho de Familia']

Mis consideraciones concluyentes fueron como sigue:

1. Parece haber en nuestro país una nueva postura abierta y progresista en cuanto a las *PAREJAS NO CASADAS*, que parte del presupuesto de que la Constitución Española protege a la persona humana y a un tipo de familia natural típica, no centrada exclusivamente en la familia fundada sobre el matrimonio.

2. El doble criterio delimitador del concepto *PAREJAS NO CASADAS* es insuficiente, porque la variedad poliforme del supuesto de hecho conlleva la indeterminación y la inseguridad jurídica.

3. La posibilidad de regulación del fenómeno *PAREJAS NO CASADAS* en otros países, centrada en la doble vía legislativa y jurisprudencial, no ha sido recibida en España, tradicionalmente hostil al fenómeno social estudiado.

4. La dimensión estática de la figura lleva incapsulada un componente fáctico fundamental necesitado de estudios socioeconómicos, pendientes hoy de hacer en España.

5. La dimensión dinámica de la figura se refiere a todas aquellas situaciones fácticas atinentes a todas las esferas del derecho, en especial en los campos de las obligaciones contractuales, del derecho de familia y de la liquidación de la convivencia.

6. El reconocimiento jurídico básico parece debería inspirarse en los principios generales fundamentales del ordenamiento jurídico vigente en España, concretados en los principios derivados del derecho de la personalidad, del derecho de no ser obligado a que su convivencia tenga una forma jurídica, y del derecho a la libertad de estipular las condiciones de la vida común de la pareja.

7. La posible reglamentación jurídica unitaria postulada para el derecho europeo parece que debiera tomar en consideración, en su caso, el aludido PROYECTO DE RECOMENDACIÓN. [Hoy, RECOMENDACIÓN (88) 3, de 7 de marzo de 1988].

2ª.- LA BAULE (BRETAÑA) [1988] [Comunicación a la Tercera Comisión (*Patrimoine et Concubinage*) del '84º Congreso Nacional de Notarios de Francia', 28 Mayo al 2 Junio 1988].

Mi Comunicación, referida a **una comparación** entre las Sentencias del Tribunal Supremo de España (Sala 1ª) [40 sentencias en total: la 1ª, de 9/5/1914, y la última, de 23/12/1987] *sobre distintos aspectos* de la situación de hecho de 'Parejas No Casadas' y **una visión de conjunto de tales sentencias** desde el punto de vista estático y dinámico, finalizaba con estas Conclusiones.

1. La depuración doctrinal de la jurisprudencia civil de las sentencias del T.S., postulada en su día por L. DÍEZ-PICAZO, sigue pendiente de efectuar. En mi aportación se ha seguido esta idea como metodología de trabajo eficaz.

2. Lo que yo denomino [en el título de la Comunicación] *un intento de aproximación realista* a la problemática expuesta no quiere ocultar el hecho obvio de que se trata de una materia huérfana de tratamiento entre nosotros.

3. Para obviar las dificultades inherentes al típico trabajo sobre la jurisprudencia se ha partido de la delimitación temporal-espacial y de un esquema en horizontal de sentencias del T.S.

4. Las posibilidades de llegar a una tipología ó *supuesto de hecho prototípico* de unión extramatrimonial [o PAREJA NO CASADA] son bastante superiores a las de llegar a la obtención de un concepto de unidad del fenómeno. Al menos, si se parte de las sentencias (aquí) contempladas.

5. Las tareas de comparación entre las sentencias pasan por el examen de las posiciones diacrónica y sincrónica de todas ellas.

6. La tarea complementaria del análisis del conjunto de las decisiones jurisprudenciales lleva al examen de los aspectos estático y dinámico de los litigios presentados.

7. La visión de conjunto aquí presentada parece insuficiente, aunque quizá resulte esclarecedora para algunos. Y, en cualquier caso, como **no** la considero *una meta obtenida*, creo queda abierta la tarea y sigue todo por hacer.

5.- Aspecto jurídico *stricto sensu* (QUID IURIS).

- Significado jurídico de la dicción 'Pareja No Casada'.

Respecto de las variables lingüísticas habitualmente utilizadas, es obvio que pueden ser indicativas de nociones algo parecidas pero no sustancialmente idénticas. En *su estricto significado jurídico* cada expresión lingüística empleada puede no significar lo mismo, y de hecho *no son* lo mismo.

Ante esta ambigüedad de significados, parece oportuno, en mi opinión, proceder a la delimitación de unas *sub-cuestiones* en orden a la mejor utilización de las palabras:

- la primera, la de la protección constitucional de todo tipo de 'núcleo' familiar;

- la segunda, la del reconocimiento por el Derecho –el respectivo Ordenamiento Jurídico de un País– de toda situación fáctica 'para-familiar';

- la tercera, la de la posibilidad de una legislación apropiada [regulación/reglamentación] para la consideración práctica de los efectos jurídicos derivados de esta temática.

El hecho de no dejar netamente deslindados estos tres *puntos* incide notablemente en la confusión doctrinal al respecto y en los planteamientos de demandas quizá inadecuadas –por su fondo– a *la forma* elegida para la solución del problema.

- La cuestión implícita en el aspecto conceptual (QUID CONCEPTUS).

Una posición bastante extendida entre casi todos los autores que se han ocupado de esta materia es la de no intentar dar una definición o concepto jurídico sobre las Parejas No Casadas. Curiosamente, también las legislaciones que se han ocupado del tema proceden a un tipo de *formulación normativa* de carácter más bien *descriptivo*, aludiendo a criterios de cohabitación durante un cierto tiempo, de notoriedad pública e incluso de nacimiento de hijos. Cita SIMÓ SANTONJA, a título de ejemplos, las legislaciones de MANITOBA, ONTARIO, AUSTRALIA, HUNGRÍA y GRAN BRETAÑA.

El hecho de dar una definición implica *per se* una 'de-limitación' del campo de investigación, campo que, por las obvias ínter-relaciones sociológicas,

demográficas y fácticas en general, sería de alcance desmesurado al tratar de abarcar todo tipo de relaciones convivenciales no matrimoniales.

Reflejaba perfectamente esta actitud aquí aludida el 'Informe' presentado por el profesor A. FALZEA al Coloquio de Messina de 1981, en el que se toma como punto de partida para analizar el aspecto jurídico el dato previo de la denominación propuesta para el 'Coloquio' y de las dificultades de la determinación de una reglamentación jurídica para la materia, *proponiendo en definitiva* la formulación de una serie de criterios generales que puedan inspirar una posible reglamentación jurídica uropea unitaria.

III.- LA CUESTION DE LA DETERMINACION DEL ASPECTO NORMATIVO DE LA SITUACIÓN FÁCTICA DE LAS PAREJAS NO CASADAS.

Introducción.

La cuestión siempre permanente de la determinación del posible ámbito normativo en cuanto a la regulación de las PAREJAS NO CASADAS lleva implícita la solución a una serie de problemas o subcuestiones, como son:

- la cuestión constitucional de la competencia legislativa sobre la materia concreta de las PAREJAS NO CASADAS;
- la anomia absoluta estatal y la hipertrofia legislativa autonómica en esta materia;
- y la distinción entre ese posible ámbito normativo y el 'reconocimiento jurídico' de la situación de PAREJA NO CASADA.

Todo ello lo expongo resumidamente como sigue:

1ª.- La cuestión constitucional de la competencia legislativa sobre la materia.

a) La doctrina civilista española.

Hasta la entrada de este siglo XXI, la doctrina española parece haber prestado muy poca atención a este concreto punto de la *constitucionalidad* de las respectivas normativas autonómicas precitadas, con la notable excepción del Profesor R. BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, el cual saluda la aparición de la LEY catalana de 1998 con estas *notas*:

"Cabe entender que esta Ley 10/1998 de la Generalidad de Cataluña incide sobre nuestro sistema matrimonial, creando dos

nuevos tipos de matrimonio, tanto en su celebración como en sus efectos. En tal caso, cabría afirmar que la Generalidad de Cataluña carece de competencia para aprobar la mencionada ley.

Cabe entender, por el contrario, que esta Ley 10/1998 no tiene nada que ver con el sistema matrimonial, sino que constituye un nuevo negocio jurídico, aunque su causa sea también la convivencia matrimonial. Esa es la tesis que parece respaldar la aprobación de la Ley, tal y como se explica en el propio Preámbulo de la misma.

En tal caso cabría cuestionar si la Generalidad de Cataluña tiene competencia para aprobar la mencionada Ley.

La polémica está servida”.

b) La doctrina civilista autonómica.

Aludiré en este punto, en primer lugar, a la justificación ‘política’ de las normativas autonómicas primerizas, y, en segundo lugar, a los comentarios autorales respectivos.

a) La justificación “política” de la constitucionalidad de la normativa autonómica sobre la materia.

- El legislador autonómico catalán alude en el PREÁMBULO de la precitada LEY 10/1998 de 15 de Julio, de uniones estables de pareja, a este punto en los apartados 6º (inciso final), 11º y 12º, como sigue:

“... la presente ley agrupa y regula, separadamente del matrimonio, todas las demás formas de convivencia mencionadas, con una normativa también diferente... Esta técnica legislativa encaja perfectamente con los principios constitucionales, según la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional.”

“Como es obligado, *el trato legislativo de estas dos uniones en convivencia se ha ajustado al marco de las competencias autonómicas en la materia*, razón por la cual ha sido preciso *excluir* las cuestiones propias del derecho penal, las de carácter laboral y las relativas a la seguridad social.”

“*La Ley desarrolla básicamente las competencias de derecho civil que corresponden a la generalidad, con abstracción de la reserva de competencia exclusiva del Estado en cuanto a las formas de matrimonio*, porque *la regulación* de las parejas de hecho heterosexuales o de las homosexuales *implica* el reconocimiento de unas situaciones no necesariamente equiparables al matrimonio, según lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia constitucional,

como se ha asegurado –sic–. La Ley contiene también preceptos que se dictan como desarrollo de las competencias relativas a la función pública de la Administración de la Generalidad”.

- El legislador autonómico aragonés alude de pasada a este punto en un inciso del apartado 7º del PREÁMBULO de la LEY 6/1999 de 26 de Marzo, como sigue:

“Por otra parte, y aún cuando el legislador español trata de regular el fenómeno desde un punto de vista general, dada las singularidades que el ordenamiento civil aragonés tiene, parece que las Cortes de Aragón no pueden en estos momentos orillar el especial tratamiento que estos tipos de convivencia han de tener un nuestra Comunidad. Ello es lo que de forma especial justifica esta ley”.

b') La doctrina catalana.

El profesor S. LLEBARIA SAMPER efectuaba algunas consideraciones, ante la normativa catalana, planteando la cuestión clave de la competencia legislativa ante la ‘pareja de hecho’, y entiende que:

- “... *el legislador [catalán] debería tener presente como punto de partida dos aspectos cruciales de obligada y previa consideración.*

1º.- *El delicado aspecto de la competencia legislativa, y no tanto en la discutible atribución de su titularidad, sino en la armonización de su ejercicio. Es decir, no se trata de ser prudentes en dirimir la competencia para legislar en una u otra materia (que de más tampoco estaría), sino conscientes en que la interdisciplinariedad de la pareja de hecho se resuelve desde distintas atribuciones de competencia, en cuyo ejercicio hay que lograr la máxima concordia...”*

2º.- *La necesaria armonización legislativa.- La interdisciplinariedad de la unión no matrimonial condiciona la atribución de competencias legislativas para regularla, perteneciendo unas al Estado y otras a las Comunidades Autónomas –y no a todas–. Esta distribución exige que la actuación legislativa sea cauta, y no tanto en la determinación del título de competencia, como en el acompasado ejercicio de la misma.... (advierte de) “La necesidad de tener presente cierta armonización en la posible regulación sobre parejas de hecho que evite esos desajustes que, en algún caso, pueden llevar a la discriminación. Y no me refiero tanto a la discriminación proveniente de que un ordenamiento autonómico prevea efectos que otro ignore, sino a aquella otra consistente en que las parejas de hecho de una misma Comunidad Autónoma alcancen con menores exigencias un efecto o tutela fundada en la misma ratio que otra que se logre de*

forma más rigurosa, y todo –y sólo– por variar, sin afectar a ese fundamento compartido, el supuesto de hecho; variación del supuesto que determinaría un régimen distinto por ser distinta la atribución de competencia para legislar sobre ese supuesto de hecho.

La nueva Ley de uniones estables de pareja “es excesivamente intervencionista y a la vez excesivamente insuficiente”. El legislador catalán ha traspasado en esta materia los límites constitucionales. La nueva ley “contradice abiertamente las normas de conflicto del Título Preliminar del Código Civil..., vulnerando el artículo 149.1.8º de la Constitución Española”.

Por su parte, la doctrina catalana notarial ha apuntado en la misma dirección. Así, el notario M. GARRIDO MELERO nos dice, sobre los arts. 1.3 in fine y 20.2 de la Ley de Uniones Estables de Parejas, que:

“El Estado se ha reservado de modo exclusivo la competencia sobre las normas para resolver los conflictos de leyes en el espacio, bien sean éstos de carácter internacional o local. La adopción unilateral de una norma de competencia entra en claro conflicto en el caso de que cualquiera de los ordenamientos civiles del propio Estado quieran también regular las uniones de hecho y utilicen como punto de conexión también el de la vecindad civil de uno de los miembros de la unión legal. La posible inconstitucionalidad de la norma ha sido planteada por los autores que se han acercado al análisis de la Ley de Uniones Estables [FERRÁNDIZ, Jornadas Codi; LLEBARIA SAMPER, MARTÍNEZ-PIÑEIRO, BOSCH CAPDEVILA].

c) La doctrina aragonesa.

El notario y prestigioso jurista aragonés J.L. MERINO HERNÁNDEZ también ha aludido al tema de la posible *inconstitucionalidad* de la respectiva normativa autonómica sobre las parejas estables no casadas [LEY 6/1999, de 26 de Marzo, sobre PAREJAS ESTABLES NO CASADAS], diciendo que:

“La ley aragonesa, al delimitar su ámbito de aplicación, se refiere a una serie de cuestiones personales de los miembros de la pareja, sin hacer referencia para nada a la vecindad civil y/o residencia de los mismos.”

En la proposición de ley del Partido Socialista Obrero Español se especificaba que la ley se aplicaría exclusivamente a las parejas que “residan efectivamente en Aragón”, y en las que “al menos uno de sus miembros tenga la vecindad civil aragonesa”. Unas precisiones que en el informe de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Aragón se

estimaron de dudosa constitucionalidad, al invadir un campo, el de las relaciones interterritoriales de los Derechos civiles españoles, que, conforme a la Constitución Española, pertenecen a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil (art. 149.1.8 C.E.).

Sin embargo, resulta obligado recordar aquí que la ley catalana, sin haber sufrido tacha alguna de inconstitucionalidad, contiene un precepto de esta naturaleza, su también artículo 1, en el que se concreta la aplicación de sus normas a aquellas parejas en las que, “como mínimo uno de los dos miembros... debe tener vecindad civil en Cataluña”.

Con independencia de su valor constitucional, merece la pena detenerse un poco en esta definición legal catalana. Para un jurista, resulta curiosa la expresión “vecindad civil en Cataluña”. Las expresiones usuales en esta materia serían “vecindad civil catalana” o “vecindad civil de Cataluña”. La preposición “en” creo que trata de delimitar territorialmente esa vinculación puramente personal que representa la “vecindad civil”. A este respecto, conviene recordar que, conforme a su Estatuto de Autonomía, “... el Derecho civil de Cataluña tendrá(n) eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que hayan de regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad” (art. 7.1). Ello significa que, en principio, las leyes civiles catalanas se aplican a los que efectivamente residen en Cataluña. No son extraterritoriales o personales, es decir, y en sentido contrario, no se aplican a los catalanes que viven fuera de la Comunidad Autónoma de Cataluña, salvo que la ley lo prevea expresamente. Y que tampoco se aplican a los no catalanes residentes en esa Comunidad si su ley personal determina otra cosa.

En la Ley de parejas, lo que el legislador catalán ha querido es mezclar ambos conceptos: personalidad –que uno al menos de los miembros de la pareja tenga vecindad civil catalana– y territorialidad –que esa vecindad civil se tenga “en” Cataluña–, es decir, residiendo en esa Comunidad. La cuestión plantea interés para el resto de los españoles, en la medida en que desde 1990 pueden existir matrimonios en los que cada uno de sus miembros tenga una vecindad civil diferente (y uno de ellos sea catalán, residiendo la pareja en territorio de Cataluña”).

Es relevante la sagaz observación del querido compañero al hacer notar en orden a la normativa catalana que

“yo creo que sólo razones políticas, sobradamente conocidas, son las que han hecho que el Gobierno español, como en otras ocasiones, no recurriera este precepto de la ley catalana por inconstitucional. Los problemas que el mismo va a generar no serán pocos”

c) **Mi posición.**

Decía yo años atrás [2001] que:

“En esta materia tan compleja y de criterios contradictorios o entrecruzados es difícil aventurar una opinión mínimamente sensata, que evite herir susceptibilidades a flor de piel o erosionar auto-complacencias autonómicas normativas, a veces un tanto dogmáticas y sin poner los pies en la realidad.

Parece conveniente en este momento intentar un cierto distanciamiento ‘brechtiano’ y, si se me permite *un símil deportivo*, aludir a *los campos* [donde se disputan los partidos], a *las reglas del juego* [en este caso, *mutatis mutandis*, competencias] y al *árbitro/árbitros* [que juzgan las infracciones cometidas]. Lo haré brevemente, y sin *ánimus iocandi*, a los meros efectos expositivos en nuestro tema...

Así las cosas, *la comparación con el tema deportivo* permite contemplar desapasionadamente nuestro punto de análisis, esto es, las PAREJAS NO CASADAS (**en sentido genérico o muy amplio**).

En cuanto al pasado: parece evidente que, ni siquiera en la hipótesis más optimista/maximalista **pro-foral**, cabe considerar nuestro tema como algo específico ‘foral’. [La autorizada voz de Juan B. VALLET DE GOYTISOLO se ha referido a los principios básicos del Derecho Foral y los ha analizado uno por uno individualizadamente].”

A la vista de la magistral exposición de VALLET, no parece asumible considerar la noción (genérica) de Pareja No Casada como una institución foral, ni encuadrable dentro de alguno de los ‘principios básicos’ apuntados; no cabe tampoco hacer ahora ‘futuribles’ acerca de si se habrían o no contemplado tales situaciones dentro de la panorámica codificadora centralista (o foralista, en su caso); no parece tampoco oportuno entrar en juegos de intenciones en un órgano (‘Comisión General de Codificación’) de composición diversa y personalidades variables en cada momento histórico.

En cuanto al momento actual: no es hora de entrar en un re-planteamiento del análisis de la normativa constitucional fundamental en la materia –art. 149.1.8º C.E.–, a la que una pléyade de autores, [y yo mismo], han dedicado comentarios de todo tipo.

Parece primordial anticipar que no toda Comunidad Autónoma va a poder legislar sobre el tema de las Parejas No Casadas: el inciso “allí donde existan” alude a un derecho civil propio **pre-existente** a la Constitución.

Parece seguro afirmar que la posible legislación sobre la materia es competencia exclusiva del Estado. *Lo cuestionable* es referido a dos puntos: uno, si las Comunidades Autónomas con derecho civil propio tienen o no *también* competencias sobre la materia –**competencias concurrentes o compartidas**– por tratarse de un contenido “institucional”[entiéndase un **“desarrollo”** del régimen económico matrimonial peculiar del territorio]; otro, si las Comunidades Autónomas pueden tener competencias sobre la materia aún siendo **una institución (?) nueva**, a modo de desenvolvimiento de las costumbres insertas en la dinámica social

A mi modo de ver, y sin pretensiones dogmáticas por mi parte, no parece posible entender que la posible legislación autonómica sobre Parejas No Casadas sea a modo de un desenvolvimiento [**“desarrollo”, “modificación” de ...**] de un algo antes inexistente. La causa de inconstitucionalidad parece clara, y la consecuencia directa previsible. Lo que pudiere ocurrir en el interin ya es otra cosa, otra historia.

2ª. - La anomia absoluta estatal y la hipertrofia legislativa autonómica en esta materia.

Dentro de la vaguedad de la noción de Pareja No Casada cabría deslindar las tres dimensiones: como hecho, como normativa y como valor. Y, a su vez, dentro de cada dimensión, determinar su posible justificación o “legitimidad”.

En cuanto normativa. Ante la inexistencia de una normativa estatal, en este momento tan sólo cabe aludir a las específicas y sectoriales normativas autonómicas españolas. Apuntado el dato previo de la dudosa constitucionalidad de las mismas, recojo aquí la singular tesis de algún autor de entender “su” normativa autonómica *extrapolable* a todo el territorio del Estado (antes llamado ESPAÑA), por tratarse –sic– de “una regulación orgánica y de conjunto que reúne los requisitos ‘cualitativos’ de una verdadera institución jurídica”.

A mi modo de ver, considerado el planteamiento de los legisladores autonómicos precitados en orden a una regulación global y unitaria de la figura de ‘Pareja No Casada’, y contemplada en una perspectiva de conjunto dicha regulación, cabe observar:

1º) que comprende sólo los aspectos sustantivos (de derecho civil) y algún fleco de derecho público (competencias transferidas);

2º) **que no incluye aspectos fundamentales** en la vida de toda pareja (tales como la materia laboral, las prestaciones asistenciales de la Seguridad Social, función pública, clases pasivas, Impuesto de Sucesiones y Donaciones, Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, etc).

En consecuencia –a mi modo de ver– tales normativas, a más de no ser completas ni orgánicas, habría que ubicarlas dentro de lo que los expertos franceses suelen denominar benévolamente “une réglementation boiteuse” [SIMÓ SANTONJA *dixit*]

No es de extrañar, a tal efecto, la PROPOSICIÓN DE LEY del Grupo Parlamentario CATALÁN, antes reseñada, cuya función obvia es “complementar” dichas omisiones, aquí apuntadas. Esa es la primera ‘aparición’ causada, en mi opinión.

En definitiva, en cuanto dimensión normativa [dentro de la vaguedad de la noción genérica ‘Pareja No Casada’], hay que reiterar la triple diferenciación antes señalada en orden a la “legitimidad” o su justificación como un valor *per se* propiamente dicho:

- una cosa es la protección constitucional dispensada a los intereses de los convivientes merecedores de protección;
- otra cosa es el posible reconocimiento de concretos efectos de la convivencia por el Derecho;
- y otra cosa es la regulación jurídicamente de la convivencia.

3ª.- La distinción entre ese posible ámbito normativo y el ‘reconocimiento jurídico’ de la situación de PAREJA NO CASADA [aspecto jurídico en sentido estricto: QUID IURIS].

a).- La perspectiva de S. LLEBARIA SAMPER.

Este profesor plantea *el gran tema* del futuro de la familia no matrimonial que –a su juicio– “pasa por legislar ¿pero cómo?”.

En orden a este concreto punto del aspecto normativo el autor analiza dos cuestiones: una, la conveniencia de intervenir legislativamente en la materia; y otra, en orden al tema –ya aludido anteriormente– de la necesaria armonización legislativa.

En cuanto a la primera cuestión, dice que:

“Pero sobre la necesidad o no de dar ese paso hacia *alguna* regulación conviene retomar el problema desde sus orígenes. Como situación de

hecho que es, debemos preguntarnos si reclama al Derecho. Y la respuesta afirmativa parece innegable a la vista del número progresivo de casos que llegan al Tribunal Supremo, sobre todo a partir de 1992: no sabemos si en realidad hay más uniones de hecho que antes, si las parejas se siguen casando más o menos que antes, pero lo que sí es cierto es que hay más conflictividad que antes.

La prohibición del *non liquet* obliga a los jueces a resolver el conflicto que se les presenta, prohibición cuyo respeto se complica cuando, como en el caso que nos ocupa, la ausencia de normativa *ad hoc* y el aconsejable repudio de la analogía *legis* dejan al juez sin fuente directa y segura a la que recurrir. Las soluciones que con frecuencia se acogen, descansan bien en la invocación de los principios generales, bien descubriendo la norma convencional, a veces incluso bajo la sorprendente constatación de una voluntad tácita de los convivientes dirigida a someterse a un determinado régimen legal. Se desata la justicia material, y así las cosas no es disparatado recomendar que el pronunciamiento sobre lo que sea justo, reciba confirmación por parte del legislador, para que de esta manera las decisiones del juez, además de acomodarse a la justicia, lo hagan al ordenamiento jurídico positivo.

b) Mi posición.

- Parece, a mi juicio, fundamental el centrar la cuestión de la posible innovación jurídica derivada de una normativa al respecto remitiendo a las prudentes palabras de la autorizada exposición de mi compañero y amigo V.L. SIMÓ SANTONJA

“Ante las Parejas No Casadas, el jurista tiene la ineludible misión de: *comprender* el proceso de innovación, *aportar* sus conocimientos específicos para encontrar soluciones a los problemas planteados, *ayudar* a formalizar la voluntad de los interesados, *sugerir* los mecanismos apropiados sobre el plano institucional, procedimental y decisorio, *atender* los distintos valores en juego, y, sobre todo, *facilitar y crear* la estabilidad y seguridad que reclaman estas especiales situaciones de rápida evolución social”.

Un planteamiento cual el postulado parece debe completarse con unas mínimas referencias a las posiciones doctrinales más relevantes y una alusión a la praxis jurídica adecuada. A ello me refiero más adelante.

- Tomando la serie de vocablos usualmente empleados al efecto [institucionalización (por lo de ‘**institución**’ ¿?), juridificación, legalización, normalización, reconocimiento, reglamentación, regulación] y sus respectivos

significados gramaticales, por cotejo de conceptos y derivando de las simetrías o paralelismos, nos encontramos con que:

Parecen sinónimos: juridificación, legalización y reconocimiento. Aluden a la manera o procedimiento para dar un cierto estado legal a una cosa o materia determinada. En tanto que procedimental, aspecto técnico que dejo acotado, parece debe excluirse aquí.

Parecen igualmente sinónimos: normalización, normativización, reglamentación. La referencia inevitable a “norma”, que sirva algo de norma o regla, como medida a la que deban ajustarse las acciones para que resulten rectas –sic–, parece excluir la conveniencia de adoptar tales términos.

Parece también término a excluir el de “institucionalización”, a modo de “crear una institución” [en el sentido de una organización **fundamental** –sic– de un Estado, nación o sociedad]: no parece asumible.

Parece más apropiado el término “regulación” que, aunque referido a “regla” (al igual que “reglamentación”), tiene *un sentido específico* de ajustar o poner en orden una materia o cosa determinada.

Una vez deslindadas las diferentes denominaciones, las variables clásicas *de los modos de proceder a la “regulación”* de esta materia se reconducen a las conocidas y tópicas tres vías: jurisprudencial, contractual y legislativa.

El profesor J. MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA propone una correcta *integración* de las tres vías para no dejar sin regulación una materia en la que continuamente habrá que proteger a las partes (en especial a la más débil), a los terceros y en definitiva, también, el interés público.

IV.- DOGMÁTICA JURIDICA E INTERPRETACION AUTORAL.

- Introducción.

En el ámbito de la argumentación jurídica y de las diversas posiciones doctrinales es posible distinguir los siguientes puntos:

- La posición de la doctrina civilista general,
- La posición de la doctrina civilista autonómica (antaño “foral”);
- Mi posición.
- El aspecto axiológico (valorativo) [QUID VALORIS]

1) La doctrina civilista general.

- A. MERINO GUTIÉRREZ.

En un interesante y breve artículo el Profesor A. MERINO GUTIÉRREZ entiende que

“... el Derecho tampoco estaría amparado para ir más allá en la regulación jurídica de las uniones libres de lo que las propias parejas considerasen necesario; quizá fuese más conveniente simplemente ofrecer un marco jurídico en el que se desarrollaran determinados efectos para dichas uniones, siempre y cuando los integrantes de las mismas voluntariamente se acogieran a tal regulación...”

“A mi juicio, las cuestiones más relevantes que se plantean ... son: las responsabilidades paterno-filiales ...; el régimen económico-patrimonial ...; los derechos de ambos en cuanto a la vivienda que utilizan como lugar habitual de residencia, ...; la liquidación del patrimonio acumulado durante el tiempo de duración de la unión; y la posible responsabilidad de uno de los compañeros en la ruptura de la unión y su evaluación económica. La respuesta del Derecho a estas y otras cuestiones puede venir dada de forma directa mediante la promulgación de una ley que atienda este tipo de realidades sociales o, alternativa o cumulativamente, dejar tal responsabilidad en manos de los Tribunales”.

“... En cualquier caso, la polémica está abierta en todos los países, incluido España, aunque el último Congreso Hispano-Americano de Derecho de Familia celebrado el mes de Octubre de 1987 en Cáceres apuesta tímidamente por algunas soluciones legales para el problema de las uniones libres ... En definitiva, creo que deben admitirse los convenios entre los compañeros que no afecten a sus relaciones personales, que estimo no pueden ser objeto de regulación...”

“El Derecho debe dar un paso más en la democratización de la vida civil, sin perjuicio del respeto a los modos tradicionales de organización de la sociedad española y su adecuada protección...”

- V. L. SIMÓ SANTONJA.

Al analizar la problemática jurídica de las Parejas No Casadas, tras considerar la posibilidad de encontrar soluciones legales –en la línea postulada por W. MÜLLER-FREIENFELS–, analiza *los concretos problemas* en el ámbito jurídico. De su análisis interesa destacar aquí la distinción que hace según los convivientes otorguen o no *un convenio* (matrimonial/prematrimonial).

- Existiendo convenio.

SIMÓ SANTONJA entiende que, en principio, parece inaplicable la normativa de los Arts. 1315 y sigs. C.c. Sin embargo no cabe duda para el autor que la libertad de pacto permite a los convivientes una amplia gama de posibilidades en orden a la regulación del “régimen económico” de la pareja. Así, v.gr., considera como posibles pactos:

- El de comunidad de bienes (art. 392 C.c.), con o sin modalización de reglas especiales.
- El de sociedad civil (art. 1665 C.c.), en cualquiera de sus modalidades.
- El de adaptación de las reglas de la sociedad de gananciales.
- El de constitución de una sociedad mercantil de responsabilidad limitada.
- El de otorgamiento de poderes recíprocos.
- Etc.

- En ausencia de convenio.

Observa SIMÓ SANTONJA que lo que ocurre en la realidad es que, al igual que la mayoría de los matrimonios no suelen pactar régimen matrimonial alguno, tampoco la mayoría de las Parejas No Casadas suelen pactar las consecuencias patrimoniales de su convivencia en común.

Dice SIMÓ que

“No conozco ningún Código que de forma directa solucione el problema; es la doctrina y jurisprudencia quienes han buscado soluciones, sobre todo aplicables a los casos de ruptura, que es el momento crucial y duro siempre de ‘liquidar’ un patrimonio de alguna manera conseguido con el esfuerzo de dos personas”.

Entiende que en nuestro derecho parece difícil, en principio, admitir la posibilidad de una ‘sociedad de hecho’ (args. en contra: arts. 1667 y 1669 C.c.).

- I. GALLEGO DOMÍNGUEZ.

Este profesor, autor de una excelente obra sobre la materia [prácticamente exhaustiva en su tratamiento], se plantea *la pregunta clave*:

“¿Qué posibilidades o alternativas se ofrecen a la Ley en este punto? Son dos fundamentales: dar una regulación global y orgánica a las uniones extramatrimoniales, y en segundo lugar, regular o tener en cuenta a las uniones de hecho tan sólo en aspectos puramente parciales”.

La reflexión del autor se centra, por consiguiente, en los aspectos relativos a las posibles *regulación orgánica* y *regulación parcial* de las uniones de hecho, y a *la actitud del legislador ordinario*.

En cuanto a *la actitud del legislador ordinario* frente a esta cuestión entiende que:

“El legislador español contempla muy fragmentariamente las uniones de hecho: las contempla en algunas ocasiones equiparándolas en determinados aspectos concretos al matrimonio, ya sea a efectos favorables en unos casos, ya sea a efectos desfavorables en otros. En general y salvo algún supuesto muy discutible –como es a nuestro juicio el de la Ley de Adopción–, se realiza un tratamiento muy ponderado de la figura.

El legislador más que configurar un *status* parcial de las uniones libres, las tiene en cuenta en determinadas y fragmentarias ocasiones sobre la base de la realidad material y de convivencia que subyace en las mismas. Pensamos que el legislador debería contemplar en algunas otras ocasiones las parejas de hecho –y así lo haremos constar en este trabajo en su lugar concreto–.”

- J. MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA

El autor plantea con el término “juridificación” [El autor pide disculpas por el neologismo que propone, que es traducción de otro neologismo germano –“Verrechtlichung”–, a modo de *una transformación* (a la vez que *deterioro*) de lo que es materia ‘social’ en materia ‘jurídica’] *el tema* de en qué medida y de qué manera ha de intervenir el Derecho para regular el fenómeno social de las uniones de hecho. Después de analizar las dimensiones histórica y espacial, concluye en orden a la posible ‘juridificación’:

- “En cuanto a la vía judicial: los Tribunales fueron los primeros ante los que se plantearon los problemas derivados de las uniones de hecho y serán en el futuro los que deban decidir también los casos no resueltos por la vía contractual o la vía legislativa.
- En cuanto a la vía contractual. Plantea cuáles son los límites de un contrato referente a una unión de hecho. Esto es, ¿qué es lo que las partes pueden regular y qué es lo que no pueden regular? Diferencia entre efectos personales y efectos patrimoniales, y cree que tan sólo cabe referir el convenio a estos últimos. El contrato de convivencia versará normalmente sobre todos aquellos aspectos que tienen que ver con la comunidad de vida de los compañeros.
- En cuanto a la vía legislativa. Allí donde ni los Tribunales, ni la regulación contractual, pueden resolver los problemas que pueden

conducir a una situación injusta, se hace necesaria la regulación legislativa. Un ejemplo paradigmático es el del arrendamiento [v. LAU de 1994 (Arts. 12, 16 y 24)]. Los problemas que pueden plantearse al legislador los concreta en estos dos:

- uno, el de la publicidad, esto es, el de si cualquier unión de hecho debe de entrar en la regulación legislativa o solamente las que reúnan el requisito formal de la publicidad (bien en forma de Registros, bien en forma de documento público, bien alternativamente uno de ellos);
- otro, el de la capacidad para entrar en una unión de hecho.”

- A. AGÜERO DE JUAN.

Por parte de las nuevas generaciones del notariado se ha incrementado la sensibilidad hacia los fenómenos nuevos sociales y se ha asumido el compromiso de la defensa de las personas más débiles o en situación de inferioridad. Así lo evidencian Cursos, Simposios, Jornadas, etc. sobre estas delicadas situaciones, unas estrictamente familiares y otras “para-familiares”, situaciones a las que los jóvenes notarios han prestado su atención, su colaboración en las tareas interdisciplinarias y sus aportaciones personales. Un ejemplo claro es el de este compañero, profesor-tutor de la UNED, y coordinador de las tareas del ‘Curso de Verano de la Universidad Complutense en Almería’ dedicado al tema *genérico* “PAREJAS DE HECHO.

De sus interesantes reflexiones interesa en este lugar la referencia al aspecto normativo, en su tratamiento de *la posible regulación legislativa directa*. De sus consideraciones entresaco los puntos que me parecen relevantes. En cuanto a la que denomina su PROPUESTA DE REGULACIÓN’ [parece ser obra de un grupo de notarios bajo la dirección del ahora desaparecido R. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA], y aquí tan solo recojo la síntesis de su articulado, sin más.

Paso a citar **la propuesta dicha:**

“Artículo Primero.- Las uniones de hecho se regirán por las siguientes disposiciones [Contiene 11 pormenorizados artículos].

Artículo segundo.- Se modifican los siguientes artículos del Código Civil: artículo 809, los números 3º y 4º del artículo 1247.

Disposición adicional.- En el plazo de seis meses, el Gobierno dictará el reglamento del registro administrativo de uniones de hecho a que se refiere el artículo 11 de la Ley.

Disposición final.- La presente Ley será de aplicación a las uniones de hecho constituidas con anterioridad a su promulgación.”

.- F. PANTALEÓN PRIETO.

El profesor PANTALEÓN PRIETO [PONENCIA presentada al Congreso de LLEIDA (1998)] comienza con la alusión al polémico tema de la que denomina 'institucionalización jurídica' de la convivencia homosexual. Seguidamente entiende que "sería perfectamente razonable afirmar que la regla general en materia de convivencia *more uxorio* debiera ser la no intervención del legislador. Esto es, la no intervención, como principio, es una exigencia constitucional.

Desde un planteamiento estrictamente *constitucional*, entiende PANTALEÓN que de la Constitución cabe extraer *pocas afirmaciones* en esta materia, pero muy claras:

- la primera, que es legítimo constitucionalmente tratar distinto, en concreto, mejor, al matrimonio que a la convivencia extramatrimonial;

- la segunda, que es inconstitucional considerar ilícita la convivencia extramatrimonial;

- la tercera, que está constitucionalmente protegido el principio de libre desarrollo de la personalidad.

Después de aludir el autor a cuestiones varias (pactos entre convivientes, sucesión intestada, sucesión contractual, arrendamientos urbanos, seguridad social, materia fiscal, etc.), finaliza con las siguientes reflexiones:

“1º.- La única razón que podría justificar hoy una intervención decidida del legislador sería la reforma legislativa consistente en permitir la institucionalización jurídica de la convivencia homosexual... *Esta sería, a mi juicio, la norma que debería encabezar cualquier intervención legislativa en este punto. Si no se interviene para decir eso, no está justificada, a mi juicio, inmediatamente, ninguna intervención.*

2º.- En materia de convivencia extramatrimonial, *el principio fundamental en las relaciones entre convivientes es el de no intervención; principio justificado en el artículo 10 de la Constitución. Por tanto, una legislación orgánica, una conversión en 'status' matrimonial de la convivencia conscientemente extramatrimonial, es inconstitucional. En consecuencia, es intolerable constitucionalmente establecer entre los convivientes derechos de alimentos legales, derechos de pensión legales, derechos legítimos legales.*

3º.- *El artículo 39.1 de la Constitución, en el concepto 'familia', incluye la convivencia extra-matrimonial. Esto envía al legislador ordinario deberes de protección económica de la convivencia extramatrimonial*

2) La doctrina civilista autonómica.

- En general.

Es relevante la sagaz observación [antes citada] de J.L. MERINO HERNANDEZ al hacer notar en orden a la normativa catalana que

“yo creo que sólo razones políticas, sobradamente conocidas, son las que han hecho que el Gobierno español, como en otras ocasiones, no recurriera este precepto de la ley catalana por inconstitucional. Los problemas que el mismo va a generar no serán pocos”.

- En especial: BALEARES.

a') La legislación autonómica sobre el tema [Ley 18/2001, de 19 de Diciembre, de Parejas Estables, del Parlamento de las Islas Baleares].

En el ámbito del Derecho Privado y respecto a Baleares, mi compañero notario R. CLAR GARAU había dedicado unas breves notas finales a la 'Ley de Parejas Estables' precitada,

En el ámbito *específico* de las Pitiusas, no había aparecido comentario alguno al respecto, ni en forma pública ni privadamente expuesto. Las referencias genéricas por mí presentadas en su día (2000/2001) eran *per se* suficientes y explícitas. De haberse tomado en consideración “por quienes corresponda”, no harían tenido lugar algunas de las deficiencias e incoherencias de la citada regulación autónoma. Si ahora le dedico unas breves reflexiones va a ser por coherencia con mi postura inicial y por ubicarme en idéntica actitud que la de mi compañero R. CLAR GARAU precitado.

b') Posiciones de R. CLAR GARAU y J. CERDÁ GIMENO en torno a la normativa autonómica precitada.

- R. CLAR GARAU.

En unos incisivos comentarios sobre la precitada 'Ley de Parejas Estables' efectúa unas reflexiones concretas a puntos también concretos de dicha ley y un resumen general crítico. Todo ello en relación –dice– con un punto de vista técnico-jurídico.

Entre las reflexiones concretas (específicas), señala que:

- Alude a la dudosa constitucionalidad de la competencia del P.I.B. para regular esta materia, no recogida anteriormente en las Compilaciones del D.C. de Baleares.

- Duda de la vigencia y aplicabilidad al supuesto del concepto técnico de “familia”.
- Considera absurda la pretensión generalizada teórica y doctrinalmente de querer aplicar una institución (el matrimonio) y sus peculiares efectos a situaciones distintas de aquellas para las que está prevista.
- Cita los variados supuestos de figuras jurídicas utilizadas por la jurisprudencia del T.S.
- Considera que la ‘Ley de Parejas’ “balear” se basa en dos principios: que tales parejas constituyen una verdadera familia y que tal situación debe producir *casi* los mismos efectos del matrimonio.
- Critica duramente los *requisitos* prevenidos por la citada Ley en orden a la constitución de la pareja [en especial, los que cita como apartados d) y e)], en este sentido:

[d)] La declaración responsable de “no formar pareja estable con otra persona, inscrita y formalizada debidamente”: es obvio que esto no se puede probar porque existen más de trescientos Registros Municipales y otros tantos como Leyes Autonómicas (salvo Cataluña).

[e)] Por lo menos uno de los miembros de la pareja “debe tener la vecindad civil balear”: es totalmente absurdo, porque en ningún sitio se inscribe la vecindad; tal vecindad seguramente no existe como ‘balear’, sino que es –sic– *mallorquina-menorquina o ibicenca-formenterense*.

El texto actual –modificado– exige “acreditación de **la vecindad civil balear** de uno de los dos miembros de la pareja”: este requisito –dice R. CLAR– es como un torpedo en la línea de flotación de nuestro Derecho Civil. Nuestro Derecho debe aplicarse en Mallorca –dice–, sin necesidad de demostrar que ostentas la vecindad mallorquina. Dice R. CLAR con toda razón y fundamento que la vecindad civil se impone a todo ‘balear’ sin necesidad de prueba o acreditación alguna. En realidad el que tiene que probar su vecindad es *aquel que no sea ‘balear’*. Es la vecindad civil y no la voluntad del individuo lo que determina la aplicación de las normas civiles.”

Entre las reflexiones generales (resumen crítico) señala que:

- 1º.- Estima errónea y poco técnica la equiparación de estas situaciones de ‘parejas estables’ a la familia matrimonial. No era necesario ni tampoco conveniente.
- 2º.- Se olvida de que la isla de Ibiza tiene especialidades no tenidas en cuenta por la Ley.

- 3°.- Deja fuera las 'parejas de hecho' que no cumplan las formalidades legales y no se inscriban en el Registro Especial.
- 4°.- Se puede producir el fenómeno de la *biparejidad*, en aquellos casos en los que *uno* de los miembros de la pareja sea vecino de Mallorca y *el otro* de fuera de la las islas y con pareja *legal* constituida en su Comunidad de origen. No hay ninguna comunicación entre los Registros *ad hoc*.
- 5°.- Son innumerables los defectos o problemas que plantea: el de mayor bulto es el relativo a la necesidad de acreditación de la vecindad civil mallorquina que se exige, por lo menos, a uno de los miembros de la pareja.
- 6°.- Esta legislación es incorrecta, por lo que tendrá una escasa aplicación práctica. Lo ha demostrado el paso del tiempo: al final del año 2003 tan sólo se habían inscrito *en todas las Baleares* un total de 199 parejas (156 heterosexuales y 43 homosexuales).
- 7°.- La mejor solución, probable y seguramente, sería elaborar una nueva LEY sobre este tema.

- CERDÁ GIMENO (2011).

Decía yo hace poco tiempo que “En mi condición actual de jubilado, sin estar al día en tantos puntos conflictivos que la vida diaria del Derecho nos muestra y sin un seguimiento exacto de esta norma “balear” de 2001, poco puedo añadir aquí a la brillante descripción, análisis y crítica de la misma efectuada por mi compañero y amigo R. CLAR GARAU”.

Si hubiera que hacer la misma distinción que antes hice respecto de la posición de R. CLAR GARAU en mi análisis de la Ley precitada, diría ahora que:

Reflexiones específicas:

- Tiene un *plus* de la clara influencia imitativa del CODI DE FAMILIA de 1998 de Cataluña pero tiene un *minus* al no regular otras convivencias de hecho *no* sexuales.
- Ignora olímpicamente las Resoluciones y Recomendaciones del Consejo de Europa.
- Como toda competencia asignada *ex art.* 149.1.8° C.E. a “las Comunidades Autónomas con derecho civil propio”, parece gozar de una escasa y dudosa constitucionalidad.

- La delimitación del concepto de *qué cosa sea* 'Pareja estable' es muy deficiente.
- La determinación objetiva de los requisitos para su constitución es débil y teórica.
- La indubitada vinculación o dependencia del *concepto* respecto del factor tiempo, [esto es, la calificación de "estable"], alude a una duración indeterminada, indeterminable e indemostrable. o sea, ¿cuánto tiempo se va a necesitar para que sea una relación "estable"? Es ésta una cualificación incierta, que obviamente introduce en la práctica una notable inseguridad jurídica respecto del tráfico jurídico.
- La dificultad evidente de *la prueba* de la existencia de la pareja y de su "estabilidad".
- La aplicación dificultosa en la práctica: ¿sólo se reconocen efectos si hay inscripción en el Registro *ad hoc*? ¿Y si no hay ese Registro en la localidad donde reside la pareja? -De otra parte, ¿*quid* respecto de quienes no quieren acudir a ningún Registro?
- No se determina el punto clave relativo al *punto de conexión* (norma de conflicto).

Reflexión general crítica:

- 1º.- No parece que sea de clara constitucionalidad.
- 2º.- Olvida la existencia y realidad de las Islas Pitiusas, cuya praxis y usos locales desconoce absolutamente.
- 3º.- La delimitación del concepto de 'pareja estable' es deficiente y manifiestamente mejorable.
- 4º.- Es incompleta, al no regular otros tipos de convivencia de hecho *familiares*, quizás más necesitados de protección y atención que las uniones de tipo sexual.
- 5º.- Ignora las **Recomendaciones Europeas**, que abogan por un reconocimiento de efectos por los Estados pero —al propio tiempo— sugieren *una remisión explícita* al ámbito de la autonomía privada. De otro modo, lo recomendable *siempre y en cualquier caso* es el acudir a la llamada vía convencional (pacticia) por los interesados.

3) Mi posición actual.

Entendía yo en mi primera aproximación al tema [1987] *en cuanto al punto de la posibilidad de regulación de la materia por vía legislativa*, que

“dicha posibilidad como medio preferente a cualquier otro y seguro, no parece asumible por el momento en nuestro país. Tampoco parece elegido como procedimiento por los trabajos de Derecho Comparado efectuados en el Coloquio de Messina de 1981, referencia ejemplar a considerar”.

Finalmente, la número 6 de mis primerizas *conclusiones* decía así

“*El reconocimiento jurídico básico* parece debería inspirarse en los principios generales fundamentales del ordenamiento jurídico vigente en España, concretados en los principios derivados del derecho de la personalidad, del derecho de no ser obligado a que su convivencia tenga una forma jurídica, y del derecho a la libertad de estipular las condiciones de la vida común de la pareja.”

Necesariamente debo aludir de nuevo a la postulada *distinción de tres planos conceptuales*:

- uno, el de la protección constitucionalmente dispensada a la convivencia *more uxorio* (Parejas No Casadas);
- otro, el del reconocimiento por el Derecho de los efectos derivados de esa relación de convivencia *more uxorio*;
- y otro, el de la posible “regulación” de esos tipos de convivencia *more uxorio*.

Puesto en el trance de tener que decantarme por una u otra opción en el campo de la posible “regulación” [o tratamiento normativo de nuestra materia aquí estudiada], en mi opinión personal –sin pretensiones dogmáticas por mi parte, ni desvirtuación de otras posibles propuestas ya expuestas por otros autores– la posible “regulación” legislativa debería ser mínima y parcial y nunca orgánica.

Me parece una actitud prudente la implícita en la PROPOSICIÓN DE LEY 122/000028 presentada el 3 de Mayo 2000 en nuestro Parlamento por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida.

Una vez más, conviene recordar que no toda norma aparente o claramente inconstitucional deja de tener eficacia. A este tema había dedicado su atención con su habitual profundidad y rigor el profesor R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y de sus reflexiones se desprende una conclusión clara: en tanto en cuanto no fuere declarada inconstitucional una norma concreta por Sentencia del Tribunal Constitucional, la referida norma seguirá produciendo todos sus efectos propios.

Ateniéndome a esta consideración concluyente, parece obvio que la posible inconstitucionalidad de las normativas autonómicas españolas de

'Parejas No Casadas', bien fuere por "*ratione materiae*" [institución 'nueva' en fase de "desarrollo" del Derecho Civil propio], bien fuere por competencia 'extralimitada' [**vecindad civil**: competencia exclusiva del Estado], de momento parece no va a producirse.

4.- El aspecto axiológico (valorativo) [QUID VALORIS].

En otro lugar ['Comentarios ALBALADEJO'] me había referido a este punto en relación con la aplicación o efecto reflejo de estas relaciones "para-familiares" ("para-conyugales") en las Islas Pitiusas (Ibiza-Formentera), planteando mis dudas acerca de la ubicación de tales nuevas necesidades sociales derivadas de la convivencia *more uxorio* y de cuál debiera ser la preferencia (valor) adecuada, al decir que

"Dentro de la jerarquía de valores, ¿cuál debiera ser el valor preferente? O, de otro modo dicho, la regulación nueva postulable para situaciones nuevas implica una preferencia respecto de determinadas necesidades sociales, con lo cual ¿es preferente la regulación de las PAREJAS NO CASADAS en general o 'UNIONES DE HECHO' a cualquier otra necesidad?, ¿es preferente la regulación de la creación de una nueva familia matrimonial otorgando protección fiscal a las aportaciones en los añejos 'spolis'?, ¿es preferente la regulación de la síntesis de 'legítimas-normativas urbanísticas'?, etc. etc.-..."

El ámbito subjetivo implícito en la variada tripología de las relaciones convivenciales *more uxorio*, comprensiva de todos los subtipos ya examinados requiere, por obvias exigencias constitucionales, la aplicación preferente de **un valor esencial**: el respeto al principio del libre desenvolvimiento de la personalidad individual. Este presupuesto parece indudable. Más ¿qué ocurre en los supuestos de convivencias que se salen de lo que se entiende por 'normalidad' (v. gr., poliuniones, plaçage, etc.), o de uniones bilaterales que no quieren someterse a normativas con protección de regulación total del fenómeno? Parece, a mi juicio, a pesar de todo, que tal principio deberá ser mantenido.

El ámbito objetivo alusivo al dato de la convivencia propiamente dicha suele ser contemplado en las normativas estatutarias hispánicas bajo los caracteres de estabilidad y duración determinada.

Más completa, técnicamente, es la regulación de la PROPOSICIÓN DE LEY del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, que parte en su regulación del principio constitucional de no discriminación y que a la convivencia le exige los requisitos de libre, estable, pública y notoria (aunque reduce el plazo de duración a un año).

Me he referido más arriba al punto concreto de la duración y estabilidad de la convivencia, que no parece determinante ni decisivo a los ojos de autores extranjeros [vide, p.ej., Christina STAMBELOU].

En definitiva, me pregunto cuál será el VALOR determinante de la protección legal dispensada a una determinada y concreta convivencia *more uxorio* sin aquellos caracteres.

V.- EL ÁMBITO CONFLICTUAL EN ESTA MATERIA [CONFLICTO DE NORMAS].

1.- Consideraciones generales.

Buena parte de la doctrina española especializada en el tema de las 'normas de conflicto' –entiéndase 'Derecho Internacional Privado' y, a su vez, dentro de él, el 'Derecho Inter-regional'– ha dedicado amplios comentarios a *nuestra normativa civil* al respecto. Sin embargo, eran muy escasos los estudios sobre la figura de 'Pareja No Casada' (Uniones de Hecho, etc.).

A mi juicio, parece oportuno tomar como *referente* en este concreto punto el método expositivo de la doctrina extranjera.

El hecho evidente de que tanto el *Derecho Internacional Privado* como el *Derecho Interregional* tengan una identidad de *objeto* (regulación de las situaciones heterogéneas, que presentan una dispersión real de sus elementos en diferentes Estados, o sea, el pluralismo jurídico) y una identidad de *presupuesto* (diversidad normativa), ha inclinado a la mayoría de los autores a considerar que es una misma disciplina jurídica –la del **Derecho Internacional Privado**– la que se ocupa de los conflictos inter-normativos (tanto externos, como internos).

2.- Distinción básica.

Tomando en cuenta ese presupuesto distingo *dentro* de este perfil 'conflictual' los conflictos *externos* y los *internos*, todo ello como sigue.

A) LOS CONFLICTOS EXTERNOS (INTERNACIONALES).

a) *Premisa de partida.*

De acuerdo con lo expuesto por la doctrina belga, había yo hecho [2001] distinción de las siguientes *cuestiones*: premisa de partida, problema de la determinación de la ley aplicable, posible estatuto jurídico aplicable, y efectos de la situación fáctica de 'Pareja No Casada'.

El tema aparece perfectamente delimitado por los *autores especializados*: ¿En qué medida *el juez [español, en nuestro caso]* tendrá que reconocer los efectos reclamados por uno de los convivientes *more uxorio* en virtud de lo previsto por un Derecho extranjero?

b) Determinación de la ley aplicable a las 'Parejas No Casadas' en el supuesto de conflicto de leyes.

Resalta la doctrina especializada la necesidad de proceder a la operación técnicamente conocida como "calificación".

.... *Problemática concreta.* Partiendo del *presupuesto* de que parece imposible encontrar un único *punto de conexión* para el 'concubinato' (es la dicción habitual de la doctrina francesa) los autores franceses plantean el siguiente *dilema*:

- O bien se considera al concubinato como una simple *situación de hecho* [lo que conduce lógicamente a la aplicación de *la ley del lugar* donde este hecho se cumple, esto es, el lugar de residencia común de los concubinos: con las lógicas excepciones, derivadas de las consecuencias jurídicas de determinadas relaciones entre los concubinos y con los terceros, que conllevan otros puntos de conexión];

- O bien se le considera como *un elemento del estatuto personal* [lo cual exige **la previa calificación del juez** acerca de si es o no concubinato y si es o no una institución similar al matrimonio reconocido por una ley extranjera, con un estatuto organizado, lo que conllevaría la aplicación de su ley nacional].

La tesis, original, de P.Y. GAUTIER es concebir la unión libre como una *categoría hermana* de la del matrimonio del que tomaría algunas conexiones (nacionalidad común de los concubinos y, en su defecto, domicilio común), a modo de un *estatuto homogéneo* de derecho internacional privado, que abarcaría en cada país los elementos básicos compartidos con los Derechos extranjeros, que atravesaría las fronteras y que circularía libremente en un espacio intelectual unificado.

.... *Encuadre de las 'Parejas No Casadas' (dentro de las clases de estatutos o "puntos de conexión" del Derecho Internacional Privado).*

Las propuestas de la doctrina belga son variadas y están fundadas en la búsqueda de «la conexión **funcional** de la institución».

Los juristas belgas aluden a toda una gama de posibles *encuadres*: de manera *general*, efectos reconocidos con arreglo a los principios generales del Derecho de la Responsabilidad Civil; de manera *especial*, o bien dentro del

estatuto de los hechos jurídicos (*lex locus regit actum*), o bien dentro del estatuto de las leyes de policía (ley del país de residencia), o bien dentro del estatuto de la autonomía de la voluntad (convenciones entre los convivientes), o bien dentro del estatuto de la ley personal (ley nacional, por considerarla institución 'vecina' de la del matrimonio), o bien dentro del estatuto sucesorio [en el caso de reconocimiento eventual de una vocación sucesoria entre concubinos], etc.

c) Estatuto jurídico aplicable.

Existen diversas teorías al respecto, v.gr.:

1) *Asimilación [aproximación] de las 'Parejas No Casadas' al estatuto del matrimonio.*

Se estima por los partidarios de esta tesis que, en tanto que institución 'vecina' de la del matrimonio, la consecuencia es que debe tener una reglamentación similar *en derecho interno*. Lo cual conduce —en el ámbito del *Derecho Internacional Privado*— a la conexión del *estatuto personal*, para así someter a la 'Pareja No Casada' a la ley nacional de los concubinos.

En algunos casos los tribunales tienden a ampliar la noción de 'Pareja No Casada' ensanchando la categoría de la institución asimilable (matrimonio) en base a la '*lex fori*'.

Esta tendencia no es la prevalente en nuestro Derecho.

2) *Configuración de las 'Parejas No Casadas' como situación de hecho.*

Es la consideración generalizada en la doctrina y jurisprudencia francesas: entendido el concubinato como una simple situación de hecho, conduce lógicamente a aplicarle la ley del lugar donde este hecho se cumple, esto es, la ley de la residencia común de los concubinos.

3) *Construcción de un estatuto jurídico autónomo para las 'Parejas No Casadas':*

Vendría a ser **un nuevo concepto jurídico internacional**, que abarcaría en cada país los elementos básicos compartidos con otros Derechos extranjeros. Como categoría familiar autónoma, sería propia del estatuto personal.

Esta propuesta doctrinal *de lege ferenda* no parece asumible en nuestro Derecho: por una parte, porque la noción de 'Pareja No Casada' no equivale a una verdadera y propia 'institución' jurídica; y, por otra parte, no aparece regulada ni orgánica ni unitariamente en nuestro ordenamiento jurídico español.

d) Efectos jurídicos de la situación de 'Pareja No Casada'

- En general.

No todos los efectos jurídicos derivados de la situación de 'Pareja No Casada' tienen la misma consideración. Algunos de entre ellos no tienen asignada una *conexión* propia, sino que están sometidos a la ley de la institución de la que derivan, en cuyo caso es indispensable la búsqueda de la ley aplicable a dicha institución.

La aplicación a nuestro tema de las 'Parejas No Casadas' del método de '*dépeçage*' permite la aplicabilidad de diversas leyes según sean las materias a contemplar. Así, v. gr.: estado de las personas, régimen de bienes de los convivientes, obligación alimenticia, indemnización por ruptura de la convivencia, etc.

- En especial.

Asuntos sobre el estado civil de las personas.

Para VALKENEER, dada la no asimilación o equivalencia al matrimonio de la unión libre en el Derecho Belga, y ante la dificultad de configurarla como un estatuto jurídico nuevo dentro de las categorías del Derecho Internacional Privado, entiende necesario recurrir en este caso a la teoría de la 'cuestión previa'.

Para WATTÉ-BARNICH, es necesaria esa previa distinción entre la *cuestión principal* y la *cuestión previa*. Es una materia especialmente importante en cuanto al punto de los *derechos sucesorios del concubino*.

B) CONFLICTOS INTERNOS (INTER-REGIONALES/INTRANACIONALES).

1. El presupuesto Constitucional.

En este punto relativo a los conflictos *internos*, hay que partir del *presupuesto constitucional* configurador del sistema de conflictos español (Derecho Inter-Regional): **artículo 16.1 del C.c.:**

"1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:

1ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil.

2ª No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1,2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público".

2. Problemática general.

Parecería, en principio, que *la exposición precedente* sobre los conflictos 'externos' [esto es, premisa de partida., determinación de la ley aplicable, estatuto jurídico aplicable y efectos de la situación de 'Pareja No Casada'] podría ser trasplantada ahora a este lugar sin mayores dificultades, precisamente en nuestro tema analizado de 'Pareja No Casada'. Sin embargo, no es así de fácil, ni parece conveniente dicha trasposición, como se verá.

Hay que tener en cuenta varios puntos:

- en primer lugar, que el tema sociológico de la mayor o menor frecuencia de supuestos de hecho de parejas o uniones estables (hetero y homosexuales) es casi similar en los diferentes territorios del Estado, lo que no debería influir en nuestro punto examinado;

- en segundo lugar, la ubicación del valor o valores atribuido a tal posible supuesto de hecho dentro de la escala de valores de nuestro vigente ordenamiento jurídico español viene a ser la misma, sea cual fuere el lugar o domicilio, residencia común de la pareja concreta que fuere;

- en tercer lugar, sin embargo, existe una enorme contradicción, *verdadera grieta* en todo el sistema jurídico estatal, dado que en el ordenamiento jurídico español [formado **en esencia** por una serie de conjuntos y subconjuntos, verdaderos 'microsistemas' constitutivos de un único sistema jurídico] aparecen varias normas *autonómicas* sobre 'Parejas No Casadas' en los territorios con "derecho civil propio" [e incluso donde antaño no lo tuvieron!] y sorprendentemente no existe norma *estatal* sobre el tema.

Esta flagrante contradicción aquí denunciada va a originar graves problemas en el futuro. De momento se conocen pocas decisiones jurisprudenciales sobre esta temática, pero me temo que en el futuro van a proliferar.

El planteamiento habitual en la praxis, que va a tener ante sí *un juez o posible operador jurídico*, es muy similar al anteriormente reseñado en orden a los conflictos 'externos', esto es:

¿Qué actitud tomar ante una pretensión de un conviviente de determinada vecindad civil "con derecho civil propio"? ¿Quid respecto del otro conviviente si no tiene la misma vecindad? ¿Cuál es el criterio adecuado para la solución del conflicto planteado? ¿Cabe o no configurar tal unión, pareja (o como lo quieran llamar) como un verdadero y propio 'estatuto jurídico' autónomo, a modo de institución "**nueva**"? ¿Es asimilable o no al **concepto 'foral'** de familia matrimonial? ¿Cuál es el criterio preponderante en cuanto a la convivencia? ¿Y el tiempo de duración de ésta? ¿Cómo encajar la habitual toma de posición de nuestro Tribunal Supremo acerca del tema, configu-

rándolo como “unión de hecho” *-lex fori-*, con la normativa estatutaria que le atribuye una “condición personal” (vecindad) *-ley personal-*?

Es a toda esta serie de cuestiones a las que todo jurista práctico va a tener que enfrentarse en un futuro próximo. Aquí, en este lugar, tan sólo cabe aventurar algunas ideas, a modo de balizas orientativas de futuras reflexiones.

3. Problemática especial (concreta):

- LA CUESTIÓN DE LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A “PAREJAS NO CASADAS”.

a) Problemática general del tema.

Las mismas consideraciones precedentes en tema de conflictos ‘**externos**’ en orden a la determinación de cuál debiera ser la configuración jurídica [ESTATUTO] de la noción de ‘Pareja No Casada’ [o como institución asimilable a la del matrimonio, o como figura autónoma o institución nueva, o como pura situación fáctica] parece que, en principio, pueden y deben ser reiteradas en este lugar en términos similares.

Con todo, la existencia ya precitada de diversas normativas *autonómicas* españolas [además de la también precitada *paralela inexistencia* de normativa *estatal* al respecto] complica extraordinariamente este tema.

De nuevo se amontonan las preguntas, por ejemplo:

¿Cómo configurar como institución **nueva**, con estatuto jurídico propio [*ley personal* (vecindad civil)] a una pareja estable en determinado territorio (CATALUNA, ARAGÓN, *et alii*), y, sin embargo, no configurarla en el mismo sentido sino como pura ‘unión de hecho’ *-lex fori-* a otra pareja en otro territorio ‘no aforado’ de España? ¿Dónde está aquí el *principio de no discriminación*, en cualquiera de sus vertientes, constitucionalmente protegido? ¿Quid acerca del principio de seguridad jurídica?

A mi juicio, son cuestiones de difícil respuesta y que merecen ulteriores reflexiones.

b) La llamada “Cuestión previa” (Calificación).

Esta *temática* precitada parece está apuntando al problema o ‘cuestión previa’ de la **calificación**, lo que, en principio, nos lleva a la aplicación de la *lex fori*. Lo cual nos lleva a lo que en la versión empleada por la moderna doctrina internacionalista ha devenido en la *lex civilis litis*: concepto unívoco que parece referirse a la ley aplicable al fondo del asunto, esto es, la ley a la que pertenezca la **institución** en la que se fundamenta la pretensión objeto del litigio.

A mi modo de ver, con la aplicación de esta técnica internacionalista de la *calificación* en la dimensión '*interna*' del sistema conflictual español lo que se está haciendo es proceder a una difuminación entre la 'cuestión previa' y la 'cuestión principal'. Parece probable, dados los antecedentes y los precedentes jurisprudenciales en torno a la "unión de hecho" (denominación usual en las Sentencias del Tribunal Supremo), que la 'cuestión previa' en orden al concepto 'Pareja No Casada' sea resuelta en los términos de asimilación a una *situación de hecho* de la que pueden derivar determinados efectos jurídicos.

c) *El posible estatuto jurídico de las 'Parejas No Casadas'. Elementos.*

a'. Distinción fundamental.

Parece, en principio, que cabe distinguir dos cosas: de una parte, *una cosa es el posible estatuto jurídico de las 'Parejas No Casadas'*, y, de otra parte, *otra cosa es un "elemento" de ese estatuto (el estatuto personal)* aunque éste fuere especialmente importante en nuestro tema.

Parece, en principio, que la noción 'Pareja No Casada', en tanto que **mera situación convivencial *more uxorio*** con determinadas notas caracterizadoras (*expressis verbis*, en las normativas autonómicas precitadas), como tal situación fáctica no goza de un especial 'estatuto jurídico' propio y autónomo. Ya se anticipaba páginas atrás.

Lo que origina una posible confusión doctrinal es la equiparación de una parte (el elemento o estatuto *personal*) con el todo (un 'estatuto jurídico' global, unitario, inexistente).

Parece, por consiguiente, que, con arreglo al método del '**dépeçage**', habrá que proceder a la aplicación a cada uno de los *elementos [puntos de conexión]* integrantes de la relación jurídica litigiosa los correspondientes criterios relativos a los efectos jurídicos de dicha relación.

En esa sugerida aplicación habrá unos límites previos: *uno*, sobreentendido, el de la *constitutionalidad o no de la norma alegada* sustentadora de la pretensión en el litigio concreto de que se trate; *otro*, el de la sustitución de la nacionalidad por la *vecindad civil*; y *otro*, el de la *exclusión* de los apartados I, 2 y 3 del **art. 12**.

b'. Límites previos [La vecindad Civil (Regionalidad)].

De tales límites previos el más interesante aquí, es el de la *vecindad civil*. No quisiera entrar a fondo en este tema, al que ha dedicado amplias consideraciones el conocido especialista, el profesor R. BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO.

Sin embargo, el *dato normativo* específico relativo a este punto en la LUEP Catalana de 15 Julio 1998 suscita las dudas acerca de su posible

inconstitucionalidad. En tal sentido, M. MARTÍN CASALS expresa claramente que “A menos que se considere que el precepto [art. 1.1 in fine y art. 20 LUEP] contiene una regla de delimitación del ámbito de aplicación del Derecho Civil propio, se plantearán serias dudas sobre su constitucionalidad a tenor de lo que dispone el **art. 149.1.8ª C.E.** en relación con la competencia exclusiva del Estado sobre las normas para resolver los conflictos de leyes”.

Parecidas consideraciones presenta M. GARRIDO MELERO en orden a la posible inconstitucionalidad de la norma, y entiende que “La adopción de la residencia de los convivientes en Cataluña como punto de conexión, en lugar del de la vecindad civil catalana de cualquiera de ellos, tendría más sentido, especialmente en aquellas uniones de hecho que se constituyen por el transcurso del tiempo”.

c'. Elementos del posible estatuto jurídico de las ‘Parejas No Casadas’.

De acuerdo con el *método de la repartición (dépeçage)*, tendremos que los posibles *elementos (sub-estatutos)* serían:

- *Estatuto personal*: Vecindad civil.

Con las *consecuencias* de: unos **posibles conflictos inter-regionales (interlocales)**, y una posible inconstitucionalidad de las normativas autonómicas.

- *Estatuto real*: Distinción entre bienes muebles e inmuebles.

Incidencias de **posibles colisiones** con las normativas autonómicas catalana (Derecho Patrimonial de Bienes) y vasca (troncalidad).

- *Estatuto formal*: Ley del lugar (*Locus regit actum*).

- *Estatuto contractual*: Ley del lugar de celebración de los convenios de convivencia.

- *Estatuto ‘para’ o ‘cuasi-matrimonial’*: Valen las mismas consideraciones que las efectuadas respecto de los conflictos **‘externos’**. Habrá que distinguir según se hayan o no otorgado convenios de convivencia y, a falta de ellos, parece lógica la aplicación de la *lex loci civilis litis*.

- *Estatuto sucesorio*: Parece serán aplicables idénticas reflexiones que las efectuadas para los conflictos **‘externos’**.

A destacar **posibles colisiones inter-territoriales** en estos temas [usufructos viudales, pactos sucesorios, fiducia sucesoria] y quizá con la normativa *estatal específica (C.c.)*.

[Breve apunte aquí: consultados algunos especialistas de ‘Derecho

Internacional Privado' [prof^a Dra. Cristina González Beilfuss], se me han aportado algunas argumentaciones que traigo a este lugar].

Se me me indica que [aunque reconoce que "Evidentemente estamos frente a una cuestión abierta"] frente a la tesis que denomina del *fraccionamiento* [lo que yo llamo **dépeçage**] hay varios argumentos a favor de la tesis que ella llama *unitaria* y que aquí resumo como sigue:

1º) El del concepto constitucional de la familia en el derecho español (lo que implica que no cabe desconocer el carácter 'familiar' de la convivencia fuera del matrimonio);

2º) El de la *institucionalización* de las parejas de hecho operada por las diversas normativas emanadas de las Comunidades Autónomas [puede afirmarse, dice, que "el derecho material español concibe a la convivencia *more uxorio* como una institución familiar con un contenido predeterminado por la ley"];

3º) El de que diversas decisiones judiciales [de las Audiencias, y una STS. de 4 de Julio de 2007] recogen esa tesis; y

4º) El de que la doctrina española reciente [la especializada en 'Derecho Internacional Privado'] propugna una configuración legal autónoma para tales convivencias.

La profesora precitada, una vez reconducida por su parte tal situación de convivencia a la de un tratamiento unitario y autónomo similar al relativo al matrimonio y postulada por su parte la aplicación de la analogía a tales supuestos, procede en sus argumentos finales a estas conclusiones:

1ª. La de defender que las normas del 'Derecho Internacional Privado' relativas al matrimonio pueden ser aplicadas a las parejas de hecho.

2ª. La de que en las normas del Derecho Internacional Privado las categorías jurídicas se deben construir de manera mucho más flexible que en las normas del Derecho Material. 3ª. La de que en los Ordenamientos Jurídicos Autonómicos se concibe la pareja de hecho como una institución paralela al matrimonio.

4ª. La de que todo ello se deriva de la jurisprudencia precitada –sic–.

d'. Efectos jurídicos de la situación de 'Parejas No Casadas'

Parece, a mi juicio, innecesario reiterar aquí y ahora que la aplicación del método del '*dépeçage*' y las ventajas prácticas del mismo permitirán la aplicación de la norma o punto de conexión correspondiente a cada efecto jurídico derivado de la relación y cuya pretensión en juicio pueda deducirse.

Valen, por consiguiente, las mismas consideraciones precedentes.

VI.- UNA REVISIÓN PERSONAL DESDE LA PERSPECTIVA TRI-DIMENSIONAL [MADRID, 2001].

- El porqué de esa revisión.

Aparecidas como en cascada sucesivas normativas autonómicas sobre la materia de las 'Uniones de hecho', 'Parejas no matrimoniales, etc.', dedicado por mi parte a la labor de la versión 2ª de los 'Comentarios' a la Compilación de Derecho Civil de Baleares, y no encontrándose dicha materia ubicada en el llamado 'contenido institucional' de la Compilación objeto de nuevo comentario, pareció entonces oportuno al profesor M. ALBALADEJO GARCÍA [Director de la colección de 'Comentarios al Código Civil y Compilaciones Civiles Forales'] que habida cuenta de mi experiencia directa y conocimiento de situaciones fácticas similares, podía y debía yo efectuar **un retorno** a aquel para mí 'viejo' tema casi olvidado.

De donde se deduce la motivación, el título y el contenido de ese solicitado 'retorno' cargado de mini-historia personal y dotado de un doble planteamiento, *historicista*, de una lado, y *tri-dimensional*, de otro lado.

Entendía el profesor M. ALBALADEJO que esa aportación mía no podía ir contenida en los 'comentarios' en curso precitados y debía figurar en un texto aparte. Para ello ofreció la publicación en la REVISTA DE DERECHO PRIVADO (dirigida por su esposa, profesora S. DÍAZ ALABART). El artículo fue publicado en la citada Revista en los números de Febrero 2001 (pps. 91-140), y Marzo 2001 (pps. 169-228).

- Resultados de tal revisión.

Aquella pormenorizada exposición mía intercalaba a lo largo del texto diversas 'recapitulaciones 'parciales' y luego unas 'reflexiones finales'. alguna de ellas las recojo aquí seguidamente

a") Recapitulación 1ª.

Mi recapitulación 1ª, tras el análisis de los aspectos genéricos de la figura estudiada fue como sigue:

1º.- La *introducción* presentada apunta al objetivo del *porqué* de mi ensayo, imbricado más bien en un planteamiento subjetivista y personal.

2º.- La perspectiva *historicista* presentada intenta recoger todo el trasfondo 'multicultural' vivido por el autor en los finales de 'los 60', y le dota de legitimidad para afrontar esta temática.

3°.- Las posibles reflexiones que el tema nos suscite necesitan –a mi juicio– de una amplia panorámica comparatista *internacional*, lo que demanda una conveniente bibliografía.

4°.- Los niveles de conocimiento postulados por A. SÁNCHEZ DE LA TORRE incitan a toda una batería de *preguntas* en torno a la temática examinada, preguntas que tan sólo pueden ser las provenientes de la riqueza fáctica que la *realidad social nos puede presentar*.

5°.- En una inicial aproximación al tema los *aspectos* relevantes son el terminológico y el fáctico.

El *aspecto terminológico* (QUID NOMINIS) indica que la abundancia de denominaciones es equívoca y ambigua, dado que cada nombre responde a un concreto aspecto y a un punto de vista personal de cada autor. El jurista debería recordar en este lugar que ‘nombrar’ viene después de ‘crear’, y que en el ámbito jurídico europeo la denominación oficial aconsejada (Coloquio de Messina de 1981) es la de ‘PAREJAS NO CASADAS’.

6°.- El *aspecto fáctico* puede subdividirse en dos: de un lado, el *aspecto fáctico propiamente dicho*, y de otro lado, el *aspecto sociológico*.

El *aspecto fáctico propiamente dicho* (QUID FACTI) queda perfectamente individualizado con la propia denominación aconsejada de ‘Pareja No Casada’ (así, en FALZEA), que puede englobar en una perspectiva *genérica* toda la enorme variabilidad de los posibles supuestos de hecho que presente la realidad y la complejidad de categorías de personas a las cuales el término se adapta.

7°.- Derivando del dato fáctico resultan, en primer lugar, el apunte de las profundas mutaciones de los comportamientos familiares de las sociedades occidentales, y, en segundo lugar, el hecho **delimitador** del *matrimonio* como modelo, o como paralelismo forzado, o como corte profundo, respecto de otros *estatutos-tipo*. De todo lo cual proviene la *cuestión permanente* de si existe o no un estatuto prototípico para un modelo ideal de ‘Pareja No Casada’. Ello conduce al gran **dilema** introducido por la praxis e influencia anglosajona en orden a la elección, o bien de una ‘juridización’ (posesión de *estado de esposa*) de las ‘Parejas No Casadas’ o bien de una ‘desjuridización’ del matrimonio.

Este aspecto *fáctico*, desdoblado en múltiples apariciones de supuestos de hecho, es indicativo de una *polimorfía* y de una necesidad de estudio y planteamientos *inter-disciplinarios*. Así, por fortuna, se ha venido haciendo en los últimos años en España a través de toda una serie de Congresos, Simposios, Jornadas, etc. al tema dedicados.

8°.- El *aspecto sociológico* (QUID REI) implica de por sí un campo de investigación enorme, presenta vertientes cuantitativas y cualitativas de difícil precisión, comprende perfiles sincrónico y diacrónico incluso dentro de un mismo País, requiere enfoques e incursiones interdisciplinarias y muestra la enorme dificultad de la separación entre el derecho y el “no-derecho” en esta materia. Todo este ámbito sociológico está interrelacionado con los cambios sociales y la readaptación a ellos de la familia tradicional, entendida en el sentido de familia matrimonial, emergiendo junto a ella *otro tipo* de familia distinto.

9°.- Las *categorías o tipos sociales* a incluir dentro de este ámbito sociológico han reconducido éste a los dos *subtipos* de relaciones convivenciales: heterosexuales y homosexuales. Así ha sido reconocido legislativamente por normas ‘pioneras’ de los Parlamentos Autonómicos de CATALUÑA y de ARAGÓN [en idéntico sentido, en Baleares].

El fenómeno de las “poli-uniones” derivado de los pobladores inmigrantes asentados en nuestro País parece quedar *fuera* de este contexto global amplio de las “Parejas No Casadas” (‘uniones de hecho’, etc.), pero quizá es merecedor de una reflexión más atenta en el futuro.

b”) Recapitulación 2ª.

Mi 2ª recapitulación, tras el análisis de los diversos puntos relativos al aspecto jurídico *stricto sensu*, así como de las dimensiones estática (estructura) y *dinámica* (funcionamiento) de la figura estudiada, era la siguiente:

1°.- Un deslinde previo de *las cuestiones* más importantes *desde el plano o aspecto jurídico* permite una perspectiva muy personal que ayuda a centrar nuestro tema en estudio.

2°.- *En orden a la cuestión relativa a la posible “reglamentación” en esta materia*, sobrecargada también de abundantes variantes lingüísticas no siempre homogéneas utilizadas por unos y otros autores, quien esto suscribe ha delimitado los significados gramatical y jurídico de cada expresión o variante utilizada.

Referencias éstas que me han permitido entender preferible, en mi opinión, utilizar los vocablos ‘regulación’/‘reglamentación’ como más idóneos para el sentido implícito en la *dicción* de la cuestión analizada. En cuanto al sentido propiamente *jurídico*, parece, a mi modo de ver, que se entrecruzan tres planos o subcuestiones: la de la protección constitucional, la del reconocimiento por el derecho, y la de la posible ‘regulación’ (legislación apropiada).

3°.- En cuanto a *la cuestión constitucional de la competencia legislativa sobre el tema*, partiendo de la *premisa* de las reflexiones de los autores civilistas de las Comunidades Autónomas de CATALUÑA y de ARAGÓN y de la autorizada opinión del profesor R. BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, se ha analizado el punto de la justificación “política” de la constitucionalidad de las respectivas y recientes normativas autonómicas españolas sobre la materia.

Según mi modesta opinión, un cierto distanciamiento “brechtiano” y un símil deportivo (acerca de los campos y las reglas del juego, los árbitros y las sanciones) en el que los términos son fácilmente identificables e intercambiables por otros de actualidad, parece permite contemplar fríamente el punto objeto del análisis. La trasposición desde el pasado (lo ‘foral’) hasta el presente (lo ‘autonómico’) no parece permitir que la materia (Pareja No Casada) sea una ‘modificación’ o ‘desarrollo’ de una previa institución civil preexistente. La inconstitucionalidad sobrevenida de la legislación autonómica al respecto parece obvia.

4°.- Inicialmente, en cuanto a *la cuestión del aspecto normativo* (aspecto jurídico *stricto sensu*, QUID IURIS), había ya tomado como *presupuesto* el prudente consejo ofrecido por SIMÓ SANTONJA, y me pareció en su día (2001) oportuno presentar unas mínimas referencias de las posiciones doctrinales más autorizadas, tanto de los civilistas extranjeros (FALZEA, MÜLLER-FREIENFELS, MEULDERS-KLEIN, DE VALKENEER) como de los civilistas recientes españoles (MERINO GUTIÉRREZ, SIMÓ SANTONJA, GALLEGO DOMÍNGUEZ, LLEBARIA SAMPER, MIQUEL GONZÁLEZ DEAUDICANA, AGÜERO DE JUAN, PANTALEÓN PRIETO).

También había procedido entonces a incorporar la perspectiva personal de quien esto suscribe, actualizando y sometiendo a *re-visión* precedentes reflexiones de mi primera aproximación a este tema en análisis, desde aquella posición inicial dubitativa en torno a la regulación legislativa de la materia hasta la postura actual en pro de una regulación legislativa si bien de tipo *parcial* y no orgánica.

5°.- Una vez delimitado el aspecto normativo, quedaba el perfil implícito en *la cuestión relativa al aspecto conceptual* (QUID CONCEPTUS). Tanto por parte de la doctrina más representativa como por parte de las legislaciones que han regulado esta materia, se tiende a proceder a una formulación normativa de tipo descriptivo.

A continuación presenté en su día los intentos de *delimitación* del objeto del análisis que se han ido sucediendo por parte de los autores civilistas españoles más autorizados (SIMÓ SANTONJA, GALLEGO DOMÍNGUEZ, AGÜERO DEJUAN, LLEBARÍA SAMPER, O'CALLAGHAN

MUÑOZ), los cuales ponen el énfasis en alguno o algunos de *los aspectos* más relevantes o de los efectos de posible regulación normativa. La configuración de tipo *genérico* y de mayor amplitud va implícita en el análisis del profesor O'CALLAGHAN MUÑOZ, reconducido a la idea de 'unión de hecho' como *un hecho jurídico*. Por otra parte, la configuración *descriptiva* es la habitualmente utilizada por los legisladores autonómicos españoles y por las 'proposiciones normativas' de los distintos Grupos Parlamentarios.

6°.- Reflejada *in extenso* hace algún tiempo mi primera aproximación a este tema con un planteamiento más bien *escéptico*, en el sentido de contemplar el supuesto de hecho subyacente como engendrador de indeterminación y de inseguridad jurídica, en el momento actual reconozco la indubitable *incidencia* de los cambios sociales de todo tipo y admito una posible *extensión subjetiva* de los términos de la relación de convivencia *more uxorio* considerada en sentido muy amplio.

7°.- Al presentar en su día una perspectiva *diacrónica* de la *dimensión estructural o estática* hice una mínima referencia a *los presupuestos* (subjetivos, objetivos y formales) del tema (Pareja No Casada), aunque se consideraba la *inexistencia* de los datos sociológicos suficientes para el correcto análisis del tema estudiado.

8°.- El hecho de aportar una *nueva* visión *diacrónica actual* (1987-2000) llevaba implícito un repaso a las aportaciones doctrinales de los autores más representativos en orden a aquellos *presupuestos* precitados y una alusión a los requisitos exigidos en las nuevas normas autonómicas españolas. Todo lo cual configuraba una 're-visión' de mis anteriores planteamientos, sobre todo en cuanto a la *extensión subjetiva* en los elementos constitutivos del tema analizado.

9°.- La *dimensión dinámica* de la figura analizada permitió detectar la amplia gama de posiciones personales de cada 'operador jurídico' ante las relaciones inter-personales derivadas de las actividades de los convivientes *more uxorio* en su vida diaria. Observado el punto relativo a la posibilidad de aparición de supuestos de hecho relevantes para el Derecho en aquella mi primera aproximación al tema [1987], posibilidad evidenciada y concretada por mí en una serie de *apartados* centrados en torno a la convivencia *more uxorio* en sus diversos períodos de tiempo (antes de, durante ella, y a su cesación), parecía en este momento [2001] preferible cambiar mi punto de vista en orden a aquellos distinguos y optar por *una distinción nueva* según se recojan las diferentes posiciones doctrinales o el reconocimiento jurídico (normativo) de los efectos derivados de aquellas inter-relaciones de los convivientes.

10°.- Intencionadamente había procedido a seleccionar las posiciones de los autores referidas a la *dinámica de las relaciones patrimoniales*, tanto

desde una perspectiva *genérica* como *específica* (en relación a puntos muy concretos). Dentro de cada una de aquellas perspectivas se procedió a la remisión concreta a la bibliografía seleccionada más oportuna.

11º.- Me había parecido oportuno retornar a mis reflexiones previas primerizas de hace años: no solamente en cuanto al *presupuesto de partida*, sino también en cuanto a algunos *puntos* a mi juicio de especialísimo interés.

12º.- Había procedido [2001], en cuanto al *tema concreto de las relaciones patrimoniales* derivadas de una convivencia *more uxorio*, a retomar otra vez aquella idea de A. FALZEA y a *subdividir* las posiciones de los autores en los tres apartados referidos de relaciones de los convivientes [entre sí, con los hijos, y con los terceros]. Específicamente, parecen de mayor relevancia los efectos del grupo primero, esto es, de los convivientes entre sí.

13º.- Al tratar del *reconocimiento jurídico* de los efectos de la convivencia *more uxorio* había pasado revista muy esquemáticamente a las vías legislativa y jurisprudencial. De *la primera* se aludió entonces (2001) a la normativa autonómica española y a las proposiciones de ley presentadas. De *la segunda* se ha recogido la *idea genérica* de no existir en la actualidad un tratamiento 'monográfico' acerca de la jurisprudencia sobre la convivencia *more uxorio* (o Pareja No Casada).

14º.- A la vía *convencional* había prestado una especial atención, por su importancia para la práctica jurídica. Atención particularizada, en especial, en las recientes normativas autonómicas españolas, en alguno de los supuestos de hecho llegados a nuestros Tribunales y, fundamentalmente, en los *convenios de convivencia*.

cº) **Recapitulación 3ª.**

Mi 3ª recapitulación, después de reconsiderar el tema e introducir una revisión que pasara por un análisis de los perfiles axiológico (QUID VALORIS) y conflictual (Conflictos de normas), me llevaba a las siguientes ideas:

1ª.- El *perfil axiológico* del tema 'Parejas No Casadas' consiste en la contestación a la pregunta de su intrínseca justificación como hecho social. Dicha justificación sobre su "legitimidad" varía en función de la opinión personal de cada autor ante esta temática, 'valoraciones', por lo tanto, distintas y de difícil reproducción aquí.

2ª.- Respecto de mis personales 'valoraciones' o 'estimativas' sobre este tema, preconfiguradas en las páginas precedentes, entiendo deben ir referidas al encuadre de todas ellas dentro del marco general implicado en la técnica legislativa (LEGISTICA), con sus corolarios de la utopía y de la conversión del viejo 'derecho civil foral' en el nuevo 'Derecho autonómico'.

3ª.- En cuanto a una posible actitud prospectiva en este campo de 'Parejas No Casadas' mirando hacia el futuro, a mi juicio, habría que proceder a la previa ubicación del principio de 'auto-integración' normativa dentro del proceso de determinación del derecho, con la consiguiente re-definición de la figura de la analogía y la exacta ubicación del valor 'Parejas No Casadas' dentro de la jerarquía de valores de nuestro ordenamiento jurídico.

4ª.- Sobre las tres *dimensiones* [en tanto que hecho, que norma y que valor] –dentro del vago concepto 'Parejas No Casadas'–, su posible justificación o 'legitimidad' última viene a ser siempre la misma: su adecuación al principio constitucional de dignidad de la persona humana y del libre desenvolvimiento de su personalidad.

5ª.- Incluido el *perfil conflictual* por mi parte –con un cierto atrevimiento anclado en mi experiencia profesional de largos años de ejercicio [con **clientes extranjeros, de etnias, procedencias y culturas distintas, típicos exponentes de la 'multi-culturalidad' de las Islas Pitiusas**]–, lo he desdoblado en dos apartados: el uno, dedicado a **las normas de conflicto** propiamente dichas [conflictos **externos**: Derecho Internacional Privado], y el otro, atinente a las normas relativas a los conflictos inter-regionales [conflictos **internos**: Derecho Inter-Regional].

6ª.- Tomando como punto de partida la posición de la doctrina especializada extranjera, he presentado en síntesis las grandes *cuestiones* de los conflictos "externos": las premisas, la determinación de la ley aplicable a las 'Parejas No Casadas', y los efectos de la situación fáctica de 'Parejas No Casadas' [en general, y en los especiales supuestos prácticos].

7ª.- Una referencia inexcusable a los conflictos "internos" debía partir del *presupuesto* del planteamiento constitucional en la materia.

Una posible trasposición de las reflexiones acerca de los conflictos 'externos' a la temática de los conflictos inter-regionales o 'internos' no parece posible, aunque el planteamiento ante el juez u 'operador jurídico' de la '**cuestión previa**' (**calificación del supuesto de hecho**) sea sustancialmente idéntico en el fondo.

8ª.- Al referirme a **la normativa estatal** (art. 16, apartado 1º C.c.), aplicable a la dimensión "interna" del Derecho Internacional Privado Español en esta materia de la 'Parejas No Casadas', he tratado de perfilar su contenido y las respectivas correlaciones normativas.

La problemática genérica en este punto es *similar* a la de los conflictos "externos", pero la determinación de la concreta ley aplicable al supuesto de 'Parejas No Casadas' es *per relationem* al Capítulo IV del Título Preliminar

del C.c. y con determinadas "particularidades" que el propio art. 16, apartado 1º C.c. especifica.

La determinación de la ley aplicable exige previamente la solución de *la cuestión previa* o "calificación" del concreto supuesto de hecho, al parecer sometida a la conexión de la *lex civilis litis*.

9ª.- Respecto del postulado 'estatuto jurídico' de las 'Parejas No Casadas', no cabe la confusión teórica entre **una parte** del mismo (elemento personal) y **el todo** (aunque abstractamente considerado), y la nota más relevante de ese *inexistente* estatuto autónomo propio es tan solo el elemento relativo a la vecindad civil.

La aplicación del método del "dépeçage" lleva a la configuración de cada uno de los posibles puntos de conexión vinculados a cada efecto jurídico derivado de la situación de convivencia *more uxorio* (Parejas No Casadas), cuya pretensión se solicita en juicio en cada caso concreto.

10ª.- A la hora de examinar la problemática de los conflictos inter-normativos, reducida aquí tan sólo a los de tipo "interno", se ha puesto de manifiesto la inexistencia de un 'árbitro dirimente' para tales conflictos y la carencia de relaciones institucionales Estado-Comunidades Autónomas (en lo estructural y en lo funcional).

El hecho de la aparente inconstitucionalidad de las normativas autonómicas españolas sobre 'Parejas No Casadas' no es determinante ni decisivo en orden a su eficacia y rigor, en tanto no se pronuncie al respecto el Tribunal Constitucional con una sentencia sobre el caso concreto.

d") Reflexiones finales.

Una vez deslindados los diferentes aspectos y perfiles de la figura estudiada, me pareció oportuno finalizar aquellos 'retornos' míos al tema propuesto con **unas reflexiones conclusivas**.

Habida cuenta de que posteriormente tuve que retomar esta materia [a los efectos de una posible inclusión en un libro sobre 'las costumbres jurídicas de las Islas Pithiusas'] y proceder a una actualización del tema, parecía, a mi juicio, que no debía cambiar aquellas reflexiones del 2001 y las reproduce en dicho libro.

En el siguiente epígrafe trato de ello y **allí figuran esas 'reflexiones finales'** aquí aludidas, adonde remito con la finalidad de evitar inútiles repeticiones.

VII.- UNA ACTUALIZACIÓN PERSONAL DE ESTA MATERIA DESDE EL PUNTO DE VISTA SISTEMÁTICO [MADRID, 2011].

- El porqué de dicha actualización.

Sugerida desde el 'Arxiu Municipal' de Ibiza la posible adaptación divulgativa de las costumbres jurídicas de las Islas Pithiusas [se me solicitaba una obra popular y didáctica –sic–], pude observar al momento que entre aquellas ancestrales costumbres no aparecía para nada la materia de las situaciones fácticas de 'Parejas No Casada' (convivencias de hecho, uniones *de facto*, etc.).

Sin embargo, la inclusión en la obra de esta latente y debatida materia la motivaron las demandas y solicitud de los prácticos insulares y amigos cercanos.

De donde el análisis que ofrecía entonces en mi último libro aparecido ['Costumbres Jurídicas en las Pithiusas', Dykinson S.L., Madrid, 2011].

Habida cuenta de mis aportaciones precedentes sobre esta materia, considerada la premisa de partida de que tal figura no es ni una institución nueva, ni un *status familiae*, ni cabe dentro de los esquemas sistemáticos habituales dentro del ámbito tradicional y conocido del 'Derecho de familia', me pareció adecuado la ubicación de tal situación fáctica dentro de un amplio 'Derecho de la Persona' [a su vez, *dentro de un 'Capítulo Introductorio'* del libro citado].

Por consiguiente, introduje allí una 'Subsección 2ª, que titulé "La situación especial de las convivencias de hecho". Lo que equivalía, y equivale, a considerar tal 'situación', tal hecho social, como una condición, una cualidad personal de cualquier ser humano, merecedora de protección constitucional.

- Resultados de la actualización.

Me había parecido adecuado reproducir aquellas reflexiones más finales del año 2000, al considerar que no había factores extraños ni motivos aparentes para un cambio fundamental de criterio. Por consiguiente, las traigo aquí de nuevo, como sigue:

1ª.- Una *introducción subjetiva* efectuada en *perspectiva diacrónica* ha permitido a quien esto suscribe la aproximación –intentando hacerlo también con la misma mirada sorprendida de entonces– a aquella curiosa, permanente hoy, realidad ambiental, subyacente en el entorno multicultural de los 'años 60'.

2ª.- El *ámbito comparatista internacional*, que en los 'años 60/70' había servido de contrapunto y de referencia al autor, incrementado en los últimos años con bibliografía de profusión imparable, ha visto su *reflejo* en la eclosión de estudios y Congresos ya celebrados en España.

3ª.- Respecto de los *aspectos relevantes* en esta nueva aproximación mía al tema propuesto, parecen de interés prioritario y de preferente reflexión los relativos al QUID NOMINIS y al QUID FACTI.

En los nuevos tipos de familia que van emergiendo aparecen nuevas categorías de *grupos sociales* y de *subtipos de relaciones convivenciales*: unos, *clásicos*, caracterizados por la '*bilateralidad* (heterosexuales y homosexuales), y otros, *recientes*, implícitos en la '*multilateralidad* (poli-uniones, '*plaçage*', etc.).

4ª.- Subsiste la *cuestión permanente* acerca de si existe o no un '*estatuto-tipo*' adecuado a un modelo ideal de 'Parejas No Casadas'. La polimorfía de manifestaciones sociológicas parece demandar planteamientos *interdisciplinarios* en la materia y demuestra la dificultad de superar la barrera o distinción entre el derecho y el 'no-derecho' en este tema.

5ª.- Intentado de nuevo el retorno actual al *aspecto jurídico en sentido genérico*, ha parecido prudente deslindar las *cuestiones* relativas a la posible reglamentación, a la competencia legislativa, al aspecto normativo (aspecto jurídico en sentido estricto) y al aspecto conceptual. Cada una de las referidas cuestiones parece, a mi juicio, que exigen *per se* un tratamiento específico diferenciado. De ellas el tema de la "regulación" aparece como necesidad social urgente, pero de respuestas varias.

6ª.- Todas las referencias implícitas en las *dimensiones estática y dinámica* en el tema de 'Parejas No Casadas' han sido efectuadas a las previas aportaciones doctrinales de los autores más representativos en cada punto concreto examinado. Las precedentes aportaciones personales del autor han sido tomadas, en algún caso, como presupuesto de partida.

Una posible *re-visión* de la problemática derivada de las 'Parejas No Casadas' pasa necesariamente, en mi opinión, por un análisis desapasionado de los *perfiles axiológico y conflictual* en este tema.

7ª.- A la problemática del *aspecto conflictual* del tema me he referido con algunas consideraciones *acerca* de la no trasposición de los conflictos 'externos' en la materia, de la determinación de la ley aplicable al concreto supuesto de hecho y de la referencia a la calificación previa. En cuanto a los efectos jurídicos de la relación convivencial, se ha atendido al método del '*dépeçage*'.

Respecto de la aparición de posibles *conflictos inter-normativos*, se han arbitrado sugerencias y se ha reiterado el punto de la aparente inconstitucionalidad de normas que continúan teniendo eficacia.

VIII.- UNAS POSIBLES CONCLUSIONES.

Esta debatida materia objeto de la PONENCIA del compañero C. Jiménez Gallego me había afectado durante largos años en múltiples aspectos [físico, mental, moral, espiritual, doctrinal, legal, ufl]. Dado lo cual, no parecerá extraño que este atento observador doblemente preocupado [como persona, como autor] presente estas consideraciones, como **posibles conclusiones** sobre esta materia.

PRIMERA.- ADVERTENCIAS ANTE LAS 'TRAMPAS' DIALÉCTICAS.

1ª. Las argumentaciones carentes de demostración.

Ante las más variadas opiniones doctrinales sobre esta materia, conviene aquí recordar en materia de 'Parejas No Casadas' que:

- no es, ni puede ser, una institución: ni desde el punto de vista sociológico, ni desde el punto de vista técnico-jurídico (v. F. DE CASTRO);
- no es posible una equiparación entre una convivencia [una situación fáctica, un hecho social] y un matrimonio [institución fundamental de todo Estado];
- no cabe una analogía [argumento *a pari, a similitudine*] entre dos figuras conceptuales profundamente desiguales en forma y contenido;
- no existe una configuración jurídica unitaria de un fenómeno poliédrico y multívoco;
- no existe un estado personal de 'conviviente' como un propio *status* [de donde (S. DÍAZ ALABART) que se hable de *un pseudo 'status familiae'*], tratándose de un simple *hecho*;
- no existe una jurisprudencia *stricto sensu* sobre este tema, entendiéndose por '**jurisprudencia**' el criterio expreso, constante y reiterado manifestado en *las sentencias dictadas* en recursos de casación *por la Sala 1ª* del Tribunal Supremo. Todo ello, ni con anterioridad al año 1988 [dato *ad quem* de mi análisis dicho, presentado en el Congreso de LA BAULE, de 1988] ni tampoco con posterioridad a dicho año;

- no parece posible una regulación unitaria autonómica, al carecer las Comunidades Autónomas 'con derecho civil propio' de competencias legislativas al respecto.

La posible regulación legislativa autonómica sobre la materia es todo menos clara y defendible, habida cuenta de que:

- Conceptualmente, la noción de tal figura social es confusa, profusa y difusa;
- Constitucionalmente, la legislación autonómica parece inviable y descartable;
- Sociológicamente, la variedad de supuestos la convierte en proteica y poliforme;
- Jurídicamente [plano normativo], parece limitada, parcial e ineficaz;
- Políticamente, parece hallarse a merced de las circunstancias, es variable y poco conveniente;
- Jurisprudencialmente, las variadas sentencias dictadas en Audiencias (bien vía civil, bien vía social, etc.), a mi juicio no parece sirvan como *ejemplo* de lo que es 'jurisprudencia', ni parece tengan el valor de 'precedente judicial', dado el hecho constante de tratarse de decisiones sobre un singular supuesto de hecho difícilmente repetible en el tiempo.

2ª.- El procedimiento de los prácticos medievales.

Cabe recordar en este lugar el cambio famoso y conocido de todo jurista que se precie producido durante el Medio-Evo cuando se trataba de configurar aquellas especies de convenios parecidos o similares a los contratos conocidos [típicos] en el Derecho Romano. Los prácticos medievales [singularmente, en la paráfrasis de TEÓFILO y sus seguidores] tomaron el término *quasi ex contractu* de los juristas de Justiniano y lo cambiaron por el de *ex quasi contractu*: con lo cual, el sentido de la frase cambió totalmente y de ser algo adjetivo ('demostrativo') pasó a ser algo 'sustantivo' (nuevo tipo conceptual).

Este conocido ejemplo histórico nos permite ver que hoy está reproducido en nuestros días aquel método tramposo: si en lugar de decir **quasi ex status familiae** se pasa a decir **ex quasi status familiae** hemos dado conceptualmente el cambio a la figura.

3ª.- Los legisladores y el conocido efecto 'de Assiduis'.

Bien es sabido cómo la actividad del legislador (de cualquier tipo, estatal o autonómico) es *variable* y no siempre sujeta a los criterios de un programa

electoral previo. Sucede en ocasiones que determinadas circunstancias o eventos muy concretos [la doble presión, de lo social y de los medios de comunicación] impongan criterios de oportunidad o prioritarios a los que son más convenientes.

Recordaba certeramente J.M^o CASTÁN VÁZQUEZ lo sucedido durante la legislación de Justiniano [Constitución 8.18.12], cuya norma comenzaba con esas palabras (*assiduis aditionibus mulierum inquietati sumus*): debido al motivo de que las mujeres a quienes sus maridos habían arruinado inquietaban con sus demandas a la Cancillería imperial se instituyó en favor de todas las mujeres casadas una hipoteca privilegiada”...

Concluía así CASTÁN VÁZQUEZ que “El efecto *Assiduis* concede visiblemente una prima a los reformistas cuando los que se quejan del derecho positivo hacen mucho más ruido que la masa, que lo encuentra bien. Sin embargo, es así como con gran frecuencia se legisla en el Derecho de familia”

Poco cabe más que añadir aquí a las ajustadas palabras del maestro y amigo.

SEGUNDA.- EL ÁMBITO VALORATIVO DE UNA NORMATIVA SOBRE LA FIGURA.

Parece que cualquier actividad legislativa, sea del origen que fuere, en orden al tema de las ‘Parejas No Casadas’, debería dar respuestas adecuadas a estas tres preguntas:

- 1^a) si debe conllevar un especial VALOR;
- 2^a) cuál debiera ser dicho VALOR;
- 3^a) cuál sea la preferencia del mismo respecto de los restantes valores de nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a la cuestión 1^a el VALOR primordial de toda LEY es un tema recurrente a lo largo de los siglos y todos los que se ocuparon de él indicaron sus *notas delimitadoras*: necesidad de que sea informada por la justicia, movimiento doctrinal previo que ponga de relieve la improcedencia de las normas vigentes y prepare su reforma, que las leyes sean pocas, que las leyes sean claras y no minuciosas ni casuistas, que en la aplicación de la ley el intérprete dé a la ley la flexibilidad que requiere la naturaleza de la cosa sometida a su juicio.

En cuanto a la cuestión 2^a el valor esencial continúa siendo el mismo: el principio de dignidad de la persona humana y de los derechos inviolables a ella inherentes.

En cuanto a la cuestión 3ª, la preferencia relativa a la protección constitucional de ese valor parece *debe ser adaptada* a la vigente jerarquía o escala de valores de nuestro ordenamiento jurídico, con la consiguiente ubicación de ese concreto valor [protección de las 'Parejas No Casadas'] *en el orden que le corresponda*, orden que –cual su mismo nombre expresa– implica posicionamientos de anteposición o subordinación según los casos y momentos.

TERCERA.- EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE ESTA FIGURA.

Consideradas la no equiparación de tal situación fáctica con la institución del matrimonio, la inexistencia de un presunto *status ex quasi familiae*, la polimorfía de la figura, y la difícil ubicación sistemática de la misma, no parece descabellado proponer su inclusión entre **uno más de los 'derechos de la persona'**, cuya sistematización lógica corresponde a esa rama o parte del 'Derecho Civil' de siempre.

Por consiguiente, *en tanto en cuanto* derecho de la persona a desarrollar su libre personalidad y desenvolverse en el ámbito social respectivo, a vivir en la forma que le plazca, la posible **legitimidad última** –antes se dijo– es la de su adecuación al principio constitucional de dignidad de la persona humana y del libre desenvolvimiento de su personalidad.

CUARTA.- UNA CONDENSACIÓN DE IDEAS.

Previas las consideraciones anteriormente expuestas, entiendo como **ideas concluyentes** sobre esta materia, las que siguen:

1ª. **La moda actual del uso por el legislador de los llamados 'conceptos jurídicos indeterminados'.**

La indeterminación en los contenidos normativos sugiere implícitamente *su determinabilidad* posterior por parte de los 'operadores jurídicos', los prácticos, los 'exegetas áulicos' al servicio del Poder establecido, etc. Todo lo cual equivale en el fondo a una indefinición y a la inseguridad jurídica.

Un ejemplo palmario de este uso está desperdigado *ex professo* a la largo de la normativa de la vigente Constitución Española de 1978, elaborada y redactada a base de la técnica del 'consenso'.

El paradigma de esta moda [verdadero 'cajón de sastre' o *aporía* latente] es el controvertido **art. 149-1-8º C.E.**: su ya célebre inciso ["sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo..."] es bien sabido ha hecho correr ríos de tinta y ha enfrentado a unos y otros. De ello me ocupé en su día.

El equívoco concepto de “**desarrollo**” tiene su límite *en el conjunto institucional* al que el Derecho Foral se refiere: no cabe, en puridad desarrollo del Derecho Foral si se regulan materias que nunca estuvieron reguladas por el Derecho foral o que no lo estaban en el momento de ponerse en vigor la Constitución [L. DÍEZ-PICAZO].

Ya **en 1988** pude hacer constar el hecho post-constitucional de lo que llamé ‘el brote de la utopía autonómica y su desmadre’, argumentaba cómo el viejo ‘Derecho Foral’ ha desaparecido y se nos ha transmutado ante nuestros ojos en puro Derecho autonómico civil, y concluía que la naciente utopía autonómica de amplio espectro venía a comprender dentro de sí el llamado ‘derecho civil propio’ que había devenido en una materia más del pujante Derecho autonómico.

La problemática aquí analizada de las llamadas ‘Convivencias No Matrimoniales’ es, a mi juicio, una consecuencia más, de gran trascendencia, de los efectos producidos por aquella indeterminación normativa antes apuntada.

2ª.- Las normativas autonómicas dictadas en el ejercicio de sus potestades legislativas por las distintas Comunidades Autónomas del Estado Español.

Las *materias* sobre las que han legislado las Comunidades Autónomas han sido numerosas y variables, abarcando todos los aspectos de la vida social.

Las materias relativas al constitucionalmente llamado ‘*derecho civil propio*’ [es decir, el antaño conocido como “derecho foral”] habían sido escasas en un principio y se limitaron a las reformas y actualizaciones de las viejas “Compilaciones Civiles Forales”.

En ningún caso aparecía entre las posibles “materias compartidas” con el Estado la posibilidad de legislar una Comunidad Autónoma sobre ‘las situaciones convivenciales no matrimoniales’.

Me he referido a ello anteriormente, y allí remito,

3ª.- La anunciada inter-relación ‘cambio social-cambio jurídico’ [L. DÍEZ-PICAZO].

Dicho autor —ya en el año 1972— mostraba la incidencia de los cambios sociales sobre los cambios jurídicos.

Una de las variantes de *cambios sociales* era justamente la derivada de **los cambios políticos**, y muy en especial, la de la acción del legislador en el ejercicio de su potestad normativa y de la acción coactiva correspondiente.

Esa *actividad legislativa* –tanto en la vertiente de **acción** (ley, decreto, reglamento) como en la de **omisión** [técnicamente, *no hacer ante un hecho dado* X]– se han producido a lo largo de todos los periodos de nuestra Historia Nacional reciente.

Sin embargo, nunca tuvo mayor relevancia como **en el caso concreto** de nuestra temática aquí analizada.

Las Elecciones Legislativas de 1996 dieron el triunfo al Partido Popular, dando comienzo la VI Legislatura (del 29-3-1996 al 4-4-2000). El Gobierno presidido por J.M^a Aznar (mayoría relativa) hubo de acceder a *un pacto necesario de investidura* con los grupos PNV, CC. y CIU. (pacto del ‘Majestic’: o sea, con el grupo de Jordi Pujol).

Parece necesario recordar aquí que los catalanes aprovecharon su privilegiada posición institucional para proceder a un auténtico ‘desbordamiento’ en el ejercicio de su potestad legislativa propia. La manifestación más evidente de todo ello, en el ámbito de su ‘derecho civil propio’, lo constituía la aprobación por el Parlamento Autónomo Catalán de su **‘Código de Familia’ en 1998** [Ley 9/ 1998, de 15 de Julio].

Un hecho mucho más notorio era la aprobación en la misma fecha de una llamada **“Ley de uniones estables de pareja”** [Ley 10/1998, de 15 de julio], en la que por vez primera uno de nuestros ordenamientos civiles regulaba tales uniones y, además, distinguía entre uniones estables heterosexuales y uniones estables homosexuales.

A esa incursión en el modo de legislar *ex novo* se añadía la llamada **“Ley sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua”** [Ley 19/1998, de 28 de Diciembre], luego reformada e integrada en el denominado con total impunidad **‘Libro Segundo (Persona y Familia) del Código Civil de Cataluña’** [Ley 25/2010, de 29 de Julio: art. 240].

Esa hasta aquí evidenciada apatía, desinterés, *inacción* –en definitiva, **omisión**– por parte del Gobierno Central ante el desbordamiento normativo obviamente inconstitucional iba desembocar: por un lado, en un auténtica avalancha de **‘leyes autonómicas’** de ‘parejas estables’, ‘uniones libres, etc. a cada cual más peculiar y *diferente* a las de otras Comunidades Autónomas; y, por otro lado, en la no-denuncia de inconstitucionalidad de todas ellas por el Gobierno Central del P.P.

Todas las Comunidades Autónomas [y no solamente las que fueron en su día ‘forales’] hicieron uso de esa novedosa facultad. La fuerza imitativa, una vez más, del ‘hecho catalán’ ha posibilitado que hoy en día tengamos (si no recuerdo mal) nada menos que **13 leyes especiales autonómicas sobre la materia!**

Puede verse bien que aquellos polvos de clara ‘omisión’ (inacción) del poder central han propiciado estos lodos de normativas sin apenas justificación..

No cabía esperar otra cosa de nuestra Comunidad, que pronto acudió al envite, dictando la **Ley 18/ 2001, de 19 de Diciembre, de Parejas Estables**.

De su análisis y comentario se ocupó con solvencia Raimundo Clar Garau, y yo mismo, y a esas matizaciones me remito ahora.

4ª.- El surgimiento de una nueva especie de juristas ‘especializados’ en esta materia.

Es bien novedoso el hecho ahora apuntado del nacimiento en el principio de este siglo XXI de un grupo disperso y heterogéneo de algo así como ‘glosadores autonómicos’, los cuales se dedican afanosamente a anotar, comentar, argumenta, dogmatizar y definir acerca de una materia tan poco reconducible a la unidad como las “situaciones convivenciales no matrimoniales”.

Son notables excepciones las aportaciones imprescindibles de los libros dedicados al tema de E. ESTRADA ALONSO e I. GALLEGO DOMINGUEZ.

5ª.- La conveniente mirada atrás hacia el planteamiento metodológico de los maestros europeos [A. FALZEA, W. MÜLLER-FREIENFELS].

Me he referido a ello en numerosas ocasiones y de nuevo insisto aquí en lo muy aconsejable que es el tomar como punto de partida de cualquier análisis serio de este tema las recomendaciones del Coloquio de Messina y las ponencias de ambos maestros.

De entre ellas, *la sugerencia* de que para remediar la muy numerosa problemática subyacente a tales ‘situaciones convivenciales’ lo adecuado es acudir a **las vías jurisprudenciales y convencionales** y descartar **la vía normativa**.

No era de extrañar, por consiguiente, que todos los notarios que después se ocuparon [**nos** ocupamos] de ello hayan optado unánimemente por tales vías, v.gr.: MERINO HERNÁNDEZ, SIMÓ SANTONJA, FOSAR BENLLOCH, yo mismo, GARRIDO MELERO, etc.

Consecuencia de esa posición, **en orden al ámbito normativo**, es la de que –como dije antaño– hay que distinguir dos cosas: una cosa es el reconocimiento jurídico básico de los efectos de tales situaciones fácticas y otra cosa distinta es la posibilidad de regulación (reglamentación) de tal materia por vía legislativa.

6ª.- La consecuencia en orden al postulado 'estatuto jurídico' de tales 'situaciones convivenciales'.

Deslindado previamente que una cosa es *el reconocimiento jurídico* de tales 'situaciones' y otra cosa es *la reglamentación* de las mismas, la posible configuración de **un 'estatuto jurídico'** –sobre todo, para las 'parejas no matrimoniales'– debería fundamentarse en la consideración de ese supuesto de hecho como **una 'institución'** en el Derecho Privado, como *un 'status'*, o sea, como un '*quasi-status*' de difícil encuadre., al que pudiera ser aplicable *un estatuto personal*.

Lo que ocurre es que hay que precisar dos cosas: una, que no hay un tal 'status' o 'quasi-status'; y otra, que existe una confusión doctrinal entre un posible estatuto jurídico global de una tal 'pareja' (como **un todo** unitario) y un elemento o estatuto personal (**una parte** de ese todo).

Una consecuencia imprevista de los planteamientos doctrinales al uso es que, presupuesta la figura conceptualmente como institución (¿?) y configurado un estatuto en función de la condición personal, les lleva a la aplicación directa de *la ley personal*, usualmente referida a la condición ('vecindad civil', regionalidad) civil de la persona.

Todo lo cual plantea efectos imprevistos [13 leyes autonómicas!] en caso de conflictos de leyes.

7ª.- La indefinición de los ámbitos terminológico (nombre), sociológico (modalidades), fáctico (situaciones), conceptual (hecho jurídico), axiológico (valoración, legitimidad) y conflictual (normas de conflicto, externo e interno) de esta materia.

Parece evidente la abundancia de las denominaciones dadas a este fenómeno social, la polimorfía de sus manifestaciones sociológicas, las nuevas categorías de grupos sociales y de situaciones convivenciales, la configuración descriptiva no unívoca de su concepto y su reconducción a la idea de un hecho jurídico (una mera **situación jurídica**), su obvia y diferente valoración social, así como el avispero implícito en los puntos de conexión (normas de conflicto de leyes).

Todas esas evidencias nos llevan a una absoluta indefinición y, por tanto, a la total falta de seguridad jurídica.

8ª.- De la conveniencia o no de una 'reglamentación jurídica' sobre esta materia en las Islas Baleares.

De las diferentes normativas especiales 'autonómicas' en relación con la 'hipertrofia' normativa post-constitucional, de su muy dudosa constitucionalidad

y de la aparente motivación de **la inacción** del Poder Central [al no atacar en su momento y caso la inconstitucionalidad de tales normativas] me he ocupado anteriormente y allí remito ahora.

De la **Ley 18/2001, de 19 de Diciembre, de Parejas Estables**, aprobada por el Parlamento de las Islas Baleares, antes mencionada, me había ocupado en su día y a lo dicho allí remito.

De la conveniencia de **su posible reforma, corrección, adición o supresión**, en su caso, entiendo se trata de tema más **político** que jurídico.

De la conveniencia de **una nueva ley** sobre la materia [posición anticipada por R. CLAR GARAU], de nuevo remito al **ámbito político**. Lo que nos lleva a una pregunta básica: ¿hay una demanda social apremiante exigiendo esa normativa? ¿existen unos intereses jurídicos dignos de protección –en esta materia– que deben ser preferentes a otros intereses sociales mayormente necesitados de protección? ¿hay una legitimación y una legitimidad en esa facultad legislativa *compartida* con el Estado?

Dada mi conocida posición sobre esta materia aconsejaría la lectura de las RECOMENDACIONES del 'Consejo de Europa', las cuales sugieren se proceda a una remisión explícita al **ámbito de la autonomía privada**.

De otro modo dicho, lo recomendable y aconsejable siempre y en cualquier caso es el acudir a la llamada **vía convencional (pacticia)** por los interesados.

IX.- BIBLIOGRAFIA SUGERIDA.

- G. PIEPOLI, "Sobre la importancia de la familia de hecho" (traducción de P.C. Lasarte), en la obra 'Colectiva dirigida por el profesor N. Lipari, 'Derecho privado (un ensayo para la enseñanza)', ediciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1980, págs. 198 y ss., especialmente pág. 215.

- F. PROSPERI, "La famiglia non fondata sul matrimonio", Edizioni Scientifiche Italiane, Camerino, 1980.

- E. ROPPO, "La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle libere unioni", en el volumen 'Il Giudice nel conflitto coniugale', ed. II Mulino, Bolonia, 1981.

- S. BROMLEY'S, "Family Law", sexta edición, Butterworths, Londres, 1981.

- F. P. HUBBARD y M. JOHNSON LARSEN, "Contract cohabitation: a jurisprudential perspective on common law judging". 'Journal of family Law', vol. 19, 1980-1981, págs. 655 y ss.

- COHABITATION WITHOUT MARRIAGE: *Tema del coloquio* de la 'Asociación Internacional de la Ciencia Jurídica', celebrado en la Universidad de Berkeley, California, del 27 al 29 de agosto de 1980; con las comunicaciones siguientes, todas ellas publicadas en la revista 'The American Journal of Comparative Law: vol. 29, 1981, págs. 216y ss., como sigue:

- C. S. BRUCH, «Nonmarital Cohabitation in the Common Law Countries: A Study in Judicial-Legislative Interaction», pág. 217.
- D. HUET-WEILLER, «L'Union libre" ((La cohabitation sans mariage"», págs. 247 y ss.
- A. SÁNCHEZ-CORDERO, «Cohabitation Without Marriage in Mexico", pág. 279.
- A. AGELL, «The Swedish Legislation on Marriage and Cohabitation: A Journey Without a Destination", págs. 285 y ss.
- P. SACEVIC, «Cohabitation without Marriage: The Yugoslavian experience", págs. 315 y ss.
- A. SKOLNICK, «The Social Contexts of Cohabitation", págs. 339 y ss.
- M. T. MEULDERS-KLEIN, «Cohabitation and Children in Europe", págs. 359 y ss.

- LES PROBLEMES JURIDIQUES POSÉS PAR LES COUPLES NON MARIÉS: *Actas del undécimo coloquio de Derecho Europeo*, celebrado en Messina, del 8 al 10 de julio de 1981, publicaciones del Consejo de Europa, Estrasburgo, 1982. Con las comunicaciones siguientes:

- M. D. CUCCHIARA, «Informe introductivo", pág. 6.
- L. ROUSSEL, «Vies communes sans mariage: Aspects sociodémographiques", pág. 18.
- N. ABADAN-UNAT, « Les couples non mariés et la société: Aspects socio-juridiques de la cohabitation", pág. 40.
- W. MULLER-FREINFELS, «Les problemes juridiques posés par les couples non mariés", pág. 62.
- M. S. DANIELSEN, «Les couples non mariés et leurs enfants: la legislation scandinave en cours d'élaboration", pág. 121.
- A. FALZEA, «Informe General", pág. 152.
- J. DELIYANNIS, «Les problemes juridiques posés par le couple non marié de point de vue du systeme juridique grec", pág. 164.

- E. EID, «Les problemes juridiques posés par les couples non mariés», pág. 169.
- C. HADJITSANGARIS, «Les problemes juridiques posés par les couples non mariés: Evolution sociales et législation a Chypre», pág. 177.
- M. HELPENS-JANSSENS, «L'aplication du droit social a la séparation de fait et au concubinage», pág. 180.
- ED. JANSSENS E., «La domiciliation du couple non marié», pág. 192.
- C. LABRUSSE, «Le couple non marié en droit français», pág. 197.
- G. LEVASSEUR, «Observations sur: 'Le droit répressif français' et la vie des couples non mariés», pág. 216.
- A. LÜDERITZ, «Custody and guardianship of children in marriage-like unions», pág. 222.
- J. L. MERINO HERNÁNDEZ, «Une solution aux problemes juridiques et économiques des couples non mariés», pág. 230.
- D. S. PEARL, «Cohabitation in English Law», pág. 238.
- P. F. SILVA-RUIZ, «Private law aspects of cohabitation without formal marriage in Puerto Rican Law», pág. 246.
- F. GAZZONI, «Dal concubinato alla famiglia di fatto», ed. Giuffrè, Milán, 1983.
- E. FOSAR BENLLOCH, «Análisis de la Jurisprudencia española sobre las relaciones económicas en las uniones extramatrimoniales», publicado en la 'Revista General de Legislación y Jurisprudencia', marzo de 1983, págs. 219 y ss.
- CHAINE NOTARIAL DES NOTAIRES DE LA COUR D'APPEL DE REIMS: «L'Union libre et le droit», Congreso del 27 de septiembre de 1984, ejemplar ciclostilado.
- M. GITRAMA GONZÁLEZ, «Notas sobre la problemática jurídica de la Pareja No Casada», en el 'Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño', ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, págs. 209 y ss.
- E. FOSAR BENLLOCH, «Estudios de derecho de familia», tomo III, 'Las uniones libres', ed. Bosch, Barcelona, 1985, págs. 1 a 170, 374 y ss.
- E. ESTRADA ALONSO, «Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español», ed. Civitas, Madrid, 1986.

- J. RUBELLIN-DEVICHI y otros: "Les concubinages. 'Approche socio-juridique', ed. del 'Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1986.

- ESPÍN CÁNOVAS: "Familia no matrimonial", PONENCIA al Congreso de Derecho de Familia de Cáceres de octubre de 1987, Loeches, 1987, págs. 9 y ss.

- SIMO SANTONJA: "*Vida jurídica de las Parejas No Casadas*", Discurso de Ingreso en La Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 1986 (aparecida en octubre de 1987).

- J. VIDAL MARTÍNEZ, "La relación no matrimonial en el derecho español", en la revista "Tapia", núm. 36, octubre 1987 (Extraordinario sobre derecho de familia), págs. 15 y ss.

- J. CERDÁ GIMENO, "La situación actual de las *Parejas No Casadas* ante el Derecho", en el 'Boletín de información' del Ministerio de Justicia, año XLII, 15 de febrero de 1988, núm. 1.482.

- MERINO GUTIÉRREZ: "Las uniones libres y su perspectiva actual (las *Parejas No Casadas*)", en la revista 'La Ley', año XI, núm. 1.916, martes, 1 de marzo de 1988, Madrid, pág. 1.

- "LES CONCUBINAGES EN EUROPE. ASPECTS SOCIO-JURIDIQUES", 'CENTRE DE DROIT DE LA FAMILLE' sous la direction de Jacqueline Rubelin-Devichi, Editions du 'Centre National de la Recherche Scientifique' (Centre Regional de Publication de Lyon), París, 1989, [es el volumen III de la serie dirigida por Jacqueline Rubellin-Devichi].

- S. SÁNCHEZ LORENZO, "Las parejas no casadas ante el Derecho Internacional Privado", en la Revista Española de Derecho Internacional', vol. XLI, 1989,2, págs. 487-531.

- "DES CONCUBINAGES DANS LE MONDE", 'CENTRE DE DROIT DE LA FAMILLE' sous la direction de Jacqueline Rubellin-Devichi, Editions du 'Centre National de la Recherche Scientifique' (Centre Regional de Publication de Lyon), París, 1990 [es el *volumen IV* de la serie dirigida por la profesora Rubellin-Devichi].

- B. DEMAIN, "La liquidación de bienes en las uniones de hecho", traducción, notas y relación de sentencias de Derecho Español de J.M. GONZÁLEZ PORRAS, y Prólogo de J.M. CASTÁNVÁZQUEZ, Ed. REUS, S.A., Madrid, 1992.

- S. DÍAZ ALABART, "El pseudo *status familiae* en el Código Civil. Una nueva regulación familiar", en la R.D.P. Octubre, 1992, págs. 839-856.

- A.A.V.V., "L' UNION LIBRE"(sous la direction de PH. DE PAGE et R. DE VALKENEER), Actes du Colloque tenu a l'Université Libre de Bruxelles le 16 octobre 1992), Collection de la Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles, Impr. Y edit. de Établissements Émile BRUYLANT, S.A., Bruxelles, 1992.

- PRIMER CONGRESO EUROPEO DE DERECHO DE FAMILIA, 11-13 marzo, TEMA 1, 'La pareja de hecho', Colegio de Abogados de Barcelona, Barcelona, 1993 [tanto las Ponencias como las Comunicaciones a dicho congreso no han sido publicadas hasta la fecha].

- J. M^a CASTÁN VÁZQUEZ, "Observaciones sobre la situación jurídica de las Parejas No Casadas" (*Comunicación al Pleno de Académicos de Número de la 'Real Academia de Jurisprudencia y Legislación'*, discutida los días 28 de Febrero y 14 de Marzo de 1994), publicada en la revista ANALES' de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, n^o 24, Impr. GRÁFICAS SAN MARCOS S.L., Madrid, 1994, págs. 133-147.

- A.A.V.V., "Las Uniones de hecho", M^a Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coord.) (III Seminario de Estudios Jurídicos y Criminológicos). Editorial Universidad de Cádiz, Jerez de la Frontera, 1995.

- I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, "Las Parejas No Casadas y sus efectos patrimoniales", (con prólogo de J.M. GONZÁLEZ PORRAS), ed. del C.E.R., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Impr. de J. SAN JOSÉ S.A., Madrid, 1995.

- A.A.V.V.: "Parejas de hecho", Curso de Verano de la Universidad Complutense en Almería, (*Director* R. HERRERA CAMPOS; *Secretario* A. AGÜERO DE JUAN; *Ponentes* A. AGÜERO DE JUAN y otros), Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Ed. del Ilustre Colegio Notarial de Granada, Impr. de Imprenta Nova Márquez, Granada, 1996.

- A.A.V.V.: "El Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho" (La experiencia sueca y las tendencias legislativas en nuestro entorno), Carlos VILLAGRASA ALCAIDE (coord.), Seminario organizado por la Fundación Internacional OLOF PALME, Colección 'CEDECS. Derecho Civil', dirigida por Sergio LLEBARIA SAMPER, Cedecs Editorial, S.L., Barcelona, 1^a edición, Mayo 1996.

- "III ENCUENTRO DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA", titulado 'Cuestiones derivadas de los pleitos de familia', por LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA y otros, impr. JACARYAN S.A., Ed. DYKINSON, Madrid, 1996. Ver allí las siguientes Ponencias:

M. LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, "La ruptura de las uniones paramatrimoniales: secuelas económicas y patrimoniales", págs. 69-106.

F. VEGA SALA, "Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", págs. 107-112.

M^o. V. CALLE RODRÍGUEZ, "Uniones paramatrimoniales: la vivienda tras la ruptura de la unión", págs. 123-141.

X. O'CALLAGHAN, "Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho", Separata de 'Cuadernos de Derecho Judicial', Escuela judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

- A.A.V.V.: "Jornadas sobre el Código de Familia y la Ley de Uniones Estables de Pareja (Leyes 9/10/1998)", Barcelona 24-25 de Noviembre de 1998, Ed. del 'Col·legi de Notaris de Catalunya' (Libro-Homenaje a la memoria de Luis-Enrique Barberá Soriano), Revista 'LA NOTARIA', s.d. (pero aparecida en 1999), *espec.* págs. 69-85, 235-253 y 308-310.

- M. MARTÍN CASALS, "Aproximación a la Ley catalana 10/1998, de 15 de Julio, de Uniones estables de pareja", en 'Derecho Privado y Constitución, n^o 12, 1998, págs. 143-187.

- J. L. MERINO y HERNÁNDEZ, "Manual de parejas estables no casadas", Ed. De Librería Genereal S.A., Impr. de 'LOS FUEROS, Artes Gráficas', Zaragoza, 1999.

- M. GARRIDO MELERO, "Derecho de Familia", págs. 73 y ss. y 153 y ss.

- M. MARTÍN CASALS, "Las parejas de hecho en el Derecho europeo: realidades, variantes y perspectivas", PONENCIA para el 'VI Encuentro de la Asociación Española de Abogados de Familia', con el título de "Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional", en volumen colectivo de editorial DYKINSON, Madrid, 1999, págs. 163-208.

- J. CERDÁ GIMENO, "Un retorno, a mi pesar, a un olvidado tema: de nuevo sobre PAREJAS NO CASADAS", *artículos* (I y II) en REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Febrero 2001, págs. 91 a 140, y Marzo 2001, págs. 169 a 228.

- B. L. CARRILLO CARRILLO, "Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho Internacional Privado Español", en la obra colectiva 'Mundialización y familia', Eds. A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRRUARTE ÁNGEL, Editorial COLEX, Madrid, 2001, págs. 385 y ss.

- C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea", Madrid, 2004.

XII.7- ACTA DE LA SESIÓN DE LA COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO CELEBRADA EL DÍA 21 DE ABRIL DE 2015.

A las 18 horas del indicado día se reunió, en el Colegio de Abogados de las Illes Balears, la Comisión Académica de Derecho Privado, presidiendo la sesión el Presidente de la Academia Sr. Masot Miquel y asistiendo a la misma los Académicos Sres. Aguiló Monjo, Cardona Escandell, Cerdá Gimeno, Coca Payeras, Ferrer Pons, Ferrer Vanrell, Jiménez Gallego, Martínez-Piñeiro Caramés, Mir de la Fuente, Monserrat Quintana y Quintana Petrus.

El Presidente agradece la nutrida asistencia de Académicos a esta sesión y expresa particularmente su satisfacción por el hecho de que estén presentes los Académicos representantes de las islas de Menorca y Eivissa, a pesar del mayor sacrificio que supone el haber tenido que viajar desde las mismas para participar en la sesión. Expresa también su agradecimiento al ponente Sr. Jiménez Gallego por su magnífica ponencia sobre las parejas no matrimoniales y a los Sres. Cerdá Gimeno, Mir de la Fuente, Ferrer Vanrell y Monserrat Quintana por sus atinadas comunicaciones. Todos los presentes coinciden en la afirmación del extenso y profundo trabajo realizado por el ponente.

Comienza la sesión dándose la palabra al ponente para que manifieste cuanto tenga por conveniente sobre las comunicaciones, en el bien entendido que asimismo pueden ir participando en el debate los Académicos que lo tengan por conveniente.

El ponente comienza indicando que el estudio realizado le ha servido para introducirse en este *totum revolutum* que suponen las numerosas leyes autonómicas sobre la materia, comprobando incluso las variaciones que, en las mismas, habían tenido lugar, y señalando que, al fin, se había producido un parón en esta *catarsis* legislativa, lo cual por otra parte no es extraño, ya que todas las Comunidades Autónomas disponen de una, salvo Murcia, Castilla-Leon, Castilla-La Mancha y La Rioja.

Señala que le han parecido muy oportunas las diversas comunicaciones y se refiere, en primer lugar, a la comunicación del Sr. Mir de la Fuente, que hace referencia a las disposiciones adicionales y finales de la ley 18/2001 de 19 de diciembre de parejas estables (LPE). De entrada dice que su ponencia se ha circunscrito, fundamentalmente, a las cuestiones de Derecho civil, tocando sólo de pasada los aspectos administrativos y fiscales que se contienen en las disposiciones adicionales y finales de la LPE. Lo cual no quita que esté de acuerdo con las consideraciones que se hacen en la comunicación, particularmente en lo que respecta a la deficientísima redacción empleada, con expresiones como “en la medida que sea posible”, las cuales no son de recibo en un texto legal. Interviene uno de los Académicos para suministrar otro ejemplo de esta manera de redactar disposiciones legales tan desprovista de *imperium*, como es que, respecto de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, se diga que *se procurará* su revisión anual. El ponente coincide también con la afirmación que se contiene en la comunicación expresiva de que son inoperantes estos condicionamientos que, para el futuro, se imponen al legislador, cual ocurre con la disposición final 2ª de la LPE, expresiva de que el tratamiento fiscal de la pareja estable se equiparará al de los cónyuges. Se expresa por el autor de la comunicación que no es la LPE el lugar idóneo para el tratamiento fiscal de la pareja estable, ya que ello debería hacerse en normas fiscales; aunque también es cierto que la cruda y desagradable realidad legislativa de nuestros días nos muestra como se insertan preceptos sobre una materia en leyes dedicadas a la regulación de otras materias absolutamente distintas, contribuyendo todo ello a la dispersión –y desorientación– legislativa. Se considera por los reunidos que, por razones de oportunidad política, no parece probable la sustitución de la ley vigente por otra de mayor consistencia técnica, en la que tendrían cabida las consideraciones apuntadas por el comunicante y puestas de relieve, en otros aspectos, por los Académicos en sus comunicaciones. Pero, en todo caso, quedará el debate doctrinal que ha suscitado el tema de las parejas estables en el seno de nuestra Academia para la ocasión propicia en que se considere que ha llegado el momento de introducir cambios en su tratamiento legal.

Se refirió a continuación el ponente a la comunicación presentada por el Sr. Masot Miquel. Trató sobre la conveniencia de permitir –en una futura reforma de la LPE– que la sumisión a la misma sea sólo parcial, excluyendo algunas materias. Ponente y comunicador coinciden en afirmar que ello tendría la ventaja de solucionar la situación de personas mayores que conviven juntos, pero que no se casan ni constituyen pareja estable, precisamente para no introducir al conviviente en la sucesión de cada uno; efecto que se conseguiría expresando, al constituir la pareja, la sumisión a la LPE a excepción del régimen sucesorio.

En definitiva, sobre este tema del contenido de la relación de pareja –en una futura LPE– se manifiestan dos tendencias. Una partidaria de una total autonomía de la voluntad, debiendo ser los convivientes quienes configuren a su albedrío la misma, con la única excepción debida a la salvaguarda de los derechos fundamentales en la materia –mutuo respeto, convivencia, fidelidad y ayuda mutua–, mientras que otra tendencia considera que la actual LPE, a pesar de sus posibles carencias técnicas, da solución a la problemática de las parejas no matrimoniales, particularmente para el caso de extinción de la pareja, con soluciones avanzadas que incluso han sido interpretadas analógicamente para su extensión al matrimonio. En el debate sobre el tema se dice que si los derechos y obligaciones de los convivientes serán siempre los que ellos libremente decidan, entonces se hace innecesaria una regulación, efecto que tampoco resulta deseable.

Trató después el ponente de la anómala disposición consistente en el art. 5.5 LPE incorporado a la LPE por la ley 3/2009 de 27 de abril sobre causas de indignidad sucesoria y desheredación. Por uno de los Académicos se relató la historia del precepto, diciendo que la ley en cuestión fue obra exclusiva de la Conselleria de Benestar Social, sin intervención alguna de la Comissió Assessora de Dret Civil del Govern Balear, con la finalidad de incluir entre las causas de indignidad y desheredación las relativas a la violencia de género, coincidiendo todos los reunidos en la defectuosa y confusa redacción del precepto. Se impone la consideración general de que tal confuso precepto no puede suponer una modificación sustancial del tipo de pareja estable propio de nuestra Comunidad Autónoma, basado en la inscripción constitutiva, y que las palabras “En todas las relaciones patrimoniales, si consta convivencia”, no pueden tener otro sentido que el de exigir, para la entrada en juego del art. 4 CDCIB, que la pareja no sólo esté inscrita sino, además, que conviva. Lo cual es una obviedad, porque, según se ha cuidado de proclamar la jurisprudencia, si no hay convivencia deja de existir la pareja estable.

Se trata del tema de la inscripción constitutiva, en la que el ponente había indicado su posible sustitución por un sistema de documento público

en el que se recojan las declaraciones de voluntad de los convivientes expresivas de su propósito de constituir la pareja. De entrada, se pone de relieve que el concepto de documento público no es sinónimo de escritura pública. Por otra parte, y a favor del sistema actual, se manifiesta por algunos que el sistema de Registro en el que se realicen las inscripciones no deja de suponer un necesario control en la materia, ya que, de no existir el mismo, nada impediría que quienes han constituido la pareja en documento notarial acudan después a otro Notario para constituir nueva pareja, con lo cual podrían plantearse problemas graves en materia sucesoria. Además son precisas unas actuaciones previas para acreditar la inexistencia de impedimentos y el hecho de que uno de los convivientes, al menos, tiene vecindad civil en una de las Illes Balears.

Por último se trata de las causas de extinción de la pareja estable, aceptándose por los reunidos las consideraciones del ponente sobre la posibilidad de admitir, además de las causas legales, otras establecidas por los convivientes al constituir la pareja –lógicamente siempre que no vayan contra los derechos fundamentales en la materia antes indicados (convivencia, fidelidad, ayuda y respeto mutuos)– y la conveniencia de que se acorte el plazo de no convivencia para determinar la extinción de la pareja estable, reduciéndolo de un año a tres meses.

Se pasa a tratar, a continuación, de la comunicación presentada por la Académica Sra. Ferrer Vanrell, entrándose en la cuestión, por la misma planteada, de que la LPE debería ser menos rígida, ya que regula la Pareja Estable como un pseudomatrrimonio civil, como se desprende de la propia exposición de motivos de la LPE. Por tal razón se debería dar un mucho mayor margen a la autonomía de la voluntad para garantizar su convivencia. Señala asimismo la comunicante que, junto a la inscripción constitutiva, se tendría que admitir una constitución de la pareja ante Notario mediante escritura pública o en documento público. De esta manera existirían dos vías de constitución, como ha admitido –en materia de seguridad social– el Tribunal Constitucional en su sentencia 40/2014 de 11 de Marzo.

A continuación se entra a debatir el sistema de inscripción constitutiva en el que se basa nuestra LPE frente al existente en otras legislaciones autonómicas, en las que la pareja estable se entiende jurídicamente existente por la mera convivencia durante un determinado período de tiempo o el hecho de tener un hijo en común. Por algunos de los Académicos reunidos se manifiesta su rechazo a este último sistema, por entender que sólo a los convivientes que no han legalizado su situación sería imputable la falta de eficacia jurídica de la misma, recordándose la frase de Napoleón según la cual “si los concubinos pasan de la ley ésta no debe ocuparse de

ellos". Y, particularmente, se señala que el modelo catalán, navarro y aragonés es hoy difícilmente admisible tras la STC 93/2013 de 23 de abril, que basa fundamentalmente la inconstitucionalidad de la ley navarra en el hecho de que "se impusieron a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio". Se razona que, en todo caso, la parte perjudicada por una relación de hecho tiene la posibilidad de reclamar al conviviente en base al enriquecimiento injusto, según se trasluce de numerosísimas sentencias de nuestros Tribunales. Y si bien se dice que una reclamación de este tipo resultaría más complicada que la que se fundamentaría en una previsión legal de una indemnización para los supuestos de extinción de la pareja con un conviviente perjudicado por la relación, se opina también que, tanto en uno como en otro caso, hay que demostrar unos hechos concretos de los cuales se derivaría el derecho a reclamar una indemnización, siendo los hechos a probar los mismos en uno y otro caso.

A continuación el Académico Sr. Martínez-Piñeiro, autor de diversas publicaciones sobre el tema, pone de relieve el hecho de que en la ponencia se ha empleado una expresión –"parejas no matrimoniales"–, la cual no es utilizada ni en la ley de nuestra Comunidad Autónoma ni en las otras leyes autonómicas. Precisamente otro Académico, el Sr. Cerdá Gimeno, autor también de un amplio bagaje de obras sobre la materia, apostilla, en este punto, que el término recomendado por el Consejo de Europa para referirse a estas situaciones era el de "parejas no casadas", recomendación de la que se ha hecho caso omiso por los diversos Parlamentos que han legislado sobre la materia.

El Académico Sr. Monserrat Quintana hace referencia a una comunicación de próxima remisión en la que trata de la cuantiosa jurisprudencia existente sobre la denegación de pensión de viudedad al conviviente no fallecido de la pareja de hecho, con referencia a las que no han formalizado inscripción en el Registro correspondiente o no han presentado documento público expresivo de la constitución de la misma. Se refiere al caso que la Sala de lo Social de nuestro TSJ ha tenido que juzgar –y de cuya sentencia fue ponente– relativo a una pareja de hecho, que habían convivido nueve años y engendrado dos hijos, de la cual el conviviente no fallecido presentó, para obtener la pensión de viudedad, una acta de notoriedad, en la que diversos testigos manifestaban el hecho de la convivencia durante el período expresado y el nacimiento de los dos hijos de la pareja. A pesar de ello, la sentencia fue desfavorable ya que la jurisprudencia lo que exige, entre otros requisitos, es el documento en el que conste el compromiso convivencial y no la mera constatación de haber convivido.

Por último se plantea el debate sobre la sustitución de la actual LPE por una nueva normativa fundada en los criterios expuestos en la ponencia, con las matizaciones que se han hecho en las comunicaciones y en el debate. Tal sustitución no parece probable, por tratarse de una materia en la que la pérdida de derechos por parte de la pareja estable produciría un efecto de rechazo que no interesa en absoluto a la clase política. Y entonces, si se mantiene la ley, el siguiente tema a tratar no ha de ser sino plantearse su constitucionalidad, ya que es obvio que, en cualquier momento, un juez o tribunal puede plantear, respecto de nuestra LPE –de igual manera que respecto de cualquier otra– la cuestión de su posible constitucionalidad. Se considera mayormente que nuestra LPE está en una situación muy diferente de la ley navarra –que ha motivado la STC 93/2013 de 23 de abril– al partir de la inscripción constitutiva –con lo que no se imponen un conglomerado de obligaciones y derechos a personas que han querido pasar de ellos– y al exigir la sumisión expresa a las disposiciones de la LPE –con lo cual los que constituyen la pareja las hacen suyas, como si las hubieran establecido ellos–. Aparte de lo cual está también el hecho de que nuestro Derecho ha tenido y tiene entre sus instituciones propias tradicionales las relativas al régimen económico de la familia.

Y no habiendo más asuntos que tratar se levantó la sesión, agradeciendo el Presidente una vez más a los reunidos sus valiosas aportaciones.

XIII.- RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS PUBLICADOS EN ESTE BOLETÍN.

ALEMANY GARCÍAS, JUAN. Licenciado en Derecho por la UIB y Doctor en Derecho por la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona. Abogado en ejercicio, Profesor asociado de Derecho administrativo de la UIB (2012/2013). Profesor del Máster de Derecho urbanístico organizado por la Generalitat de Catalunya, así como Profesor del curso de post-grado de Derecho urbanístico de las Illes Balears. Fundador, en Febrero de 2013, de la Agrupación Balear de Técnicos Urbanísticos. Ponente invitado en diferentes coloquios y mesas redondas sobre temas urbanísticos.

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. Es Vocal y ha sido Presidente de la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear, así como autor de la ponencia sobre el “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 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears titulado “Propiedad, contrato y familia: 123 años de evolución de instituciones civiles fundamentales” y desde entonces ha sido continua su intervención en los actos públicos académicos.

FERNANDEZ GONZÁLEZ, VÍCTOR. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, ingresó en 1999 en la Carrera Judicial, sirviendo sucesivamente los Juzgados de El Prat de Llobregat y Mollet del Vallés. Desde el año 2003 es titular del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca y, desde el año 2013, es Magistrado especialista en los asuntos propios de lo Mercantil. Ha impartido cursos sobre las materias de su especialidad y participado en congresos, conferencias y mesas redondas. Autor de artículos diversos sobre temas mercantiles, como “Análisis crítico del RDL 2/2014” publicado en la revista Escritura Pública y “La retribución de los Administradores concursales” en la revista Iuris.

FERRER VANRELL, MARIA 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 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, de la que actualmente es Secretario General

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 y en la actualidad de la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear y de la Comisión que redactó el anteproyecto de la Compilación de 1990. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Autor de libros y artículos sobre temas diversos de Derecho civil balear.

GARAU JUANEDA, LUIS. Catedrático de Derecho internacional privado de la Universitat de les Illes Balears desde 1982. Ha sido vicerrector de la UIB (1983), secretario general (2003/2006) y director del Departamento de Derecho Público (desde 2007 hasta la actualidad). Autor de numerosas publicaciones sobre temas diversos de Derecho internacional privado, Derecho Interregional y Derecho de la Unión Europea. Redactor, miembro del equipo de redacción y miembro del consejo asesor de la Revista de Instituciones Europeas. Consejero de la Revista Española de Derecho Internacional. Miembro del consejo de redacción del Spanish Yearbook of International Law. Coordinador de la "Crónica de Jurisprudencia en materia de Derecho internacional privado" de la Revista Española de Derecho Internacional.

GIL MEMBRADO, CRISTINA. Licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Licenciada en Ciencias Políticas y Sociología por la UNED. Doctora en Derecho por la Universitat de les Illes Balears. Acreditada por la ANECA para el acceso al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad. Abogada en ejercicio de 2003 a 2012. Premio de Investigación 2011 concedido por la Agencia Española de Protección de Datos a su trabajo "La historia clínica. Deberes del responsable del tratamiento y derechos del paciente". Directora del Master de Derecho Sanitario aprobado como título propio por la UIB para los cursos 2012/2013 y 2013/2014. Autora de libros, capítulos de libros y artículos diversos sobre temas de su especialidad, particularmente sobre Derecho Sanitario.

GÓMEZ MARTÍNEZ CARLOS. Ingresó en la carrera judicial en 1982, Presidente de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial con sede en Palma de Mallorca. Ha sido Director de la Escuela Judicial de 1999 a 2002 y Presidente de la Audiencia Provincial de 2004 a 2015. Director de la Revista Jurídica de las Illes Balears. Profesor asociado de la UIB. Miembro del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos del Consejo de Europa. Ha participado en misiones del Consejo de Europa en países de Europa Central y del Este y ha sido experto científico en la redacción de la Recomendación 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa titulada "Los jueces: independencia, eficacia y responsabilidad". Coautor de libros sobre propiedad horizontal y sobre proceso civil y autor de artículos diversos sobre Derecho civil, Derecho procesal, formación de los jueces y ética judicial. Académico electo de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

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 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, en la que leyó, el 19 de Noviembre de 2012, el discurso de ingreso titulado "Instituciones de confianza en la ordenación de la sucesión y ejecución de últimas voluntades: evolución comparada y perspectivas de futuro".

MAS CLADERA, PEDRO ANTONIO. Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Secretario de Administración Local de 1ª, 2ª y 3ª categoría, ha sido Presidente del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local de Baleares. Ha sido Funcionario del Cuerpo Superior de Administración de la CAIB (Jefe del Servicio de Asesoramiento a las Corporaciones Locales) y Letrado de la Administración de la CAIB. Magistrado de lo Contencioso-Administrativo y titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Palma. Desde Febrero de 2003 a Junio de 2015 ha sido Síndic Major de la Sindicatura de Comptes de les Illes Balears. Ha impartido cursos, jornadas y seminarios y es autor de numerosas publicaciones sobre diversos temas de Derecho Público

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 Compilación del Derecho civil balear de 1990. En la actualidad es miembro de la Comissió Asesora de Dret Civil del Govern Balear. Es Académico de Número de la Real 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 de las Illes Balears.

MIR DE LA FUENTE, TOMÁS. Académico de Número de la Real 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”, “Refranes jurídicos castellanos y mallorquines”, “El lenguaje de las leyes (para el ciudadano medio)” y “La mayúscula inicial en las palabras de las leyes: particularmente, en estado y derecho”.

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 Real 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 “Trasparencia, Rendición de Cuentas e Integridad” en la Cumbre Judicial Iberoamericana. Autor de diversas ponencias, artículos y libros jurídicos.

NADAL MIR, JOSÉ. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona y Abogado en ejercicio desde 21 de Julio de 1977. Ha impartido clases sobre Deontología en la UNED y en la Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de las Illes Balears, así como en el Máster Universitario en Abogacía UIB-ICAIB. Miembro de la Comisión de Deontología del ICAIB. El 31 de Mayo de 2013 se le concedió el Premio Degà Miquel Frontera a la Ética Jurídica, en su primera edición, por su compromiso con los valores de la solvencia ética y deontología en el ejercicio del Derecho y por hacer posible que la sociedad perciba dichos valores como naturalmente ligados al ejercicio de las profesiones jurídicas.

RAMALLO MASSANET, JUAN. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense con Premio Extraordinario (1971). Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Valladolid (1976), de la

Universitat de les Illes Balears (1977/1989) y de la Universidad Autónoma de Madrid (1989/2014). Ha sido Miembro del Tribunal de Cuentas Europeo por nombramiento de la Comisión desde Marzo de 2006 a Marzo de 2012. Fue Diputado del Congreso español (Cortes Generales) en las IIª y IIIª Legislaturas (1982 a 1989), siendo durante dicho periodo Presidente de la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda del Congreso de los Diputados. Ha realizado asesorías internacionales a solicitud de Nicaragua, Venezuela y Paraguay y es autor de numerosísimas publicaciones sobre temas de Derecho Financiero y Tributario.

ROS SANCHEZ, 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

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 Real 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)”, habiendo publicado artículos en las revistas especializadas y en los Boletines de la Real Academia.

