

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

**XVII**

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**

**XVII**

PALMA DE MALLORCA, 2016

Con la colaboración de:



**Parlament de les Illes Balears**



# 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 2014-2015 por la Secretaria General de la Real Academia MARÍA PILAR FERRER VANRELL . . . . .	pág. 11
IV.- DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO 2015-2016. <i>Crisis económica, base del negocio y cláusula rebus sic stantibus en la doctrina del Tribunal Supremo</i> por MIGUEL COCA PAYERAS . . . . .	pág. 35
V.- SESIÓN DE INGRESO EN LA REAL ACADEMIA DE CARLOS GÓMEZ MARTÍNEZ . . . . .	pág. 63
1. <i>Dret processal del consumidor. El tractament judicial de les clàusules abusives</i> por CARLOS GÓMEZ MARTÍNEZ .	pág. 67
2. <i>La apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas</i> por ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ . . . . .	pág. 119
VI.- MESA DE DEBATE SOBRE “LA NUEVA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA” . . . . .	pág. 135
1. <i>Primera aproximación a la Ley de Jurisdicción Voluntaria</i> por MARTINA MORA TORRENS . . . . .	pág. 137
2. <i>El Letrado de la Administración de Justicia en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria</i> por CRISTINA SECADES RIESTRA . . . . .	pág. 161
3. <i>Actuaciones notariales en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria</i> por CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO . . . . .	pág. 173

VII.- MESA DE DEBATE SOBRE “LAS RECIENTES REFORMAS DEL PROCESO PENAL . . . . .	pág. 197
1. <i>Breve apunte sobre las sucesivas reformas del proceso penal en el último año (2015)</i> por ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ .	pág. 199
2. <i>Las nuevas diligencias de investigación tecnológica</i> por MARÍA BELÉN AIGE MUT. . . . .	pág. 221
3. <i>La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la ley 41/2015: las nuevas medidas de agilización procesal y de fortalecimiento de las garantías procesales</i> por CARLOS IZQUIERDO TÉLLEZ . . . . .	pág. 231
VIII.- XIII PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ . . . . .	pág. 257
1.- <i>Situación jurídica de la mujer casada en el Derecho histórico balear</i> por LILIANA MIJANCOS GURRUCHAGA. Obra ganadora del premio. . . . .	pág. 261
2. <i>La aplicación supletoria del Derecho civil estatal</i> por MARÍA PILAR FERRER VANRELL. . . . .	pág. 331
IX.- MESA DE DEBATE SOBRE “LA LEY 25/2015 DE SEGUNDA OPORTUNIDAD ¿LA SUPONE REALMENTE?” . .	pág. 341
1. <i>Acuerdo extrajudicial de pagos y segunda oportunidad</i> por JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO. . . . .	pág. 345
2. <i>Los procesos para obtener la segunda oportunidad</i> por MARÍA ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ. . . . .	pág. 359
X.- MESA DE DEBATE SOBRE “ASPECTOS DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO TRAS LA REFORMA DE 2015” . . .	pág. 377
1. <i>De la apropiación indebida a la administración desleal</i> por ANTONIO JOSÉ TERRASA GARCÍA. . . . .	pág. 381
2. <i>La malversación</i> por JUAN CARRAU MELLADO. . . . .	pág. 411
3. <i>Insolvencias punibles y corrección en los negocios</i> por GABRIEL GARCÍAS PLANAS. . . . .	pág. 419

XI.- MESA DE DEBATE SOBRE “LA COORDINACIÓN ENTRE CATASTRO Y REGISTRO ¿MISIÓN IMPOSIBLE?” . . . . .	pág. 427
1. <i>La coordinación entre Catastro y Registro ¿misión imposible?</i> por MARÍA DOLORES RIPOLL y MARTÍNEZ DE BEDOYA. . . . .	pág. 431
2. <i>Coordinación Catastro-Registro de la Propiedad</i> por JAVIER MISAS TOMÁS. . . . .	pág. 441
3. <i>La actuación notarial en la coordinación de la descripción catastral y registral de fincas</i> por CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO . . . . .	pág. 457
XII.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PÚBLICO. . . . .	pág. 471
1. <i>Las leyes meramente derogatorias hic et nunc (...et semper)</i> por TOMÁS MIR DE LA FUENTE . . . . .	pág. 475
XIII.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO . . . . .	pág. 533
1. Estudios sobre la sustitución fideicomisaria	
A) <i>Sustituciones fideicomisarias. Perspectiva comparada</i> por CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO . . . . .	pág. 537
B) <i>La sustitución fideicomisaria en las Illes Balears</i> por MIQUEL MASOT MIQUEL . . . . .	pág. 579
C) <i>La sustitución fideicomisaria, en el libro I y II CDCIB, a la luz de sus antecedentes históricos</i> por MARÍA PILAR FERRER VANRELL . . . . .	pág. 635
D) Acta de la reunión de la Comisión Académica de Derecho Privado celebrada el día 26 de abril de 2016 . . . . .	pág. 679
2. <i>Algunas cuestiones sobre la adquisición de la herencia en Derecho germánico y en Derecho español</i> por ANTONIO MONSERRAT QUINTANA . . . . .	pág. 683
3. <i>Algunas consideraciones sobre la compensación económica del trabajo para la familia y su incidencia en el Derecho civil de las Illes Balears</i> por MIQUEL MASOT MIQUEL . . . . .	pág. 701
XIV.- RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS PUBLICADOS EN ESTE BOLETÍN . . . . .	pág. 733



# **I.- JUNTA DE GOBIERNO DE LA ACADEMIA**

## **Presidente**

Ilmo. Sr. D. Miquel Masot Miquel

## **Vicepresidente**

Ilmo. Sr. D. Pedro A. Aguiló Monjo

## **Censor**

Ilmo. Sr. D. Antonio Monserrat Quintana

## **Tesorero**

Ilmo. Sr. D. Bartolomé Sitjar Burguera

## **Secretario**

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María Pilar Ferrer Vanrell

## **Vicesecretario**

Ilmo. Sr. D. Jaime Ferrer Pons



## **II.- RELACIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD**

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<sup>a</sup> Isabel Tapia Fernández

Ilmo. Sr. D. Antonio Monserrat Quintana

Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Aguiló Monjo

Ilmo. Sr. D. Josep María Quintana Petrus

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María Pilar Ferrer Vanrell

Ilmo. Sr. D. Miguel Coca Payeras

Ilmo. Sr. D. Carlos Jiménez Gallego

Ilmo. Sr. D. Antonio J. Terrasa García

Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez

Ilmo. Sr. D. Joan Oliver Araujo

## **ACADÉMICOS EMÉRITOS**

Ilmo. Sr. D. Bernardo Cardona Escandell

Ilmo Sr. D. José Zaforteza Calvet

Ilmo Sr. D. Miguel Suau Rosselló

## **ACADÉMICOS ELECTOS**

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Olga Cardona Guasch

## **EX ACADÉMICOS DE NÚMERO**

Ilmo Sr. D. 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 Castañar

Ilmo Sr. D. Francisco Téllez Míguez

Ilmo Sr. D. Juan Vidal Perelló

### III.- MEMORIA DEL CURSO 2014/2015

*La lectura de la Memoria del curso anterior al que se inaugura, además de ser una obligación impuesta por los estatutos de nuestra Real Academia, constituye una parte imprescindible del acto de inauguración de cada curso académico, acto al cual dichos estatutos dan la importancia y solemnidad que se merece, apareciendo los Académicos revestidos con las togas y luciendo la medalla académica.*

*La Memoria leída por la Secretaria General de la Real Academia María Pilar Ferrer Vanrell da una visión amplia y la vez detallada de toda la actividad de nuestra Corporación durante el indicado curso académico 2014/2015, distinguiendo entre la actividad interna de la Academia y su proyección exterior.*

*En lo que respecta a la primera, hace especial referencia a la concesión a nuestra Corporación, por parte del Rey Felipe VI, del título de “Real”, con lo cual queda equiparada a las otras tres Academias reconocidas en nuestra Comunidad Autónoma como Corporaciones de Derecho Público (Medicina, Bellas Artes y Estudios Históricos). Asimismo dedica párrafo especial al proceso de renovación de la Corporación, mediante la creación de la figura del Académico Emérito, para aquellos Académicos de Número que, a petición propia, solicitan el pase a la condición de Académico Emérito, con lo cual quedan dispensados de las obligaciones científicas que el artículo 15 de los estatutos les imponen, aunque conservando la casi totalidad de los derechos, prerrogativas y honores que los estatutos asimismo establecen.*

*Dentro de la actividad de proyección exterior, destaca la aparición del XV Boletín de la hoy Real Academia y, en especial, la inclusión del mismo y de toda la colección en la Biblioteca Digital de la UIB. Se reseñan asimismo todos los discursos, conferencias y mesas de debate programados a lo largo del curso académico, dedicándose especial atención a la entrega del XII Premio Luis Pascual González, por lo que supone de apoyo a los trabajos de investigación sobre las instituciones de nuestro Derecho civil propio.*

*Termina la Memoria con estas palabras: La Memoria del curso 2014-2015 es una síntesis del intenso trabajo realizado por los Académicos de esta Corporación como lo demuestra las actividades realizadas, “Somos lo que hacemos de forma repetida. La excelencia, entonces, no es un acto, sino un hábito”, en palabras de Aristóteles.*

# MEMORIA DE LAS ACTIVIDADES DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE LAS ILLES BALEARS REALIZADAS EN EL CURSO 2014-2015

María Pilar Ferrer Vanrell

## SUMARIO

### Introducción

1. Sesión de apertura del Nuevo Curso Académico 2014—2015.
2. Concesión del Título de “Real” Academia.
3. Las Sesiones de la Academia y su actividad interna.
  - 3.1 La Junta General.
  - 3.2 La Junta de Gobierno.
  - 3.3 Las Comisiones Académicas de Estudio: de Derecho Público y de Derecho Privado.
  - 3.4 Los Académicos Eméritos y los nuevos Académicos electos.
4. Actividades de Proyección exterior.
  - 4.1 Entrega del Premio Pascual González en su XII convocatoria.
  - 4.2 Las publicaciones de la Academia y su incorporación en la base de datos de la Universitat de les Illes Balears.
    - 4.2.1 El Boletín de la Academia número XV y su inclusión en la base de datos de la Universitat de les Illes Balears.
    - 4.2.2 Las páginas de la Academia en la Revista Missèr.
    - 4.2.3 Mantenimiento de la página WEB.
  - 4.3 Otras Actividades de proyección externa. Sesiones abiertas.
    - 4.3.1 Conferencias y Mesas de debate organizadas y pronunciadas en el seno de la Academia, en sesión abierta.

- 4.3.2 Asistencia a diversas actividades académicas y culturales.
5. El modo de sufragar la actividad interna y externa de la Real Academia.
- Epílogo.

## **Introducción**

En cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 38 de los Estatutos de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, esta Memoria relata, de forma sucinta, la intensa y fecunda actividad académica desarrollada durante el Curso 2014-2015.

Las actividades realizadas durante el curso académico que finaliza, dan cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 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 esta memoria da cuenta no solo de los trabajos científicos que han realizado los Sres. Académicos, desarrollados en su ámbito interno, sino también de la transferencia de estos resultados a la sociedad, realizada en sesiones abiertas, como a otras diversas actividades de proyección exterior.

Por esta razón, la Memoria se divide, a partir del solemne Acto de apertura del nuevo curso académico 2014-2015, en dos apartados, la actividad interna y las actuaciones de proyección exterior.

### **1. Sesión de apertura del Nuevo Curso Académico 2014--2015.**

El día 20 de octubre de 2014, a las 19 horas, tuvo lugar el Acto de apertura del curso 2014-2015, celebrado en la Sala de Actos del Ilustre Colegio de Abogados de las Illes Balears en sesión pública y solemne, de acuerdo con el artículo 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 2013-2014, que se publicará en el Boletín nº XVI de la Academia.

La Lección inaugural fue impartida por el Ilmo. Sr. D. Antonio Monserrat Quintana, Académico de Número y Magistrado, que disertó sobre una materia de gran actualidad, ya que se conmemora el séptimo centenario de la muerte del beato Ramon Llull, con el título “Corrupció i regeneració social en temps de Ramón LLull”, que también se publicará en el citado número XVI del Boletín.

## **2. Concesión del Título de “Real” Academia.**

Antes de entrar en la exposición de las actividades que ha realizado la Academia durante este curso que finaliza, merece dar noticia del nuevo título que ha otorgado su Majestad el Rey a nuestra Corporación.

El Presidente, D. Miquel Masot Miquel, propuso solicitar el acogimiento al Alto Patronazgo del Rey, con base en el artículo 62 j) de la Constitución Española. Explicó que, en Baleares, las demás Academias ostentan el título de “Real” y que esta Academia ya ha cumplido los XXV años desde su creación por esto propone que se pueda solicitar, a Su Majestad el Rey, el acogimiento bajo su Alto Patronazgo, solicitud que fue acordada por la Junta General en la sesión académica de 6 de octubre de 2014.

El pasado 9 de enero, el Presidente presentó en la Delegación de Gobierno la instancia de solicitud para que Su Majestad el Rey tuviera a bien ejercer el Alto Patronazgo sobre nuestra Corporación. Junto a la instancia, envió la carta de adhesión de la Molt Hble. Sra. Presidente del Parlamento balear, Sra. Durán y la del Vicepresidente del Gobierno balear, Sr. Gómez. Adjuntó, también, los dos últimos Boletines de la Academia.

A la vez remitió una carta al Excmo. Sr. D. Juan Velarde, Presidente del Instituto de España, para que tuviera conocimiento directo del Presidente, explicando dicha actuación y manifestándole que la petición se ha realizado por deseo y acuerdo unánime de los Académicos que integran nuestra Corporación.

D. Domingo Martínez Palomo, Secretario General de la Casa de S.M. el Rey, comunicó al Presidente, D. Miquel Masot Miquel, que Su Majestad el Rey “ha tenido a bien conceder el Título de “Real” a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears”; se adjunta la correspondiente Credencial fechada a 12 de mayo de 2015.

El artículo 62 de la Constitución Española encomienda al Rey el Alto Patronazgo de las Reales Academias, función que la Monarquía ha venido ejerciendo desde el siglo XVIII, como sistema para promover el progreso científico y cultural de España.

La concesión a nuestra Corporación de tan alta distinción ha conllevado la modificación de determinados artículos de los Estatutos para adaptarlos a la nueva calidad de “Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears”. Celebrada Junta General el pasado 25 de mayo, 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 la Consejería de Presidencia del Govern balear.

### **3. 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.

En este ámbito interno se tiene que destacar por su importancia, en este curso que finaliza, además del nuevo título otorgado a la Academia que es Real Academia, como se ha indicado, con la subsiguiente modificación de los Estatutos para adaptarlos a la nueva realidad; el paso de dos Académicos de número a la categoría de Académicos Eméritos; y la elección de dos nuevos Académicos.

#### **3.1 La Junta General.**

La Academia se reunió, en una primera sesión ordinaria y preparatoria del nuevo curso académico, el día 6 de octubre de 2014, para tratar y acordar, entre otros extremos, la fijación de la fecha de la sesión inaugural del curso 2014-2015, que quedó acordada para el próximo día 20 de octubre. Se aprobó el presupuesto para el curso 2014-2015, presentado por el Presidente y a propuesta del Tesorero D. Bartolomé Sitjar. Se aprobaron las Bases del XIII Premio Pascual González. Se acordó, también, la programación de las actividades académicas para el nuevo curso académico, que se reseñarán.

Las siguientes sesiones ordinarias se celebraron el 26 de enero de 2015, el 20 de abril de 2015; y el 25 de mayo de 2015 como última y de cierre del curso académico 2014-2015.

## 3.2 La Junta de Gobierno.

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.

### 3.3. Las Comisiones Académicas de Estudio: de Derecho Público y de Derecho Privado.

Uno de los principales fines de la Academia, de acuerdo con los artículos 2 y 3 de sus Estatutos, se realiza en las Comisiones Académicas de Estudio de Derecho Público y de Derecho Privado mediante los trabajos de investigación que los Sres. Académicos elaboran, debaten y presentan en el seno de las respectivas Comisiones. Estos estudios tienen como finalidad contribuir a las reformas y el progreso de la legislación balear, en el ámbito del derecho civil propio y del derecho público autonómico, por mandato estatutario y, a la vez, dando cumplimiento a los Convenios suscritos con los órganos de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

La Comisión Académica de Derecho Privado se reunió, este curso académico y bajo la presidencia del Presidente de la Corporación, para debatir la ponencia presentada por el Académico y notario, D. Carlos Jiménez Gallego, sobre *“Parejas no matrimoniales”*, en la que trata toda la problemática que ha surgido a partir de las leyes autonómicas sobre parejas no casadas. La ponencia presenta un análisis comparado sobre las distintas regulaciones sobre parejas no casadas; un estudio jurisprudencial sobre las cuestiones controvertidas; así como propuestas de resolución de temas que se han planteado recientemente.

A la ponencia se presentaron diversas comunicaciones por parte de los Sres. Académicos que se detallan a continuación. El Presidente, con el 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”*. D. Tomás Mir de la Fuente, con el título, *“Informe apresurado sobre un aspecto de la propuesta del Académico D. Carlos Jiménez Gallego sobre la Reforma de la Ley de Parejas Estables de la Comunidad Autónoma de la Illes Balears”*. D. Antonio Monserrat Quintana, titulada *“Notas sobre la regulación de las parejas no matrimoniales”*. Dña. María Pilar Ferrer Vanrell *“Análisis de ciertas cuestiones que se han presentado, recientemente, sobre las parejas estables. Una especial consideración a la llamada pensión de viudedad”*. Y D. José Cerdá Gimeno con el título *“Unas notas sobre el “ámbito genérico” del tema “parejas no casadas”*.

El Presidente levantó acta sobre los debates y conclusiones que se presentaron en la sesión académica celebrada el pasado 21 de abril.

La Comisión Académica de Derecho Público continuó la línea de investigación iniciada por el Académico D. Tomás Mir de la Fuente, sobre la materia del lenguaje jurídico. La ponencia que presentó el Sr. Mir de la Fuente lleva por título “El *nomen iuris* de los recursos: entre la filología y el derecho y entre el derecho procesal y el administrativo”. Esta materia es calificada, en palabras del ponente, de “galimatías, porque provoca confusión, desorden o lío”. Que también es la B<sup>o</sup>abel del Diccionario, como lugar en que hay gran desorden y confusión, o donde hablan muchos sin entenderse. Como en la bíblica torre de Babel, ciudad de Asia”. El Académico D. Antonio J. Terrasa García presentó una ponencia con el título “Notas a propósito de la llamada Doctrina Parot y la reforma del Código penal (LO 1/2015 de 30 de Marzo)”.

Los estudios de la Comisión Académica de Derecho Privado se presentaron el pasado día 15 de octubre, en la sede del Parlamento de las Illes Balears, a su Presidente, Molt Hble. Sra. Dña María Consuelo Huertas i Calatayud, a los efectos oportunos y 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 el artículo 30.27 del Estatut d’Autonomía de les Illes Balears.

### **3.4 Los Académicos Eméritos y los nuevos Académicos electos.**

La Composición de los Académicos que conforman la Real Academia se ha modificado como consecuencia del paso de dos Académicos de número a la nueva condición de Académicos Eméritos, cubriéndose dichas vacantes con la elección de dos nuevos Académicos.

El pasado curso académico 2013-2014 se procedió a la creación de la figura del Académico Emérito, con la consiguiente modificación de los Estatutos de la Corporación, que ha dado solución a los Académicos que, por razón de edad o enfermedad, están impedidos para llevar a cabo las obligaciones académicas que impone el artículo 15, pudiendo permanecer como miembros de la Real Academia, con *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.*

En este curso que finaliza, dos Académicos de número han optado por pasar a la condición de Eméritos; D. José Zaforteza, el día 27 de octubre de 2014, presentó su solicitud para pasar a la condición de Emérito; como también

D. Miguel Suau el día 4 de noviembre del mismo año. Esta posibilidad de optar a la condición de Académico Emérito ha supuesto un enriquecimiento para la Corporación, ya que conserva en su seno a dos Académicos Eméritos de la talla jurídica de D. José Zaforteza Calvet y de D. Miguel Suau Rosselló, al permitir, la normativa estatutaria, su permanencia en la Corporación.

Las dos vacantes de Académico de número se han cubierto, de acuerdo con los artículos 6 y siguientes de los Estatutos, con la elección de dos nuevos Académicos, D. Joan Oliver Araujo, elegido en la sesión de la Junta General del pasado 20 de abril; y D. Carlos Gómez, en la sesión de la Junta General de 25 de mayo. Los citados Académicos electos pronunciarán, en el plazo de un año, el preceptivo discurso de ingreso en la Real Academia para obtener la condición de Académico de Número.

#### **4. Actividades de Proyección exterior.**

“El fomento de la cultura jurídica” es uno de los fines de la Academia, regulado en el artículo 2 de sus Estatutos.

Uno de los principales cometidos de la Academia se centra en su actividad de proyección externa, con la finalidad de transferir el conocimiento a la sociedad.

Muchas son las actividades realizadas durante el curso que finaliza. Esta profusa actividad externa es reflejo de su actividad interna.

Entre las realizadas, de las que da cuenta esta Memoria, es preciso hacer mención, en primer lugar, al 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. Esta actividad investigadora no sólo se realiza 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.

##### **4.1 Entrega del Premio Pascual González en su XII convocatoria.**

El 23 de marzo de 2015, a las 19 horas, tuvo lugar la entrega del XII Premio Luís Pascual González, que fue otorgado a la Dra Dña. Cristina Gil Membrado, Profesora Contratada Doctora acreditada como Titular de Universidad, por el trabajo de investigación que lleva por título, “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”.

El acto de entrega del Premio se celebró en la Sala de Actos del Ilustre Colegio de Abogados, en sesión pública y solemne, presidida por la Molt Hble. Sra. Margalida Durán i Cladera, Presidente del Parlament de les Illes Balears.

La premiada, Dra. Gil Membrado, expuso las principales líneas de su trabajo de investigación.

La contestación, en nombre de la Academia, estuvo a cargo del Presidente, D. Miquel Masot Miquel, que disertó con el título, “La aparición de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante en la Compilación de 1990 relatada por un testigo presencial”.

## **4.2 Las publicaciones de la Academia y su incorporación en la base de datos de la Universitat de les Illes Balears.**

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 se puede consultar en la página web de la Academia y en la base de datos de la Universitat de les Illes Balears; y 2) las páginas que la Revista Missèr reserva a esta Corporación.

### **4.2.1 El Boletín de la Academia número XV y su inclusión en la base de datos de la Universitat de les Illes Balears**

En este Curso Académico que finaliza se ha publicado el número XV del Boletín de la Academia. Se presentó a la Molt Hble Sra. Presidenta del Parlament de les Illes Balears, Sra. Margalida Durán i Cladera, el día 26 de enero a las 12 horas en la Sala del Senado, del Parlamento, con la asistencia de Diputados, Académicos, autores de los trabajos publicados y medios de comunicación.

Es de especial importancia reseñar la inclusión del Boletín de la Academia en la base de datos de la UIB, a efectos de su publicidad. Esta incorporación tiene su fundamento en un Convenio celebrado entre el Presidente de la Real Academia, D. Miquel Masot, y el Rector de la Universitat de les Illes Balears, D. Llorenç Huguet, para proceder a la digitalización de los Tomos I y II, y a la importación de los archivos digitales de los restantes Boletines; así como la catalogación de los artículos; la extracción e importación de las portadas de todos los tomos; la construcción de la colección digital, así como

la tramitación del Digital Object Identifier (DOI) correspondiente a cada artículo. Anualmente, se incorporará el último Boletín que se publique.

Este Convenio con la correspondiente inclusión en la Base de Datos de la UIB ha dado al Boletín de la Academia una nota de calidad para obtener una mejor indexación.

El link para consulta es: Biblioteca Digital de les Illes Balears

El Sumario del Boletín número XV se relaciona a continuación:

1º MEMORIA DEL CURSO ACADÉMICO 2012-2013.

2º DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2013-2014  
*Cláusulas abusivas en la contratación de los préstamos hipotecarios*, de Don CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO.

3º SESIÓN DE INGRESO EN LA ACADEMIA DE DON ANTONIO JOSÉ TERRASA GARCÍA.

1. Discurso de ingreso: *Competencia sobre las cuestiones prejudiciales del proceso penal (sustrato material y límites constitucionales)*.

2. Contestación, en nombre de la Academia: *Reflexionando sobre la prejudicialidad* de Don MIQUEL MASOT MIQUEL.

4º LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, de Doña ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ .

5º MESA REDONDA SOBRE ARRENDAMIENTOS TURÍSTICOS

1. *La cesión del uso de la vivienda a no residentes: contrato de alojamiento (de estancias turísticas) en viviendas y el contrato de arrendamiento de temporada, conforme a la Ley del Turismo de las Islas Baleares tras la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos*, de Don ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

2. *Arrendamientos urbanos: de la ley estatal 4/2013 a la Ley General Turística*, de Don BERNARDO FELIU AMENGUAL.

## 6º XI PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ.

1. *Disposición de la vivienda familiar y donaciones entre cónyuges. Algunas consideraciones críticas sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio de 2013*, de Don PEDRO MUNAR BERNAT

Trabajo ganador del Premio

2. *Elegía a nuestro Derecho civil*. . Intervención de Don MIGUEL COCA PAYERAS en el acto de entrega

## 7º MESA REDONDA SOBRE CENSOS Y ALODIOS.

1. *Censos y alodios o alous de Don ANTONIO MONSERRAT QUINTANA*.

2. *La normativa reguladora dels censos i alous en l'actualitat*, de Don MIQUEL MASOT MIQUEL.

3. *Reflexions sobre els alous, la seva abolicció i el dret civil balear*, de Don MIQUEL ÀNGEL MAS I COLOM

4. *Censos y alodios: futuro*, de Don PEDRO A. AGUILÓ MONJO.

## 8º COLEGIOS PROFESIONALES, de Don LORENZO ROS SÁNCHEZ.

## 9º MESA REDONDA SOBRE “LA JUSTICIA PENAL EN EL BANQUILLO”.

1. *La Justicia Penal en el banquillo* de Don RAFAEL PERERA MEZQUIDA.

2. *Apuntes sobre ideas manifestadas en una mesa redonda*, de Don GABRIEL GARCÍAS PLANAS.

## 10º COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PÚBLICO.

### ESTUDIOS SOBRE EL LENGUAJE JURÍDICO.

1. *El lenguaje de las leyes (destinadas al ciudadano medio)*, de Don TOMÁS MIR DE LA FUENTE.

2. *La mayúscula inicial en las palabras de las leyes, particularmente, en estado y derecho* de Don TOMÁS MIR DE LA FUENTE.

3. *Algunes consideracions sobre el llenguatge de la Compilació del Dret civil de les Illes Balears*, de Don MIQUEL MASOT MIQUEL.

4. *Alternativas terminológicas a la condición de imputado* de Don ANTONIO JOSÉ TERRASA GARCÍA.

11º COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO. ESTUDIO SOBRE LA DEFINICIÓN Y EL FINIQUITO DE LEGÍTIMA.

1. *Ponencia sobre la Diffinitio (arts. 50 y 51 y 77 CDCIB) y propuesta de resolución de las cuestiones que plantea*, de Doña MARÍA PILAR FERRER VANRELL.

2. *Comunicación del Académico* Don JAIME FERRER PONS.

3. *Comunicación del Académico* Don JOSÉ CERDÁ GIMENO.

4. *Comunicación del Académico* Don MIQUEL MASOT MIQUEL.

5. *Acta de la sesión de la Comisión Académica de Derecho Privado celebrada el 28 de Abril de 2014.*

12º ÍNDICES DE LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN LOS BOLETINES DE LA ACADEMIA NÚMEROS X A XIV Y RELACIÓN DE LAS COLABORACIONES DE LOS ACADÉMICOS EN LA REVISTA MISSÈR DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS ILLES BALEARS, de Don TOMÁS MIR DE LA FUENTE.

1. *Índice por autores*

2. *Índice por actividades académicas*

3. *Índice por materias tratadas*

4. *Relación de artículos de la revista Missèr desde el nº 83 (Octubre de 2009)*

13º RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS PUBLICADOS EN ESTE BOLETÍN.

#### **4.2.2. 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° 102**, julio-septiembre 2014.

Artículo doctrinal, con el título “La “Justicia Universal”: Un torpedo en las relaciones España y China”, a cargo de D. Rafael Perera Mezquida.

Reseña de la Mesa Redonda, con el título “La Justicia penal en el banquillo”, que se celebró el día 29 de mayo, en el Salón de Actos del Colegio de Abogados, siendo ponentes los Académicos y Abogados penalistas, D. Rafael Perera Mezquida y D. Gabriel Garcías Planas, estuvo presidida por el Sr. Masot, Presidente de la Academia.

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

**Missèr n° 103**, octubre-diciembre 2014.

Incluye un artículo doctrinal, titulado “Sobre la modificación del régimen electoral municipal”, su autor D. Josep Maria Quintana Petrus.

Se publicitan las Bases del XIII Premio Pascual González.

Finalizan las páginas reservadas a la Academia con un artículo a cargo del Académico D. Antonio Pérez Ramos, que titula “Francisco. Un Pontífice extraordinario”.

**Missèr n° 104**, enero- marzo 2015.

Artículo doctrinal, a cargo del Académico D. Antonio Terrasa García, titulado “Conformidad penal: arreglos y desarreglos”.

Reseña de la Inauguración del Curso Académico 2014-2015.

Reseña de la Mesa Redonda sobre “La próxima entrada en vigor del Reglamento Sucesorio Europeo”, presidida por el Presidente, Sr. Masot, en la que intervinieron como ponentes, el Dr. D. Luís Garau Juaneda, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la UIB y el Académico y Notario D. Carlos Jiménez Gallego.

Presentación, a la Molt Honorable Sra. Presidenta del Parlament, del Informe sobre la definición y el finiquito de legítima, elaborado en el seno de la Comisión de Derecho Privado de la Academia.

También se publicitan las Bases del XIII Premio Pascual González.

**Missèr n° 105**, abril-junio 2015.

Las páginas dedicadas a la Academia tienen como inicio un artículo doctrinal titulado “Nueva legislación: sensaciones judiciales”, a cargo de D. Bartolomé Sitjar.

Reseña de la Mesa Redonda con el título “El control de los fondos públicos ¿asignatura pendiente?”, presidida por el Presidente, siendo ponentes, D. Antonio Mas Cladera, Síndic Major de la Sindicatura de Comptes de les Illes Balears, y D. Juan Ramallo Massanet, Catedrático de Derecho financiero y ex Miembro del Tribunal de Cuentas de la Unión Europea.

Mesa Redonda sobre la “Doctrina Parot: implicaciones jurídicas y percepción ciudadana”, presidida por el Presidente Sr. Masot. Actuaron como ponentes el Académico y Presidente del TSJIB D. Antonio Terrasa García; D. José Ramón Navarro Miranda, presidente de la Audiencia Nacional; el redactor del diario *El País*, D. Andreu Manresa y Dña María Fuenteálamo, del diario *El Mundo*.

Presentación del XV Boletín de la Academia, en el Parlamento de las Illes Balears, presidido por la Molt Honorable Sra. Margalida Durán. Reseña del Sumario.

Mesa Redonda sobre las “Recientes modificaciones de la Ley concursal”, presidida por el Presidente Sr. Masot; actuaron como ponentes, D. Guillermo Alcover Garau, Catedrático de Derecho Mercantil y Abogado; y el Magistrado D. Victor Fernández González, titular del Juzgado número Uno del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca.

Finalmente se publicitan las Bases del XIII Premio Pascual González.

### **4.1.3 Mantenimiento de la página WEB.**

El mantenimiento de la página web de la Academia como elemento de difusión de la actividad de la Academia.

En el curso académico 2012-2013 se creó la página web de la Academia ([www.ajlib.es](http://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.

### **4.3 Otras Actividades de proyección externa. Sesiones abiertas.**

Por último, en el apartado de la actividad de proyección externa de la Academia no se debe olvidar la actividad realizada tanto en la organización de conferencias y debates pronunciadas en sesiones abiertas 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.

#### **4.3.1 Conferencias y Mesas de debate organizadas y pronunciadas en el seno de la Academia, en sesión abierta.**

La Academia ha organizado, en sesiones abiertas, durante el curso que finaliza, Conferencias, Mesas de debate y otras actividades en relación al estudio e investigación del derecho y para la difusión de la cultura jurídica con el fin de transferir estos conocimientos a la sociedad, en cumplimiento de sus fines estatutarios. También ha colaborado en la organización de otras actividades culturales.

1ª. Mesa redonda, celebrada el 17 de Noviembre de 2014, a las 19 horas, en la Sala de Actos del Ilustre Colegio de Abogados, sobre “La próxima entrada en vigor del Reglamento Sucesorio Europeo”. Presidida por D. Miquel Masot Miquel, intervinieron el Catedrático de Derecho Internacional Privado D. Luis Garau Juaneda, y el Académico D. Carlos Jiménez Gallego, Notario. Esta actividad se ha realizado en el marco de la colaboración con Vicepresidencia y Consejería de Presidencia del Govern balear, conforme al Protocolo general firmado el 13 de marzo de 2012.

2ª. Mesa redonda, con el título “El control de los fondos públicos. ¿Asignatura pendiente?”, fue presidida por el Presidente de la Corporación; en ella intervinieron, el Síndic Major de la Sindicatura de Comptes de les Illes Balears, D. Pedro Antonio Mas Cladera y el Catedrático de Derecho financiero y ex miembro del Tribunal de Cuentas Europeo, D. Juan Ramallo Massanet. Se celebró el día 15 de Diciembre de 2014, a las 19 horas, Esta actividad se ha realizado en el marco de la colaboración con Vicepresidencia y Consejería de Presidencia del Govern balear, conforme al Protocolo general firmado el 13 de marzo de 2012.

3ª. El 26 de Enero de 2015, a las 19 horas, en la Sala de Actos del Ilustre

Colegio de Abogados, tuvo lugar una Mesa de debate sobre “La Ley Concursal y sus modificaciones, con especial referencia a las más recientes”- Fue presidida por D. Miquel Masot Miquel. Actuaron como ponentes, D. Guillermo Alcover Garau, Catedrático de Derecho Mercantil y Abogado; y el Magistrado D. Victor Fernández González, titular del Juzgado Número Uno del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca. Esta actividad se ha realizado en el marco de la colaboración con Vicepresidencia y Consejería de Presidencia del Govern balear, conforme al Protocolo general firmado el 13 de marzo de 2012.

4ª El 19 de Febrero, a las 19 horas, en la Sala de actos del Colegio de Abogados, se celebró una Mesa de debate sobre el tema “Doctrina Parot: implicaciones jurídicas y percepción ciudadana”, presidida por el Presidente de la Academia, con la intervención de los Magistrados D. José Ramón Navarro, Presidente de la Audiencia Nacional, y D. Antonio J. Terrasa García, Académico y Presidente del Tribunal Superior de Justicia, y los Periodistas Dª María Fuenteálamo, del periódico El Mundo, y D. Andreu Manresa, de EL Pais. Esta actividad se ha realizado en el marco de la colaboración con Vicepresidencia y Consejería de Presidencia del Govern balear, conforme al Protocolo general firmado el 13 de marzo de 2012.

5ª Mesa redonda sobre “Ética jurídica: abogacía, judicatura, notariado”, celebrada en la Sala de actos del Colegio de Abogados el 20 de Abril, a las 19 horas, presidida por D. Miquel Masot Miquel, con intervención del Abogado D. José Nadal Mir, Profesor de Deontología de la Escuela de Práctica Jurídica y ganador del I Premio Degà Miquel Frontera a la ética jurídica; el Magistrado D. Carlos Gómez Martínez, Presidente de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial; y el Notario Honorario y Académico D. Jaime Ferrer Pons. Esta actividad se ha realizado en el marco de la colaboración con Vicepresidencia y Consejería de Presidencia del Govern balear, conforme al Protocolo general firmado el 13 de marzo de 2012.

6ª Mesa de debate sobre “Los arbitrajes tras la ley 11/2011, de 20 de mayo: una visión crítica”, celebrada a las 19 horas del pasado 25 de mayo, en la Sala de Actos del Colegio de Abogados, presidida por D. Miquel Masot Miquel, con la intervención de D. Lorenzo Ros Sánchez, abogado y ex Decano del Ilustre Colegio de Abogados; D. Miguel Coca Payeras, Abogado; Catedrático de Derecho Civil y Académico de número; y D. Antonio Monserrat Quintana, Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia y Académico de número. Esta actividad se ha realizado en el marco de la colaboración con Vicepresidencia y Consejería de Presidencia del Govern balear, conforme al Protocolo general firmado el 13 de marzo de 2012.

### 4.3.2. 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 El Presidente procedió a solicitar la subvención que se concede a las Reales Academias para su funcionamiento, por parte de la Consejería de Presidencia, una vez publicado en el BOIB el Decreto de subvenciones.

2º El día 3 de junio de 2014 asistió, por invitación del Presidente de la Real Academia de Medicina, Sr. Tomás, a la conferencia “Dieta mediterrània i salut cardiovascular” dictada por la Dra. María Isabel Covas Planells.

3º El 6 de junio asistió, por invitación del Ilustre Decano del Colegio de Abogados, Sr. Aleñar, a la Fiesta colegial 2014, en la que se entregaron las medallas en conmemoración de los 25 y 50 años de colegiación.

4º Asistencia a la presentación del número 12 de la *Revista Jurídica de les Illes Balears* el pasado 17 de junio, celebrada en la Sala de Actos del Colegio de Abogados.

5º El 26 de junio asistió, por invitación del Presidente de la Real Academia Mallorquina de Estudios Históricos, a la conferencia titulada “La educación de Luís Salvador, un príncipe Habsburgo”, a cargo del Dr. Wolfgang Löhnert, programada dentro del ciclo dedicado al centenario del fallecimiento del Archiduque.

6º Asistencia, el 30 de junio al *VIII Encontre de Música Contemporànea*, Orquesta de l’Aula de Música Contemporània del Conservatori Professional de Felanitx, por invitación del Presidente de la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià de les Illes Balears.

7º Asistencia por invitación del Presidente de la Reial Acadèmia de Medicina, a la sesión científica “*Hacia la cura de los síndromes mielodisplásticos y de la leucemia mieloide aguda*”, a cargo del Prof. Guillermo García Menero, del Departament of Leucemia, MD Anderson Center, University of Texas.

8º El 3 de junio y por invitación del Presidente de la Academia Mallorquina de Estudios Históricos, asistió a la presentación del libro “*La desventura de*

*la Libertad. José María Calatrava y la caída del régimen constitucional en España en 1823*”, por su autor Pedro J. Ramírez.

9º Asistencia a las Jornadas de Derecho de Familia, celebradas en Palma los días 3 y 4 de junio de 2014 en el Salón de Actos del Colegio de Abogados, y explica que actuó como presentador de la Conferencia “*El otorgamiento de testamento después de la crisis de la convivencia*”, a cargo del Decano del Ilustre Colegio Notarial de Baleares, D. Raimundo Fortuñy Marqués.

10º Invitación y asistencia a la Recepción que ofrecieron sus Majestades los Reyes, el 7 de agosto de 2014, en el Palacio Real de La Almudaina; el Presidente aprovechó la velada para plantear a su Majestad el Rey Felipe VI la petición para la obtención del título de “Real” Academia, dado que ya han pasado más de 25 años desde su creación.

11º Asistencia al solemne Acto de inauguración del curso académico de la Universitat de les Illes Balears 2014-2015, que se celebró el pasado día 18 de septiembre, por invitación del Rector Dr. D. Llorenç Huguet.

12º El día 19 de septiembre asistió, en el Palacio de la Almudaina y por invitación del Teniente General Excmo Sr. D. Francisco Javier Varela Salas, al Acto solemne de Toma de Posesión del nuevo Comandante General de Baleares, el General de Brigada Excmo Sr. D. Fernando Aznar Ladrón de Guevara.

13º Invitación y asistencia a la conferencia impartida por el Prof. Dr. Andreu Palou, en la Real Academia de Medicina, el día 7 de octubre de 2014, titulada “*Noves claus en la prevenció de l’obesitat des de la lactància: leptina*”.

14º Asistencia a la entrega del Premio Agustí Juandó i Royo, en su IX edición, otorgado a D. Francesc Riera Solivellas, que recogió su esposa.

15º Invitación y asistencia a la conferencia sobre “*Innovación en Medicina: mitos y realidades*”, a cargo del Dr. Carlos Campillo Artero, que se celebró en la sede de la Real Academia de Medicina, el día 4 de noviembre.

16º Invitación y asistencia al acto de apertura del Curso 2014-2015 de la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià de les Illes Balears, celebrada el pasado 19 de noviembre; la lección inaugural, titulada “*Partir à neuf, desde cero*” fue impartida por el Ilustrísimo Sr. D. Rafael Forteza Muñoz; y concierto de “*Mallorca Saxophone Ensemble & Rodrigo Vila*”.

17º Asistencia, el 20 de noviembre, al acto de concesión del II Premio Degà Miquel Frontera a la Ética Jurídica, que recibió el Magistrado D. Carlos Izquierdo.

18º Invitación y asistencia a la conferencia sobre “Evolució del tractament quirúrgic de la patologia coronària” impartida por el Dr. J. Oriol Bonnin Pubianas, pronunciada el día 2 de diciembre, en la sede de la Real Academia de Medicina.

19º Invitación cursada por el Rector de la UIB, y asistencia a la inauguración de la Exposición de “Miquel dels Sants Oliver (1864-1920), l’home, l’escriptor, el periodista”, el día 2 de diciembre, en el Centro Cultural la Misericordia.

20º Invitación y asistencia, el día 11 de diciembre de 2014, a la presentación del libro “El Futuro territorial del Estado español: “¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?”, dirigido por el Dr. Joan Oliver Araujo, Catedrático de Derecho Constitucional de la UIB, que se celebró en la Sala de los Pasos Perdidos del Parlamento de las Illes Balears y fue presentado por el Excmo Sr. D. Rafael Perera, Presidente del Consell Consultiu. El Presidente asistió; también lo hizo la Secretario General de la Academia.

21º, Invitación del Presidente del Govern balear junto al Secretario de Estado de Cultura, para el acto de reapertura del Arxiu del Regne de Mallorca.

22º Asistencia al Acto de Recepción Oficial con motivo de la Festividad de la Pascua Militar, al que fue invitado por el Comandante General de Baleares, en nombre de Su Majestad el Rey, que se celebró el día 6 de Enero de 2015, en el Salón del Trono del Palacio de la Almudaina.

23º Asistencia al Acto de entrega de la Medalla de Honor al barítono D. Joan Pons Álvarez, concedida por la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià, que se celebró, en su sede, el 21 de enero de 2015.

24º Asistencia, por invitación, del Presidente de la Reial Acadèmia de Medicina, a la Solemne Sesión Inaugural del Curso Académico 2015, que se celebró el pasado 22 de enero. La lección inaugural corrió a cargo de la Académica M.I.Sra. Marta E.Couce Matovelle, con el título “Priones, una nueva perspectiva biológica”. Se procedió, también, a la entrega de premios y distinciones que otorga la Reial Acadèmia de Medicina. Se entregó la Medalla de Trayectoria Profesional al Dr. Ballesteros, expresidente de la Reial Acadèmia de Medicina.

25º Invitación, a la que asistió, cursada por el Presidente de la Reial Acadèmia de Medicina a la presentación del libro “El escandaloso pleito entre D. Joan March Verga y el Dr. Miguel Ferrando 1919-1927”; original del Dr. José Tomás Monserrat; que se celebró, en la sede de la Academia, el día 30 de enero de 2015.

26º Invitación cursada por el Presidente de la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastiá, y asistencia a la sesión de ingreso en la Academia de Dña Cristina Ros Salvá, que pronunció el discurso “Art i Mitjans de Comunicació”, y le contestó el Sr. Frontera. El acto se celebró en la sede de Can Campaner, el día 11 de febrero de 2015.

27º Invitación y asistencia a la obra “Tu y yo somos 3” de Jardiel Poncea, que fue interpretada por Abogados del Ilustre Colegio de Baleares, en la Sala Mozart del Auditorium de Palma, los días 14-15 de febrero.

28º Invitación cursada por el Ilustre Decano del Colegio de Abogados, Sr. Aleñar Feliu, al Homenaje a D. Félix Pons Marqués (1910-1970), que se celebró en la Sala de Actos del Colegio, el pasado 23 de febrero; a la que asistió. Se proyectó un vídeo documental “Félix Pons, un hombre honrado”, realizado por su hijo, D. Josep Pons Irazazábal, embajador de España en Malta. Intervinieron, D. José Zaforteza; D. Eugenio Nasarre y Dña Victoria Camps.

29º Invitación y asistencia a la conferencia que pronunció el Dr. D. Antonio M<sup>º</sup> Lacy Fortuny, en la sede de la Reial Academia de Medicina de Can Campaner, el pasado día 3 de marzo.

30º Invitación y asistencia al Acto de investidura de Dña. Francisca Lladó Pol como Académica de la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastiá; el discurso de ingreso llevaba por título “Mallorca sota el prisma de Norah Borges”; el acto se celebró en su sede de Can Campaner el día 4 de marzo de 2015.

31º Invitación y asistencia a la presentación del libro “Historia de la Universidad en Mallorca. Grandezas y miserias de una élite intelectual. Siglos XV-XX”, original del Dr. Román Piña Homs, que se presentó, el día 5 de marzo de 2015 en la sede de la Reial Acadèmia Mallorquina d’Estudis Històrics, en Can Campaner. Intervinieron el Dr. D. Llorenç Huguet, Rector Magnífico de la UIB y el Académico y Presidente del Tribunal Superior de Justicia D. Antonio Terrasa García.

32º Asistencia a la presentación del libro “ Cap una reforma educativa. Reflexions, propostes, documents...”, original de D. Bartomeu Rotger

Amengual, que se pronunció el día 12 de marzo en la Sala de Actos del Colegio de Abogados.

33º Invitación cursada por el Presidente y Consejero Delegado del Grupo Cope, a la entrega del Premio Popular de Honor, concedido a su Majestad la Reina Doña Sofía, celebrado el pasado día 19 de marzo en el Teatro Principal, a la que el Presidente asistió.

34º Invitación cursada por el Comisionado Autonómico para los 700 años Ramón Llull a la conferencia pronunciada por Isabel San Sebastián, el día 26 de marzo, en la sede de la Reial Acadèmia d'Estudis Històrics, con el título "El marco histórico del siglo XIII, referencia lul·liana: Federico de Sicilia, Pedro II de Aragón y el Gran Kan", en Can Campaner, a la que asistió.

35º Invitación cursada por el Decano del Ilustre Colegio Notarial, Ilmo Sr. D. Raimundo Fortuñy Marqués a la conferencia dictada por el Ilmo Sr. D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés (Notario Honorario), Académico y expresidente de esta Reial Acadèmia, con el título "El juicio sobre la capacidad del testador emitido por el Notario ¿es impugnable?", en la sede del Colegio notarial, el día 13 de abril de 2014. Era la última conferencia que impartía y con ella cerraba su ciclo profesional.

36º Invitación y asistencia, el pasado 30 de abril en la sede de Can Campaner, a la conferencia organizada por la Real Academia de Estudios Históricos, con el título "El silencio de Aristóteles: la aparente omisión de las autoridades philosophorum en la obra luliana" que dictó el Sr. José Higuera Rubio, experto lulista colombiano.

37º, Invitación del Presidente de la Reial Acadèmia de Medicina de las Illes Balears, a la sesión científica sobre "Alteraciones hematológicas en el síndrome de Down", impartida por el Prof. Rafael Fernández-Delgado Cerdá y celebrada el pasado 5 de mayo, a las 20 horas, en la sede de la Academia de Medicina, a la que asistió.

38º El día 11 de mayo, asistió, invitado por el Decano del Colegio de Notarios, a las Jornadas sobre el Reglamento Sucesorio europeo, organizadas por dicho Colegio de Palma. La primera impartida por el profesor de Derecho Internacional de la Universidad Pompeu Fabra Dr. D. Albert Font Segura, con el título "La Ley Reguladora de la Sucesión". La segunda, dictada por la Ilma Sra. Dª Mª Pilar Blanco-Morales Limones, Catedrático de Derecho Internacional privado y ex directora general de los Registros y del Notariado, que se celebró en la sede del Colegio notarial el pasado día 18 de mayo.

39º El pasado día 13 de mayo asistió al acto de toma de posesión del Presidente de la Audiencia Provincial, Sr. Gómez Reino, por invitación del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, Sr. Terrasa García.

40º El día 15 de mayo, asistencia a la conferencia, organizada por la Reial Acadèmia de Farmàcia de Catalunya en las Illes Balears en la sede de Can Campaner, con el título “Maneig de les fonts d’informació en Farmacoteràpia”, impartido por la Excelentísima Sra Dra. Núria Casamitjana Cucurella, Académica de Número de la RAFC y Directora del Centre d’informació del Medicament del Col·legi Oficial de la Farmacèutica de Barcelona. Seguidamente se procedió a la entrega del Premi Cooperativa d’Apotecaris de la Reial Acadèmia de Farmàcia de Catalunya 2014 a la Dra. Francisca Maria Santandreu Jaume, autora del proyecto “Servicio de atención farmacéutica a pacientes ancianos con problemas de movilidad”.

41º Invitación y asistencia a la Jura de los nuevos colegiados, por invitación del Ilustre Decano del Colegio de Abogados, Sr. Aleñar Feliu.

42º Asistencia, por invitación del Ilustre Decano del Colegio Notarial y del Colegio de Registradores, a la Fiesta de su Patrono, San Juan Ante Portam Latinam, que se celebra el día 27 de mayo de 2015.

## **5. El modo de sufragar la actividad interna y externa de la Real Academia.**

Sin ser, el ámbito económico, materia propia de las actividades llevadas a efecto por parte de la Academia, es necesario hacer una breve mención a la gestión de las cuentas que cubren la actividad de la Corporación.

El presupuesto, que se aprueba en cada primera Junta General preparatoria del nuevo año académico, es modesto y se gestiona por parte del Tesorero y la Junta directiva con especial celo y transparencia. Los ingresos se nutren de las subvenciones que conceden tanto el Gobierno Balear, a través de la Dirección General de Relaciones Institucionales y Acción Exterior, dependiente de la Consejería de Presidencia; como las que concede el Parlamento de las Illes Balears. La Real Academia agradece a estas instituciones la ayuda que le prestan para cubrir los gastos destinados a su funcionamiento, los gastos que se generan para la celebración de las Juntas generales y el consiguiente desplazamiento de los Académicos de las otras islas; el gasto corriente; las publicaciones; las conferencias y debates que se imparten en sesiones abiertas, con la finalidad de transferir el conocimiento a la sociedad balear.

Como también los costes derivados de las publicaciones de carácter jurídico y la convocatoria de un Premio anual que galardona el mejor trabajo de investigación en Derecho civil propio de nuestra Comunidad Autónoma, cumpliendo así el mandato estatutario del artículo 2 y del artículo 3 en sus apartados 3 y 6.

En este capítulo tiene que constar el agradecimiento por la colaboración desinteresada que presta el Ilustre Colegio de Abogados, tanto por la cesión de un espacio para la sede física de la Real Academia, como por la ayuda en el funcionamiento ordinario, ya que la Corporación no cuenta con personal propio. Esta inestimable colaboración del Ilustre Colegio de Abogados la viene prestando desde la creación de la Academia.

Finalmente señalar que los Señores académicos no perciben remuneración ni dietas por el ejercicio de su cargo, por la asistencia a sesiones o actos, por la elaboración de ponencias, dictámenes y comunicaciones, ni por cualquier participación en mesas redondas o demás actos académicos.

## **Epílogo**

La Memoria del curso 2014-2015 es una síntesis del intenso trabajo realizado por los Académicos de esta Corporación como lo demuestra las actividades realizadas. “Somos lo que hacemos de forma repetida. La excelencia, entonces, no es un acto, sino un hábito”, en palabras de Aristóteles.

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

Sólo destacar, por último, 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 fines estatutarios, como es el fomento de la cultura jurídica.

## IV.- DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2015-2016

*El 21 de octubre de 2015 tuvo lugar la inauguración del curso académico 2015/2016. Tras la lectura de la Memoria del anterior curso, que se puede leer en las páginas precedentes, dictó la lección inaugural el Catedrático de Derecho civil de la UIB y Académico Miguel Coca Payeras; versó sobre un tema de verdadera actualidad e importancia, cual es la exposición de la doctrina del Tribunal Supremo en aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, para tratar de dar una solución a las situaciones injustas que ha planteado la actual crisis económica.*

*En una exposición completa de la materia, se parte de las aportaciones de la doctrina alemana introductorias del concepto “base del negocio” como determinante del equilibrio de las prestaciones convenidas al contratar, equilibrio que queda alterado cuando se produce, de manera casual e imprevista, una alteración de las circunstancias contempladas en el contrato.*

*Como sea que en el Derecho español –a diferencia de lo que sucede en el BGB y en el Código civil italiano– no hay normas generales que permitan la modificación o resolución del contrato por alteración de las circunstancias, ha tenido que ser la jurisprudencia la encargada de afrontar el problema. Precisamente, en la exposición del Doctor Coca Payeras se hace cumplida referencia a las tres etapas por las que han pasado los pronunciamientos jurisprudenciales. En una primera fase la*

*cláusula rebus sic stantibus es de aplicación extraordinariamente restrictiva, pues no deja de considerarse una excepción al principio general pacta sunt servanda (SSTS 14 diciembre 1940, 17 mayo 1941, 13 junio 1944 y 15 junio 1945). En una segunda etapa se procede ya a una elaboración dogmática de la figura, aunque manteniendo su carácter excepcional (SSTS 8 noviembre y 27 diciembre 2012).*

*Hasta llegar, finalmente, a una tercera etapa caracterizada por la admisión y configuración plenamente normalizada de la cláusula rebus sic stantibus, aunque necesitada de prudente aplicación (SSTS 17 enero 2013 y 30 junio 2014). Las sentencias de 11 y 19 de diciembre de 2014 reconocen, la crisis económica de 2008 como un hecho notorio, si bien ello no comporta, por sí solo, una aplicación generalizada o automática de la cláusula rebus sic stantibus, sino que es necesario que se acredite su incidencia real en el marco de la relación contractual de que se trate, dando lugar a un imprevisto desequilibrio contractual.*

# CRISIS ECONÓMICA, BASE DEL NEGOCIO Y CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Miguel Coca Payeras

## I.-Introducción.

*“Las conmociones económicas sufridas...han privado a numerosos deudores de su base económica de subsistencia y les han colocado en situación de no poder cumplir sus obligaciones. Estas podrían ser quizá cumplidas, aunque no totalmente cuando aquellos consiguieran salvar algo de su patrimonio o hubieran creado otro nuevo. Mas las reclamaciones de los acreedores por la totalidad de las deudas amenaza de nuevo sus posibilidades económicas trabajosamente mantenidas”.*

No me negarán que lo que acaban de oír les suena a descripción de lo acontecido en este país en los años pasados, pero el párrafo ni es mío, ni va referido a España, ni es de la presente época.

La frase es de Karl LARENZ, Catedrático de Filosofía del Derecho, Derecho Civil y Procesal-civil en la Universidad de Kiel desde el año 1933, y posteriormente de Munich (1960-1971), va referida a la Alemania de la postguerra mundial y se halla en su obra *“Base del negocio y cumplimiento del contrato”* del año 1951, traducida al español en el año 1956.

LARENZ es un notable jurista alemán, cuya pertenencia a la Escuela de Kiel y al Partido Nacional Socialista -que le acarreó su suspensión como docente por la Administración británica de la zona en el trienio 1946-49- le persiguió incluso tras su muerte en el año 1993, enturbiando su importante obra.

Y a la pregunta que ustedes se estarán formulando, con razón, de por qué he comenzado esta intervención con una fragmento de LARENZ, cabe responder que no sólo porque describe el sustrato fáctico-jurídico de la posible

aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino esencialmente por que la “nueva” jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre esa figura se apoya en la concepción de la “base del negocio” (*Geschäftsgrundlage*) del autor alemán, como ya hiciera gran parte de la doctrina española.

Con todo la noción “base del negocio” es anterior al año 1951, ya que había sido previamente formulada por Paul Ernst OERTMANN en su obra del año 1921 “*La base del negocio: un nuevo concepto jurídico*” (*Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff*), siguiendo el enfoque de su maestro y suegro Bernhard WINDSCHEID (1892), que había planteado el dilema de si el principio *pacta sunt servanda* admitía excepciones, o no, y pergeñado su teoría de los presupuestos del negocio.

## **II.-Las válvulas de seguridad del sistema contractual frente a las crisis económicas.**

Aclarado esto, la mejor comprensión de la institución en el campo del derecho privado (dejando al margen su juego en el campo del derecho público y en el internacional) exige en un primer momento perfilarla y buscarle acomodo en la dogmática del contrato, para luego analizar su estructura y anclaje legal.

En mi opinión dicha institución no es sino una de las válvulas de seguridad, emergencia o alivio, que garantiza la subsistencia del principio *pacta sunt servanda*, o en palabras de nuestro art. 1091 CC garantiza que *el contrato es ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos*. Principio que, junto al de autonomía de la voluntad y al de responsabilidad patrimonial universal, son las claves de bóveda del sistema jurídico-contractual.

O sea, la *rebus*, entra en juego cuando el sistema jurídico-contractual está en riesgo de hundimiento por el colapso de uno de sus pilares cual es el principio *pacta sunt servanda*.

Y el colapso puede producirse cuando al hecho de que el deudor no cumpla con lo pactado, se suma el de que los remedios que prevé el sistema frente al incumplimiento (la resolución, o señaladamente la ejecución forzosa) dejan insatisfecho al acreedor pues, o bien su resultado no alcanza a cubrir de forma relevante el interés tutelado de la posición acreedora (insuficiencia patrimonial), o incluso provocan la desaparición de cualquier activo en el patrimonio del deudor en razón del citado principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 del CC.

Ciertamente el sistema jurídico-contractual puede absorber esas situaciones a través de diferentes remedios puntuales, como la resolución del contrato por incumplimiento; la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida; la irresponsabilidad del deudor por caso fortuito; o el concurso del deudor. Pero no puede hacerlo cuando esas situaciones se generalizan en el tráfico en razón de la concurrencia de una importante crisis económica.

En esa tesitura, para evitar el colapso del principio *pacta sunt servanda* y el hundimiento del sistema contractual existen dos opciones. Una externa al sistema preexistente, y otra interna al mismo.

### **1.- Activación de políticas legislativas de excepción.**

La opción externa consiste en la activación de una política legislativa que actué directamente sobre las relaciones contractuales, promulgando leyes excepcionales que durante un tiempo noven los contratos afectados.

**1.1.-**A modo de ejemplo, es lo que sucedió en Alemania al principio de la segunda guerra mundial con el *Decreto de amparo judicial de los contratos* de 30 de noviembre de 1939, y tras ella con la *Ley Federal de Amparo Judicial* de 26 de marzo de 1952 que posibilitaba, a través de un procedimiento judicial, la quita o espera de las obligaciones nacidas antes del 21 de junio de 1948.

**1.2.-**O lo que aconteció en España durante la guerra civil con la *Ley de bloqueo o suspensión del pago de obligaciones* de 1 de abril de 1939; y tras ella, con la *Ley de desbloqueo* de 7 de diciembre de 1939 cuya paternidad se atribuye al Ministro José Larraz aunque no falta quien apunte hacia Luis Sancho Seral, a la sazón Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, que había traducido en el año 1933 la obra de Paul OERTMANN *Introducción al Derecho Civil*, posteriormente nombrado miembro del consejo Ejecutivo del Banco de España (1962).

Ejemplo tristemente paradigmático es el de la *Ley* de 5 de noviembre de 1940 *de Anulabilidad de los contratos celebrados en zona roja*:

*Artículo séptimo.*—*Las obligaciones pendientes de cumplimiento a que vengan obligados los contratantes por suministro o suministro y obra, pactadas antes del dieciocho de julio de mil novecientos treinta y seis o bajo dominio marxista, se regirán por los precios del contrato, solamente modificables equitativamente para restablecer una más justa reciprocidad en el caso de que circunstancias posteriores al contrato y derivadas de la revo-*

lución o de la guerra hubiesen determinado una grave desproporción que alcanzare a significar una lesión superior a más de la tercera parte de su verdadero valor.

La transcripción de este precepto entiendo que se justifica por su alusión a la “lesión” como justificación de la modificación, por cuanto –como veremos mas adelante- nos sirve para poner de relieve una paradoja del planteamiento jurisprudencial de nuestro sistema contractual.

Estriba la paradoja en que nadie duda en aplaudir la prohibición general de la rescisión por lesión *ultra dimidium* (art. 1293 CC), pero al tiempo se hacen esfuerzos dogmáticos para acoger una posible resolución por “lesión” significativa o importante en una de las partes, -bajo otra denominación, claro está- cuando dicha lesión es el resultado de acontecimientos posteriores al contrato, y todo ello bajo el paraguas jurisprudencial de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Vienen a cuento las palabras de DE CASTRO, cuando señalaba que “*no puede dudarse de que existe una tara objetiva en los contratos rescindibles, pues el contrato celebrado con lesión ultra dimidium no ofrece la nota propia de la reciprocidad de intereses propia del contrato oneroso*”.

Idea ésta de la “reciprocidad de intereses” que, en forma sobrevenida está en la base de la *rebus*.

**1.3.-**En la actualidad, aunque en menor medida, cabe encuadrar en esa dirección la Ley 25/2015 de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, cuyo preámbulo la inserta de forma manifiesta en esta dirección de política legislativa:

*La economía española lleva ya algunos meses dando signos esperanzadores de recuperación y consolidando un crecimiento económico...*

*Pero ello no debe llevar a olvidar ....que todavía existen muchos españoles que siguen padeciendo los efectos de la recesión. Y es misión de los poderes públicos no cejar nunca en el empeño de ofrecer las mejores soluciones posibles a todos los ciudadanos, a través de las oportunas reformas encaminadas al bien común, a la seguridad jurídica y, en definitiva, a la justicia.*

*En este ámbito se enmarca de manera muy especial la llamada legislación sobre segunda oportunidad. Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: que una persona física, a pesar*

de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer.

La experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros a acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía. Ello no favorece obviamente al propio deudor, pero tampoco a los acreedores ya sean públicos o privados....

A esta finalidad responde la primera parte de esta Ley, por la que se regulan diversos mecanismos de mejora del Acuerdo Extrajudicial de Pagos, introducido en nuestra legislación concursal por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y se introduce un mecanismo efectivo de segunda oportunidad para las personas físicas destinado a modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 del Código Civil.

Y a la hora de explicar los principios inspiradores de la ley, leemos: “... *muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos.*”

## **2.-El ordenamiento jurídico se dota de una norma general para garantizar la subsistencia del sistema.**

La opción interna, se resume en que el propio ordenamiento contractual contenga normas generales que permitan su aplicación a los concretos supuestos y de esta forma evitar el colapso del principio *pacta sunt servanda* y el hundimiento de ese sistema contractual.

La ventaja -y a la vez, el peligro- de esta opción radica en que la aplicación de dichas normas-válvula no exige necesariamente que los supuestos a los que se aplica deriven de situaciones generalizadas en razón de la concurrencia de una importante crisis económica, sino que también pueden entrar en juego en supuestos en que la crisis afecte sólo a un sector de la economía, o incluso sólo a la economía del propio contrato, a la “reciprocidad de intereses” con la que nació un concreto contrato.

Algunos ejemplos de ello:

## 2.1.-BGB (Bürgerliches Gesetzbuch).

En el Libro II (Derecho de Obligaciones), Sección 3 (Obligaciones contractuales), Título 1 (justificación, contenido y extinción), Subtítulo 3 (Adaptación y extinción de los contratos), el párrafo 313 bajo el encabezado “*La desaparición de la base del negocio*”, se expresa así:

*(1). Si las circunstancias que constituyeron la base del negocio se ven gravemente alteradas después de la conclusión del contrato, de modo que las partes no hubieran concluido el contrato o su contenido hubiera sido diferente si hubieran previsto este cambio; se puede solicitar la adaptación del contrato en la medida en que no se pueda exigir a una parte la vinculación al contrato habida cuenta las circunstancias del caso, en particular, el reparto contractual o legal del riesgo.*

*(2). Dicho cambio de circunstancias es equiparable a la falsa representación de la realidad que atañe a la base del negocio.*

*(3) Si la adaptación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, aquella en desventaja puede solicitar la resolución del contrato. En los contratos de tracto sucesivo, las partes, en lugar de la resolución, tienen derecho a denunciar el contrato.*

Este precepto, introducido tras la reforma del derecho de obligaciones que entró en vigor en el año 2002, recoge una construcción doctrinal (OERTMANN-LARENZ) y jurisprudencial de la base del negocio, que se había construido hasta entonces sobre el principio de la buena fe del párrafo 242 BGB (*El deber de prestación del deudor se rige por la exigencia de buena fe conforme a los usos del tráfico*), en un sistema no causalista como es el contractual alemán.

## 2.2.-Código Civil Italiano.

Dentro del capítulo de la resolución del contrato, y tras el incumplimiento y la imposibilidad sobrevenida, se regula la “excesiva onerosidad”.

**Art. 1467.-Contrato con obligaciones recíprocas.** *En los contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida si la prestación de una de las partes ha devenido excesivamente onerosa como consecuencia de acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte que debe realizar tal prestación*

*puede exigir la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el artículo 1458. (Eficacia ex nunc).*

*La resolución no puede ser exigida si la onerosidad sobrevenida forma parte del alea normal del contrato.*

*La parte demandada de resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.*

**Art. 1468.-Contrato unilateral.** *En el supuesto contemplado en el precedente artículo, si se trata de un contrato en el que una sola de las partes ha asumido obligaciones, ésta puede exigir una reducción de su prestación o una modificación de la modalidad de cumplimiento que sea suficiente para reconducirla a la equidad.*

**Art. 1469.-Contrato aleatorio.** *Las normas de los precedentes artículos no se aplican a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes.*

Notemos que aquí, el instrumento técnico no tiene que ver con la base del negocio, sino que se mueve en el terreno de la causa, dado que el sistema contractual italiano sí es causalista, y no por casualidad contempla también una acción general de rescisión por lesión en mas de la mitad -en el art. 1448 del Codice- cuando la desproporción entre las prestaciones de una y otra parte sea debida al estado de necesidad de la parte perjudicada.

### **2.3.-Restatement (Second) of Contracts. Estados Unidos de América.**

En la Sección 89 describe la llamada “*Commercial impracticability*” nacida en la práctica de los tribunales a partir del año 1919, de la siguiente forma: “*En los casos en que sobrevengan dificultades posteriores al momento de celebración del contrato, desconocidas o imprevistas entonces, la parte perjudicada podrá exigir un incremento de la prestación estipulada, dada la mayor onerosidad no contemplada por las partes, de manera que éstas podrán celebrar un contrato con esta finalidad*”.

Hay “impracticability” cuando la prestación no ha devenido imposible, pero su coste es excesivo y desproporcionado. La figura juega por ende en el terreno del cumplimiento.

## 2.4.-Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.

Dentro del Capítulo 6 dedicado al “*Cumplimiento*”, la Sección 2ª se intitula “*Excesiva onerosidad (Hardship)*”.

**ARTÍCULO 6.2.1 Obligatoriedad del contrato.** *Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (hardship).*

**ARTÍCULO 6.2.2 Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship).** *Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:*

*(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;*

*(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;*

*(c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y*

*(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.*

### **ARTÍCULO 6.2.3 Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship).**

*(1) En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.*

*(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.*

*(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.*

*(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:*

- (a) *resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o*
- (b) *adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.*

## **2.5.-Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL).**

En el Capítulo 6, relativo al Contenido y efectos del contrato, el último artículo, el 6:111, bajo el encabezado de “*Cambio de circunstancias*”, leemos:

*(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.*

*(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:*

*(a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.*

*(b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.*

*(c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.*

*(3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:*

*(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.*

*(b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.*

*En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.*

Nuevamente, idea de “onerosidad” y “riesgo contractual”.

### 3.-El sistema español.

Como ustedes saben, en el ordenamiento español -o mejor, en el Código Civil- no existe una norma-válvula al estilo de la *rebus sic stantibus*, lo cual es coherente con el principio de estabilidad y fuerza legal del contrato consagrado en el art. 1091 CC, del que se hace derivar, por ejemplo, la ya aludida prohibición general de la rescisión por lesión *ultra dimidium* del art. 1293 CC ya que –como han dicho los comentaristas del Código Civil- no se encuentra entre las condiciones de validez del contrato contemplado en el Código Civil la equivalencia de las prestaciones pactadas.

Puestos a buscar alguna regla general al respecto, hallamos el principio general de la buena fe del art. 7º.1 y el específico del art. 1258 CC en cuanto a la obligatoriedad de cumplimiento, y sobre todo la del art. 57 del C.de Com: *Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.*

Mas específicamente, existe una norma poco conocida en sede de arrendamientos rústicos, la del art. 1575 CC dedicada a los casos fortuitos “*extraordinarios*”. Dice el precepto:

*El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos provenientes de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en caso de pérdida de más de la mitad de frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario.*

*Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacomunado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever.*

El tufillo a adaptación temporal de la renta, por lesión *ultra dimidium* sobrevenida, a *rebus* en suma, es evidente, e incluso el Tribunal Supremo, en la Sentencia 820/2013 de 17 de enero ha afirmado que la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* se halla “*próxima en su fundamento a los arts. 7 y 1258 CC, a su art. 1289 o a su art. 1575, atendiendo a la restricción del crédito provocada por la crisis económica y a las consiguientes dificultades de los compradores de viviendas para acceder al que hasta entonces venía siendo su medio habitual de financiación, es decir el préstamo hipotecario*”.

Y en los ordenamientos civiles especiales, la Ley 493 del Fuero Nuevo de Navarra, referido al “*Cumplimiento de la obligación*”, en su párrafo tercero se establece que “*Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución*”.

No olvidemos que en este sistema se contempla también la rescisión por lesión enorme.

Desde una óptica de *lege ferenda*, tanto en las Propuestas de la Comisión General de Codificación de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del año 2009, como en la de Código Mercantil de 2013, se contienen previsiones de tipificación de la figura.

### 3.1.- Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos

**Artículo 1213.-** *Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.*

*La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.*

Advirtamos la fusión entre el enfoque del BGB (base del contrato) y el del Codice Italiano (excesiva onerosidad).

### 3.2.-Propuesta de Código Mercantil.

#### **Artículo 416-2. Excesiva onerosidad del contrato.**

*1. En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá*

*derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, expresando las razones en que se funde.*

*Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale.*

*2. Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos.*

### **3.3.-La jurisprudencia del Tribunal Supremo.**

Ha sido esta jurisprudencia la que ha acabado dando carta de naturaleza a la existencia de una implícita cláusula *rebus sic stantibus* en nuestro sistema contractual, aunque para ello han debido transcurrir ciento ochenta años desde la creación del Tribunal Supremo (1834), y el resultado obtenido no sea doctrinalmente pacífico.

Cabe distinguir tres momentos o fases en la construcción de la figura. Una primera de contemplación de la institución, sin construirla dogmáticamente, y como una excepción de interpretación muy estricta. Una segunda, de elaboración dogmática, aunque manteniendo su carácter excepcional. Y una tercera, de franca admisión y configuración plenamente normalizada aunque de necesaria aplicación prudente.

**3.3.1.-**Primera fase: admisión como una excepción al principio *pacta sunt servanda*, de interpretación muy estricta.

Tiene lugar en relación a supuestos en los que la guerra civil y sus consecuencias económicas son alegadas, con nulo éxito, como alteración sobrevenida de las circunstancias en tres sentencias.

En la STS 14 diciembre 1940, se alude a ella como una *teoría jurídica tan equitativa como necesitada de aplicación muy cautelosa que supone implícita en los contratos la cláusula «rebus sic stantibus»...*

Se afirma que *no está admitida hasta el presente, como norma general y bien perfilada, en el Derecho español, siquiera puedan registrarse en*

*el Código mismo y en la legislación del nuevo Estado, con relación a determinados casos, algunos atisbos y aplicaciones aisladas de ella.*

Se citan como elementos del supuesto:

*1.-La alteración de precios, debida a circunstancias más o menos transitorias.*

*2.-Imprevisibilidad*

*3.-Que tenga dimensiones tan excepcionales que pueda considerarse desaparecida la base del negocio.*

*4.-Que para una de las partes contratantes exista una imposibilidad absoluta o equiparable a ella de cumplir el contrato.*

En la STS de 17 de mayo de 1941, leemos que *“la llamada cláusula “rebus sic stantibus”, que tantos matices ofrece en el campo de la doctrina, se le asigna la eficacia de producir la revisión o la resolución y hasta la suspensión de los contratos, por acontecimientos sobrevenidos después de su celebración y en virtud de supremos principios de equidad, que aprecian y ponderan los Tribunales.*

Y niega la posibilidad del efecto resolutivo: *“además, en nombre de la reciprocidad de intereses y de la buena fe artículo 1258 del citado Código, es contrario a razón y a justicia decretar, no la revisión de un contrato para restablecer el equilibrio económico que pueda entenderse perturbado, que es a lo que parece inclinarse más la doctrina científica, sino su resolución”.*

La STS de 15 de junio de 1945, parece situar la figura en el campo de la voluntad presunta que conforma la base del negocio, al sostener que la *“Alteración, sobrevenida, de las bases contractuales que, por reputarse imprevisible, extraordinaria y cuantiosa, se supone extraña a la declaración de voluntad que, en su sazón, hicieron los contratantes”.*

Pero al tiempo, en el terreno de la causa: *“La inejecución de un pacto por imposibilidad de cumplirlo, o, simplemente, por excesiva y anormal onerosidad de las prestaciones, no constituye según la traza de nuestro Código, un caso de desaparición de la causa que, por su sola virtud, vicie lo que inicialmente fue válido y sigue siéndolo, sino una incidencia del cumplimiento”.*

Insiste en que “la posibilidad de construir, en el ámbito del derecho vigente la cláusula “*rebus sic stantibus*”, como medio de restablecer equitativamente el equilibrio de las pretensiones, si lo demandasen, imperiosa e inexcusablemente circunstancias muy cualificadas”, en la “cautela con que en materia tan quebradiza debe obrarse”, poniendo en guardia sobre la circunstancia de que “atenta al designio de que, por falta de prudencia en la aplicación, o por excesiva y anormal generalización de la doctrina, pudiera padecer la seguridad jurídica, sin motivo bastante, o atacarse, sin sobrada razón, la estabilidad de las convenciones”.

Y por último, reconduce a esa entendimiento “las más modernas ordenaciones positivas que rindiéndose a esa legítima preocupación doctrinal, dieron paso a la cláusula en cuestión en los contratos de ejecución diferida”, matizando que en tales casos “cuidó de subordinarse su aplicación, tanto a la concurrencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles, como medio de templar su excesiva onerosidad para el obligado, y, aún así, las facultades rescisorias, que no siempre se otorgan, pueden enervarse por obra de equitativas modificaciones ofrecidas por el demandado”.

Este enfoque cristaliza en la Sentencia de 17 de mayo de 1957, que resume, ordena y pergeña la doctrina de la Sala sobre la figura en sus tres aspectos: externo (admisibilidad), estructural, y en el plano de eficacia.

En el aspecto externo, tras negar valor de jurisprudencia a la segunda sentencia de 13 de junio de 1944, que la había admitido, se reitera que:

**Primero.-La cláusula «rebus sic stantibus» no está legalmente reconocida.**

**Segundo.-Sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales.**

**Tercero.- Es una cláusula peligrosa y; en su caso, debe admitirse cautelosamente.**

En el perfil estructural, afirma tres **premisas fundamentales**, a saber:

**Primera.-Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.**

Segunda.-*Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones,*

Tercera.-*Que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles.*

Por último, en el plano de los efectos, concluye: *hasta el presente, le ha negado efectos rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole **solamente los modificativos** del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones.*

**3.3.2.-**Segunda fase: de elaboración dogmática, aunque manteniendo su carácter excepcional.

La glosada sentencia de 17 mayo 1957, concluye la primera fase, e inaugura lo que hemos denominado segunda fase, en la que se sigue manteniendo este planteamiento, siendo un buen exponente de ello el que cuarenta años mas tarde, la Sentencia 65/1997 de 10 de febrero, reproduzca literalmente lo afirmado en la primera.

Enfoque que se prolonga doce años mas tarde, añadiendo la nota de subsidiariedad, como refleja la STS 781/2009 de 20 de noviembre (*La doctrina y la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de revisión de un contrato con aplicación del principio general de la cláusula rebus sic stantibus que exige los requisitos de alteración de las circunstancias entre el momento de la perfección del contrato y el de consumación, desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, lo que ha de haber producido por un riesgo imprevisible y, por último, la subsidiariedad por no haber otro remedio. Lo cual puede dar lugar no a la extinción del contrato sino a su modificación y revisión. Así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia, desde las sentencias de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940, 1135) , 17 de mayo de 1941 (RJ 1941, 632) , 17 de mayo de 1957 (RJ 1957, 2164) recogidas, entre otras muchas posteriores, por la de 17 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9343) y la de 1 de marzo de 2007).*

A finales del año 2012, la STS 644/2012 de 8 de noviembre, en un supuesto de resolución por incumplimiento de la obligación de entregar en el término pactado un despacho profesional y unos aparcamientos, siendo ponente el Magistrado el Sr. Orduña Moreno, y habiendo la parte vendedora alegado la situación de crisis económica como justificadora del retraso, afirma: *también procede desestimar el alegato que la parte recurrente realiza situando a*

*la crisis económica, y su trasunto en la crisis inmobiliaria, como verdadero motivo y justificación espuria de la resolución efectuada. Por el contrario conviene puntualizar, fuera del contexto del presente caso, que aunque la crisis económica, por sí sola, no permita al comprador desistir del contrato, no se puede descartar, en términos generales, su posible valoración a través de la aplicación de la regla “rebus sic stantibus” (estando así las cosas) cuando de la valoración del conjunto de circunstancias concurrentes, y de la propia configuración jurídica de la regla, se desprenda su posible y correcta aplicación al ámbito de la compraventa de viviendas realmente afectadas por la tipicidad jurídica que se derive de la crisis económica.*

Y en la STS 807/2012 de 27 diciembre, leemos: *Por las razones señaladas, también procede desestimar el alegato que la parte recurrente realiza situando a la crisis económica, y su trasunto en la crisis inmobiliaria, como verdadero motivo y justificación espuria de la resolución efectuada. Por el contrario conviene puntualizar, fuera del contexto del presente caso, que aunque la crisis económica, por sí sola, no permita al comprador desistir del contrato, no se puede descartar, en términos generales, su posible valoración a través de la aplicación de la regla “rebus sic stantibus” (estando así las cosas) cuando de la valoración del conjunto de circunstancias concurrentes, y de la propia configuración jurídica de la regla, se desprenda su posible y correcta aplicación al ámbito de la compraventa de viviendas realmente afectadas por la tipicidad jurídica que se derive de la crisis económica.*

Con todo, en la STS 807/2012 de 27 de diciembre, analizando la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* a un caso de dación en pago de activos a una entidad bancaria, reproduce de nuevo, casi literalmente, el planteamiento de la Sentencia de 17 de mayo de 1957: *dice la sentencia de 23 de abril de 1991 (RJ 1991, 3023) que “la doctrina ha examinado la dificultad extraordinaria sobrevenida en el cumplimiento de la obligación al igual que lo ha hecho la jurisprudencia, al tratar de la posibilidad de construir dentro de nuestro derecho vigente, la cláusula “rebus sic stantibus” como medio de establecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones; con cita de las sentencias de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940, 1135) , 17 de mayo de 1941 , y 5 de junio de 1945 (RJ 1945, 698) , la de 17 de mayo de 1957 (RJ 1957, 2164) establece las siguientes conclusiones en relación con la aplicación de la citada cláusula: A) Que la cláusula “rebus sic stantibus” no está legalmente reconocida; B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) Que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) Que su admisión*

*requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles; y E) En cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismos, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones”. Tal doctrina se ha mantenido en posteriores resoluciones de esta Sala - Sentencias, entre otras, de 29 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3862) , 10 de febrero de 1997 (RJ 1997, 665) , 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9214) , 27 de mayo de 2002 y 21 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2762) “).*

**3.3.3.-**La tercera fase: franca admisión y configuración plenamente normalizada aunque de necesaria aplicación prudente.

Podemos situar su momento inicial en la STS 820/2013 de 17 enero, en un supuesto de pretensión de resolución de una compraventa de vivienda instada por los compradores por no haber obtenido financiación para subrogarse en la garantía hipotecaria. El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Provincial que había estimado la resolución. A pesar de casar la sentencia de apelación, se lleva a cabo un interesante excursus sobre las decisiones del Tribunal al respecto:

*“Reconocida dicha regla por la jurisprudencia, esta se ha mostrado siempre, sin embargo, muy cautelosa en su aplicación, dado el principio general, contenido en el art. 1091 CC , de que los contratos deben ser cumplidos...*

*... Más excepcional aún se ha considerado su posible aplicación a los contratos de tracto único como es la compraventa y por regla general se ha rechazado su aplicación a los casos de dificultades de financiación del deudor de una prestación dineraria...*

*.....Más concretamente, en relación con compradores de viviendas que debían pagar el precio en tiempo más o menos próximo al inicio de la todavía subsistente crisis económica, la sentencia n° 597/2012, de 8 de octubre (RJ 2012, 9027) , ha rechazado tanto la nulidad por vicio del consentimiento como la resolución por incumplimiento solicitadas por una compañía mercantil que había comprado tres viviendas de una misma promoción inmobiliaria y*

*alegaba que la vendedora se había comprometido a obtener la subrogación de la compradora como deudora hipotecaria, razonándose en la sentencia de esta Sala que el deudor debe prever las fluctuaciones del mercado, amén de apreciarse en la sociedad compradora una finalidad especulativa;*

*...la sentencia n° 568/2012, de 1 de octubre (RJ 2012, 9024) ha rechazado unas pretensiones similares de la compañía mercantil compradora de una vivienda, que igualmente alegaba el compromiso de la vendedora de facilitar la financiación del pago del precio, razonando esta Sala que “era previsible que el banco no hubiese aceptado la subrogación por falta de solvencia, pues a la propia compradora se le denegaron los préstamos que directamente solicitó a las entidades financieras”;*

*.. y la sentencia n° 731/2012, de 10 de diciembre (RJ 2013, 914) , ha rechazado unas pretensiones semejantes de los cónyuges compradores de una vivienda en una urbanización de la costa razonando que la propia ambigüedad de su planteamiento impedía dilucidar si en verdad les interesaba o no la financiación del pago del precio mediante un préstamo hipotecario.*

*Ahora bien, continuaba: Lo anteriormente razonado no significa, sin embargo, que la regla rebus sic stantibus haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla.*

*...Por otra parte, en la actualidad es clara una tendencia a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales ( art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT), de Derecho de la Unión Europea ( art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL) y nacionales ( art. 1213 del CC en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación). Así, en el último trabajo citado se propone para el art. 1213 CC el siguiente texto, inspirado tanto en la idea de la causa negocial como en la de la asignación de riesgos:*

Con todo, matizaba: *Ahora bien, que la regla rebus sic stantibus pueda aplicarse a determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa de una vivienda no significa que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato, pues en tal caso se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor, se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas, favoreciendo a quien en verdad siguiera interesado en comprar pero por un precio inferior; y, en definitiva, se desvirtuaría el verdadero sentido de una determinada solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento.*

Por su parte, la STS 822/2013 de 18 de enero, en un supuesto similar, llega a la misma conclusión y no aplica la rebus que, ciertamente no había sido alegada como fundamento de la demanda resolutoria.

El gran cambio, tiene lugar con la STS 333/2014 de 30 de junio, siendo ponente el Magistrado Orduña Moreno, relativa a un contrato de explotación de la publicidad de los autobuses de la EMT de Valencia, en la que en razón de la crisis económica, aplicó la *rebus sic stantibus*, casó la sentencia de apelación y confirmó la de primera instancia cuyo fallo era:

*se ha producido una alteración imprevisible de las circunstancias que sirvieron de base para la formación de la voluntad negocial y que dicha alteración genera un desequilibrio de las prestaciones que surgen a cargo de Promedios, del contrato...y en consecuencia acuerdo modificar, con efectos desde enero de 2009 las bases para el cálculo del canon a abonar por Promedios a la EMT fijándolo en un 80 por ciento de la facturación neta mensual de PROMEDIOS con un mínimo garantizado de 100.000 € mensuales.*

Dicha sentencia se vio prontamente acompañada por otra, con el mismo Ponente, la STS 591/2014 de 15 de octubre que estimó nuevamente la concurrencia de un supuesto aplicativo de la rebus en un contrato de arrendamiento de unos edificios para hotel, por razón de la crisis económica, fallando:

*1.-Que, por aplicación de la doctrina jurisprudencial relativa a la cláusula rebus sic stantibus, procede la modificación del contrato, de 25 de febrero de 1999, respecto de la relación arrendaticia del Hotel Ibis, en el sentido de reducir la renta anual un 29% respecto de la renta vigente en el momento de interposición de la demanda.*

2.-*Que dicha reducción de la renta arrendaticia será aplicable desde la presentación de la demanda del presente pleito hasta el ejercicio del año 2015, con la consiguiente devolución del exceso de renta cobrada durante la tramitación del presente procedimiento.*

Ambas sentencias, y sobre todo la segunda han sido muy mal recibidas en general por la doctrina y operadores jurídicos, que hablan de entronización del caos, de exceso jurisprudencial, de terremoto jurídico, de un nuevo foco de litigiosidad, de alteración de las reglas contractuales de asignación de riesgos, de confundir la conmutatividad de los contratos con el equilibrio de las prestaciones, aunque algunos han preferido hablar de un primer paso precipitado de una mayor elaboración.

En mi opinión, las críticas a esta nueva jurisprudencia vienen facilitadas por una doble oscuridad. Una expositiva, como veremos, es farragosa y dificultosa la exposición de la doctrina. Y otra de fundamentación, ya que se ha construido sobre bases procedentes de distintos ordenamientos de muy difícil conjunción.

Intentaremos exponerla, siguiendo en parte el orden del propio Tribunal, distinguiendo entre el marco de aplicación, la fundamentación de la figura, su estructura y su eficacia.

1.-En cuanto al marco de aplicación, leemos que *ciertamente se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de esta figura referenciada en torno a un marco de aplicación sumamente restrictivo concorde, por lo demás, con una caracterización singular de la cláusula, de “peligrosa” o “cautelosa” admisión, y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: “alteración extraordinaria”, “desproporción desorbitante” y circunstancias “radicalmente imprevisibles, hacia una configuración plenamente normalizada en donde su necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, y de su concreción funcional derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada.*

En suma, no se trata de una figura excepcional, aunque sí de aplicación prudente y casuística.

2.-Se abandona, y creo que ello es un acierto, la antigua fundamentación jurisprudencial de la figura, en reglas “de equidad y justicia” en pro de una progresiva objetivación de su fundamento técnico de aplicación.

En concreto, su fundamento se residencia en las propias directrices del orden público económico, particularmente en la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y del principio de buena fe.

2.1.-*Todo cambio de bienes y servicios que se realice onerosamente tiene que estar fundado en un postulado de conmutatividad, como expresión de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio. Este “equilibrio básico”, resulta también atendible desde la fundamentación causal del contrato, y sus correspondientes atribuciones patrimoniales, cuando deviene profundamente alterado con la consiguiente desaparición de la base del negocio que le dio sentido y oportunidad.*

2.2.-*El principio de buena fe en la economía de los contratos, permite una ponderación de los resultados que se deriven de la regla de que los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos. En este sentido, cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado.*

3.-El supuesto aplicativo viene conformado por un cambio en las circunstancias existentes a la hora de celebrar el contrato que conlleva una excesiva onerosidad. Y se indica que *los elementos típicos del cambio de circunstancias son dos: la doctrina de la base del negocio, y el denominado “riesgo normal del contrato”, al que debe sumarse la excesiva onerosidad.*

### 3.1.-Base del negocio.

3.1.1.-En sentido objetivo, nos permite concluir que la mutación o cambio de circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando:

-La finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable.

-La conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación.

3.1.2.-Complementariamente: la base subjetiva del negocio. En aquellos supuestos en donde la finalidad económica del negocio para una de las

partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado.

3.2.-El aleas o marco de riesgo establecido o derivado del negocio, el denominado “riesgo normal del contrato”, como segundo elemento de tipicidad.

*Aquí el contraste se realiza entre el cambio de circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato o “riesgo normal” inherente o derivado del contrato.*

*En suma, estos criterios de tipicidad determinan si dicho cambio tiene entidad suficiente, esto es, altera el estado de las cosas de un modo relevante, y si dichas alteración debe tener consecuencias para las partes implicadas.*

Significativo es que aunque, en el caso de la STS 591/2014, la parte arrendataria era una empresa relevante en el sector de alojamientos turísticos y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio de hostelería, la Sala entiende que *no se le puede imputar, exclusivamente, la falta de previsión acerca de la crisis económica; de forma que por las circunstancias de su irrupción, de su especial impacto y trascendencia, su asignación como riesgo no puede caer sólo en la esfera de control de la parte en desventaja, ni tampoco cabe establecer que “razonablemente” se hubiera debido tener en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato celebrado.*

3.3.-La excesiva onerosidad. El tribunal Supremo aborda la cuestión de si la actual crisis económica, puede ser considerada como un fenómeno capaz de alterar la base del negocio por excesiva onerosidad para una de las partes, Concluyendo que sí, pero no en todo caso, sino *sólo cuando el cambio operado comporte una significación jurídica relevante, y por ello digna de atención en el caso concreto planteado.*

3.3.1.-La excesiva onerosidad, continúa, *debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado, por resultar determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato). De este modo, las hipótesis de excesiva onerosidad pueden ser dos:*

a)-Aquella que refleja *un substancial incremento del coste de la prestación.*

b)-O, en sentido contrario, que la excesiva onerosidad *represente una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida.*

3.3.2.-*Para determinar la excesiva onerosidad, puede ser tenida en cuenta la actividad económica o de explotación de la sociedad o empresario que deba realizar la prestación comprometida, cuando dicha actividad, por el cambio operado de las circunstancias lleve a:*

a).-*Un resultado reiterado de pérdidas: imposibilidad económica.*

b).-*La completa desaparición de cualquier margen de beneficio: falta del carácter retributivo de la prestación.*

En ambos casos, *por mor de la tipicidad contractual de la figura, el resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas, etc.*

Aquí se detecta cómo cuando se habla de la excesiva onerosidad en sede de rebus, en realidad sólo se está pensando en la posición de quien está obligado a realizar una prestación pecuniaria, pero nunca en la contraparte obligada a realizar una prestación de dar o hacer.

Y este es así, pues aunque se expone la posibilidad de que la excesiva onerosidad *represente una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida*, para determinar la existencia de esa excesiva onerosidad se rebasa el marco contractual y se acude a la actividad económica o de explotación de la sociedad o empresario que deba realizar la prestación comprometida, para determinar si se dá un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica), o la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación).

Dicho de otra forma, si en un momento de euforia económica resultara que la renta pactada en un contrato de arrendamiento de un inmueble perfeccionado años antes no alcanza si quiera el 50% de la renta de mercado, el arrendador no podría pretender un incremento de renta en aplicación de la doctrina rebus, pues ni el resultado es de pérdidas ni de desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación), sino de menor beneficio.

#### 4.-La eficacia de la cláusula.

Es el aspecto al que se dedica menos atención, sobre todo en la primera de las sentencias. En la segunda la 591/2014, se plantea el alcance de su aplicación, previendo una posible dualidad: eficacia modificativa o resolutoria del contrato. Y establece las siguientes reglas:

*Primera.- El alcance modificativo de la cláusula rebus ha resultado de aplicación preferente, con carácter general, tanto en la doctrina tradicional de esta Sala, como en su reciente caracterización.*

*Segunda.-Esta solución se corresponde, en mayor medida, con el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (favor contractus); criterio, que la reciente doctrina de esta Sala ha elevado a principio informador de nuestro sistema jurídico, más allá de su tradicional aplicación como mero criterio hermeneúutico.*

*Tercera.-En todo caso, el alcance modificativo también se corresponde mejor con la naturaleza y características del contrato celebrado, esto es, de un contrato de arrendamiento de larga duración.*

*Cuarta.-Tratándose de un contrato con prestaciones duraderas, debe establecerse un plazo de duración de la modificación operada, que se ajuste al contexto temporal especialmente afectado por la alteración de las circunstancias.*

Creo que intento del TS para superar la concepción tradicional de la doctrina rebus sic stantibus y objetivizar la aplicación de la excesiva onerosidad se ve empañado, sin embargo, además de por su poco clara exposición, por otras circunstancias tales como:

-Recurrir a doctrinas y teorías ajenas a nuestro ordenamiento (base del negocio).

-Intentar conjugar la teoría de la base del negocio con la de la excesiva onerosidad.

-Dejar multitud de aspectos estructurales en una gran inconcreción: diferenciar entre riesgos asumidos y no asumidos; previsibilidad, o no, de las circunstancias sobrevenidas.

-Exceder del marco del contrato, adentrándose en el resultado económico de una de las partes, para determinar la excesiva onerosidad.

Tras esas dos sentencias, el TS ha dictó otras tres ese mismo año, que según algunos autores, parecen mitigar el planteamiento de esas dos, aunque yo no estoy tan seguro de ello. Concretamente, son tres sentencias referidas a la concurrencia de fuerza mayor, leemos:

STS 742/2014 de 11 de diciembre: *El problema de la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable (fuerza mayor) ( sentencia 1039/1998 de 14 de Noviembre del 1998 (RJ 1998, 9972) , recurso: 1744/1994 ).*

STS 741/2014 de 19 de diciembre: *el hecho que ha determinado un retraso tan notable en el cumplimiento de su obligación por parte del recurrente no puede atribuirse sin más y en general a la crisis inmobiliaria y financiera, pues ello determinaría que el retraso se extendiera de igual forma a todas las promociones, sino que ha de concretarse en circunstancias individuales.*

STS743/2014 de 19 diciembre: *Las dificultades económicas ligadas al pago para la obtención de las licencias de obras, tampoco es un hecho imprevisible, pues tendría que tener concedida la financiación para ello antes de crear expectativas y plazos de entrega en los contratos celebrados con los compradores interesados.*

Y por último, en este año 2015, el TS ha dictado dos sentencias en la materia.

En la primera, la STS 64/2015 de 24 febrero, relativa a un contrato de compraventa de fincas rústicas, del año 2006, se plantea, como cuestión de fondo, la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* dado que dicha compraventa tuvo por base negocial las expectativas de desarrollo urbanístico de la zona, que se vieron alteradas por el rigor de la crisis económica de 2008 y la consecuente caída del valor de los bienes inmuebles.

Siendo ponente el citado Orduña Moreno, se puntualiza: *interesa resaltar que la consideración, por esta Sala, del carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula rebus sic stantibus a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate.*

Para concluir que: *en el presente caso, no puede estimarse que la citada crisis económica, fuera de su consideración general, determinase la quiebra de*

*la base económica de la relación contractual llevada a cabo, ni comportara una injustificada excesiva onerosidad para la parte compradora. Así, en el primer aspecto indicado, debe precisarse que si bien el contexto de crisis económica señalado ha podido incidir en un retraso de la ejecución del propósito urbanizador de la parte compradora, no obstante, no ha resultado determinante para la frustración de la base negocial del contrato (viabilidad del proceso de urbanización), pues las expectativas del aprovechamiento urbanístico resultante que se derive de las fincas adquiridas y, con ello, la inversión estratégica de la mercantil adquirente, permanecen inalteradas, con la natural dependencia que presenten los flujos u oscilaciones del mercado inmobiliario, al ser incluidas en un área de expansión urbanística de la ciudad de Burgos, Sector S-27 “Ciudad del Ave”.*

*Del mismo modo nos debemos pronunciar, en relación a la pretendida excesiva onerosidad de la prestación derivada del cambio de circunstancias provocado por la citada crisis económica, bien en atención a un incremento sustancial del coste de la prestación, o bien, referida a una significativa disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida. Así, en el primer aspecto indicado, la parte recurrente nada ha acreditado acerca del nexo o relación causal de la crisis económica respecto de un significativo incremento del coste de la prestación, especialmente con relación a las circunstancias y condiciones de financiación para el pago del precio, bien respecto de la restricción de la misma, o bien de su respectivo encarecimiento. Extremos, cuya incidencia tampoco se acredita respecto de la actividad del grupo empresarial, sin constatación de una incidencia de un resultado de pérdidas económicas, o de una completa desaparición de cualquier margen de beneficio. Sin perjuicio, todo ello, de la adecuación del precio objeto del contrato acorde con el precio medio de adquisición de las fincas enclavadas en dicho sector estratégico de desarrollo urbanístico de la ciudad de Burgos.*

*En parecidos términos, respecto del segundo aspecto indicado de la excesiva onerosidad, en donde la viabilidad del desarrollo urbanístico de la zona impide que se constate, de presente, el envilecimiento del valor de la contraprestación recibida que, conforme a su configuración como riesgo empresarial, dependerá del contexto económico que acompañe al desarrollo urbanístico, pleno y definitivo, que se realice de este sector estratégico de la ciudad.*

Por último la STS 131/2015 de 13 de marzo, admite, aunque obiter dicta, que en los supuestos de aplicación de la cláusula rebus sic stantibus el efecto puede ser el resolutorio “cuando no sea posible establecer de otra forma el equilibrio jurídico”.

## V.- SESIÓN DE INGRESO EN LA REAL ACADEMIA DE CARLOS GÓMEZ MARTÍNEZ.

*El pasado día 23 de mayo de 2016 tuvo lugar, en la sala de actos del Ilustre Colegio de Abogados, el acto solemne de lectura del discurso de ingreso por parte del hasta ahora Académico electo –desde ahora Académico de Número– Carlos Gómez Martínez. Su discurso de ingreso –que a continuación se inserta– lleva por título “Dret processal del consumidor. El tractament judicial de les clàusules abusives”.*

*Al inicio del mismo se pone de relieve que el Derecho procesal del consumidor no es fruto de un diseño legislativo, sino fruto de la iniciativa de los jueces de primera instancia –entendida la instancia de manera que comprenda también la apelación, como hace el Tribunal Supremo– combinada, en feliz alianza, con otra instancia judicial, pero de ámbito europeo, como es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al cual se han dirigido los jueces españoles para plantear cuestiones prejudiciales que han provocado cambios legislativos en nuestro país en defensa de los consumidores. Cambios orientados en la dirección de que los consumidores puedan ejercitar su derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva; y, particularmente, el derecho a que el contrato base del proceso sea examinado judicialmente para verificar así el llamado control de abusividad.*

*Son objeto de análisis pormenorizado los diversos elementos que configuran estos procesos: competencia objetiva, competencia*

*territorial –que corresponde al tribunal del domicilio del consumidor– y las partes del proceso, caracterizadas por la exigencia de que el demandado sea un consumidor, entendiéndose por tal a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad empresarial, comercial, oficio o profesión, así como también las personas jurídicas y entidades sin ánimo de lucro que actúen en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.*

*El objeto del proceso es el control judicial de las cláusulas abusivas, control que, de entrada, debe referirse a las cláusulas accesorias y no a las estipulaciones principales del contrato definitorias de su objeto principal; ello en debida protección del principio de autonomía de la voluntad contractual. En cuanto al momento procesal en el que verificar el control de oficio, puede ser en cualquier momento, siempre que el juez disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al afecto, previo siempre el trámite de audiencia al profesional, así como la práctica de las pruebas que las partes puedan proponer, pudiendo también proponerlas el propio juez, ya que éste, en caso de insuficiencia de la prueba propuesta por las partes, puede acordar la práctica de las diligencias probatorias que estime oportunas para verificar el examen de control de la abusividad.*

*Finalmente se hace referencia al alcance de la anulación de las diversas cláusulas abusivas, tratando especialmente de la establecedora de intereses moratorios, la de vencimiento anticipado y la cláusula suelo. Una larga, intensa y prolongada ovación acogió las palabras del nuevo Académico.*

*EL tradicional ritual de contestar el discurso de ingreso corrió a cargo en esta ocasión de la Catedrática de Derecho Procesal y Académica Isabel Tapia Fernández, insertándose a continuación su contestación. En ella se comienza diciendo que le resulta difícil “contestar”, ya que ello es, en lenguaje procesal, formular oposición, rebatir lo alegado de contrario. Lo cual en este caso no es fácil, por lo atinado de las consideraciones hechas por el nuevo Académico de Número y por subyacer en todo su discurso una idea central, que gravita en la misma esencia de la función constitucional del juez. Históricamente – se sigue diciendo– el proceso civil ha estado influenciado por una excesiva concepción liberal individualista.*

*Pero con la Constitución de 1978 y, sobre todo, con la estructural reforma del proceso civil operada por la Ley 1/2000, se ha venido reconsiderando el tradicional reparto de funciones del Juez y de las partes; y, hoy en día, es de difícil aceptación la exagerada ideología liberal que hizo decir a Manresa que la mejor ley de procedimiento es la que deja menos campo al arbitrio judicial.*

*En concreto, el fenómeno del consumo en masa de bienes y servicios obliga al legislador a garantizar de forma eficaz un genuino equilibrio en las relaciones jurídicas entre empresarios y consumidores, en cuyo ámbito se ha producido un desplazamiento de lo privado a lo público, que ha llegado a trascender al proceso. Y así, mientras en el ámbito contractual general una sentencia que declarara la nulidad de una cláusula sin que las partes lo hayan pedido sería tildada de incongruente, en el Derecho del consumo aparece la necesidad de apreciación de oficio de la posible nulidad de una cláusula abusiva, para que el consumidor individual no quede vinculado por la misma, con la consecuencia también de que tal declaración de nulidad servirá de elemento disuasorio para los profesionales que contratan con particulares.*

*Se analiza, a continuación, el art. 6 de la Directiva 93/13 de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, origen de toda una unitaria jurisprudencia comunitaria, el cual contiene dos obligaciones para los Estados miembros: qué las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor; y qué una vez expulsada la cláusula abusiva del contrato, dispondrán que éste siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. En el análisis efectuado se trata del alcance, derivaciones y consecuencias de estas obligaciones.*

*La contestación de la Académica Doctora Tapia Fernández finaliza con estas palabras: “quiero mostrar mi gratitud al Presidente de la Academia por haberme concedido el honor de contestar el magnífico discurso de ingreso del nuevo Académico D. Carlos Gómez y darme así la oportunidad de desear públicamente una fructífera y gratificante labor como Académico de número a este espléndido jurista y mejor persona.”*



# **V.- 1. DRET PROCESSAL DEL CONSUMIDOR. EL TRACTAMENT JUDICIAL DE LES CLÀUSULES ABUSIVES**

**Carlos Gómez Martínez**

I. LA COMPETÈNCIA OBJECTIVA. II. LA COMPETÈNCIA TERRITORIAL. III. EL CONSUMIDOR COM PART. IV. L'OBJECTE DEL PROCÉS: EL CONTROL JUDICIAL DE LES CLÀUSULES ABUSIVES. A) Control d'ofici. B) Control de les parts. C) El contingut de les facultats de control. 1. Control d'abusivitat en sentit estricte. 2. Control d'incorporació. 3. Control de transparència. V. L'ADMISSIÓ DE LA DEMANDA. VI. EL MOMENT PROCESSAL PER AL CONTROL D'OFICI DE LES CLÀUSULES ABUSIVES. VII. MESURES CAUTELARS. VIII. EL TRÀMIT D'AUDIÈNCIA. IX. LA PROVA. X. ELS EFECTES DE LA DECLARACIÓ DE NUL·LITAT DE LA CLÀUSULA ABUSIVA. A) Interessos moratoris. 1. Renúncia al percentatge d'interessos que es considera abusiu. 2. El cas especial dels interessos moratoris d'un préstec garantit amb hipoteca sobre l'habitatge habitual. B) Venciment anticipat. C) Clàusula sòl. XI. CONCLUSIONS

El títol d'aquest discurs demana un aclariment o, més ben dit, un parell, en sentit mallorquí, d'aclariments.

En primer lloc, la protecció del consumidor no és, en principi, un tema de dret processal. Al contrari, des que la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris, va iniciar la regulació en el nostre ordenament jurídic dels drets dels consumidors, aquesta matèria s'havia mantingut en l'àmbit del dret substantiu. No s'han arbitrat expressament processos especials per al tractament d'aquestes qüestions.

Ara bé, en els darrers anys la protecció del consumidor ha tingut una repercussió, també, en el dret processal. Uns dels principis bàsics que justifiquen la legislació de consum és el de la diferència de posicions entre el professional o empresari i el consumidor, desigualtat que pot fer il·lusòria l'autonomia de la voluntat proclamada en l'article 1255 del Codi civil (Cc)

com a fonament de la vinculació de les parts a allò que s'ha pactat en el contracte. Com raona el Tribunal Suprem (TS),<sup>1</sup> la falta d'igualtat, el que anomena «asimetria» entre, per exemple, un banc i l'inversor minorista, és la que justifica que el legislador i, consegüentment, el jutge, intervinguin per «reequilibrar» la situació.

Doncs bé, sembla com si aquesta inicial desigualtat entre les parts que es dona a les relacions de dret material hagués de tenir el seu reflex, també, en el procés i doni peu a una intervenció del jutge més enllà del que seria propi dels principis dispositiu i d'aportació de part que caracteritzen el procés civil. En efecte, sense una correcció de la inicial posició de debilitat del consumidor, es pot reproduir, ara ja dins el procés, la desigualtat entre les parts que justifica, en dret material, la legislació protectora del consumidor. En certs moments processals, com el de l'admissió de la demanda, o el de l'execució, el demandat es trobaria en una situació d'inferioritat respecte del demandant o executant, desigualtat entre les parts processals que faria necessària una intervenció pública, en aquest cas, del jutge, per igualar o reequilibrar la situació.

No cal dir que tot això ha suposat un canvi de model de jutge respecte del més aviat passiu i dependent de les parts que dibuixa la Llei d'enjudiciament civil de 2000 (LEC).

Un segon aclariment té relació amb la paraula «consumidor» utilitzada en singular en el títol d'aquest treball. En efecte, la presència en el procés «del consumidor», així considerat individualment, no havia donat lloc, fins ara, a cap tractament especial. Les especialitats es referien als consumidors en plural, en concret, a les accions col·lectives regulades per primera vegada en el nostre ordenament processal per la LEC de 2000 en el seu article 11. La legitimació de les associacions de consumidors i usuaris per a la defensa dels seus drets i totes les conseqüències que se'n deriven no seran objecte d'aquest treball que es limita a ressenyar algunes novetats en el processos en els quals el consumidor o els consumidors compareixen individualment, principalment com demandats.

Un tercer aclariment és que el «dret processal del consumidor» no es fruit, com tal vegada caldria esperar, d'un disseny legislatiu sistemàtic. Més aviat ha sorgit com a conseqüència de la iniciativa dels jutges, especialment dels jutges d'instància, entesa aquesta, com ho fa el TS, com la primera instància i l'apel·lació, en feliç aliança amb una altra autoritat judicial, però d'àmbit europeu, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, al qual

---

1.- Vegeu STS de 8 de juliol de 2014.

s'han dirigit els jutges nacionals per plantejar qüestions prejudicials que han donat peu a sentències que, al seu torn, han provocat canvis legislatius i així mateix han transformat els principis del procés civil, tal i com tradicionalment els veníem entenent.

Així, la STJUE de 14 de juny de 2012, la que es pot considerar com desencadenant d'aquest desenvolupament, va interpretar la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors, en el sentit que aquesta norma s'oposava a la legislació d'un Estat membre que no permetés al jutge nacional, en un procés monitori, examinar el possible caràcter abusiu d'una clàusula d'interessos moratoris. Aquesta resolució, dictada en qüestió prejudicial interposada per la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona, obliga el jutge a examinar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula contractual, té un abast general, redefeix el paper del jutge en el procés quan el demandat és un consumidor i ha donat lloc a reformes puntuals de la LEC.

Per la seva banda, la STJUE de 14 de març de 2013, va declarar contrari al dret de la Unió que la legislació interna d'un Estat membre no permetés, en un procediment d'execució hipotecària, que el consumidor es pogués oposar al·legant el possible caràcter abusiu de les clàusules del contracte de préstec hipotecari i que tampoc no permetés acordar la suspensió de l'execució. Aquesta sentència ha provocat successives reformes legislatives: la de la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social; la de la Llei 8/2013, de 26 de juny, de rehabilitació, regeneració i renovació urbanes; la de la Llei 3/2014, de 27 de març, per la qual es modifica el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries; i la de la Llei 9/2015, de 25 de maig, de mesures urgents en matèria concursal. Aquesta nova legislació ha modificat profundament el procés hipotecari per intentar fer compatible la seva eficàcia amb el control de l'eventual caràcter abusiu de les clàusules contingudes en l'escriptura de préstec o crèdit amb garantia hipotecària de l'habitatge habitual en base a la qual es despatxa l'execució.

L'existència d'una clàusula eventualment abusiva és la nota que delimita, objectivament, el camp d'estudi d'aquest treball. En efecte, si subjectivament consideràvem com a dret processal del consumidor el que fa referència als litigis en els quals es dona la presència d'un consumidor com a part, objectivament el concepte es delimita perquè la controvèrsia versa, total o parcialment, sobre el control de l'abusivitat d'alguna clàusula d'un contracte celebrat pel consumidor.

S'ha de dir que el TS no ha tingut ocasió de dictar jurisprudència en alguns d'aquests temes ja que les qüestions suscitées –inadmissió de demandes o peticions de monitori i resolucions en matèria d'execució hipotecària– es decideixen mitjançant interlocutòria<sup>2</sup> que, com és sabut, és un tipus de resolució judicial que no té accés a la cassació. En altres casos, però, l'Alt Tribunal sí s'ha pronunciat, amb sentències de gran transcendència, com veurem més endavant.

I s'ha de dir, també, que el Tribunal Constitucional (TC) no ha estat en aquesta ocasió a l'alçada de les circumstàncies, que no ha jugat en aquest tema un paper semblant al que va representar durant els anys vuitanta, quan va modernitzar i adaptar a la Constitució el nostre procés penal, el de l'antiga Llei d'enjudiciament criminal de 1882 introduint-hi les aleshores noves garanties i drets fonamentals. El TC no ha fet ara el mateix en relació amb el procés civil i la protecció del consumidor en la situació de crisi econòmica que hem vingut patint.

En efecte, resulta significatiu que en la seva interlocutòria 71/2014, de 10 de març, el TC decidís no admetre a tràmit la qüestió d'inconstitucionalitat que li havia plantejat el Jutjat de Primera Instància núm. 7 d'Avilés, sobre compatibilitat del procés hipotecari espanyol amb la Constitució perquè la legislació processal interna impedia el consumidor interposar recurs d'apel·lació contra la interlocutòria que desestima l'oposició fonamentada en el caràcter abusiu d'una clàusula contractual. El ple del TC va fonamentar la inadmissió de la qüestió tot afirmant que:

«En definitiva, en el Auto de planteamiento falta una determinación concluyente del juicio de aplicabilidad y relevancia, al no presentarse

---

2.- La traducció del terme castellà “auto” com a “interlocutòria” és la que es proposa el “Vocabulari de dret” publicat en 2009 per les universitats de Barcelona i de València, del qual son coordinadors Antoni Llabrés i Eva Pons.

També és el terme acceptat pel Consell dels Il·lustres Col·legis d'Advocats de Catalunya a la pàgina web del qual llegim: “El terme castellà ‘auto’ té associat més d'un significat. A l'hora de traduir-lo al català, per tant, cal saber a què fa referència exactament, ja que d'això en dependrà la traducció. En primer lloc, pot designar la resolució judicial que dicta el jutge i que no resol qüestions de fons, sinó recursos contra provisions, qüestions incidentals i la nul·litat del procediment, entre altres aspectes. En aquest sentit, cal traduir-lo per ‘interlocutòria’ ... La traducció d'‘auto’ per ‘interlocutòria’ és avalada per especialistes i també per la coincidència formal del terme en altres llengües europees (en anglès, ‘interlocutory order’; en francès, ‘un interlocutoire’; en italià, una ‘decisione interlocutoria’; en portuguès, una ‘sentença interlocutória’). L'any 1988 el Consell Supervisor del TERMCAT va aprovar aquest terme i des d'aleshores l'han adoptat jutges, advocats, procuradors i altres professionals en la seva pràctica jurídica. No obstant això, hi ha qui defensa altres traduccions o, fins i tot, mantenir el castellanisme ‘auto’ per evitar confusions. A tall d'anècdota, però, en un dels primers diccionaris de llenguatge jurídic, el Vocabulari jurídic català de Rafael Folch i Lluís Serrallonga del 1934, hi podem trobar un curiós ‘aut’, en l'entrada del qual ja s'especificava que calia evitar ‘aute’ per ser considerat un barbarisme” (www.cicac.cat).

el precepto cuestionado como decisivo para la resolución del incidente, por carecer de información específica sobre el signo del pronunciamiento pendiente, lo que impide determinar si dará lugar o no a la aplicación del párrafo segundo del art. 695.4 LEC; al no constar tampoco cuál sería la intención impugnatoria de la parte ejecutada en caso de no obtener satisfacción a su pretensión en la resolución judicial, como no puede ser de otro modo antes del dictado de la misma; y, finalmente, al no existir la conexión necesaria entre el fallo y el párrafo segundo del art. 695.4 LEC en los términos que el Juez aduce.»

Doncs bé, uns mesos després el TJUE, en la Sentència de 17 de juliol del mateix any 2014, va declarar en relació amb aquest mateix tema que:

«El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste [el consumidor], en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.»

Finalment s'ha d'aclarir que encara que, d'acord amb el títol, aquesta exposició serà de dret processal, inevitablement es tocaran alguns temes de dret material perquè aquest treball es fruit de la pràctica en la qual, en moltes ocasions, resulta difícil destriar entre dret processal i dret civil o mercantil encara que en el nivell purament teòric aquestes disciplines del dret apareguin com a perfectament separades.

En aquest discurs d'ingrés a l'Acadèmia parlarem del que ha estat una part important de l'exercici de la jurisdicció civil en temps de crisi econòmica, una crisi que la pròpia exposició de motius del Reial decret llei 6/2012, de 9 de març, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos, qualifica com a «profunda» i considera com una «dramàtica realitat».

I d'aquesta manera farem, també, una petita història del que ha estat el rol que han hagut d'assumir els jutges i jutgesses d'aquest país a fi de pal·liar els efectes més devastadors de la crisi sobre les persones més dèbils. El jutges han complert així amb la funció que atorga l'article 9.2 de la Constitució a tot poder públic de remoure els obstacles perquè els ciutadans, en aquesta ocasió en la seva condició de consumidors, puguin exercitar el seu dret fonamental a la tutela judicial efectiva. Això s'ha fet superant dificultats, fent front a acusacions de «activisme judicial» i també, perquè no dir-ho, amb certa por d'endinsar-se en terrenys que no eren els habituals, amb aplicació de lleis com la del Mercat de Valors, la del Mercat Hipotecari o la de protecció dels consumidors que no eren les que estàvem avesats a emprar fins ara.

Això explica la segona part del títol: “El tractament judicial de les clàusules abusives”, i també per això, vull dedicar als meus companys i companyes aquest discurs d'ingrés en l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació.

En l'exposició que segueix s'utilitzarà l'esquema d'un procés ideal tipus que sorgeix de l'anàlisi transversal i sincrònic dels processos existents en el nostre ordenament que, per la presència d'un consumidor i per ser el seu objecte el control de l'abusivitat de clàusules contractuals, poden ser considerats litigis de consum, tal com els hem definit. És a dir, s'analitzaran conjuntament els processos declaratius, monitori i d'execució, inclosa la hipotecària quan escaigui, identificant en els seus elements i fases les especialitats imposades per a la protecció del consumidor, començant pels pressuposts del procés i acabant pels efectes de la sentència que li posa fi.

## **I. LA COMPETÈNCIA OBJECTIVA**

La qüestió de la competència objectiva es planteja perquè l'article 86 ter.2 de la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del poder judicial (LOPJ), que enumera les competències no concursals dels jutjats mercantils es referia en la lletra d) a «Les accions relatives a condicions generals de la contractació en els casos previstos en la legislació sobre aquesta matèria».

Per la seva banda, la Llei 7/1998, de 13 d'abril, de condicions generals de la contractació, inclou com a accions específiques les col·lectives de cessació, retractació i declarativa de condicions generals (article 12) i, per tant, ha d'entendre's que a aquestes es refereix l'article 86 ter.2 LOPJ quan regula la competència objectiva dels jutjats mercantils. Però, en l'article 8, la Llei 7/1998 recull el que s'anomena l'acció individual de nul·litat en els següents termes:

«En particular, seran nul·les les condicions generals que siguin abusives, quan el contracte s'hagi celebrat amb un consumidor, entenent per tals en tot cas les que defineixen l'article 10 bis i la disposició addicional primera de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris».<sup>3</sup>

Per tant, en el cas que s'interposés demanda en exercici d'una acció individual de nul·litat per considerar-la abusiva, la competència seria, en principi, també, dels jutjats mercantils, no dels jutjats de primera instància.

Aquesta interpretació literal donaria peu a que el jutge de primera instància no pogués exercitar les facultats de control del caràcter abusiu de les clàusules contractuals que li atribueixen tant el TJUE com la legislació nacional.

Per això, els tribunals varen interpretar l'article 86 ter.2 LOPJ en el sentit que quan el precepte defineix la competència objectiva dels jutjats mercantils es refereix a l'exercici d'accions i no a les altres vies per les quals el coneixement d'una qüestió arriba als tribunals, com succeeix quan es fa valer la nul·litat per abusivitat per via d'excepció o quan el jutge efectua un control d'ofici.

Quedava un dubte, el de la reconvenció. Què succeeix si el demandat formula reconvenció en la qual demana la nul·litat, per abusiva, d'una clàusula contractual? Encara és competent el jutge de primera instància que entén de l'acció de compliment d'un contracte? No podem oblidar que la reconvenció suposa l'exercici d'una acció objectivament acumulada a la principal, amb la qual guarda una connexió que, sens dubte, concorre entre l'acció de compliment d'un contracte i l'acció en la qual es demana la nul·litat d'una clàusula d'aquest contracte i, com diem, la competència per conèixer de l'acció individual de nul·litat d'una clàusula per abusiva pareixia reservada als jutjats mercantils, no als de primera instància.

Ha estat finalment el legislador qui ha acabat, al menys parcialment, amb aquests dubtes ja que en la recent modificació de la LOPJ operada per la Llei orgànica 7/2015, de 21 de juliol, s'ha reformat l'article 86 ter.2.d), que ara atribueix competència al jutjats mercantils per conèixer «Les accions col·lectives que preveu la legislació relativa a condicions generals de la contractació i a la protecció de consumidors i usuaris», sense menció, per tant, de les accions individuals.

---

3.- Actualment, aquesta remissió s'ha d'entendre feta a les normes del capítol II del títol II del Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries.

En conseqüència, a partir d'ara no hi ha dubte que, en primera instància, la competència per conèixer de les accions individuals de nul·litat per abusiva d'una clàusula incorporada a un contracte signat per un consumidor és dels jutjats de primera instància i no dels jutjats mercantils.

En canvi, en apel·lació, segons la nova norma, la competència en matèria d'accions «relatives a condicions generals de la contractació», totes, col·lectives i individuals, correspon a les seccions especialitzades en mercantil de les audiències provincials, ja que així ho disposa l'article 82.2.2n LOPJ, modificat per la Llei orgànica 7/2015, de 21 de juliol. Que el canvi d'instància, del primer al segon ordre jurisdiccional, impliqui una alteració de competència objectiva és, evidentment, una novetat que no se sustenta en raons dogmàtiques sinó que, més aviat, s'explica per motius pràctics de funcionalitat dels òrgans de l'administració de justícia i reproduceix, ara en segona instància, les mateixes qüestions que abans es plantejaven a la primera instància: si s'invoca la nul·litat del contracte per abusivitat de les seves clàusules com a excepció o com a reconvençió, serà competent la secció civil o la secció mercantil de l'Audiència?

El problema adquireix en apel·lació una nova deriva. En efecte, una de les condicions d'inadmissió de la reconvençió és que «el jutjat no tingui competència objectiva per raó de la matèria» (article 406.2 LEC). Es podria declarar incompetent en apel·lació una secció civil no especialitzada en mercantil per conèixer una reconvençió en què es demanda la nul·litat de la clàusula abusiva, pretensió que, en canvi, va ser ben admesa a tràmit en primera instància?

La qüestió es dubtosa perquè, d'una banda, la resolució dictada en primera instància en què s'admet a tràmit la reconvençió ha guanyat fermesa però, per altra banda, la competència objectiva o per raó de la matèria és revisable d'ofici i, per tant, el tribunal d'apel·lació podria apreciar la seva incompetència per iniciativa pròpia.

Encara que afecti més a la jurisdicció que a la competència objectiva o material, s'ha de precisar aquí que la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la jurisdicció voluntària, ha reformat la Llei del notariat de manera que el seu article 70 preveu ara una espècie de monitori que es du a terme davant el notari i que permet l'obtenció d'un títol executiu per deutes dineraris no contradits. Doncs bé, l'apartat 1, lletra a), del precepte exclou que es puguin reclamar mitjançant aquest tipus d'expedient notarial «Els deutes que es fonamenten en un contracte entre un empresari o professional i un consumidor o usuari».

## II. LA COMPETÈNCIA TERRITORIAL

Si el consumidor intervé en el procés com a demandat resulta d'aplicació la norma general que atribueix competència territorial al tribunal del domicili de la persona física (article 50 LEC).

Però, a més a més, es preveu un fur especial i, per tant, imperatiu en l'article 52.2 que, de manera un tant casuística estableix com a competent el tribunal del domicili de l'assegurat, comprador o prestatari o el de qui hagués acceptat l'oferta, en els litigis en matèria «d'assegurances, vendes a terminis de béns mobles corporals i contractes destinats al seu finançament, així com en matèria de contractes de prestació de serveis o relatius a béns mobles la signatura dels quals hagi estat precedida d'oferta pública [...]».

Ara bé, quan hi intervé com a actor, la preocupació del legislador ha estat aproximar el lloc del litigi al domicili del consumidor, de manera que no hagi de patir la incomoditat i les despeses d'haver de seguir un judici enfora.

És per això que ja des de la primera redacció de la LEC es va preveure com a fur especial el del domicili del demandant «En els processos en què s'exerceixin accions perquè es declari la no-incorporació al contracte o la nul·litat de les clàusules de condicions generals de la contractació [...]» (article 52.1.14è).

La consideració d'aquest fur com a especial el fa imperatiu i, per tant, susceptible de ser revisada d'ofici la competència territorial, en primer lloc pel lletrat de l'administració de justícia i, si escau, pel jutge.

Doncs bé, en aquesta matèria la Llei 42/2015, de 5 d'octubre, ha afegit un nou apartat, el 3, a l'article 52 LEC, que disposa: «Quan les normes dels apartats anteriors no siguin aplicables als litigis derivats de l'exercici d'accions individuals de consumidors o usuaris és competent, a elecció del consumidor o usuari, el tribunal del seu domicili o el tribunal corresponent de conformitat amb els articles 50 i 51».

Aquest nou apartat sembla tenir una doble funció. D'una banda, esvair el dubte que es pot derivar del fet que l'article 52.1.14è tan sols fa esment de les accions de «no-incorporació» quan aquest, estrictament parlant, és tan sols un dels tres tipus de control al qual estan sotmeses les clàusules dels contractes de consum, juntament amb el d'abusivitat i transparència. D'altra banda, el precepte fa electiu el fur del consumidor demandant per permetre que també pugui triar el tribunal del domicili del demandat professional o empresari.

Hem de recordar aquí que l'article 90.2 del Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries, considera com a abusiva la clàusula que contingui «La previsió de pactes de submissió expressa a un jutge o tribunal diferent del que correspongui al domicili del consumidor i usuari, al lloc del compliment de l'obligació o aquell en què estigui situat el bé si aquest és immoble».

Observem, en aquest tema, una pauta normativa habitual en matèria de consumidors: la intervenció del legislador afavoridora de la posició del consumidor, fonamentada en la asimetria o desigualtat amb relació al professional o empresari, i l'atribució a aquesta regulació d'un caràcter imperatiu tot proscriuint que les parts puguin pactar un règim que impliqui una renúncia del consumidor al seu estatus legal privilegiat o, si més no, corrector d'una eventual situació d'inferioritat.

### III. EL CONSUMIDOR COM PART

Com s'ha dit, la possibilitat d'invocar el caràcter abusiu d'una clàusula contractual, o bé d'apreciar l'abusivitat d'ofici, se supedita al fet que el demandat sigui un consumidor. Per aquesta raó un nombre important de processos en aquesta matèria ha versat sobre la qüestió de si el demandat és o no és consumidor.

En aquest tema també s'han succeït els canvis legislatius.

En efecte, l'article 1.2 de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris, establia que:

«A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan suministran o expiden».

I l'apartat 3 del mateix precepte disposava que:

«No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

Aquest concepte legal es caracteritzava per dues notes. En primer lloc, incloïa tant les persones físiques com les jurídiques, la qual cosa ha marcat una diferència entre la legislació nacional i l'europea, ja que la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993 disposa que: «A efectos de la presente Directiva se entenderá por: [...] b) “consumidor”: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», amb exclusió, doncs, de les persones jurídiques. En segon lloc, definia el consumidor com a destinatari final del bé o servei que adquiria, de manera que era el destí personal o privat de l'objecte del contracte el que determinava la condició de consumidor de l'adquirent.

Aquestes dues notes han anat canviant al llarg de les successives reformes legislatives en la matèria.

Així, abans de l'inici de la crisi econòmica, l'article 3 del Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, modificava la redacció anterior i establia que: «Als efectes d'aquesta norma i sense perjudici del que disposen expressament els seus llibres tercer i quart, són consumidors o usuaris les persones físiques o jurídiques que actuen en un àmbit aliè a una activitat empresarial o professional».

Es mantenia, doncs, la peculiaritat nacional d'estendre la condició de consumidor a les persones jurídiques, tot apartant-se de la normativa europea, però sense contradir-la, ja que res s'oposa que un Estat membre atorgui al consumidor major protecció que la que el dret de la Unió Europea li garanteix. En canvi, es variava l'element definitori del concepte de consumidor que ja no era la finalitat personal o privada a la qual s'aplicaria el bé o servei, sinó l'esfera d'actuació en la qual tenia lloc el contracte en qüestió que havia de ser, deia el precepte legal, aliena a una activitat empresarial o professional. L'esfera d'actuació del consumidor es delimitava a la llei negativament: «àmbit aliè a una activitat empresarial o professional».

Val a dir, però, que aquest concepte de consumidor no quedava enterament deslligat de l'anterior ja que l'esfera d'actuació es definia, positivament, per la finalitat que es donés al bé o servei adquirit. Així, en l'exposició de motius del text refós de 2007 llegim:

«El consumidor i usuari, definit a la llei, és la persona física o jurídica que actua en un àmbit aliè a una activitat empresarial o professional. Això és, que intervé en les relacions de consum amb fins privats, contractant béns i serveis com a destinatari final, sense incorporar-los, ni directament, ni

indirectament, en processos de producció, comercialització o prestació a tercers».

En aquest sentit, la STS de 18 de juliol de 2012 explica que:

«[...] el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de “destinatario final”, en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder “a fines privados”. Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera más restrictiva haciendo referencia a “las necesidades familiares o personales”, o “a las propias necesidades del consumo privado de un individuo” (SSTJ CE de 17 de marzo 1998, 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de “destinatario final” antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con “el consumo familiar o doméstico” o con “el mero uso personal o particular” (SSTS 18 de julio de 1999, 16 de octubre de 2000, nº 992, 2000, y 15 de diciembre de 2005, nº 963, 2005).»

En l'actualitat, després de la reforma operada per la Llei 3/2014, de 27 de març, l'article 3 del text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris diu:

«Als efectes d'aquesta norma i sense perjudici del que disposen expressament els llibres tercer i quart, són consumidors o usuaris les persones físiques que actuïn amb un propòsit aliè a la seva activitat comercial, empresarial, ofici o professió.

Són també consumidors als efectes d'aquesta norma les persones jurídiques i les entitats sense personalitat jurídica que actuïn sense ànim de lucre en un àmbit aliè a una activitat comercial o empresarial».

Hi ha, doncs, un cert retorn a un concepte finalista ja que el nou text incorpora la noció de consumidor com la persona física que actua amb un «propòsit» aliè a una activitat comercial, empresarial o professional.

En l'exposició de motius de la reforma de 2014 el legislador menciona expressament el seu propòsit de transposar al nostre ordenament jurídic la Directiva 2011/83/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 d'octubre, sobre els drets dels consumidors, però el fet és que ha mantingut la peculiaritat nacional de considerar consumidor les persones jurídiques.

En qualsevol cas, s'ha d'assenyalar que el concepte de persona jurídica consumidora és més restringit ara que abans, perquè no tan sols es demana que l'entitat actüi en un àmbit aliè a la seva activitat comercial o empresarial sinó, també, que ho faci sense ànim de lucre, la qual cosa sembla referir-se a les associacions i fundacions, les úniques persones jurídiques que podrien ser considerades com a consumidores o usuàries després de la darrera reforma legal ja que únicament aquestes, quan així ho preveuen els seus estatuts, actuen sense ànim de lucre.

D'aquesta manera ha quedat resolt el problema que es donava en relació amb les societats anomenades patrimonials, és a dir, aquelles constituïdes amb l'aportació dels béns d'una unitat familiar. Fins ara s'havia pogut sostenir que gaudirien de la condició de consumidors si la seva activitat era relativa a l'habitatge familiar, sovint, l'únic bé de la societat. Ara sembla que això ja no és possible perquè el seu objecte social –l'administració o gestió del patrimoni– no es pot considerar com a absent d'ànim de lucre, i tot això sense oblidar que les societats de capital, per la seva pròpia definició, tenen la finalitat de repartir beneficis i, per tant, tenen ànim de lucre.

La mateixa cosa es pot predicar de les societats civils atès que l'article 1665 Cc inclou dins la seva definició legal l'ànim de dividir els guanys entre els socis.

En canvi sí mereixen la condició de consumidors les comunitats de propietaris. De fet, és aquesta assimilació la que ha permès les nombroses declaracions judicials d'abusivitat de les clàusules que imposen una indemnització desproporcionada per la desvinculació o desistiment en els contractes de manteniment d'ascensors.

Per acabar amb aquest tema convé distingir el consumidor de l'adherent. El primer és el destinatari de les normes de la Llei general de defensa dels consumidors i usuaris i el segon ho és de les de la Llei de condicions generals de la contractació (Llei 7/1998, de 13 d'abril).

Com diu la STS de 28 de juny de 2015, si l'adherent no mereix la qualificació legal de consumidor o usuari «solo es aplicable la regla contenida en el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que se limita en la práctica a reproducir el régimen de la nulidad contractual por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva del Código Civil».

Aquest precepte disposa, en efecte, que «1. Seran nul·les de ple dret les condicions generals que contradiguin en perjudici de l'adherent el que

disposa aquesta Llei o qualsevol altra norma imperativa o prohibitiva, llevat del fet que s'hi estableixi un efecte diferent per al cas de contravenció», de la qual cosa en resulta que no són aplicables a l'adherent no consumidor les normes sobre l'abusivitat de les clàusules contractuals.

Ara bé, segons la mateixa Sentència, «en el caso de que el contrato integrado por condiciones generales se haya concertado con un consumidor es aplicable el régimen de nulidad por abusividad establecido actualmente en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE sobre cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores».

De tot això el TS, en l'esmentada Sentència de 28 de juny de 2015, extreu la conclusió que: «aunque las partes no se encontrasen en un plano de igualdad o el adherente no haya tenido posibilidad de negociar el contenido del contrato, integrado por condiciones generales de la contratación, al no tener tal adherente la cualidad legal de consumidor, es aplicable el régimen general».

I, en el mateix sentit, contrari a l'extensió del control d'abusivitat a l'adherent no consumidor, la Sentència de l'Alt Tribunal de 30 d'abril de 2015 diu que:

«[...] no procede siquiera entrar a considerar una posible aplicación extensiva o analógica de la protección que el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios otorga a estos al caso de personas físicas comerciantes, empresarios o profesionales cuya actividad económica no pueda considerarse de gran envergadura y que pese a que actúen con un propósito no ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, hayan contratado en un sector ajeno al giro o tráfico habitual de su actividad.»

Un avalador es pot beneficiar de l'aplicació de la legislació sobre clàusules abusives encara que garanteixi un contracte no subscrit per un consumidor. Així, el TJUE (Sala Sisena) en la seva interlocutòria de 19 de novembre de 2015 assumpte C-74/15, estableix que els articles 1, apartat 1 y 2, lletra b, de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb els consumidors s'han d'interpretar: “en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad

en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada Sociedad”.

#### **IV. L'OBJECTE DEL PROCÉS: EL CONTROL JUDICIAL DE LES CLÀUSULES ABUSIVES**

Són les parts les que han de fixar l'objecte del procés en els seus escrits d'al·legacions, demanda i contestació, en virtut dels principis dispositiu i d'aportació de part que regeixen en el procés civil.<sup>4</sup> Però, tal com venim dient, aquest principi pateix importants modulacions quan es tracta d'un procés de consum.

##### **A) Control d'ofici**

Efectivament, el que caracteritza el procés de consum és que el seu objecte es pot estendre d'ofici al control de l'existència de clàusules abusives en els contractes concertats amb un consumidor.

Això és el que estableix la jurisprudència del TJUE i això es també el que preveu amb caràcter general l'article 83 del Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, modificat per la Llei 3/2014, de 27 de març, quan disposa que:

«Les clàusules abusives són nul·les de ple dret i s'han de tenir per no posades. A aquests efectes, el jutge, prèvia audiència de les parts, ha de declarar la nul·litat de les clàusules abusives incloses en el contracte, el qual, no obstant això, segueix sent obligatori per a les parts en els mateixos termes, sempre que pugui subsistir sense les clàusules esmentades».

El control d'ofici de l'existència de clàusules abusives ha estat instaurat, ara de manera expressa, pel legislador processal, amb caràcter general, en el procés d'execució de títols no judicials. Així ho preveu l'article 552.1 LEC després de la reforma de la Llei 1/2013, de 14 de maig al establir que:

“El tribunal examinarà d'ofici si alguna de les clàusules incloses en un títol executiu dels esmentats en l'article 557.1 pot ser qualificada como abusiva. Quan apreciï que alguna clàusula pot ser qualificada com a tal

---

4.- Vegeu Tapia Fernández, Isabel. «El objeto del proceso: su fijación en los actos de alegaciones», en Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Murcia: Escuela de Práctica Jurídica de Murcia, 1997, pàg. 131.

donarà audiència per quinze dies a les parts. Oïdes aquestes acordarà el que procedeixi en el termini de cinc dies hàbils d'acord amb el que preveu l'article 561.1.3.<sup>47</sup>.

## B) Control de les parts

El control d'ofici no impedeix, evidentment, que el consumidor demandat pugui oposar en un declaratiu l'existència d'una clàusula abusiva.

La novetat introduïda per la Llei 1/2013, de 14 de maig, és que aquesta oposició es pot formular, també, en l'execució ordinària de títol no judicial (article 557.1.7a LEC que preveu com una de les causes «Que el títol contengui clàusules abusives») i en la hipotecària (article 695.1.4a LEC que permet l'oposició fonamentada en «El caràcter abusiu d'una clàusula contractual que constitueixi el fonament de l'execució o que hagi determinat la quantitat exigible») on, per la naturalesa pròpia d'aquest tipus de processos, tal possibilitat no hi cabia.

La disposició transitòria quarta de la nova llei establí un termini d'un mes per promoure un incident d'oposició basat en l'existència de clàusules abusives en els processos d'execució hipotecària en curs en el moment d'entrada en vigor de la llei.

Doncs bé, la mateixa norma preveia que «La publicitat d'aquesta disposició té el caràcter de comunicació plena i vàlida a l'efecte de notificació i còmput dels terminis que preveuen els apartats 2 i 3 d'aquest article, i no és necessari en cap cas dictar resolució expressa a aquest efecte».

Aquesta equiparació entre publicitat d'una llei i notificació processal era, certament, un mecanisme inèdit. La STJUE de 29 d'octubre de 2015 l'ha declarada contrària a la normativa europea de protecció del consumidor. La part dispositiva de l'esmentada Sentència en efecte diu que:

«Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición transitoria nacional, como la controvertida en el litigio principal, que impone a los consumidores, respecto de los que se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición y que a esa fecha no ha concluido, un plazo preclusivo de un mes, calculado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley, para formular

oposición a la ejecución forzosa sobre la base del carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales.»

No deixa de ser curiós que la Llei 9/2015, de 25 de maig, concedeixi un nou termini, ara de dos mesos, per a què l'executat pugui interposar recurs d'apel·lació contra la interlocutòria desestimatòria de l'oposició fonamentada en l'existència d'una clàusula abusiva, dictada en un procés d'execució en curs que no hagi culminat amb la posada a disposició de l'immoble (Disposició transitòria quarta, apartat 2), i que utilitzi així la mateixa tècnica d'equiparar la publicació de la llei a una notificació processal tot establint que: «La publicitat d'aquesta disposició té el caràcter de comunicació plena i vàlida als efectes de notificació i còmput dels terminis que preveu l'apartat 2 de la disposició, i en cap cas cal dictar una resolució expressa a l'efecte».

Aplicant la mateixa doctrina de la STJUE de 29 d'octubre de 2015, haurem de concloure que aquest precepte s'oposa a la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993<sup>5</sup>.

Els efectes d'aquesta jurisprudència europea no poden ser que els jutges hagin de revisar totes les execucions en curs que no hagin culminat amb la posada en possessió de l'immoble per notificar el començament del còmput del termini d'un mes per formular oposició o de dos mesos per interposar recurs d'apel·lació contra la interlocutòria desestimatòria de l'oposició fonamentada en l'existència de clàusules abusives, sinó que la doctrina del TJUE s'ha de interpretar, més aviat, en el sentit que si el procés d'execució no ha conclòs i l'executat pretén formular oposició o interposar recurs d'apel·lació contra la interlocutòria desestimatòria després de transcorregut el mes des de la publicació de la Llei 1/2013, de 14 de maig, o els dos mesos d'ençà de la publicació de la Llei 9/2015, s'haurà d'admetre a tràmit tant l'oposició com, en el seu cas, el recurs.

### C) El contingut de les facultats de control

L'objecte del procés de consum, tal com l'hem definit, és el control de l'eventual caràcter abusiu de les clàusules d'un contracte subscrit per un consumidor.

El que, en sentit ampli, s'anomena «control d'abusivitat» de les clàusules dels contractes de consumidors inclou, en realitat, tres tipus de control: el

---

5.- Aquesta “confusió de papers” es simptomàtica del desconcert produït per la irrupció del dret processal del consumidor: El legislador “notifica” com si fos el jutge i, com veurem més endavant, el jutge estableix la data d'entrada en vigor d'una “norma jurisprudencial”, com si fos el legislador.

control d'abusivitat en sentit estricte, el control d'incorporació i el control de transparència.

### 1. Control d'abusivitat en sentit estricte

El control d'abusivitat consisteix, bàsicament, en l'anàlisi del contingut de les condicions del contracte, per determinar si alguna d'elles romp l'equilibri que hi ha d'haver entre les prestacions de les parts. En principi es refereix a les clàusules accessòries, no a les estipulacions principals del contracte, definitòries del seu objecte principal. Així, el dinovè considerant de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, indica que: «[...] a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o la prestación»; i l'article 4.2 disposa que: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

La doctrina es troba dividida sobre l'abast de les expressions «que descriguin l'objecte principal» del contracte o «referides a la definició de l'objecte principal». Però la idea és que quedi protegit el principi d'autonomia de la voluntat en la contractació, la llibertat per fixar el preu de la contraprestació pactada. El professor de la Universitat de Castella la Mancha, PERTIÑEZ VÍLCHEZ<sup>6</sup> dona compte de les tres raons contràries a la possibilitat de control del preu com a objecte principal del contracte:

«Se puede decir que las tres razones de BRANDNER y ULMER por las cuales no se debe controlar el equilibrio entre el precio y la contraprestación, que están en la base del art. 4.2 de la Directiva 13/1993, han devenido ya en un clásico: en primer lugar, el control del equilibrio del precio supone una violación del principio de autonomía de la voluntad, pilar básico de la economía de mercado, que normalmente se retiene en los diferentes estados miembros constitucionalmente relevante (no se debe controlar o *Man darf nicht*). En segundo lugar, por la ausencia de un parámetro normativo conforme al cual valorar si el precio es justo, ya que la equivalencia entre el precio y la contraprestación viene determinada por el mercado y no por el derecho (no se puede controlar o *Man kann nicht*). Por último —no sin ciertas dosis de optimismo— por la innecesariedad de un control de

---

6.- Pertíñez Vílchez, Francisco. «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario». InDret, núm. 3 (2013).

precios, puesto que la competencia es garantía del equilibrio económico (no se necesita controlar o *Man braucht nicht*)».

En canvi, l'Informe de 27 d'abril de 2000, de la Comissió, referent a l'aplicació de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, assenyala que: «Las cláusulas relativas al precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva».

És a dir, segons aquest Informe, les clàusules que no tenen per objecte directe el preu, sinó la forma de la seva determinació, sí que estarien sotmeses al control d'abusivitat.

El TS sí ha fet, encara que residualment i sense dir-ho, fins i tot contradint la seva línia jurisprudencial dominant (expressada, entre d'altres, en la Sentència de 9 de maig de 2013), un control d'abusivitat del preu d'un préstec quan ha anul·lat la clàusula d'arrodoniment a l'alça (SSTS de 4 de novembre de 2010, d'1 de desembre del mateix any i d'11 de febrer de 2015). En aquests casos l'Alt Tribunal fa un control de contingut utilitzant el cànon del «perjudici del consumidor» i del «desequilibri important dels drets i obligacions de les parts que es deriven del contracte», és a dir, un control de contingut o d'abusivitat en sentit estricte.

En qualsevol cas, l'article 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, no transposat expressament al nostre ordenament jurídic, sembla no excloure que les clàusules definitòries de l'objecte principal del contracte puguin ser controlades per verificar que estiguin redactades «de manera clara y comprensible», la qual cosa ens remet al control d'incorporació i al de transparència, que seran sempre possibles encara que tinguin per objecte una clàusula principal.

## 2. Control d'incorporació

El control d'incorporació consisteix en sotmetre el contracte a un examen per tal de comprovar que les clàusules en qüestió en formen part. Així, per exemple, si el contracte és escrit, el clausulat haurà d'estar firmat, i si no és escrit, les condicions hauran d'estar en un lloc visible dins el local on se celebra el contracte, o si es tracta de la comercialització a distància de

productes financers, l'article 6.1 de la Llei 22/2007, d'11 de juliol exigeix la "constancia de las ofertas y la celebración de los contratos en un soporte duradero".

Però a més a més, si el contracte és escrit, el control d'incorporació sotmet la seva redacció a un examen des del punt de vista dels estàndards de transparència, claredat, concisió i senzillesa que recull l'article 5.5 de la Llei de condicions generals de la contractació. L'article 7 de la mateixa norma preveu que: «No quedaran incorporades al contracte les condicions generals següents: a) Les que l'adherent no hagi tingut oportunitat real de conèixer de manera completa al temps de la celebració del contracte [...]. b) Les que siguin il·legibles, ambigües, fosques i incomprensibles [...]».

En el mateix sentit, l'article 80 del text refós de la Llei per a la defensa dels consumidors i usuaris estableix que: «En els contractes amb consumidors i usuaris que utilitzin clàusules no negociades individualment [...], aquelles han de complir els requisits següents: a) Concreció, claredat i senzillesa en la redacció, amb possibilitat de comprensió directa [...]. b) Accessibilitat i llegibilitat, de forma que permeti al consumidor i usuari el coneixement previ a la formalització del contracte sobre la seva existència i contingut».

El vintè considerant de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, indica que: «[...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, de manera que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]», i el seu article 5 disposa que «En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o alguna de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible [...]».

El control d'incorporació és formal, verifica la integració d'una clàusula dins el contracte i en el «ïter negocial» pren en consideració el moment de la seva perfecció.

### 3. Control de transparència

El control de transparència té per objecte verificar que el consumidor hagi conegut la càrrega econòmica que per a ell suposa el contracte. Segons la STS de 8 de setembre de 2014, el consumidor ha de conèixer:

«[...] la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los

presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

I la STS de 9 de maig de 2013 defineix aquest tipus de control com el que pretén que el consumidor conegui o pugui conèixer:

«[...] la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener» (paràgraf 210).

És en aquesta mateixa Sentència sobre clàusules sòl que el TS conclou que les clàusules analitzades no són transparents per manca d'informació, i les declara nul·les encara que siguin essencials, és a dir, referides a un element definitori de l'objecte principal del contracte. L'Alt Tribunal assenjala, en efecte, que les clàusules esmentades s'insereixen de forma conjunta amb d'altres que estipulen aparentment un tipus sostre, que no existeixen simulacions d'escenaris diversos relacionats amb el comportament raonablement previsible del tipus d'interès en el moment de contractar, que no hi ha informació prèvia clara i comprensible sobre el cost comparatiu amb altres modalitats de préstec de la pròpia entitat, i que es situen en el text del contracte entre una aclaparadora quantitat de dades que dilueixen l'atenció del consumidor i entre les quals queden emmascarades.

El TS sembla exercir aquí el control d'incorporació al·ludint a la presentació formal de les clàusules, però també el de transparència, amb el qual s'endinsa en el procés de formació del consentiment del consumidor i té en compte, especialment, la informació precontractual que hagi pogut rebre i si aquesta ha estat idònia o no perquè el consumidor pogués fer-se una idea exacta dels efectes econòmics del contracte.

Simplificant molt es pot dir que: el control d'abusivitat fa referència al contingut del contracte i cerca que no hi hagi en les seves clàusules un desequilibri desfavorable al consumidor, és un control de validesa material; el control d'incorporació verifica el compliment dels requisits legals establerts perquè les clàusules integrin vàlidament el contracte, és un control de validesa formal; i el control de transparència és el relatiu al coneixement de les conseqüències econòmiques del contracte. Per això, es podria dir que el control d'abusivitat té per objecte el contingut del contracte, el d'incorporació la seva forma i el de transparència el seu grau de comprensió per part del consumidor. Temporalment, el control d'abusivitat ve referit a la fase de compliment del contracte, ja que exigeix representar-se els seus efectes; el

control d'incorporació es retrotreu al moment de la perfecció del contracte, i el control de transparència es remunta a un moment encara anterior ja que demana la reconstrucció de la fase precontractual.

Ara bé, des del punt de vista processal es planteja la qüestió de si quan parlem de la facultat del jutge de controlar d'ofici l'eventual caràcter abusiu de les clàusules contractuals ens referim al tres tipus de control, abusivitat, incorporació i transparència, o no. Si la resposta és afirmativa hauríem de concloure que el jutge pot sotmetre al seu examen d'ofici, també, les clàusules definitòries de l'objecte principal del contracte sempre que aquest control sigui d'incorporació o de transparència.

La STJUE de 14 de juny de 2012, en la part dispositiva, adopta un criteri ampli quan estableix que el jutge ha d'efectuar el control d'ofici quan disposi «de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto», i no sembla distingir entre els diferents tipus de control.

El TS, per la seva banda, en la Sentència de 8 de setembre de 2014 fa un control de transparència quan tan sols s'havia demanat el d'abusivitat, i ho justifica d'aquesta manera:

«En relación al segundo motivo planteado, y en orden a la fundamentación técnica del control de transparencia que a continuación se expone, debe señalarse que esta Sala, con la debida moderación del rigorismo procedimental aplicable a esta materia, considera pertinente su examen a tenor de la demanda de solicitud de declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas suelo» (fonament jurídic segon, paràgraf 3).

La conclusió ha de ser, doncs, que encara que tinguin un contingut i un objecte diferent, els tres tipus de control es poden exercitar d'ofici en el si d'un procés de consum.

## V. L'ADMISSIÓ DE LA DEMANDA

Les facultats del jutge d'inadmetre una demanda són, en principi, limitades. L'article 403.1 LEC estableix, amb tota claredat, que: «Les demandes només s'han d'inadmetre en els casos i per les causes que preveu expressament aquesta Llei». D'aquest taxatiu precepte es dedueix, en primer lloc, que regeix una espècie de principi de tipicitat en matèria d'inadmissió de manera que, si no hi ha una previsió legal expressa, no es pot inadmetre una demanda al començament del litigi, *in limine litis*. En segon lloc, també

es desprèn que el motiu d'inadmissió ha de ser de caràcter processal ja que és la mateixa llei processal i no una altra la que l'ha de preveure.

D'aquesta manera, quan els jutges vèiem una petició de monitori basada en un contracte que contenia o podia contenir clàusules abusives no ens quedava més remei que admetre-la amb l'esperança que el deutor formulés la deguda oposició que deixaria el requeriment de pagament sense efecte i faria renéixer en el creditor la càrrega d'encetar el procés declaratiu corresponent per exercitar el seu dret, en virtut d'allò que CALAMANDREI anomena «la inversió de la iniciativa del contradictori».

Però aquest escenari va canviar, dràsticament, amb la STJUE de 14 de juny de 2012. El cas sobre el qual es va pronunciar va ser el següent:

L'any 2007 el Sr. Calderón Camino va subscriure una pòlissa de préstec amb Banesto per a l'adquisició d'un vehicle amb un interès remuneratori del 8,890% TAE i un interès de demora del 29%. Després que el Sr. Calderón deixés de pagar set quotes, el banc va presentar una petició de judici monitori davant el Jutjat de Primera Instància de Sabadell en reclamació de 29.381,95 € més interessos i costes.

El Jutjat de Primera Instància va declarar nul·la, per abusiva, la clàusula d'interessos i va reintegrar el contracte fixant un interès del 19%.

Banesto va interposar recurs d'apel·lació contra aquesta interlocutòria tot al·legant que el Jutjat no podia, en aquesta fase del procés, ni inadmetre la demanda ni modificar la corresponent clàusula.

L'Audiència Provincial de Barcelona planteja al TJUE dues qüestions prejudicials. En primer lloc, demana si és contrari al dret europeu dels consumidors que un tribunal no pugui declarar d'ofici i *in limine litis* (al bell començament del litigi) la nul·litat d'una clàusula abusiva. En segon lloc, com s'havia d'interpretar l'article 83 del Reial decret legislatiu 1/2007 —que, com és sabut, preveia la reintegració del contracte si una de les seves clàusules era declarada abusiva—, en vista de l'article 6.1 de la Directiva 93/13/CEE quan estableix que les clàusules abusives «no vincularan al consumidor».

La resposta del Tribunal a ambdues qüestions és clara. Pel que fa a la primera, que és la que interessa en el tema de l'admissió de la demanda, el Tribunal conclou que la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors:

[...] se opone a una normativa de un Estado miembro [...] que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento—, el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición».

Aquesta Sentència ha dut a reformar, mitjançant la Llei 42/2015, de 5 d'octubre, l'article 815 LEC relatiu a l'admissió del monitori que ara preveu que, quan la petició és de dret del consum, el lletrat de l'administració de justícia la passi directament al jutge per tal que sigui ell qui decideixi sobre l'admissió o no.

S'ha afegit a l'article 815 un nou apartat, el 4, que estableix el següent:

«Si la reclamació del deute es fonamenta en un contracte entre un empresari o professional i un consumidor o usuari, el secretari judicial, abans d'efectuar el requeriment, n'ha de donar compte al jutge perquè pugui apreciar el possible caràcter abusiu de tota clàusula que constitueixi el fonament de la petició o que hagi determinat la quantitat exigible.

El jutge ha d'examinar d'ofici si alguna de les clàusules que constitueix el fonament de la petició o que ha determinat la quantitat exigible pot ser qualificada d'abusiva. Quan apreciï que alguna clàusula pot ser qualificada així, ha de donar audiència per cinc dies a les parts. Oïdes aquestes, ha de resoldre el que sigui procedent mitjançant una interlocutòria dins dels cinc dies següents. Per a aquest tràmit no és preceptiva la intervenció d'un advocat ni d'un procurador.

En cas que apreciï el caràcter abusiu d'alguna de les clàusules contractuals, la interlocutòria que es dicti ha de determinar les conseqüències d'aquesta consideració, i ha d'acordar la improcedència de la pretensió o bé la continuació del procediment sense aplicar les considerades abusives.

Si el tribunal no aprecia l'existència de clàusules abusives, ho ha de declarar així i el secretari judicial ha de procedir a requerir el deutor en els termes que preveu l'apartat 1.

La interlocutòria que es dicti és apel·lable directament en tot cas.»

La nova regulació del tràmit d'admissió o inadmissió de la petició de monitori planteja algunes qüestions. En primer lloc, si amb la petició del monitori tan sols es presenta una factura, tal com permet l'article 812 LEC, el lletrat de l'administració de justícia haurà de requerir el creditor perquè aporti l'exemplar del contracte ja que sense aquest no es pot fer el control d'abusivitat. En segon lloc, es preveu una audiència en cas que el jutge consideri que alguna de les clàusules que constitueixen el fonament de la petició de monitori pot ser abusiva. Si no es troba el deutor en aquest primer moment, serà inútil després intentar el requeriment. Es podrà arxivar ja llavors el monitori? La menció a les parts s'ha d'entendre referida tan sols a les parts personades en aquest moment, és a dir, al creditor? Si no es fa la declaració d'abusivitat en aquest moment inicial, el deutor pot demanar-la quan formuli oposició?

Finalment, la nova regulació planteja la qüestió de si el Lletrat de l'Administració de Justícia és autoritat judicial adequada per fer el control del caràcter abusiu de les clàusules dels contractes de consumidors. En relació a aquesta qüestió el Tribunal de Justícia de la Unió Europea en la seva sentència de 18 de febrer de 2016 ha establert que:

“La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no permite al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando la autoridad que conoció de la petición de juicio monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación”.

Aquesta nova sentència ha de canviar, a la pràctica, l'organització de l'examen de les peticions de monitori per a decidir sobre la seva admissió, que s'haurà de dur a terme, directament, pel jutge, sense el filtre previ de la intervenció del Lletrat de l'Administració de Justícia.

La mateixa jurisprudència del TJUE ha provocat la reforma legal de l'admissió de la demanda d'execució de títol no judicial. L'article 557.1 LEC després de la reforma operada per la Llei 1/2013, de 14 de maig, recull com a causa d'inadmissió de la demanda d'execució «Que el títol contengui clàusules abusives» (causa 7a).

En concordància amb aquest nou precepte, l'actual article 552.1 LEC preveu que si en virtut del seu examen d'ofici el jutge detecta en el títol

la possible existència d'una clàusula abusiva donarà audiència a les parts, aquesta vegada per 15 dies, i si aprecia el caràcter abusiú d'una o de diverses clàusules el jutge dictarà interlocutòria per acordar la improcedència de l'execució o la seva continuació sense aplicació de les que han estat considerades com a abusives.

Com es veu, ha quedat sense regular la inadmissió de la demanda de judici declaratiu per la possible existència de clàusules abusives en el títol que serveix de base a l'exercici de la pretensió. Però per aplicació directa de la jurisprudència del TJUE s'ha de considerar que el jutge té també en aquests supòsits les mateixes facultats d'examen d'ofici que en el tràmit d'admissió del monitori o de la demanda d'execució.

## **VI. EL MOMENT PROCESSAL PER AL CONTROL D'OFICI DE LES CLÀUSULES ABUSIVES**

Més enllà d'aquest moment inicial, el control d'ofici de l'abusivitat d'una clàusula contractual es pot fer, en principi, en qualsevol estadi del procés, quan el jutge, en paraules del TJUE en la seva sentència de 14 de juny de 2012, «disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto».

Aquest punt de partida ha de ser, però, modulats pels principis de cosa jutjada formal i material. El primer, que opera dins un mateix procés en relació amb una resolució prèvia, impedirà que es pugui examinar d'ofici l'abusivitat d'una clàusula contractual si en un tràmit processal anterior el jutge ja ha conegut de l'assumpte i, per tant, ha tingut l'oportunitat de pronunciar-se sobre el tema i ha declarat la no abusivitat. Admetre que el jutge pugui tornar una i una altra vegada a fer el control d'ofici, sense limitació, en qualsevol moment del decurs processal seria contrari a la seguretat jurídica i al principi de cosa jutjada formal o de fermesa de les resolucions judicials que es proclama en l'article 18 LOPJ.

Per aquesta mateixa raó resulta difícil que es pugui apreciar l'abusivitat d'una clàusula contractual en un procés d'execució de títol judicial ja que per dictar la resolució objecte del procés executiu el jutge ja ha conegut el contracte, ha tingut ocasió d'examinar les seves clàusules i no ha considerat necessari declarar la nul·litat de cap d'elles.

Cosa ben distinta passarà en el procés d'execució de títol no judicial ja que en aquest cas no hi ha hagut intervenció prèvia del jutge i, per tant, no ha hagut ocasió d'efectuar el control d'ofici amb anterioritat.

Per la seva banda, el principi de cosa jutjada material pot produir efectes en un procés posterior si ha hagut un procés anterior que hagi pogut tenir per objecte, precisament, l'abusivitat d'una clàusula, encara que no s'hagi fet valer aquesta abusivitat, en aplicació del principi segons el qual la cosa jutjada inclou allò adduït i allò adduïble, conceptes avui incorporats en els articles 222 i 400 LEC.

Així, la STS de 24 de novembre de 2014 estima la cosa jutjada per a l'apreciació de l'abusivitat d'una clàusula de venciment anticipat que es pretenia fer valer en un procés ordinari tot argumentant que el deutor no l'havia oposada en el procés anterior d'execució d'un títol no judicial. El Tribunal raona el següent:

«Esta oposición del ejecutado, tratándose de una ejecución fundada en títulos no judiciales, aparecía claramente autorizada por el art. 559.1-3º LEC en su redacción aplicable a este recurso por razones temporales y debe seguir considerándose así, pues aun cuando el artículo se titule «Sustanciación y resolución de la oposición por defectos procesales», entre estos han de considerarse comprendidos los resultantes del propio documento o documentos en que se funde la ejecución, es decir, los inherentes al propio título de la ejecución [...].

[...]

A su vez, la falta de oposición del ejecutado, pudiendo haberla formulado, determinará la improcedencia de promover un juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución seguido contra él, dado el carácter de principio general de lo dispuesto en el apdo. 2 del art. 400 LEC en relación con su art. 222 [...].».

Ara bé, el Tribunal afegeix:

«[...] en coherencia con lo anterior, si la oposición sí se formula pero se rechaza única y exclusivamente porque las circunstancias que consten en el propio título no pueden oponerse en el proceso de ejecución, entonces el ejecutado sí podrá promover un juicio declarativo posterior sobre la misma cuestión».

De tot això se'n dedueix que en un procés de consum, en què el jutge té la facultat d'examinar d'ofici l'eventual existència de clàusules abusives en el títol esgrimit per l'empresari o particular, els principis de cosa jutjada formal i material operen de la manera següent:

- Si el procés està obert i ha hagut una resolució judicial, per exemple, en tràmit d'admissió, declarant que la clàusula no és abusiva, no es podrà plantejar ja la mateixa qüestió en les fases processals següents, ni d'ofici ni a instància de part. Ho impedeix el principi de cosa jutjada formal.
- Si el jutge s'ha pogut pronunciar sobre la concurrència de clàusules abusives en el contracte fet valer per l'actor perquè en un moment determinat del procés ja tenia els elements de fet i de dret necessaris a aquest efecte i, en canvi, no ha hagut resolució tractant el tema, sempre ho podrà fer fins al final del procés d'ofici o a instància de part si és que en aquest darrer cas no ha acabat el termini previst en la llei per al·legar l'abusivitat.
- Si el procés de consum ha conclòs sense que el jutge hagi declarat l'abusivitat o quan l'ha rebutjada expressament, aquesta qüestió queda coberta per la cosa jutjada material i no es podrà plantejar ni en el procés d'execució ni en cap altre litigi posterior sempre, evidentment, que es segueixi entre les mateixes parts.

## **VII. MESURES CAUTELARS**

Com hem dit abans, la STJUE de 14 de març de 2013, cas Aziz, en relació amb la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, conclou que:

«[...] la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final».

Aquesta Sentència va donar peu a la reforma de l'article 695.1 LEC que va permetre a l'executat formular com a causa d'oposició l'abusivitat d'una clàusula del títol.

No obstant això, alguns autors, i també una certa pràctica forense, han vingut admetent que es pugui instar la nul·litat en el procés declaratiu corresponent i que en aquest el jutge pugui acordar com a mesura cautelar la suspensió del procés hipotecari. Això es fonamenta directament en la STJUE de 14 de març de 2013.<sup>7</sup>

El catedràtic de dret processal JULIO BANACLOCHE<sup>8</sup> considera que aquesta és una pràctica equivocada. Entén aquest autor que el que el TJUE retreu a la legislació nacional és que en l'execució hipotecària ni s'admeti l'oposició de l'abusivitat d'una clàusula del títol, ni s'admeti tampoc la possibilitat que aquesta qüestió es plantegi en el judici declaratiu i en aquest cas es paralitzi l'execució hipotecària. Dons bé, JULIO BANACLOCHE sosté que un cop admesa la primera de les vies esmentades, és a dir, l'oposició en el si del procés d'execució hipotecària, no cal ja la segona per considerar el nostre procés adaptat en aquest extrem a la directiva europea sobre consum. El contrari podria significar, sosté l'autor, la vulneració de l'article 698 de la Llei processal civil que remet al procés declaratiu corresponent per qualsevol qüestió no contemplada en els articles precedents com a causa d'oposició a l'execució hipotecària. A més a més, el catedràtic de dret processal recorda que el jutge del procés declaratiu no té competència funcional per a qualsevol qüestió relativa al procés d'execució hipotecària.

## VIII. EL TRÀMIT D'AUDIÈNCIA

La declaració de nul·litat de la clàusula d'un contracte subscrit per un consumidor en qualsevol moment del procés s'ha de fer amb tràmit d'audiència del professional. Això ho ha declarat taxativament el TJUE en l'apartat 31 de la seva Sentència Banif Plus Bank Zrt de 21 de febrer de 2013 on diu:

«[...] en el supuesto de que el juez nacional, después de haber determinado –sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga o que se le hayan comunicado a raíz de las diligencias de prueba que haya acordado de oficio a tal efecto– que una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, compruebe, tras una apreciación efectuada de oficio, que dicha cláusula presenta un carácter abusivo, está

---

7.- Vegeu, per exemple, Magro Servet, Vicente, en «Cuestiones sobre competencia para la suspensión de procedimientos de ejecución hipotecaria a raíz de la sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013». El derecho.com (1 de maig de 2013).

8.- Banacloche Palao, Julio. «Cláusulas abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria: una práctica equivocada». La Ley, núm. 8312 (16 de maig de 2014).

obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales.»

El mateix criteri s'ha seguit en la Sentència de l'Alt Tribunal Europeu de 30 de maig de 2013.

Aquesta exigència d'audiència prèvia al professional coincideix amb la de l'article 83 del text refós de Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris que, malgrat ser una norma de dret material, després de la seva reforma operada per la Llei 3/2014, de 27 de març, regula el control d'ofici de l'abusivitat de les clàusules dels contractes celebrats amb consumidors i preveu un tràmit d'audiència prèvia; com també ho fan els articles 552.1 i 815 LEC abans esmentats.

La Sentència Banif Plus Bank Zrt de 21 de febrer de 2013 va introduir una certa confusió en tot aquest tema ja que en el seu apartat 35 estableix que:

«Esta posibilidad ofrecida al consumidor de expresar su opinión sobre este extremo obedece también a la obligación que incumbe al juez nacional, como se ha recordado en el apartado 25 de la presente sentencia, de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula».

En efecte, donar audiència al consumidor per excloure el seu aquietament amb caràcter previ a la declaració d'abusivitat, pot resultar difícil, per no dir impossible, per exemple, en tràmit d'admissió.

La STJUE de 21 de febrer de 2013 fa aplicació de la doctrina que ja es recollia en l'anterior Sentència també d'aquest Tribunal de 4 de juny de 2009 (Pannon), en la qual es recordava que «el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula» (apartat 27).

No obstant això, la pròpia Sentència Banif aclareix que el respecte del principi de contradicció no ha d'impedir l'efectivitat de la Directiva 93/13/CEE. Per això, aquesta exigència d'exclusió de l'aquietament del consumidor per poder apreciar l'existència d'una clàusula abusiva mitjançant la

corresponent audiència, s'ha d'interpretar en el sentit que el jutge ha d'informar de la seva iniciativa de controlar d'ofici la clàusula i ha de donar audiència respecte a aquesta qüestió a les parts que en aquell moment estiguin efectivament personades en el procés. Si ens trobem en tràmit d'admissió l'única part serà l'actora, creditora, professional.

## IX. LA PROVA

Si el control és de contingut, és a dir, de l'abusivitat en sentit estricte de les clàusules, l'exercici d'aquesta facultat sempre estarà a l'abast del jutge ja que amb la demanda o amb la petició de monitori s'aportarà el contracte com a document en el qual el creditor o actor fonamenta el seu dret. Això mateix pot passar amb el control d'incorporació atesa la seva naturalesa formal. L'observació del suport del contracte o la lectura del document que el recull serà normalment suficient per poder determinar si les seves clàusules han estat vàlidament incorporades o no.

Però, en canvi, el control de transparència demanarà sovint una activitat probatòria distinta de l'aportació de la documental. En efecte, encara que el contracte incorpori fórmules d'estil en les quals el consumidor, per exemple, reconeix haver estat informat o conèixer els riscos d'un producte financer, el TS ha dit que aquestes declaracions són insuficients per acreditar que el consumidor ha estat degudament informat en fase precontractual. En efecte, en la Sentència de 12 de gener de 2015 l'Alt Tribunal diu que:

«Tampoco son relevantes las menciones predispuestas contenidas en el contrato firmado por la Sra. Loreto en el sentido de que “he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta...” y “declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo”. Se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril».

El jutge, per poder formar la seva convicció sobre la comprensió per part del consumidor de les conseqüències econòmiques del contracte, necessitarà elements de prova com la documental, consistent en les comunicacions entre les parts prèvies a la signatura del contracte o la declaració del venedor del

producte. Es plantegen així dues qüestions. La primera és si el jutge podria acordar la prova d'ofici. La segona si, practicada la prova demanada per una part en un procés en el qual no s'exercita cap acció de nul·litat, el jutge pot per pròpia iniciativa i en vistes del resultat de la prova sotmetre el contracte a un control de transparència.

Pel que fa a la iniciativa probatòria d'ofici la STJUE de 14 de juny de 2012 estableix en el fonament 44 que:

«A este respecto, al pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial presentada por un tribunal nacional en el marco de un procedimiento contradictorio iniciado a raíz de la oposición formulada por un consumidor contra una demanda en proceso monitorio, el Tribunal de Justicia declaró que el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva, que figura en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula (sentencia VB Pénzügyi Lízing, antes citada, apartado 56).»

Aquesta doctrina ha estat reiterada en les sentències del mateix Tribunal de 21 de febrer de 2013, Banif Plus Bank Zrt (apartat 24) i de 14 de març 2013, Aziz vs. Catalunyaacaixa (apartat 47). La primera les sentències que ara s'esmenten, la de 21 de febrer de 2013, es refereix expressament a la prova que el jutge ha d'acordar d'ofici prèviament a declarar el caràcter abusiu d'una clàusula contractual.

No hi ha, però, en la nostra Llei d'enjudiciament civil cap precepte que reguli expressament aquesta facultat d'iniciativa probatòria d'ofici, que va més enllà de l'àmbit d'aplicació de l'article 429 que, com és sabut, regula la facultat judicial d'integració probatòria, tal com la denomina XAVIER ABEL,<sup>9</sup> que és de caràcter eventual i limitat que no imposa cap deure ni cap obligació al jutge, característiques que no encaixen bé amb els termes imperatius amb els quals la jurisprudència europea concep l'examen d'ofici de l'abusivitat de les clàusules d'un contracte signat per un consumidor.

En conseqüència, sembla que no hi ha més remei que admetre que en virtut dels principis de primacia i d'efecte directe que regeixen les relacions entre el dret de la Unió Europea i els ordenaments jurídics nacionals, el jutge en qual-

---

9.- Abel Lluch, Xavier. «Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil». Barcelona: Bosch, 2005. En les pàgines 117 i següents explica l'autor les raons d'aquesta proposta de denominació.

sevol moment, i especialment en cas d'insuficiència de l'activitat probatòria desplegada per les parts, pot acordar la pràctica de diligències probatòries dirigides a possibilitar l'examen de clàusules contractuals eventualment abusives.

La segona pregunta que ens fèiem abans és si el jutge pot acordar l'abusivitat d'una clàusula contractual en un procés l'objecte del qual no és la declaració de nul·litat de la clàusula, d'acord amb la prova no practicada amb aquesta finalitat, i la resposta ha de ser també afirmativa ja que, en això consisteix, precisament, l'exercici d'ofici d'una facultat. Ara bé, és clar que en aquest procés la part actora ha de fer valer l'esmentat contracte com a base de la pretensió que exercita ja que, en cas contrari, un pronunciament del jutge sobre l'abusivitat d'alguna de les seves clàusules quedaria fora de l'objecte del procés.

Pel que fa a la prova, en l'execució hipotecària es dona una dificultat addicional. En efecte, malgrat que la Llei 1/2013, de 14 de maig, va permetre, com hem vist, l'oposició basada en l'existència de clàusules abusives, no es va modificar l'apartat segon de l'article 695 de la LEC on es preveu que: «Formulada l'oposició a què es refereix l'apartat anterior, el secretari judicial ha de suspendre l'execució i convocar les parts a una compareixença davant el tribunal que hagi dictat l'ordre general d'execució, i havent de passar quatre dies des de la citació, compareixença en la qual el tribunal ha d'escoltar les parts, admetre els documents que es presentin i acordar en forma d'interlocutòria el que consideri procedent dins el segon dia».

Com es veu, no es contempla altra prova distinta de la documental. En canvi poden ser necessaris altres mitjans de prova, especialment si s'ha de fer un control de transparència. Per això, i tenint en compte que la jurisprudència europea permet acordar prova d'ofici per al control de les clàusules abusives, s'ha d'admetre que es practiqui en aquesta supòsits altre tipus de prova distinta de la documental.

## **X. ELS EFECTES DE LA DECLARACIÓ DE NUL·LITAT DE LA CLÀUSULA ABUSIVA**

També en aquesta matèria el punt de partida el marca la STJUE de 14 de juny de 2012 quan, en resposta a la qüestió que li plantejava l'Audiència Provincial de Barcelona sobre la compatibilitat amb la Directiva europea de consum de l'article 83 del RDLEG 1/2007, de 16 de novembre, que preveia la reintegració del contracte quan alguna de les seves clàusules és declarada nul·la, el Tribunal declara que:

«[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.»

És interessant saber que el TJUE fonamenta la seva decisió en la necessitat de mantenir l'efecte dissuasiu de la legislació de protecció dels consumidors que desapareixeria si la única conseqüència d'introduir una clàusula abusiva en un contracte fos que el jutge la reconduís a termes d'equitat, d'equilibri o d proporcionalitat. Així, en el paràgraf 69 la resolució diu:

«En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores [...], en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.»

Arran d'aquesta Sentència el legislador va reformar l'article 83 del text refós de Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris. Fins aleshores el precepte preveia que, en cas que es declarés la nul·litat d'una clàusula per ser abusiva, el jutge havia de reintegrar-la «d'acord amb el que disposen l'article 1.258 del Codi civil i el principi de bona fe objectiva» i, a tal efecte, el jutge disposava «de facultats moderadores respecte dels drets i obligacions de les parts».

Doncs bé, el que fa la reforma operada en aquesta norma per la Llei 3/2014, de 27 de març, és preveure expressament el control d'ofici de l'eventual caràcter abusiu d'una clàusula contractual, d'un costat, i, d'altre, fixar que l'efecte de l'abusivitat serà únicament la nul·litat, sense cap possibilitat de reintegrament. En efecte, recordem que l'article 83 del text refós, en la redacció actual estableix que: «Les clàusules abusives són nul·les de ple dret i s'han de tenir per no posades».

El reflex processal d'aquesta jurisprudència i de la modificació legislativa ha estat la introducció, per la Llei 1/2013, de 14 de maig, d'un nou punt, el 3r, en l'apartat 1 de l'article 561 LEC que ara estableix que quan s'aprecii

el caràcter abusiu d'una o varies clàusules, la corresponent interlocutòria ha de determinar els efectes en el procés, que poden ser o bé la terminació (sobresèiment) o bé la continuació sense aplicació de les clàusules abusives; i la mateixa previsió conté l'article 695.3 per a la interlocutòria que estimi l'oposició per clàusules abusives formulada en una execució hipotecària.

Ara bé, malgrat l'aparent claredat de l'article 83 del RDLEG 1/2007, de 16 de novembre, i del que disposa l'article 1303 Cc que, recordem-ho, estableix que: «Declarada la nul·litat de una obligació, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses», la qüestió dels efectes de la declaració de nul·litat ha donat peu a diverses línies interpretatives en doctrina i jurisprudència i a que es fixessin distints efectes per la nul·litat segons el tipus de clàusula. Les més freqüents són la clàusula d'interessos moratoris abusius, la de venciment anticipat i la clàusula sòl. A elles es farà una breu referència.

### **A) Interessos moratoris**

Pel que fa a la clàusula que estipula interessos moratoris abusius, la negació total d'eficàcia, la meritació d'interessos moratoris zero, ha estat considerada com un estímul a l'incompliment del deutor, i per evitar-ho s'ha acudit a diferents expedients.

Així, d'acord amb una primera postura, en cas de nul·litat de la clàusula d'interessos moratoris es meritarien els interessos legals de l'article 1108 Cc que és el que preveu el nostre ordenament jurídic, precisament, pel cas de mora en el compliment d'una obligació dinerària en defecte de pacte exprés.

En canvi, per a altres, l'aplicació de l'article 1108 Cc atempta al principi de no integració de les clàusules abusives reiterat per la jurisprudència europea i recollit en la legislació nacional. Substituir els interessos abusius pels interessos legals pot produir l'efecte contra el qual sempre adverteix el TJUE: no es pot reintegrar la clàusula abusiva perquè, si això es fa, la legislació sobre protecció dels consumidors deixaria de tenir efecte dissuasiu.

A això es pot afegir que l'article 1108 Cc és una norma de naturalesa dispositiva que té com a finalitat suplir el pacte entre les parts, però no sembla que es pugui aplicar a un supòsit enterament distint com és el de la declaració de nul·litat. En efecte, la nul·litat contractual suposa que sí hi ha hagut consentiment de les parts però aquest ha estat privat d'eficàcia. Pareix que no és un cas semblant al de la inexistència inicial de pacte d'interessos moratoris.

Segons un segon parer, que és el que ha prevalgut en l'Audiència Provincial de Balears, els únics interessos que es meriten, un cop declarada la nul·litat, són els processals, és a dir, els de l'article 576 LEC. Aquesta solució té el punt dèbil que quan es tracta de l'execució d'un títol no judicial no hi ha exactament una sentència o resolució que condemni al pagament d'una quantitat de doblers líquida, tal com demana el precepte, e partir de la qual es meritarien els interessos. El que venen mantenint els partidaris d'aquesta opció és que aquesta «resolució» seria la interlocutòria per despatxar l'execució. Aquest criteri té l'avantatge que el que es meriten són interessos processals, no materials derivats de la clàusula declarada abusiva i, per tant, no es pot considerar mai com una reintegració de l'estipulació esmentada.

Darrerament, el TS ha mediat en aquesta polèmica tot dictant el 22 d'abril de 2015 una sentència de ple en la qual estableix que després de la supressió, per abusiva, d'una clàusula d'interessos moratoris es meriten els interessos remuneratoris. El raonament de l'Alt Tribunal és el següent:

«[...] la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser, como pretende el recurrente, la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar “reducción conservadora de la validez”), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada.»

La doctrina recollida en aquesta Sentència ha estat reiterada en la de 7 de setembre de 2015, en la qual llegim:

«La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula [...]» (fonament jurídic 6è, apartat 5).

En canvi, a l'hora de concretar les conseqüències de la declaració de nul·litat de la clàusula que estableix un interès de demora abusiu, el TS assenyala que:

«La cláusula que establece el interés de demora supone la adición de determinados puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio [...]

el análisis de la función y finalidad de dicha cláusula lleva a la conclusión de que con ella se persigue incrementar en un determinado porcentaje el interés remuneratorio para que, además de retribuirse la disponibilidad del dinero por parte del prestatario, función que cumple el interés remuneratorio, se le disuada de incurrir en retraso en el cumplimiento del calendario de amortización del préstamo e indemnice al prestamista los daños y perjuicios que le provocan tal retraso.

[...]

En consecuencia, lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo o incremento sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no está aquejado de abusividad y que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.»

El que sembla discutible d'aquesta solució és que pareix oblidar que un cop produït l'incompliment del deutor i, per tant, vençuda anticipadament l'obligació, ja no hi ha interessos remuneratoris. Si en període d'incompliment es dona nova vigència a la clàusula d'interessos remuneratoris en substitució de la d'interessos moratoris s'està reintegrant la clàusula que s'havia declarat nul·la, està recobrant eficàcia una clàusula morta per la via de canviar la qualificació dels interessos de remuneratoris a moratoris. Si la finalitat de la no reintegració reestructuradora de les clàusules declarades nul·les, per abusives –de la que el propi TS anomena «reducció conservadora de la validez»–, és mantenir la finalitat dissuasiva de la legislació de protecció dels consumidors, pareix clar que aquest efecte no es complirà si el professional predisposant sap que després de l'incompliment es continuarà meritant l'interès remuneratori.

## **1. Renúncia al percentatge d'interessos que es considera abusiu**

En relació amb els interessos moratoris s'ha plantejat en la pràctica la qüestió de si la part actora pot renunciar als interessos que podrien ser declarats abusius i reclamar tan sols els corresponents a un tipus moderat pel mateix demandant ja en l'escrit iniciador del procés, per reconduir la seva petició, per exemple, al límit de l'article 114 de la Llei hipotecària –3 vegades l'interès legal quan la finca hipotecada és l'habitatge habitual.

Aquesta opció s'ha rebutjat, en general, amb l'argument que suposava la reintegració d'una clàusula abusiva que d'aquesta manera quedaria a l'arbitri de les parts. Es pot dir, doncs, que en aquests casos no resulta d'aplicació

l'article 573.3 LEC quan preveu que:

«Si el acreedor tuviera duda sobre la realidad o exigibilidad de alguna partida o sobre su efectiva cuantía, podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que le resulta indubitada y reservar la reclamación del resto para el proceso declarativo que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución».

Es tracta, doncs, d'una nova limitació al principi dispositiu, pròpia dels processos de consum.

## **2. El cas especial dels interessos moratoris d'un crèdit garantit amb hipoteca sobre l'habitatge habitual**

Quan els interessos han estat pactats en un préstec o crèdit garantit amb hipoteca la qüestió de la reintegració del contracte ofereix la dificultat addicional que se'n deriva de la reforma de l'article 114 de la Llei hipotecària duta a terme per la Llei 1/2013, de 14 de maig, i de la disposició transitòria segona d'aquesta Llei. En efecte, la nova Llei ha afegit un 3r paràgraf a l'article 114 de la Llei hipotecària que disposa:

«Els interessos de demora de préstecs o crèdits per a l'adquisició de residència habitual, garantits amb hipoteques constituïdes sobre el mateix habitatge no poden ser superiors a tres vegades l'interès legal del diner i només es poden meritjar sobre el principal pendent de pagament [...]».

Per la seva banda, la disposició transitòria segona de l'esmentada Llei 1/2013, de 14 de maig, estableix que:

«La limitació dels interessos de demora d'hipoteques constituïdes sobre residència habitual que preveu l'article 3 apartat dos és aplicable a les hipoteques constituïdes amb posterioritat a l'entrada en vigor d'aquesta Llei.

Així mateix, aquesta limitació és aplicable als interessos de demora previstos en els préstecs amb garantia d'hipoteca sobre residència habitual, constituïts abans de l'entrada en vigor de la Llei, que es meritin amb posterioritat a aquesta Llei, així com als que havent-se meritat en aquesta data no s'hagin satisfet.

En els procediments d'execució o venda extrajudicial iniciats i no conclosos a l'entrada en vigor d'aquesta Llei, i en què ja s'hagi fixat la quantitat per la qual se sol·licita que es despatxi l'execució o la venda extrajudicial, el

secretari judicial o el notari ha de donar a l'executant un termini de 10 dies perquè recalculi aquella quantitat de conformitat amb el que disposa l'apartat anterior».

Bé, doncs, el problema ha radicat que aquesta possibilitat legal de «recalcul» els interessos moratoris abusius ha estat considerada contrària a la jurisprudència europea que, com hem vist abans, prohibeix la reintegració.

Aquesta eventual incompatibilitat entre la legislació nacional i l'europea va ser plantejada, mitjançant la corresponent qüestió prejudicial pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció número 2, de Marchena, que la va elevar al TJUE i que va donar lloc a la Sentència de 21 de gener de 2015 (Unicaja Banco i Caixabanc), a la qual ens referirem més endavant.

Mentre la qüestió es resolia, alguns jutjats i audiències provincials, entre elles la de Balears, varen considerar que es podia fer una «interpretació conforme» que fes compatible ambdues normatives, la nacional i l'europea, i que seria la següent: la disposició transitòria segona de la Llei 1/2013, de 14 de maig, és aplicable quan els interessos de demora previstos en els préstecs amb garantia d'hipoteca sobre habitatge habitual, constituïts abans de l'entrada en vigor de la nova limitació continguda en l'article 114 de la Llei hipotecària, no hagin estat declarats abusius. És a dir, quan siguin superiors al límit legal –tres vegades l'interès legal dels diners– però no abusius. Per exemple, en l'actualitat, uns interessos moratoris del 13% podrien trobar-se en tal situació. Però aquesta norma no seria aplicable en aquells supòsits en els quals la clàusula d'interessos moratoris és nul·la per abusiva, per exemple, perquè el tipus sigui del 24 o 29%, com hi ha hagut casos.

Aquesta interpretació, a més d'adequar-se a l'ordenament jurídic europeu, guardaria coherència amb el sistema hipotecari nacional contemplat en el seu conjunt ja que no tindria sentit que si el préstec no es va contreure per a l'adquisició d'habitatge habitual i la garantia hipotecària no recau sobre aquesta, la clàusula moratòria abusiva sigui nul·la i no hi càpiga recàlcul ni reintegració (en aplicació de la Sentència del Tribunal Europeu de Justícia de 14 de juny de 2012) i, en canvi, si hi càpiga aquest recàlcul en l'altre cas, és a dir, quan el préstec es va concedir per a l'adquisició de l'habitatge habitual i la garantia hipotecària recau sobre aquesta i quan, per tant, la protecció legal al deutor hauria de ser més intensa.

Però, com dèiem, el TJUE ha abordat l'examen de la qüestió en la Sentència de 21 de gener de 2015 (Unicaja Banco i Caixabanc) en la part dispositiva de la qual conclou que:

«El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

- no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y
- no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es “abusiva” en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.»

Podríem dir que, en certa manera, el tribunal deixa les espases en alt ja que, per un costat, declara que la disposició transitòria segona de la Llei 1/2013, de 14 de maig, no és contrària a la Directiva europea sobre consum però, per altra banda, estableix que el jutge pot continuar declarant abusiva la clàusula d'interessos moratoris amb independència del límit legal i, en aquest cas, no la pot reintegrar.

El TJUE parteix del fet que l'àmbit d'aplicació de la disposició transitòria segona de la Llei 1/2013 contempla qualsevol préstec hipotecari que té per objecte l'habitatge habitual i no és el mateix que el de la Directiva 93/13/CEE, i també deixa clar que el límit del nou article 114 de la Llei hipotecària –tres vegades l'interès legal dels doblers– no és un cànon per determinar l'abusivitat d'una clàusula d'interessos moratoris.

## **B) Venciment anticipat**

El punt de partida és que, abans de la crisi econòmica, gairebé tots els préstecs o crèdits amb garantia hipotecària incloïen una clàusula en virtut de la qual bastava l'impagament d'una sola de les quotes, de periodicitat normalment mensual, perquè l'entitat bancària donés el contracte per resolt

i pogués reclamar la totalitat de les quotes degudes fins al venciment del contracte que, d'aquesta manera, quedava anticipat.

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea va abordar aquesta qüestió ja en la seva famosa Sentència Mohamed Aziz, de 14 de març de 2013, en la qual es concreten els paràmetres als quals el Jutge nacional ha d'atendre per determinar si la clàusula de venciment anticipat és abusiva o no:

«En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».

Precisament, amb la finalitat d'incorporar aquesta doctrina al nostre ordenament positiu en matèria d'execució hipotecària, la Llei 1/2013, de 14 de maig, va donar nova redacció a l'article 693.2 LEC que ara disposa:

«Es pot reclamar la totalitat del que es degui per capital i per interessos si s'ha acordat el venciment total en cas de falta de pagament de, com a mínim, tres terminis mensuals sense que el deutor compleixi l'obligació de pagament o un nombre de quotes tal que suposi que el deutor ha incomplert la seva obligació per un termini, almenys, equivalent a tres mesos, i aquest conveni consti en l'escriptura de constitució».

En general, els tribunals, entre aquests l'Audiència Provincial de Balears, venien considerant que encara que s'hagués pactat una clàusula de venciment anticipat per l'impagament d'una quota mensual, si el banc no feia ús d'aquesta facultat i deixava passar tres mesos o més abans d'instar l'execució, no es podria apreciar l'abusivitat. Aquesta postura es fonamenta bàsicament en l'argument que l'article 695.1.4a LEC permet l'oposició a la interlocutòria despatxant l'execució hipotecària basant-se en «El caràcter

abusiu d'una clàusula contractual que constitueixi el fonament de l'execució o que hagués determinat la quantitat exigible». Així, en el cas que en l'escriptura de préstec amb garantia hipotecària s'hagi pactat una clàusula de venciment anticipat per l'impagament de qualsevol de les quotes, com sol ser fórmula habitual, que, no obstant això, no és utilitzada per la prestadora com a fonament de l'execució, ja que ha deixat transcórrer un nombre de mensualitats impagades superior, no podrà ser invocat el caràcter abusiu de tal clàusula ja que no ha servit de fonament a l'execució.

La complexitat de la qüestió s'ha redoblat després de la Interlocutòria del Tribunal de Justícia de la Unió Europea d'11 de juny de 2015 en la qual, en relació amb la clàusula de venciment anticipat, s'estableix que l'abusivitat i les conseqüències d'aquesta possible abusivitat no poden quedar supeditades al fet que la clàusula s'apliqui o no en la pràctica. En concret, el Tribunal europeu diu:

«[...] la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un juez nacional haya constatado el carácter “abusivo” –en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13– de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la mencionada cláusula».

Aquest posicionament del TJUE invalida la interpretació “dinàmica” de la clàusula de venciment anticipada que venien fent molts de tribunals espanyols i que la contemplava en el seu funcionament prenent en compte la manera en què havia operat efectivament, i obliga a una interpretació “estàtica”, en abstracte, sense prendre en consideració la manera en que s'apliqui.

La qüestió ha arribat al Tribunal Suprem que, en la seva sentència de 23 de desembre de 2015, ha considerat abusiva la clàusula de venciment anticipat, però, en canvi no ha declarat el sobreseïment del procés si l'esmentada clàusula es fa valer en una execució hipotecària.

En efecte, el TS entén que la clàusula de venciment anticipat és abusiva però, en realitat, no ho justifica amb profunditat. El seu raonament en relació a aquest punt es concentra en el següent paràgraf:

“la cláusula controvertida [...] ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de

reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves”.

En canvi, amb una sortida un tant sorprenent (contra la qual s'alça un fonamentat vot particular), l'Alt Tribunal no en fa derivar la conseqüència pròpia de l'apreciació del caràcter abusiu d'una clàusula contractual que seria el sobreïment del procés en el qual es fa valer, si això es produeix en el sí d'un procés d'execució hipotecària.

Com a primer argument pel no sobreïment, el TS acudeix a una consideració de caire general com és que no es poden adoptar decisions que “tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad”. El TS utilitza aquí un raonament que no pareix propi de la jurisdicció la qual, per la seva pròpia naturalesa, ha de contemplar cada cas en la seva singularitat i no en una perspectiva general més aviat pròpia del legislador.

I com argument jurídic el TS assenjala que en el procés d'execució hipotecària el sobreïment seria perjudicial per al consumidor ja que en ell gaudeix de la possibilitat de enervar l'acció que li concedeix l'article 693.3 de la LEC; de la de quedar alliberat de responsabilitat en els casos de l'art. 579 LEC que regula l'adjudicació de l'habitatge habitual hipotecat quan el preu de la subhasta ha estat insuficient; o de la continguda en l'art. 682-2-1<sup>a</sup> LEC , quan estableix que el valor de taxació a efectes de la subhasta no podrà ser inferior al 75% del valor de taxació que va servir per a concedir el préstec; avantatges no es donen en el judici declaratiu.

Doncs bé, el TS, al utilitzar aquest segon argument tal vegada no hagi seguit estrictament la doctrina del TJUE en relació a la manera de dur a terme el control d'abusivitat de la clàusula de venciment anticipat.

Efectivament, la interlocutòria del TJUE de 11 de juny de 2015 i, abans d'ella, la sentència del TJUE de 14 de març de 2013 i la interlocutòria de de 14 de novembre de 2013 havien establert, com a un dels paràmetres per a determinar si la clàusula de venciment anticipat és abusiva, “La cuestión de si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al

consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos de la resolución unilateral del contrato de préstamo” (interlocutoria de 14 de noviembre de 2013).

Per tant, la possibilitat que ofereix l'article 693.3 de la LEC d'enervar l'acció d'execució hipotecària (vinculant per l'executant quan el bé hipotecat és l'habitatge habitual), hauria d'haver estat presa en consideració pel TS en el moment de fer el control d'abusivitat de la clàusula de venciment anticipat, no després, com ho fa, per justificar el no sobreseïment del procés d'execució hipotecària en el qual es fa valer la clàusula declarada nul·la per abusiva.

En qualsevol cas, la sentència que comentem, de 23 de desembre de 2015, ha estat seguida, fins i tot literalment, per un altra posterior, de 18 de febrer de 2016 i, en constitueix, per tant, jurisprudència.

### C) Clàusula sòl

Els problemes de la nul·litat de la clàusula sòl inclosa a una tercera part dels préstecs amb garantia hipotecària atorgats en el nostre país<sup>10</sup> han girat al voltant dels efectes retroactius d'aquesta declaració.

La STS de 9 de maig de 2013, que declara nul·la la clàusula sòl com a conseqüència del control de transparència a què la sotmet, no va acordar la restitució dels doblers indegudament cobrats per les entitats bancàries.

La Sentència es va dictar en un procés en què s'exercitava una acció col·lectiva de cessació a la qual no s'havia acumulat l'acció de devolució de les quantitats. Però aquesta no és la raó per la qual el TS opta per la irretroactivitat de la declaració de nul·litat. En efecte, el Tribunal considera que quan s'exercita una acció de cessació no hi ha cap inconvenient per a un pronunciament judicial sobre els efectes retroactius de la nul·litat, conclusió a la qual hagués pogut arribar també com a conseqüència de la mateixa jurisprudència sobre aplicació d'ofici dels efectes *ex tunc* de la nul·litat contractual que se'n deriven de l'article 1303 Cc.

Per això, el TS entra en la qüestió i decideix que la declaració de nul·litat no tindrà efectes retroactius. La raó de més pes que dóna és que la retroactivitat produiria «trastorns graves con trascendencia al orden público económico» (apartat 293).

---

10.- Vegeu López Jiménez, José María. «La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, sobre la cláusula suelo: una sentencia reiterativa e insuficiente». La Ley, núm. 8411 (21 de novembre de 2014).

La decisió de l'Alt Tribunal va produir perplexitat per dues raons. En primer lloc, perquè és contrària a l'article 1303 Cc que d'una manera molt clara estableix que la conseqüència de la declaració de nul·litat contractual és la restitució recíproca de les prestacions. És cert que el TS havia admès algunes excepcions a aquesta regla. Així, la Sentència de 13 de març de 2012 declara la nul·litat de la contractació d'un servei de televisió digital i conclou que l'empresa no ha de tornar al seu client les quantitats abonades per l'ús del corresponent descodificador; i la Sentència de 26 de febrer de 2009 acorda que malgrat la nul·litat d'un contracte d'abanderament, l'empresa titular de l'estació de servei no havia de tornar quantitat alguna ja que durant la vigència del contracte havia venut carburant a tercers i havia obtingut els corresponents beneficis.

Però, en aquests supòsits, el que el TS intenta és evitar l'enriquiment injust. En canvi, en el cas de la clàusula sòl, la retroactivitat no podia produir cap enriquiment injust ja que mitjançant aquesta el banc no prestava cap servei al consumidor, al contrari, impedia que es pogués beneficiar de la baixada de l'EURIBOR.<sup>11</sup>

Però, en segon lloc, i això és una crítica encara més de fons, es planteja si és o no funció del TS i, en general, dels jutges, vetlar per «l'ordre públic econòmic».

En efecte, i com s'ha apuntat en tractar de la clàusula de venciment anticipat, una de les característiques pròpies de la jurisdicció és la del tractament individualitzat de cada cas. Enfront de la generalitat que és pròpia de la llei, la jurisdicció tracta cada cas un a un, en la seva singularitat.

La jurisdicció és especialment apta per donar resposta a la creixent demanda contemporània de reconeixement de la individualitat. Segons ROSANVALLON, hem ingressat en una societat de la particularitat en la qual es fa precís, cada vegada més, estar atent a situacions individuals i tractar casos particulars, amb una més profunda preocupació per la particularitat dels individus, per tenir en compte la singularitat de les situacions, per apreciar-les en totes les seves dimensions, amb una immersió radical en el concret del món, en la singularitat de cada cas, per captar-ho en la seva diversitat i complexitat. Diu ROSANVALLON: «Cada cual quiere estar seguro de que ha sido escuchado, de ver que su problema es reconocido, saber que de alguna manera cuenta».<sup>12</sup>

---

11.- Així ho fa veure Achon Bruñén, María José, en «La retroactividad parcial de la declaración de nulidad de la cláusula suelo: los discutibles argumentos de la STS de 25 de marzo de 2015». La Ley, núm. 8561 (15 de juny de 2015).

12.- Rosanvallon, Pierre. La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad. Barcelona – Buenos Aires – México: Paidós, 2010, p. 252.

Gràcies a la seva independència, el jutge pot prescindir del pensament general per centrar-se en el cas ja que delimita un espai dins del qual les consideracions generals o el tractament estandarditzat dels casos no tenen cabuda i on és possible l'atenció particular al cas sotmès a la decisió judicial.

Si, al decidir un cas, el jutge vol que la seva solució formi part d'una línia general d'actuació, si pren en consideració la globalitat i no la particularitat, estarà adoptant un punt de vista que no és propi de la jurisdicció, sinó de la política, inclosa, evidentment, la més ben intencionada política.

És en aquest sentit que les consideracions relatives a l'economia general del país no poden constituir-se en fonament d'una decisió judicial. «L'ordre públic econòmic» és una categoria aliena al dret civil, de contingut imprecís i indeterminat, l'ús de la qual pot fer patir la seguretat jurídica, i que no s'havia d'haver configurat com a base d'una excepció tan important als efectes retroactius de la nul·litat contractual que estableix l'article 1303 Cc.

Ho diu molt clarament la doctora en dret processal MARÍA JOSÉ ACHÓN:<sup>13</sup> «A nadie se le oculta que el trastorno que intenta evitar el TS no es a la economía general sino a las entidades financieras, riesgo que resulta infundado porque la pérdida de un beneficio mayor tampoco las llevará a la insolvencia, y aún con todo, no es función de los tribunales “rescatar a la banca” ni mirar por su saneamiento económico».

La Sentència de 9 de maig de 2013 va ser molt controvertida. Una part important de les audiències provincials varen entendre que la irretroactivitat tan sols regia en el cas que s'exercitessin accions col·lectives, però no individuals.

En aquest clima, i sense haver-se pronunciat sobre la qüestió la Sentència de 8 de setembre de 2014, per raons processals, el TS va dictar la Sentència de 25 de març de 2015, en la qual fixa com a doctrina:

«Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013».

---

13.- Vegeu l'article de La Ley «La retroactividad parcial de la declaración de nulidad de la cláusula suelo: los discutibles argumentos...», esmentat abans.

Aquesta decisió ha estat objecte de distintes crítiques. En primer lloc, es critica l'assimilació que fa entre acció col·lectiva i acció individual de nul·litat. El TS exclou que la Sentència de 9 de maig de 2013 produís en aquest nou procés efecte de cosa jutjada respecte del pronunciament de no devolució de les quantitats indegudament cobrades, ja que a l'acció de cessació no se li va acumular la de devolució de les quantitats, però no obstant això considera que, als efectes de la qüestió debatuda, és irrellevant que l'acció que s'exerciti sigui col·lectiva o individual ja que el problema jurídic és el mateix. Aquest posicionament de l'Alt Tribunal ignora les profundes diferències que hi ha entre les dues accions ja que la de cessació presenta una legitimació activa restringida (article 16 de la Llei de condicions generals de la contractació), amb caràcter general és imprescriptible (article 19 de la mateixa norma) i els seus efectes es projecten cara al futur, són *ex nunc*; i, en canvi, qualsevol persona interessada pot exercitar l'acció individual de nul·litat, que està sotmesa a un termini de caducitat de quatre anys quan ho és d'anul·labilitat (article 1301 Cc), i els efectes de la qual són retroactius *ex tunc* (article 8 de la Llei de condicions generals de la contractació).

En segon lloc, la Sentència reitera l'argument del trastorn de l'ordre econòmic i el fa extensiu a les accions individuals quan diu:

«Pretender que en la acción individual no se produzca meritorio riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto» (fonament jurídic novè, paràgraf 4).

El TS continua traspuant preocupació per la macroeconomia, no dóna cap passa en la definició del que s'ha d'entendre per «ordre públic econòmic», o en la ubicació d'aquest concepte indeterminat dins categories de naturalesa jurídica. Paradoxalment, en una sentència posterior, la de 28 d'abril de 2015, el TS sembla referir-se a «l'ordre públic econòmic» en un sentit invers, com a inspirador de la protecció del consumidor, tot indicant que els especials deures d'informació precontractual que incumbeixen al predisposant es

basen, precisament, en la tutela del consumidor consagrada en l'article 51 CE, «conforme al desenvolvimiento de las directrices de orden público económico» (fonament jurídic segon, paràgraf 4).

En tercer lloc, la Sentència de 25 de març de 2015 assenyala la data a partir de la qual la nul·litat ha de produir efectes no en relació amb un moment precís que es pugui donar en cada cas particular, en la formació del consentiment en cada contracte o en el seu compliment, sinó que estableix una data general, vàlida per a tots els casos, la de la publicació de la Sentència de 9 de maig de 2013, en una tècnica que sembla més pròpia del legislador que d'un òrgan jurisdiccional i que, en qualsevol cas, deixa ben palesa la nova importància que va adquirint la jurisprudència com a font del dret, la transcendència normativa del que s'ha anomenat la «norma jurisprudencial».<sup>14</sup>

Finalment, la STS de 25 de març de 2015 que comentem basa la seva decisió de retrotreure els efectes de la declaració de nul·litat a la data de publicació de la Sentència de l'Alt Tribunal de 9 de maig de 2013 en la bona fe quan argumenta que: «a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados» (fonament jurídic desè). Encara que la Sentència pretén una posició equidistant quan es refereix a l'al·legació de bona fe «por los círculos interesados», l'està presumint la bona fe, tan sols, en una de les parts, en les entitats financeres, no en el consumidor el consentiment del qual és el que la mateixa resolució considera que no ha estat format amb la deguda transparència, la bona fe del qual mereixia, almenys, la mateixa protecció, via presumpció, que la de les entitats bancàries.

Recentment els diaris donaven compte de la celebració de la vista de la qüestió prejudicial plantejada per l'Audiència Provincial de Granada, en la qual es demana al TJUE sobre els efectes retroactius de la declaració de nul·litat d'una clàusula sòl, en el procés interposat per Ausbanc contra Cajasur, la Comissió Europea havia emès un informe en el sentit que els bancs han de reintegrar la totalitat de les quantitats rebudes en virtut de les clàusules sòl, a favor, doncs, de la retroactivitat.<sup>15</sup>

La sentència s'espera a l'estiu de 2016.

---

14.- Vegeu Blasco Gascó, Francisco de Paula. La norma jurisprudencial (nacimiento eficacia y cambio de criterio). València: Tirant lo Blanch, 2000.

15.- Vegeu l'edició de 28 d'octubre de 2015 del diari El País.

## XI. CONCLUSIONS

Amb aquesta exposició hem narrat, en certa manera, la història de com la crisi econòmica ha canviat el procés civil quan en aquest hi ha un consumidor.

Els avenços més importants s'han degut a la jurisprudència del TJUE dictada en resolució de qüestions prejudicials plantejades pels jutges espanyols, moltes vegades jutges de primera instància. D'aquesta col·laboració o diàleg entre el jutge nacional i el comunitari es poden treure algunes conclusions.

La primera és que sempre resulta problemàtic limitar la cognició del jutge. És a dir, resulta difícil d'entendre que es doni al jutge competència per executar un títol com, per exemple, una escriptura de préstec amb garantia hipotecària i, al mateix temps, imposar estrictes límits al seu coneixement, que impedeixin que pugui examinar el contracte del qual prové el títol. Aquestes limitacions resulten contràries a la naturalesa cognoscitiva de la jurisdicció, en la qual FERRAJOLI<sup>16</sup> ha insistit tant, i és aquesta característica de la jurisdicció la que explica la tendència a sobrepassar els límits preestablerts a la plena cognició del jutge que ha de decidir un assumpte. És difícil ordenar al jutge que decideixi prescindint d'elements de fet o de dret que han aparegut en el procés amb incidència clara en el seu objecte. Si es considera que un títol ofereix tantes garanties que no ha de ser revisat per un jutge, val més que s'opti perquè la seva execució sigui a càrrec d'una autoritat o institució no jurisdiccional.

La segona conclusió és que el dret processal ha de complir sempre la seva funció de ser la via per a la realització dels drets que l'ordenament jurídic atribueix als ciutadans, i no es pot convertir en obstacle. Això és el que hi ha darrera de sentències com la de 14 de juny de 2012 o la de 14 de març de 2013, en les quals allò que apunta el TJUE és que no hi pot haver cap llei processal que faci impossible la protecció del consumidor enfront de la qual cedeixen regles i fins i tot principis entorn dels quals tradicionalment s'havia estructurat el procés civil, com són el dispositiu, el d'aportació de part o el de preclusió.

Finalment, el TJUE ha resultat ser menys permeable que els Alts Tribunals nacionals a consideracions generals, com les relatives a «l'ordre públic econòmic», i ha estat més agosarat a l'hora de dictar resolucions de protecció del consumidor enfront del sistema bancari.

---

16.- Vegeu Ferrajoli, Luigi. “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Madrid: Ed. Trotta, 2011, págs. 33 a 208.

Tal vegada tot això hagi aixecat suspicàcies en el legislador i sigui aquest el motiu real de la reforma operada en la LOPJ per la LO 7/2015, de 21 de juliol, que ha introduït un nou article, el 4 bis, que diu el següent:

«1. Els jutges i tribunals han d'aplicar el dret de la Unió Europea de conformitat amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

2. Quan els tribunals decideixin plantejar una qüestió prejudicial europea, ho han de fer de conformitat amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea i, en tot cas, mitjançant una interlocutòria, amb l'audiència prèvia de les parts.»

En alguns sectors de l'opinió pública<sup>17</sup> aquesta novetat legislativa s'ha interpretat en el sentit que veda als òrgans judicials unipersonals el plantejament de qüestions prejudicials ja que el precepte parla de tribunals que decideixen plantejar una qüestió prejudicial europea, i un tribunal es pot entendre com un òrgan col·legiat.

Aquesta tesi no és desbaratada, perquè encara que és cert que la LEC es refereix sovint als tribunals incloent-hi els òrgans personals i els col·legiats, la LOPJ no segueix el mateix criteri i distingeix clarament entre un i l'altre.

En tot cas, no sembla possible que el legislador nacional limiti el plantejament de qüestions prejudicials davant el TJUE ja que la qüestió prejudicial apareix regulada en l'article 267 del Tractat de funcionament de la UE sense distingir entre un i altre tipus d'òrgan judicial en els termes següents:

«Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo».

Tal com s'haurà pogut comprovar, tot el que hem dit fins ara no és fruit d'una reflexió personal sinó més aviat el producte d'una intel·ligència col·lectiva: la dels jutges de l'ordre jurisdiccional civil encarats als nous problemes plantejats per una profunda crisi econòmica, noves qüestions que els jutges i jutgesses han analitzat en les seves resolucions, però també en els circuits informals de les jornades de formació, reunions d'unificació de criteris i fòrums d'Internet.

---

17.- Vegeu l'edició de 19 de setembre de 2014 de Lawyers press.

Diu en DWORKIN<sup>18</sup> que el dret és com una novel·la en la qual cada generació de juristes afegeix un capítol que ha de ser coherent amb la història anterior perquè sinó la narració no s'entendria, però que, al mateix temps, ha de ser innovador, perquè en cas contrari no s'avançaria en la trama.

Això que els he contat és, doncs, el capítol que hem escrit els jutges civils d'aquest país en els darrers anys... Continuarà.

---

18.- Dworkin, Ronald. «Cómo el derecho se parece a la literatura», en La Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2002, pàgs. 143-181.



## V. 2 LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

**Isabel Tapia Fernández**

Decían los clásicos griegos que las cualidades del buen narrador son éstas: la pertinencia, la brevedad y claridad en los datos, así como el dominio del “tempo” narrativo.

No cabe duda de que el discurso del nuevo académico que acabamos de oír goza de todas y cada una de estas cualidades señaladas: es pertinente, breve, claro en los datos y dueño del tiempo narrativo.

Pertinente, en primer lugar, porque difícilmente se encontrará un tema de mayor actualidad que el control de abusividad de una cláusula inserta en un contrato con consumidores, como lo demuestran las abundantes declaraciones jurisprudenciales, tanto de los Tribunales españoles como internacionales.

En segundo lugar, breve, porque no se puede tratar en menos tiempo tantas y tan importantes cuestiones como las tratadas en el discurso del Magistrado Sr. Gómez. Dar una visión general, y al mismo tiempo completa, de un proceso tipo en el que interviene un consumidor a título individual, ejercitando una acción particular y no colectiva, no es en absoluto sencillo. Sobre todo, si se tiene en cuenta –como menciona el conferenciante– que la nueva Ley procesal civil no se ha ocupado específicamente del tratamiento procesal de estas cuestiones. Sí que lo ha hecho con diversas y especiales normas procesales a propósito del ejercicio de las acciones colectivas de los consumidores y usuarios, que, por otra parte, han sido objeto de comentarios científicos abundantes. Pero no ha tratado el ejercicio jurisdiccional de las acciones individuales en un proceso en el que el consumidor o consumidores comparecen a título individual. Para estos casos, el Magistrado, Sr. Gómez, estima que la posición de desigualdad de las partes en conflicto debería admitir correctivos por parte de una legislación, ofreciendo una intervención pública (la del órgano jurisdiccional) mayor.

El discurso, en tercer lugar, es claro en los datos. Analiza la Jurisprudencia de los Tribunales patrios, y, sobre todo, la prolija Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, con una brillantez y claridad extraordinaria. Ya me decía mi Maestro, el Profesor De la Oliva, que sólo quien tiene claras las ideas es capaz de transmitir las de modo que un público suficientemente instruido en el tema que escucha o lee sea capaz de captarlas en todo su significado. Y mi padre –que no era jurista, pero sí un científico y humanista de primer orden–, ante mi agobiante sensación de juventud de no entender un artículo periodístico, o un ensayo filosófico, me tranquilizaba con estas palabras: si una persona de inteligencia normal y suficientemente formada intelectualmente no es capaz de entender lo que está leyendo u oyendo, no es suyo el error, sino del narrador que no sabe transmitir la idea. Ante la lectura del discurso del Sr. Gómez he rememorado esos consejos de dos figuras de referencia en mi vida (académica uno, personal el otro): el discurso hace fácil una materia que es en extremo enrevesada. Se podrá estar de acuerdo o no en todo o en parte de lo que afirma el nuevo académico; pero no cabe duda de que es claro en los datos y conceptos, signo distintivo de un buen narrador.

Finalmente, el Magistrado domina el “tempo” narrativo con soltura. Captar la atención del oyente por un largo período de tiempo no es fácil. Lo psicólogos lo tienen ya muy estudiado. Expresar la mayor cantidad de ideas de interés en un tiempo limitado, y expresarlas con claridad y precisión es otra característica de buen orador o narrador.

A la vista de lo dicho, me resulta difícil “contestar” el discurso del nuevo Académico. En lenguaje jurídico, “contestar” es formular oposición, rebatir lo alegado de contrario. Y esto me resulta complicado. No sólo porque lo es rebatir sus atinadas consideraciones acerca del “proceso tipo” en que interviene un consumidor individual, sino –sobre todo– porque subyace en todo su discurso una idea central consistente en la misma esencia de la función constitucional del Juez.

Conozco al Magistrado Carlos Gómez en su oficio de impartir justicia. Fui Magistrado suplente durante catorce años, y tuve ocasión de formar Sala con Carlos Gómez en muchas ocasiones. De aquellos años me quedan algunas angustias y muchos buenos recuerdos. Algunas angustias, porque a ese oficio de juzgar verdaderamente sólo están llamados unos cuantos privilegiados. Aunque ambos pertenecemos a un campo científico común, el del Derecho, poco tiene que ver la función del Juez (del buen Juez, honesto y sensible, que tiene que aplicar la ley al caso concreto y dar o quitar o quitar la razón a quien a él acude en demanda de una resolución justa) con la de enseñar el Derecho,

que permite opinar, dudar, ofrecer diversas soluciones sobre unos mismos hechos. Por algo, de una palabra latina común: *magister*, han derivado en lengua romance dos vocablos distintos: un cultismo (*magistrado*), y un vulgarismo (*maestro*). *Non é vero ma é ben trovato*. La excelencia del buen Juez debe merecer las más altas consideraciones. Y me quedan también buenos recuerdos, porque era grato debatir cuestiones jurídicas con compañeros que siempre me tuvieron consideración y reconocimiento. Aprendí mucho en aquellos años, porque acudí a la magistratura con la humildad del discípulo y en la idea de reforzar mi tarea docente, dada mi tendencia a la abstracción y al mundo de los conceptos. Esos compañeros me enseñaron a descender a la práctica, a la imperiosa necesidad de plasmar en una sentencia un trozo de vida en desorden. Pero sólo se puede descender a la práctica cuando se tiene un dominio profundo del Derecho y sus instituciones.

La idea que subyace a lo largo del discurso del nuevo Académico está enraizada en la misma concepción constitucional de juzgar; en el difícil equilibrio entre la ley y su justa aplicación al caso concreto.

El juicio del Juez, a diferencia del del Legislador, debe versar siempre sobre la justicia de las conductas, no sobre conveniencias individuales o sociales. Es posible que exista una ley, justa en sí misma, y a pesar de ello estime el Juez que el litigante no merece la tutela que solicita, por ser su conducta injusta a pesar de la ley. En tales hipótesis, el Juez tiene autoridad para prescindir de la ley; pero, para no caer en la arbitrariedad judicial, la doctrina científica y la jurisprudencia primero, y luego la misma ley positiva, han arbitrado remedios técnicos como el abuso del derecho y la sanción del fraude de ley. Apreciar en su justa medida y aplicar estos correctivos precisa de mucha mesura y prudencia. Pero cuando el Juez reputa injusta una norma (por razón de su opinión subjetiva en materia social, religiosa o política), no puede, a mi juicio, imponer su criterio sobre la justicia o injusticia de la ley, a menos de que abramos un ancho portillo a la arbitrariedad y a la inseguridad jurídica.

Separar claramente el poder legislativo (creador de las normas) y el judicial (aplicador de las mismas) es esencial en un estado de Derecho, donde se protegen los derechos individuales del ciudadano frente al Estado, y, entre ellos, el derecho del justiciable a la tutela de los Jueces y Tribunales. Otra cosa es reconocer que las leyes procesales, las que configuran un determinado tipo de proceso (civil, penal o de otro tipo) están fuertemente influenciadas por la ideología sociopolítica de una concreta sociedad en un determinado momento histórico. Una ideología liberal capitalista o una ideología de base comunista y corte totalitario donde no se reconoce lo privado, no cabe duda

de que influyen decisivamente en la construcción legal de un tipo u otro de proceso; por mucho que se defienda la neutralidad del proceso aludiendo a que las normas procesales tienen un carácter esencialmente técnico que impiden o al menos dificultan la introducción de las ideas políticas.

Históricamente, nuestro proceso civil ha estado influenciado por una excesiva concepción liberal individualista. Pero con la Constitución del 78 y, sobre todo, con la estructural reforma del proceso civil operada por la Ley 1/2000, se ha venido reconsiderando el tradicional reparto de funciones del Juez y de las partes; y hoy día es de difícil aceptación la exagerada ideología liberal que hizo decir a Manresa que la mejor Ley de procedimiento es la que deja menos campo al arbitrio judicial. Sin duda, Manresa no tuvo en cuenta que no cabe confundir el interés que se deduce en el proceso con el proceso mismo: si los derechos que se ventilan en juicio son de índole privada y sometidos a la voluntad de sus titulares, los que conforman el proceso son derechos públicos, porque atañen a la relación del justiciable con la Administración de Justicia. Por ello, ante el difícil equilibrio entre los poderes del Juez y de las partes en el proceso civil, conviene hoy día hacer una reconsideración.

Nos llevaría demasiado lejos una exposición detallada del reparto de funciones de los sujetos procesales. Pero si he traído a colación esta cuestión es porque, precisamente, en el concreto tema objeto del discurso del Sr. Gómez es donde mayor incidencia tiene el polémico binomio poder del Juez/ poder de las partes.

En efecto, el fenómeno del consumo en masa de bienes y servicios obliga al legislador a garantizar de forma eficaz un genuino equilibrio en las relaciones jurídicas entre empresarios y consumidores, que obliga a modificar en parte las reglas ordinarias de una legislación civil general fundada en la igualdad de los contratantes.

La nueva LEC no ha diseñado un auténtico proceso especial para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores, sino que los procesos colectivos son unos procesos ordinarios a los que se aplican una serie de reglas especiales. Pero, incluso, estas especialidades no alcanzan a los procesos en los que actúa un consumidor individual, ejercitando una acción individual y no colectiva. En estos casos, ante la ausencia de norma legal habilitante, ha sido la Jurisprudencia la que ha tenido que salvaguardar el equilibrio en las relaciones entre empresarios y consumidores; y no sólo desde el plano sustantivo, sino sobre todo, procesal. A este respecto, la importantísima Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, establece todo un sistema de protección

del consumidor basado en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (SS TJUE 2010/162, y 2014/105).

En la búsqueda de este equilibrio, habida cuenta de tal situación de inferioridad, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo de control de una cláusula abusiva; con la consecuencia de la exigencia de expulsión del contrato de una cláusula nula por abusiva.

La nulidad contractual, desde el punto de vista del derecho civil, fue regulada por el Legislador español en el Código Civil de 1889; sin embargo, esta regulación no se vio reflejada en la esfera procesal, con un tratamiento adecuado a la declaración de nulidad judicial. Y la aplicación de categorías conceptuales civiles a categorías procesales es sabido que no es enteramente posible.

En efecto, simplificando extraordinariamente una cuestión que es sumamente compleja, se puede decir que el Derecho civil entiende que un acto es nulo cuando se opone al interés público. Pero, interés público en Derecho civil y en Derecho procesal suponen conceptos distintos. En el ámbito civil, el interés público requiere el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad; mientras que en el ámbito procesal, el interés público exige la intervención estatal en el proceso a través del principio de oficialidad. Y una cuestión que afecta al interés público desde una perspectiva civil puede no tener la suficiente entidad desde la perspectiva procesal como para exigir que el proceso en que se ventile esa cuestión deba regirse por el principio de oficialidad señalado.

Es sabido que la clásica tesis bipartita nulidad/anulabilidad ha venido proclamando que la nulidad absoluta, de pleno derecho, opera *ipso iure*, por ministerio de la ley, no necesita declaración judicial alguna, no produce efecto jurídico alguno, por lo que no es preciso que se impugne ni que sea declarada judicialmente; la función judicial se limitaría a una mera constancia de la existencia de la causa de nulidad, no siendo necesaria la alegación y prueba de la parte, ni la actividad del Juez. La nulidad relativa, por el contrario, o anulabilidad supondría la necesaria alegación y denuncia de la parte, y su eficacia no operaría *ipso iure*, sino por resolución judicial, con efectos *ex tunc*.

Pero esta tesis bipartita ha venido debilitándose progresivamente, sobre todo si se tiene en cuenta que no tiene reflejo en el proceso civil, ya que, en el ámbito procesal entran en juego valores y garantías que hacen que la

automaticidad señalada sea extraña a la naturaleza propia del proceso civil, caracterizado por la confrontación entre dos partes procesales. Es por ello por lo que un pretendido juicio automático del Juez, impuesto por ministerio de la ley, que prescinde de la actuación de las partes, es incompatible con un proceso con todas las garantías. Como afirma MARCOS GONZÁLEZ (“La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas”, Navarra, 2011, pág. 56), una resolución judicial que declara la nulidad del contrato, cuyo contenido proceda de la aplicación automática por el órgano jurisdiccional de la sanción de nulidad a unos hechos que constan en los autos no sería admisible, porque el Tribunal no se basaría en actividad contradictoria de las partes sobre la situación jurídica sustantiva afectada por la nulidad que declara en su resolución. El principio dispositivo y los principios de contradicción y defensa obligarían al órgano judicial a pronunciarse sobre la nulidad sólo después de que las partes la hayan planteado y hayan tenido oportunidad de ser oídas sobre su existencia.

Por todo lo anterior, y ante la innegable confusión existente doctrinal y jurisprudencial acerca del tratamiento en el proceso de una nulidad de pleno derecho, el Legislador de la Nueva LEC ha regulado en el art. 408 la alegación de nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda; de tal modo que esa cuestión quede definitivamente resuelta con efectos de cosa juzgada material cuando la parte la alegue y tenga un tratamiento contradictorio en el proceso; y, en caso contrario, de no ser así, sólo pueda tenerla en cuenta el órgano judicial a los meros efectos incidentales (*incidenter tantum*, sin efectos de cosa juzgada). En cualquier caso, y por el juego de los mismos principios procesales, la declaración de nulidad contractual no se obtiene de oficio sino que requiere alegación de parte legítima, por respeto al principio dispositivo y a las garantías procesales de las partes afectadas. La consideración de oficio (que no declaración) se puede producir como consecuencia de la apreciación del hecho impeditivo de la nulidad absoluta (por falta de uno de los elementos esenciales del contrato, por infracción de norma imperativa, o por incumplimiento de un requisito de forma *ad solemnitatem*); pero sin alegación de parte y voluntad de ejercicio de la acción de nulidad, la sentencia que se dicte producirá la absolución del demandado, pero no tendrá eficacia en un proceso posterior donde las partes puedan ejercitar la acción de nulidad con todas las garantías.

En cualquier caso, tanto la doctrina como sobre todo la Jurisprudencia han entendido que si bien la apreciación del hecho impeditivo de la nulidad absoluta puede darse sin la expresa solicitud de parte, esto hay que tomarlo *cum grano salis*, para que no se vean mermados los principios constitucionales de contradicción y defensa. Y así, el Tribunal Supremo ha ido elaborando una teo-

ría según la cual la apreciación de oficio de una nulidad no pedida por la parte es posible sólo cuando razones de derecho material exigen esa declaración. Pero la indeterminación de cuáles sean esas razones, obliga al examen del caso concreto. En todo caso, el carácter restrictivo y excepcional de la declaración de oficio queda reservada para supuestos de grave ilegalidad o grave infracción del orden público; y aun así, el juicio de evidencia del Juez derivado de su propia apreciación de los hechos, debe obligar a oír a las partes en conflicto, en una actividad procesal contradictoria indispensable. El problema es que no existe en nuestro sistema procesal esta posibilidad de abrir un incidente contradictorio, con carácter general, para poder discutir una nulidad apreciada por el Juez de oficio. Y al no ser así, los superiores principios constitucionales de contradicción y defensa deben primar sobre una declaración judicial tomada sin la previa posibilidad defensiva del litigante. Por ello, el Tribunal Supremo ha venido manifestando que en nuestro sistema jurídico la declaración de nulidad contractual con efecto de cosa juzgada procede a instancia de parte y se articula en los mismos términos procesales que el resto de las pretensiones jurídico privadas, porque su estimación exige el debate contradictorio de las partes (Marcos González, op. cit, pág.177). Por lo tanto, una sentencia que declara una nulidad no pedida es una sentencia incongruente, porque el Juzgador se está pronunciando sobre pretensiones no aducidas por las partes, con quiebra del principio dispositivo y de contradicción que rige en los procesos civiles.

La polémica adquiere dimensiones extraordinarias cuando lo que está en entredicho es la nulidad de una cláusula inserta en un contrato entre un profesional y un consumidor. Y en este marco, el Derecho de la Unión Europea ha influido decisivamente sobre nuestros tribunales y sobre nuestras propias normas. Y es que en el ámbito de los derechos de los consumidores se ha producido un desplazamiento de lo privado a lo público que no tiene reflejo en el ámbito del proceso. La normativa sobre cláusulas abusivas dictada como consecuencia de la transposición de las Directivas Comunitarias en materia de protección de consumidores y usuarios ha obligado a los Tribunales nacionales a plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea diferentes cuestiones, analizadas espléndidamente por el Magistrado Sr. Gómez en su discurso, que guardan relación con el pronunciamiento de oficio de la nulidad de dichas cláusulas. Y la respuesta a la necesidad de apreciación de oficio de una cláusula nula en contratos con consumidores ha sido unánime, de tal modo que un consumidor individual no quede vinculado por una cláusula abusiva; y que tal declaración de oficio sirva de elemento disuasorio para los profesionales que contratan con particulares. De este modo, la regla general anteriormente vista sobre nulidad contractual, según la cual el órgano judicial no está facultado, con carácter general, para apreciar de oficio la nulidad contractual, cede en el caso de las cláusulas abusivas, de modo que en éstas

no es una excepción la declaración de oficio de las mismas, ni ha de tomarse con carácter restrictivo, sino que propiamente constituye una regla general que pretende impedir que éstas vinculen a los consumidores, al tiempo que constituyen un elemento disuasorio para su utilización por los profesionales. Se trata, así, de uno de los supuestos excepcionales en los que se ha establecido expresamente la nulidad de pleno derecho por razones de protección del orden público. El desequilibrio existente en este tipo de procesos queda minorado por esta importante quiebra del principio dispositivo, que otorga al órgano jurisdiccional la facultad/obligación de expulsar del contrato una cláusula abusiva para el consumidor.

En efecto, el art. 6 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, origen de toda una unitaria Jurisprudencia comunitaria posterior, contiene dos obligaciones para los Estados miembros: a) que “las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor”; b) que una vez expulsada la cláusula abusiva del contrato, “dispondrán que éste siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

En cuanto al primer extremo, esto es, que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, esto significa en el plano procesal que su aplicación no puede quedar exclusivamente atribuida a la alegación de las partes, ya que tal norma tiene carácter imperativo y rango de norma de orden público. La justificación de esta norma es que la situación de inferioridad en que se encuentra el consumidor frente al profesional en su capacidad de negociación e información obliga a que el ordenamiento jurídico prevea mecanismos de restitución del debido equilibrio de las partes, compensándose esa situación de inferioridad de una de las partes mediante la intervención de un tercero ajeno a ellas, el Juez. La apreciación de oficio con carácter general de una cláusula nula por abusiva (sea ésta cual sea, según el elenco que señala el art. 82 de la Ley General de Consumidores y Usuarios) se constituye, así, como una norma esencial y primaria para la restauración del posible desequilibrio en contratos con consumidores.

Las variadas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, reseñadas en el discurso del nuevo Académico, declarando la incompatibilidad de nuestro ordenamiento con ese art. 6 de la Directiva, han propiciado las recientes reformas de diversos artículos de la LEC, en el sentido de establecer esta norma general de la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas. Y así, en procedimientos donde la contradicción de las partes está muy mermada por la propia naturaleza de los mismos, sucesivas reformas de la Ley han previsto esta intervención judicial de oficio:

- el art. 552 prevé el examen de oficio del Juez ejecutor en el proceso de ejecución de título no judicial;

- el art. 815.4 prevé que el Letrado de la Administración de Justicia dé cuenta al Juez para que de oficio examine la posible existencia de alguna cláusula abusiva en la solicitud de procedimiento monitorio.

Aunque el examen de oficio se prevé sólo para la ejecución de títulos no judiciales, el TJUE, en Sentencia de 6 de octubre de 2009 (Asturcom Telecomunicaciones) ha declarado que también en el caso de la ejecución de un laudo arbitral “el Juez deberá ponderar todos los intereses en juego”, sin llegar a dar una respuesta clara, al considerar que el Juez remitente sería el que decidiera de forma definitiva si en el Derecho nacional se podría controlar de oficio cuestiones de orden público en el caso de la ejecución de un laudo (que, como es sabido, tiene los mismos efectos de cosa juzgada que una sentencia condenatoria).

Finalmente, por lo que respecta a la apreciación de oficio de una cláusula abusiva, el TJUE también ha declarado la posible renuncia del consumidor a la aplicabilidad de la nulidad de oficio. Así, la STJUE de 14 de abril de 2016, siguiendo la doctrina expuesta en la STJUE de 21 de febrero de 2013 tiene declarado que *“el derecho a una protección efectiva de consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos, de forma que el juez nacional debe tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, sin embargo, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula”*. Se observa también aquí cómo la nulidad de pleno derecho que se predica de estas cláusulas abusivas sigue un camino diverso de la nulidad general contractual que regula el Código civil, dado que en éste dicha nulidad es absoluta, irrenunciable e imprescriptible.

El segundo extremo del referido art. 6 de la Directiva significa que, admitido sin quiebras el control de oficio de las cláusulas abusivas, al tratarse de una nulidad de pleno derecho, por razones de orden público, que se impone en defensa del consumidor, la consecuencia que deriva de la declaración de nulidad es que los Tribunales “... dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”. Por tanto, el contrato subsistirá sin la cláusula expulsada del mismo, siendo obligatorio para las partes en los mismos términos.

En este punto, se plantean varios y complicados temas, bien tratados en el discurso del nuevo Académico, cuya consecuencia ahora reseño desde el punto de vista procesal.

– La primera consecuencia procesal que se deriva de la declaración de oficio es que no se puede tachar de incongruente una sentencia que aprecia la nulidad de una cláusula abusiva sin instancia de parte. No será una sentencia incongruente por *extra petita* ni por *ultra petita*, esto es, una sentencia que declara cosa distinta de lo pedido por las partes ni una pretensión de parte no pedida.

– La segunda consecuencia procesal es que, si bien en estos casos y en defensa del consumidor se prevé una declaración de nulidad de una cláusula abusiva de oficio por el Juzgador, esta declaración de oficio se deberá realizar en el proceso; es decir, una vez firme la resolución que le pone fin, ésta adquiere efectos de cosa juzgada material, sin que sea posible destruir esa eficacia de cosa juzgada; a no ser en los supuestos excepcionales que se prevén para la interposición de una acción de revisión (y entre estos supuestos excepcionales, no se encuentra la apreciación de nulidad). Se dice que la sentencia con efectos de cosa juzgada material subsana todos los posibles errores, en pro de la seguridad jurídica, que es lo que se protege con esta institución.

El problema fundamental, a mi juicio, es que tanto en el caso del proceso monitorio, como en el caso de la ejecución de un laudo (no así en el del despacho de la ejecución de títulos no judiciales, donde nada se ha juzgado con precedencia), se dice que la cosa juzgada material deberá impedir un examen judicial de cuestiones que debieron ser planteadas en el momento correspondiente, pero que ahora quedan definitivamente resueltas por los efectos materiales de la sentencia (cosa juzgada).

Con relación al laudo arbitral, cuando éste se dicta sin que ninguna de las partes hubiera alegado la nulidad en el procedimiento arbitral ni tampoco hubiera ejercitado la acción de nulidad del laudo, la jurisprudencia acerca de su posible nulidad en fase de ejecución ha sido contradictoria, hasta que en la actualidad ha prevalecido el sentido favorable a la misma, dada toda la doctrina actual en materia de protección de los consumidores; en especial, a raíz de la STJUE (caso Asturcom Telecomunicaciones) de 6 de octubre de 2009, en la que se resuelve la concreta cuestión planteada por el Juez nacional relativa a si el Juez ejecutor de un laudo firme puede apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula arbitral. El TJUE contestó en los siguientes términos: “*Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la cuestión planteada que la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) debe interpretarse*

*en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, está obligado, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, en la medida en que, con arreglo a las normas procesales nacionales, pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno. Si éste es el caso, incumbe a dicho órgano jurisdiccional extraer todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello para cerciorarse de que dicho consumidor no está vinculado por la citada cláusula”.*

A la vista de la anterior declaración, nuestras Audiencias Provinciales vienen considerando en la actualidad que los Tribunales están facultados para denegar el despacho de ejecución de un laudo en procesos de consumidores si aprecian de oficio la nulidad del convenio arbitral por ser contrario al orden público, a pesar de los efectos de cosa juzgada material que tiene el laudo arbitral.

Con relación al proceso monitorio, la reciente reforma de la LEC de 5 de octubre de 2015 (Ley 42/2015), dando cumplimiento a lo previsto en la STJUE de 14 de junio de 2012, ha modificado el procedimiento monitorio y establecido que cuando la reclamación de la deuda se funde en un contrato celebrado entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el Juez puede apreciar de oficio el carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible.

El problema ha surgido porque a raíz de la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, la solicitud del procedimiento monitorio se presenta ante el Secretario judicial (Letrado de la A.J.) que será el encargado de averiguar si los documentos aportados con la solicitud son aptos para este tipo de procedimiento, y si es así, será el mismo Secretario el que requerirá al deudor para que pague, comparezca y formule oposición, o no haga ni lo uno ni lo otro en el plazo al efecto señalado. De este modo, el Secretario judicial y no el Juez, es el encargado de examinar la corrección de la solicitud del procedimiento monitorio y del dictado del correspondiente requerimiento de pago; y sólo debería dar cuenta al Juez cuando entendiera que la cantidad reclamada no era la correcta, a tenor de los documentos acompañados con la solicitud. Por lo tanto, no se podía apreciar en este momento la posible nulidad de alguna

cláusula origen de la obligación, a no ser que el deudor formulara oposición ante el requerimiento de pago efectuado. De no ser así, el monitorio podía concluir sin la posibilidad de la apreciación judicial de una cláusula abusiva.

Para subsanar este fallo y tras varias Sentencias del TJUE en este sentido, la Ley 42/2015 ha añadido un nuevo párrafo 4 al art. 815 LEC estableciendo que si el monitorio se fundara en un contrato entre un empresario y un consumidor, el Secretario judicial, previamente a efectuar el requerimiento deberá dar cuenta al Juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de una cláusula que funde la petición o determine la cantidad exigible. De este modo, será el Juez quien de oficio podrá apreciar tal nulidad y declararlo así mediante Auto. Pero con anterioridad a esta recentísima reforma del monitorio, dado que la intervención del Juez en el monitorio sólo estaba prevista para cuando el Secretario entendiera que la cantidad reclamada no es la correcta, o cuando el deudor formulara oposición, podía ocurrir que el monitorio terminara con un decreto del Secretario al no atender el deudor ni el requerimiento de pago ni siquiera compareciera ante el Tribunal. Ese decreto del Secretario se constituía así en un título hábil para iniciar un proceso de ejecución, “bastando para ello con la mera solicitud”, como afirma el art. 816 LEC. Y dado que se trataría de una ejecución de título judicial o asimilado, no sería ya posible que el Juez al despachar la ejecución apreciara la posible nulidad de alguna cláusula abusiva. Por eso, ante esta situación, un Juzgado de Cartagena planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la adecuación de la normativa nacional a la Directiva Comunitaria de constante referencia. El TJUE, en sentencia de 18 de febrero de 2016 resolvió la cuestión planteada declarando que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no permite al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando la autoridad que conoció de la petición de juicio monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación.

La citada STJUE es de interés porque plantea y se pronuncia sobre una cuestión que el Juzgado nacional sometió a su consideración, y que, desde mi punto de vista, fue expuesto con error. En efecto, el órgano judicial remitente indica que la resolución del Secretario judicial (decreto) dando por terminado el proceso monitorio al no haber atendido los demandados el requerimiento de pago ni haber comparecido ante el Tribunal para formular oposición, “es un título ejecutivo judicial con fuerza de cosa juzgada, por lo que el Juez ejecutor no puede examinar de oficio, en el procedimiento de ejecución, la posible existencia de cláusulas abusivas en el contrato que dio lugar al

proceso monitorio”. No es éste el momento oportuno para explayarme sobre esta cuestión; pero entiendo que la cosa juzgada material de ningún modo puede alcanzar a una resolución (decreto, no sentencia) de un órgano no jurisdiccional (el Secretario), cuyo contenido es de mera constatación fáctica (que el deudor ni se ha opuesto al requerimiento, ni lo ha atendido, ni ha comparecido ante el Juzgado), donde, por consiguiente, nada ha sido juzgado.

En todo caso, por lo que afecta al hilo conductor del discurso, remarco que la Ley 42/2015 ha solucionado el problema (aunque, desde mi punto de vista, sólo en parte) al prever que el Secretario judicial dé cuenta al Juez cuando el monitorio se basa en derechos de los consumidores.

– La tercera consecuencia de la declaración de oficio de la nulidad de una cláusula abusiva, a la que me quiero referir brevísimamente es que, según el art. 6.1 de la Directiva 93/13, el Juez nacional, constatada la citada nulidad, no puede integrar dicho contrato modificando el contenido de dicha cláusula, pues, como advierte la STJUE de 30 de abril de 2014, *“si el juez nacional tuviera dicha facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, ya que los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría ser integrado no obstante por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de ese modo el interés de dichos profesionales”*. En el mismo sentido, la STJUE 2012/143, y la STJUE 2015/4.

Sin embargo lo dicho, y dado que lo que persigue la Directiva 93/13 es que el contrato pueda subsistir pese a la supresión de la cláusula abusiva, y por tanto siga obligando a las partes, la Jurisprudencia del TJUE (Sentencia de 21 de enero de 2015) ha venido entendiendo que el Juez nacional puede aplicar los principios del Derecho contractual y subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional. Y el Derecho nacional, según el art. 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, según redacción dada en 2007, establece esta integración según el Código civil (art. 1258) y según el principio de buena fe objetiva.

Ahora bien, analizando caso por caso, como ha hecho magistralmente el Magistrado (permítaseme esta paranomasia), ya se ha visto la dificultad de esta subsanación en muchos casos de nulidad de una cláusula abusiva (intereses de demora abusivos, cláusula suelo... etc). Nada tengo yo que añadir a este fino análisis que ha realizado el Sr. Gómez.

– La cuarta apreciación que quiero mencionar es la consecuencia que tiene para las partes la declaración de nulidad de una cláusula contractual; dado que, además de su expulsión del contrato, implica la exigencia de restitución recíproca de lo entregado entre las partes.

Sabido es que la declaración de nulidad se limita a constatar una situación preexistente, de modo que sus efectos nacen *ex tunc* y no a partir de la sentencia que la declara (efectos *ex nunc*); de este modo, cuando el Juzgador declara de oficio la nulidad del contrato no sólo destruye la apariencia jurídica de ese contrato sino que además ordena que las partes se restituyan recíprocamente las cosas que hubiesen sido objeto del mismo.

La obligación de restitución como consecuencia ineludible de la declaración de nulidad, puede ser incluso declarada de oficio; de modo que, aunque la restitución no haya sido objeto de petición por ninguna de las partes, la sentencia que la declara no es una sentencia incongruente. Esta declaración de la obligación de restitución podrá hacerse o bien en el propio juicio donde se apreció la nulidad (STS de 30 de julio de 2009), o bien en otro juicio independiente cuando no se disponga de los datos suficientes para proceder a la liquidación de las cantidades que procede abonar (SSTS de 18 de marzo y 30 de junio de 2009).

Pero si bien lo dicho constituye la teoría general de derecho civil con relación a cláusulas nulas, también en este punto, la declaración de nulidad de una cláusula abusiva tiene unos tintes que no se compaginan con la teoría general, como también ha sido ampliamente analizado por el nuevo Académico con relación a la declaración de abusividad de una cláusula de intereses moratorios, o de vencimiento anticipado o una cláusula de suelo. Tampoco sobre este extremo tengo yo nada que añadir, tras el minucioso análisis que el Sr. Gómez realiza de la Jurisprudencia con relación al tema más polémico: el de la nulidad de las cláusulas suelo, una vez que han sido declaradas nulas y expulsadas del contrato. En especial, del análisis que efectúa de la STS de 25 de marzo de 2015, donde claramente se establece que los efectos de la nulidad de una cláusula suelo y la correspondiente devolución de lo indebidamente pagado por el consumidor no tendrá efectos *ex tunc*, esto es, desde la firma del contrato, sino a partir de una fecha concreta: la publicación de la Sentencia del Pleno del TS de 9 de mayo de 2013, puesto que anteriormente a esta fecha la retroactividad produciría trastornos graves con transcendencia al orden público económico; de modo que sólo a partir de esta Sentencia del Pleno del TS “no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados”.

Finalmente, hay que recalcar que la declaración de oficio de la nulidad de una cláusula abusiva, por entender cuestión de orden público la defensa del consumidor, no puede sustraerse de las garantías constitucionales que se establecen en todo tipo de procesos y para todas las situaciones: la exigencia de contradicción y defensa de las partes antes de que proceda la declaración de nulidad, puesto que tales garantías forman parte del orden público procesal que tiene que ser protegido.

Por eso es por lo que los nuevos preceptos de la LEC que establecen esta declaración de oficio de una cláusula nula en contratos celebrados con consumidores prevén siempre un incidente contradictorio para que las partes tengan ocasión de ser oídas antes de que el Tribunal declare la nulidad.

Y nada más. Sólo quiero mostrar mi gratitud al Presidente de la Academia por haberme concedido el honor de contestar el magnífico discurso de ingreso del nuevo Académico Dn. Carlos Gómez y darme así la oportunidad de desear públicamente una fructífera y gratificante labor como Académico de número a este espléndido jurista y mejor persona.



## VI.- MESA DE DEBATE SOBRE “LA NUEVA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA”

*En la mesa de debate celebrada el 16 de noviembre de 2015 se sometió a análisis una ley de innegable trascendencia: la ley 15/2015 de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria. Dicha ley ha ampliado a los Notarios y Letrados de la Administración de Justicia (antes Secretarios Judiciales) la competencia para conocer de los procedimientos encuadrados dentro de la jurisdicción voluntaria. Razón por la cual formaban la mesa de debate –además de una Magistrada– representantes de dichos colectivos jurídicos.*

*En la exposición de la Magistrada Martina Mora Torrens se analiza la desjudicialización efectuada, la cual no ha sido siempre congruente con los principios que, según la propia ley, la inspiran, cual ocurre con la atribución a los Notarios de los expedientes de matrimonio y separación y divorcio sin hijos menores de edad, cuando, por otra parte, se proclama la reserva al Juez de lo que afecte al estado civil de las personas. Se analiza la sustitución del derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la ley por el principio de libre elección de Notario, particularmente en las grandes ciudades, en las que no existirán reglas de competencia territorial que limiten esta libre elección. Finalmente se expone la estructura del nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria en sus diferentes aspectos (competencia objetiva y territorial, impulso y decisión, legitimación y postulación, intervención del Ministerio Fiscal, prueba, acumulación y gastos).*

*En la ponencia de la Letrada de Administración de Justicia Cristina Secades Riestra se exponen las características de los procedimientos en que se atribuye la competencia para su resolución a dichos profesionales, analizando diversos aspectos de los mismos, particularmente lo relativo a la postulación (señalando el asesoramiento que se presta al justiciable en los procedimientos en que no es precisa la intervención de letrado), a la resolución de dichos procedimientos mediante decreto, a los posibles recursos y a la ejecución de la resolución recaída. Se exponen asimismo en la ponencia los problemas de aplicación práctica que ha suscitado la nueva legislación, según la experiencia obtenida como Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de primera instancia número 16 de Palma.*

*El Notario de Palma Carlos Jiménez Gallego pasa revista en su ponencia a los diversos procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que intervienen los notarios. Sobre los procedimientos de Derecho de familia se pone de relieve la contradicción entre la disposición transitoria 4ª y la disposición final 21ª de la ley de jurisdicción voluntaria. Asimismo se expone el alcance de la obligada intervención de Letrado en la escritura de separación y divorcio; y se hace especial referencia a los procedimientos sucesorios, en particular a la declaración de herederos intestados, la cual realizarán los notarios en exclusiva, salvo el supuesto de ser heredero el Estado o una Comunidad Autónoma, que son expedientes de formalización exclusivamente administrativa; lo cual no deja de ser criticable al ser la Administración beneficiada la encargada de acreditar la inexistencia de otros herederos.*

# **VI.- 1. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

**Martina Mora Torrens**

**LEY 15/2015 DE 2 DE JULIO (PUBLICADA EL 3 DE JULIO, ENTRADA EN VIGOR EL 23 DE JULIO 2015, SALVO ASPECTOS CONCRETOS).**

Una primera aproximación a la LJV debe hacerse poniéndola en relación no sólo con la normativa vigente hasta la fecha, en especial la LEC 1/2000, sino también con las diversas normas que fueron aprobadas durante el mismo mes de julio de 2015 y que de forma directa o indirecta afectan a la LJV, bien porque hacen referencia a expedientes hasta entonces considerados de jurisdicción voluntaria bien porque esas normas introducen nuevas modificaciones en normas y procedimientos regulados por las DF de la LJV.

Así, por orden cronológico, se publica:

- la Ley 13/2015 de 24 de junio de reforma de la Ley hipotecaria y del Texto Refundido de la Ley del catastro;

- la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria de 2 de julio de 2015 de Jurisdicción Voluntaria que después analizaremos con detalle;

- la Ley 19/2015 de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil: entre otras cuestiones reforma el art. 551 LEC para introducir la consulta previa al Registro Público Concursal cuando se presenta una demanda ejecutiva; regula la subasta electrónica a través del Portal de Subastas del Ministerio de Justicia; modifica determinados aspectos de las inscripciones de nacimiento (así, por ejemplo, permite que pueda ser efectuada por remisión telemática de la documentación desde el centro sanitario).

- la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ: introduce numerosas modificaciones en materia de organización judicial y normas de derecho internacional pero en relación al objeto de la presente ponencia quizá merezca la pena destacar sólo la nueva denominación de 'letrado de la Administración de Justicia' que se atribuye al Secretario Judicial y la modificación de normas en materia de competencia civil internacional así como algunas modificaciones de la LEC tales como la atribución a los juzgados de Primera Instancia de la competencia para conocer de los concursos sobre persona natural no empresaria, la recusación de los secretarios Judiciales, la obligación de dar publicidad a los señalamientos judiciales, la reproducción de las actuaciones mediante sistemas de grabación del sonido o de la imagen, la ampliación de los motivos de inadmisión del recurso de casación y la revisión de las sentencias firmes. También elimina la responsabilidad civil directa de Jueces y Magistrados que deberá reclamarse a través de las acciones de responsabilidad civil contra la Administración de Justicia sin perjuicio de las facultades de repetición, en su caso.

- la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de Modificación del Sistema de Protección a la infancia y a la adolescencia: destaca que introduce los art. 778 bis, en cuanto a la obtención de autorización judicial para el internamiento de menores con problemas de conducta en centros especializados, y art. 778 ter en cuanto a la autorización judicial para la entrada en domicilios y otros lugares para la ejecución forzosa de las medidas (adoptadas en resoluciones administrativas) de protección de menores.

- la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la infancia y a la adolescencia (curioso que es el mismo título que la LO 8/2015 publicada una semana antes): introduce, en lo que afecta al CC y LEC, importantes modificaciones en normas de derecho internacional privado, en la regulación de los procedimientos de adopción y acogimiento de menores, adopción internacional, medidas de protección de menores. Modifica, de nuevo, la LO de Protección Jurídica del Menor que ya había sido reformada una semana antes y, en lo que afecta al objeto de esta ponencia, algunos aspectos de procedimientos que ya habían sido modificados por la LJV de 2 de julio como son el art. 158 CC, art. 173 CC (acogimiento familiar), arts. 176 y 177 (adopción), y algunos aspectos relacionados con la tutela. Tres reformas de las mismas instituciones en el plazo de un mes.

A lo anterior ha de sumarse la importante Ley 42/2015 de 5 de octubre de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil que afectará directamente a la LJV tanto porque es su Ley supletoria como por la remisión expresa que la LJV hace en aspectos procesales como la comparecencia.

Con todo lo anterior, tengo que confesar que la sensación de estos últimos meses es de cierta inseguridad jurídica provocada por la dispersión y casi inmediata entrada en vigor (salvo en los procedimientos matrimoniales) de sucesivas reformas que afectan a pilares básicos del sistema civil como son el CC y la LEC y ello hasta el punto de poder llegar a pensar que no sea tanto una inseguridad del aplicador de la Ley como una inseguridad del legislador. Habrá que confiar en que en unos años, finalizados los procedimientos en trámite en el momento de la entrada en vigor de las reformas, estos pilares del sistema recuperarán su función codificadora garante de la seguridad jurídica.

## **1.- NECESIDAD DE LA LEY Y JUSTIFICACION.**

La disposición final 18ª de la LEC 1/2000 encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria pues, como ya se decía en la exposición de motivos de la LEC, se sigue el mismo criterio que en otros países y se estima preferible regular la Jurisdicción Voluntaria en una ley distinta a la Ley procesal para la jurisdicción contenciosa, manteniendo ambas Leyes las relaciones naturales de especialidad y subsidiaridad.

El legislador ha tardado 15 años en cumplir con el mandato conferido en la LEC, habiendo permanecido en vigor durante este tiempo un conjunto de preceptos antiguos, decimonónicos, basados todavía en una concepción escrita del procedimiento con intervención del Juez en todas las actuaciones y sin unidad de acto que tenía difícil encaje en el nuevo régimen procesal introducido por la LEC. Contenía expresiones, figuras y pautas procesales que no tenían adecuado encaje en la sociedad moderna actual. La audiencia a las partes o interesados en los diferentes procedimientos de jurisdicción voluntaria seguía teniendo lugar en la oficina judicial, con dispersión de actuaciones en diferentes momentos y sólo una vez ‘reunido todo el papel’ se daba cuenta al juez para resolver. En definitiva, un sistema de proceder (propio de la LEC de 1881) muy alejado de la LEC 1/2000 que se inspiraba en la intermediación, la concentración de prueba y la oralidad, y que hizo que, en la práctica, la tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria se demorara notablemente en comparación con agilidad ganada por la jurisdicción contenciosa a pesar de su teóricamente mayor sencillez. La respuesta que el ciudadano recibía de los tribunales en estos expedientes no puede decirse que fuera la adecuada.

La reforma del procedimiento de jurisdicción voluntaria y su regulación de manera unitaria era, por tanto, una necesidad acuciante. En su exposición de Motivos, el legislador reconoce que se trata de una materia a la que se

había prestado menor atención y que se pretende modernizar este sector del Derecho en el que están en juego intereses personales y patrimoniales de gran relevancia. Es la respuesta a la necesidad de una nueva ordenación legal, adecuada, razonable y realista de la jurisdicción voluntaria aprovechando para ello la experiencia de los operadores jurídicos y, en mi opinión, la experiencia enormemente positiva que ha resultado de la aplicación del nuevo sistema procesal creado por la LEC 1/2000, todo ello en beneficio del ciudadano a quien se pretende dotar de un instrumento más sencillo y adecuado. Refiere el legislador que se pretende la protección del interés del ciudadano a través de medios que no ‘generen insatisfacción y frustración en los interesados’.

La LJV no se limita, sin embargo, a modernizar el procedimiento de jurisdicción voluntaria para que sea eficaz sino que va mucho más allá y excluye del concepto de ‘jurisdicción voluntaria’ e incluso de la ‘jurisdicción contenciosa’ materias tradicionalmente judicializadas y lo hace mediante la reforma de otras Leyes procesales y sustantivas a lo largo de sus 18 disposiciones finales. Podemos decir que la LJV supone dos cambios importantes en nuestro sistema jurídico: 1) la creación de un moderno procedimiento de jurisdicción voluntaria; 2) la extracción de determinadas materias del ámbito jurisdiccional, ya sea contencioso o voluntario.

No cabe duda que todas las reformas tienen sus pros y sus contras y, como dijo un personaje célebre en su momento por su innovación del sistema de gestión empresarial (Ignacio López de Arriortua, también conocido como ‘súper López’), “siempre hay una excelente razón para no acometer un cambio”, aunque ello tampoco es argumento para evitar el cambio. Sospechemos de aquellos cambios que se presentan sólo como positivos, siendo llamativo en el tema que nos ocupa que el propio legislador diga en la EM que ‘de la separación de determinados asuntos del ámbito competencial de los Jueces y Magistrados sólo cabe esperar, pues, beneficios para todos los sujetos implicados en la jurisdicción voluntaria’. Olvida que toda iniciativa humana tiene efectos secundarios.

## **2.- ALCANCE DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LJV.**

Como ya se ha adelantado, la modernización y eficacia buscadas por el legislador se sustentan sobre dos pilares: la regulación de un procedimiento único y simplificado de jurisdicción voluntaria basado en los principios de concentración y oralidad; el vaciado de contenido de la jurisdicción mediante la desjudicialización de determinadas materias y procedimientos.

A.- Primer pilar, el nuevo procedimiento. Definición de jurisdicción voluntaria y vocación codificadora. La LJV opera como norma general en su ámbito de aplicación y con ello se garantiza la plenitud del sistema así como la existencia de una norma aplicable en cada caso, evitándose la producción de lagunas. Tiene una vocación codificadora análoga a la LEC y, por ello, los actos que con la nueva regulación quedan fuera del ámbito competencial de los tribunales de Justicia se regulan fuera de esta Ley en las normas respectivas de cada operador jurídico. El art. 1 LJV define los expedientes de jurisdicción voluntaria como aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho Civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso (en el mismo sentido la exposición de motivos). Se estructura en un Título Preliminar (ámbito de aplicación, competencia objetiva, legitimación y postulación, intervención del Ministerio Fiscal y criterio general sobre práctica de prueba); Título I (normas de derecho internacional privado y procedimiento general); Título II (expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas); Título III (expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia); Título IV (expedientes de jurisdicción voluntaria relativos al derecho sucesorio); Título V (expedientes relativos al derecho de obligaciones); Título VI (expedientes relativos a los derechos reales); Título VII (subastas voluntarias); Título VIII (expedientes en materia mercantil); Título IX (actos de conciliación).

B.- Segundo pilar, la desjudicialización. Otras reformas introducidas por la LJV. Tan importantes como los artículos de la Ley son las 18 disposiciones finales de la misma que, de un total de 21, modifican otras tantas Leyes con el objetivo de adaptarlas al nuevo régimen de jurisdicción voluntaria o bien con el objetivo de proceder a la desjudicialización: Código Civil, Código de Comercio, LEC, Ley del Registro Civil, Leyes relativas a los convenios existentes con las diferentes religiones, Ley del Notariado, Ley Hipotecaria (aunque la reforma más importante en materia de expedientes de dominio no está recogida en esta LJV), Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión, Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, Ley del Contrato de Seguros, Ley de Sociedades de Capital, Ley que regula la emisión de obligaciones por Sociedades que no hayan adoptado la forma de anónimas, Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Ley de sucesión de títulos nobiliarios, TR de defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

C.- La desjudicialización: débil y plena. El legislador reconoce expresamente que los asuntos tradicionalmente comprendidos dentro de la jurisdicción voluntaria requieren la actuación del Juez, “en atención a la autoridad que el

titular de la potestad jurisdiccional merece como intérprete definitivo de la ley, imparcial, independiente y esencialmente desinteresado en los asuntos que ante ella se dilucidan” pero que por razones de oportunidad política o de utilidad práctica, es constitucionalmente admisible que la Ley encomiende a otros órganos públicos diferentes de los jurisdiccionales la tutela de determinados derechos que no afectan directamente a derechos fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas. Esta desjudicialización opera de dos formas, una a través de la resolución de determinados procedimientos por el secretario judicial en lo que podemos llamar una desjudicialización débil (pues se mantiene dentro del ámbito de los tribunales de justicia aunque atribuido a un operador jurídico distinto) y otra a través de la extracción de determinadas materias del ámbito de los tribunales de justicia en lo que podemos llamar una desjudicialización plena, unas veces de forma concurrente con el Secretario Judicial (alternativa del ciudadano) y otras de forma exclusiva.

Esta opción legislativa se justifica por la optimización de los recursos públicos disponibles y se atribuye a profesionales que son juristas y titulares de la fe pública y que reúnen sobrada capacidad para desempeñar esta nueva función con plena efectividad y sin merma de garantías, cuerpo de funcionarios de prestigio. Se justifica también porque se dice desjudicializar sólo aquellos supuestos en los que predominan elementos de naturaleza administrativa y porque en todo caso se ha optado por una alternatividad entre el secretario judicial, los notarios y los registradores (aunque esta afirmación contenida en la EM no es cierta porque hay supuestos de competencia exclusiva notarial o registral).

- a) Desjudicialización débil: el Secretario Judicial. El impulso de todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria corresponde al Secretario pero, además, se le atribuye la decisión de determinados expedientes, reservando al Juez aquellos ‘que afectan al interés público o al estado civil de las personas, los que precisan una específica actividad de tutela de normas sustantivas, los que suponen actos de reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos y cuando estén en juego derechos de los menores o de personadas con capacidad modificada judicialmente. Llama la atención esta reserva al juez de lo que afecte al estado civil de las personas ya que se atribuirá a notarios la instrucción completa del expediente de matrimonio y las separaciones y divorcios sin hijos menores de edad, salvo que debamos entender que esto no afecte al estado civil de las personas y son meros trámites administrativos... Corresponden al Secretario judicial los siguientes procedimientos: la habilitación para comparecer en juicio y el nombramiento de defensor judicial (personas), la declaración de ausencia y fallecimiento (personas), el nombramiento

de contador-partidor dativo (derecho sucesorio), la consignación judicial (obligaciones), expediente de deslinde de fincas no inscritas (derechos reales, las inscritas corresponderán al registrador), subastas voluntarias (derechos reales), convocatoria de juntas, nombramiento y revocación de liquidador, auditor o interventor de una entidad, reducción de capital, convocatoria de junta de accionistas, robo, extravío o destrucción de títulos valores, nombramiento de perito en contratos de seguro (mercantil), la conciliación. Esta potenciación de la figura del Secretario refuerza la confianza depositada en este operador jurídico en reformas anteriores en procedimientos jurisdiccionales sin oposición como el juicio monitorio o el juicio de desahucio por falta de pago.

b) Desjudicialización plena: notarios y registradores, ya sea de forma alternativa al secretario judicial o en competencia exclusiva. Dedicó el legislador muchos esfuerzos a justificar esta opción. Les reserva las materias donde su grado de preparación y su experiencia técnica benefician la efectividad de los derechos y la obtención de una respuesta rápida para el ciudadano. Efectivamente, son los profesionales más especializados. Se atribuye a los notarios: expedientes en materia sucesoria (declaración de herederos y protocolizaciones de testamento, en exclusiva), las subastas voluntarias, la consignación de deudas pecuniarias y los requerimientos de pago (de forma alternativa o concurrente con el Secretario judicial), expedientes en materia matrimonial y de separación o divorcio (regulados en la reforma del CC y de la Ley Notarial). No se enumeran en la LJV las competencias exclusivas o concurrentes de los Registradores que habrá que buscar en la Ley hipotecaria y otras leyes especiales. Así, la Ley 13/2015 de reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro (entrada en vigor el 1 de noviembre de 2015) se adelanta a esta desjudicialización introducida por la LJV y atribuye a notarios y registradores la competencia exclusiva en todos los expedientes que afecten a la realidad física de las fincas (inmatriculación, exceso o rectificaciones de cabida, deslindes, reanudación de tracto, liberación de cargas, etc). Contiene una regulación minuciosa y moderna del expediente de dominio sin intervención judicial pero dejando a salvo siempre la reclamación de derechos reales o de propiedad a través del procedimiento judicial correspondiente hasta el punto de provocar el procedimiento judicial el archivo del procedimiento registral si estuviere en curso.

Riesgos o interrogantes de esta desjudicialización:

- La sustitución del tradicional principio y garantía constitucional del “juez ordinario predeterminado por la Ley” por la libre elección

de Notario en procedimientos como el matrimonio y la separación o divorcio que afectan al estado civil de las personas pero también en reclamaciones económicas como el ‘monitorio notarial’ al que después me referiré con detalle. Es cierto que se establecen reglas de competencia territorial que limitan esta libre elección, pero no cabe duda que en las grandes ciudades operará de facto una libre elección total al existir varios Notarios que reúnan el requisito de competencia territorial. Así, quizá dentro de poco podremos encontrar notarías especializadas en bodas, o en divorcios, quizá con ofertas o tipo Las Vegas. El legislador refiere ser consciente de esta libertad y dice que se avanza hacia una mayor flexibilización de las reglas competenciales respecto de las ‘vigentes actualmente en el ámbito judicial’ con lo que no sé si está queriendo introducir una voluntad de flexibilizar también las reglas judiciales lo que me parece de un riesgo extremo porque la imposibilidad de elegir el juez me parece una de las garantías más importantes de nuestro sistema.

- El coste: estamos pendientes del reglamento que determine los aranceles. En todo caso, es una opción más costosa que acudir a los tribunales de justicia ya que, salvo concretas excepciones, los expedientes de jurisdicción voluntaria no necesitan abogado y procurador y en el divorcio notarial sigue siendo precisa la asistencia de letrado por lo que se ahorran el coste del procurador pero han de abonar el arancel. ¿Por qué no canalizar esta fuente de ingresos a través de los tribunales de justicia en beneficio de la optimización de medios y eficacia de la Administración de Justicia estricto sensu? De hecho, en algunos países de nuestro entorno como Alemania los expedientes de jurisdicción voluntaria siguen judicializados a pesar de estar sujetos a una tasa o arancel precisamente porque es una fuente de ingresos de la Administración de Justicia en beneficio de la misma y, por ende, del ciudadano.
- Algunas materias que se desjudicializan afectan al estado civil de las personas y ello me merece, cuando menos, ciertas cautelas. La desjudicialización de todos los expedientes que afectan a la propiedad y demás derechos reales, en cambio, parece lógica al ser los Notarios y registradores los verdaderos expertos (sobre todo con la introducción de las innovaciones tecnológicas) y, sobre todo, al ser materias de contenido exclusivamente patrimonial.
- El sistema tiene algunas lagunas pues la Ley Notarial no contempla la escritura pública de modificación de medidas sino sólo la de separación o divorcio cuando lo más lógico sería a la inversa ya que

es en la modificación de medidas donde no se afecta al estado civil de las personas. La previsión sí se recoge expresamente en la LEC para la competencia del Secretario Judicial.

### **3.- LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA ESTRICTO SENSU.**

La LJV regula la tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria de los que van a conocer los tribunales de justicia, ya sea para resolución de Juez o de Secretario Judicial.

Antes de descender a esta concreta Ley me gustaría llamar la atención sobre la importancia de la labor judicial (que creo me corresponde según la composición de la mesa): el art. 117CE prevé que los Jueces y Tribunales están sometidos únicamente al imperio de la Ley y que la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes. Si la figura del Juez ha sido tradicionalmente definida como ‘el aplicador de la Ley’, no se hace suficiente hincapié en que también se produce un fenómeno inverso en virtud del cual la aplicación que se hace de una Ley modula la Ley misma, su redacción teórica inicial. De las primeras aplicaciones/interpretaciones que se hacen de una Ley resultará la interpretación/aplicación práctica de la misma y debemos ser conscientes de esta importancia (de la aplicación inicial) ya que después, ya sea por la rutina, por las posturas acomodaticias, por el usus fori o por la innegable necesidad de procurar seguridad jurídica, cuesta mucho más realizar cambios, cambio que ya sólo sucede si se produce alguna circunstancia realmente extraordinaria que opere como revulsivo radical del sistema (tal y como hemos tenido oportunidad de comprobar con la reciente crisis económica que nos ha llevado a los tribunales a modificar la interpretación y aplicación práctica clásica de la LEC en los procedimientos de ejecución adelantándonos al legislador en la protección del consumidor). Así pues, la forma en que el Juez con su experiencia, su interpretación sistemática de la norma y, por qué no, su interpretación social aplica la nueva norma influye en la versión asentada de la Ley hasta el punto de que me parece que podemos afirmar que ninguna Ley existe realmente hasta que es aplicada.

Entrando en el nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria que crea la Ley 15/2015, como ya he indicado se estructura en un Título Preliminar donde se recogen las disposiciones generales en materia de jurisdicción voluntaria, un Título Primero sobre normas comunes a todos los expedientes y después otros 8 títulos más que regulan, separados por materias, todos los concretos procedimientos de jurisdicción voluntaria que van a existir a

partir de ahora en cuanto a las peculiaridades que habrá que tener en cuenta en cada caso concreto. No es posible en esta ponencia dar más que unas pinceladas generales sobre el nuevo procedimiento sin entrar al detalle.

### **Título Preliminar: normas generales.**

- Definición: se entenderá por jurisdicción voluntaria todos aquellos expedientes que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso.

La definición misma circunscribe todo lo que en ella se va a regular a los procedimientos en los que intervendrá un órgano jurisdiccional dejando fuera del concepto ‘jurisdicción voluntaria’ aquellos expedientes que, teniendo esta consideración hasta la reforma, pasan a ser competencia de otros operadores jurídicos y por eso se regulan en otras normas sustantivas y procesales que se reforman a través de las disposiciones finales de esta Ley.

- La competencia objetiva se atribuye a juzgados de Primera Instancia y Mercantiles
- La competencia territorial vendrá determinada en cada tipo de procedimiento y no se admite la sumisión expresa o tácita. Normalmente viene determinada por el domicilio de la persona objeto del expediente o necesitada de protección en el mismo o por el lugar de realización del acto.
- El impulso del procedimiento corresponde siempre al Secretario, en lo que participa de la voluntad legislativa introducida en la LEC por la ley 2009 sobre la nueva oficina judicial
- La decisión del expediente corresponde al Juez o al Secretario según se indique expresamente en cada tipo de procedimiento tal y como antes se han enumerado. Se establece una cláusula de cierre en virtud de la cual, a falta de previsión expresa, corresponderá al Juez la decisión en todos los expedientes que afecten al interés público, al estado civil de las personas, a los que precisen tutela de normas sustantivas, los que impliquen actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos y los que afecten a menores o a personas con capacidad modificada judicialmente. Esta cláusula de cierre obedece a

la voluntad codificadora a la que antes nos hemos referido y se completa con la regulación de un procedimiento genérico o tipo que servirá de base sobre la que aplicar las peculiaridades de cada tipo de expediente expresamente previsto.

- Legitimación: personas con interés legítimo, que se irán definiendo en cada caso; de oficio o a instancia del Fiscal en casos expresamente previstos.
- Postulación: se regulará caso por caso y será siempre necesaria para interponer recurso contra la decisión final y “a partir del momento en que” se formule oposición. Sin embargo, podemos decir que la regla general es que no es necesaria la postulación salvo los siguientes: remoción de tutor, cuestiones de contenido patrimonial en las que se establece un límite cuantitativo de 6.000 euros a partir del cual se necesita postulación (autorización actos de disposición de bienes de incapaz, desacuerdo conyugal en administración de bienes gananciales, supuestos de derechos sucesorio, deslinde de fincas no inscritas, conciliación) y en todos los mercantiles salvo el nombramiento de perito en contratos de seguro. Es una manera de regular más que mejorable, es mucho más sencillo establecer una regla general salvo en los casos en que se indique expresamente lo contrario (en la línea de la LEC).
- Intervención del Ministerio Fiscal: afecte al estado civil o a menores o incapaces y en los casos expresamente previstos.
- Prueba: la decisión corresponde a quien decide sobre el fondo del asunto; prevé expresamente la posibilidad de acordar prueba de oficio cuando afecte al interés público, menores o incapaces o lo prevea expresamente la Ley.
- Regla de acumulación al procedimiento más antiguo, aplicable también a procedimientos seguidos ante Notario o Registrador en materias con competencia concurrente.
- Si existe un procedimiento de jurisdicción contenciosa en trámite: si el objeto es coincidente se inadmitirá o se archivará el de jurisdicción voluntaria y se prevé expresamente la remisión del expediente al tribunal que conozca del contencioso; si simplemente puede afectarle, se suspenderá como en un supuesto de prejudicialidad civil. La Ley no aclara cuál es el significado de esta remisión al procedimiento contencioso siendo muy confuso desde el momento en que el art. 15 prohíbe la acumulación a un procedimiento contencioso (contradicción).

- Gastos: a cargo del solicitante y el de los testigos y peritos a cargo de la parte que los proponga. Sustituye el concepto ‘costas’ por ‘gastos’.
- Carácter supletorio de la LEC en lo no expresamente previsto.

### **Título Primero: normas comunes al procedimiento.**

Se establecen unas normas en materia de Derecho internacional privado: básicamente remisión a tratados internacionales y normas UE en cuanto a competencia y derecho aplicable; prevé la inscripción en los registros españoles de resoluciones de órganos judiciales extranjeros previa tramitación de exequatur y entre tanto su anotación preventiva; reconoce efectos en España a las resoluciones dictadas en el extranjero previo su reconocimiento por parte del mismo órgano español que sea competente sobre el fondo, sin necesidad de un procedimiento especial y con casos tasados de denegación que son los límites habituales (competencia de la autoridad extranjera, vulneración del derecho de defensa, orden público y protección de derechos fundamentales).

Regula un procedimiento base o tipo aplicable a todos los expedientes en lo “que no se oponga a las normas que específicamente regulen las actuaciones de que se trate”. Esta forma de regular el procedimiento me parece totalmente un acierto porque implica sencillez y agilidad al simplificar procedimientos (aunque a veces las especificaciones son tan extensas que implican un procedimiento totalmente distinto como sucede con la adopción, la conciliación y otros) y responde a esta voluntad codificadora de tener cabida cualquier tipo de pretensión de jurisdicción voluntaria que pudiera surgir en el futuro aunque no esté dentro de los concretos expedientes que regula la Ley.

El esquema básico del procedimiento es el que sigue:

- Inicio de oficio o por solicitud de Fiscal o persona interesada por escrito en que deberá indicarse con claridad y precisión lo que se pide, los hechos y fundamentos de la petición, acompañar toda la prueba documental y pericial que se quiera hacer valer e identificar a quienes puedan estar interesados en el expediente.
- Se prevén reglas de acumulación de procedimientos básicamente coincidentes con LEC con dos límites: que su resolución no corresponda a sujetos distintos (juez, secretario); no serán acumulables a un contencioso (entonces ¿qué significa la previsión del art. 6.2? ¿es sólo una remisión a efectos de mera constancia?).

- Control de oficio de la competencia objetiva y territorial y trámite de subsanación de omisiones (análogo al art. 231 LEC). Igual que en la LEC: admisión por Secretario e inadmisión por Secretario o Juez según a quien corresponda la decisión sobre el fondo del expediente.
- Si se admite, el Secretario convoca a una comparecencia si concurren los siguientes requisitos: hay que oír a otros interesados además del solicitante; hay que practicar pruebas no documentales; lo estima necesario el Juez o el Secretario. Si lo ponemos en relación con la regulación concreta de los tipos de expediente serán prácticamente en todos los casos que afecten a personas y quizá menos en los asuntos mercantiles. Se prevé expresamente que no será necesaria vista si sólo hay que oír al Fiscal.
- Comparecencia, reglas:

Los interesados deben acudir a la misma con los medios de prueba de que intenten valerse;

Si alguno quiere formular oposición debe hacerlo por escrito cinco días después de la citación y el expediente continuará hasta su resolución final sin convertirse en contencioso.

Este trámite de oposición no está desarrollado en la Ley, plantea dudas sobre su contenido, su alcance preclusivo y sobre todo lo supuestos a los que debe aplicarse. No se indica que se requiera postulación pero la oposición obliga a partir de ese momento a designar postulación al solicitante por lo que quizá hay que entender que es necesario. Parece que los motivos a alegar en el acto de la comparecencia quedarán limitados a los invocados en el escrito de oposición pues de lo contrario no tendría sentido exigir una previa oposición por escrito. La comparecencia se remite a las normas del juicio verbal y el espíritu del procedimiento en su conjunto parece participar del carácter sucinto, predominantemente oral y menos formalista que tenía el JVB antes de la Ley 42/2015 y, por tanto, en el momento en que se aprueba la LJV. Ahora bien, esta exigencia de oposición por escrito parecería un adelanto de la reforma que en el juicio verbal introducirá la Ley 42/2015 aunque también recuerda a la exigencia de contestación por escrito en los procedimientos de familia. Puesta dicha regla general con la regulación específica de cada procedimiento, a mi entender la oposición escrita sólo deberá exigirse en aquellos expedientes en que

hay una remisión expresa a las normas generales pues en los demás, o bien se regula una comparecencia para alegaciones en unidad de acto que poco concuerda con una oposición escrita o bien se regula un procedimiento detallado muy distinto del general (la adopción, la conciliación y otros).

Se celebra ante quien ha de decidir sobre el fondo

Se remite a las normas del juicio verbal con las especialidades que se enumeran y de las que me interesa destacar, por su distinción especial respecto al JVB: unidad de acto en pruebas y decisiones procesales; posibilidad de acordar de oficio en ese momento oír a quienes se estima pudieran resultar afectados, especialmente cuando afecta a menores o incapaces; posibilidad de oír al menor o incapaz de forma separada, fuera de la unidad de acto, sin intervención de más personas que el Ministerio Fiscal (proceder habitual en procedimientos de familia) pero levantando acta o grabación audiovisual; conclusiones al finalizar la comparecencia; grabación igual que un juicio.

A mi entender el legislador parece apostar, salvo en casos concretos, por la simplificación e informalidad que supone practicar todo en una comparecencia sin intervención obligatoria de otros profesionales (igual que el JVB antes de la reforma) y en la que los interesados pueden alegar todo lo que a su derecho conviene, en concordancia con la finalidad de agilidad y eficacia que se reitera en la EM.

- Decisión: auto o decreto en plazo cinco días; no rige el principio de justicia rogada en expedientes que afecten a menores o incapaces (el juez puede basar su decisión en hechos y fundamentos no alegados por las partes); efecto ‘cosa juzgada’ en el sentido de que impide promover otro expediente con el mismo objeto salvo modificación de circunstancias, afectando también a expedientes ante Notario y Registrador; ‘no cosa juzgada’ ya que no impide un procedimiento contencioso sobre el mismo objeto pero la decisión jurisdiccional deberá indicar si mantiene, modifica o revoca lo resuelto en jurisdicción voluntaria.
- Recursos: revisión o apelación según el sujeto que resuelve.
- Caducidad de 6 meses.
- Ejecución conforme reglas generales de la Ley, ojo recursos no suspensivos.

#### **4.- ESPECIALIDADES EN PROCEDIMIENTOS MÁS RELEVANTES: TÍTULOS II A IX.**

Recoge las normas específicas de cada procedimiento y que, en general, vienen a detallar las personas que deberán ser oídas en el expediente, la concentración o no de todas las ‘audiencias’ y pruebas en una comparecencia, la remisión o no a las reglas generales o la regulación de un procedimiento completo.

##### **II. De las personas**

1.- Se crea un procedimiento para la autorización judicial del reconocimiento de filiación no matrimonial; menor de la edad matrimonial, falta de consentimiento del representante legal, reconocimiento del padre suspendido por la madre y persona incapaz. No necesita prueba biológica.

2.- La habilitación para comparecer en juicio y el nombramiento de defensor judicial son competencia del Secretario Judicial; interesante la previsión expresa de suspensión de los plazos de prescripción o caducidad que afecten a la acción de cuyo ejercicio se trate y que entre tanto asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. Inscripción del nombramiento en el Registro Civil.

3.- Adopción. Regula, por fin, de forma completa y detallada el procedimiento de adopción pero nada se dice del acogimiento (que, en cambio, se regula en la DA 2ª, porque se trata de una regulación provisional a la espera de la aprobación de las Leyes que modificarán el sistema de protección de la infancia y adolescencia, Ley 26/2015 o Ley 8/2015 antes mencionadas). Es a propuesta de la entidad pública pero se prevé la posible solicitud privada. Prevé la conversión de adopción simple en plena (supuesto de adopción constituida en el extranjero que interesa conversión en adopción regulada en España). Se prevé la posibilidad de un incidente conforme al art. 781 LEC en caso que los progenitores quieran que se les reconozca la necesidad de prestar su consentimiento a la adopción. Sigue siendo necesario completar la regulación con el CC con modificaciones como que la declaración de idoneidad ha de ser previa (art. 176) y que es necesario el asentimiento de la persona unida por análoga relación de afectividad (art. 177). Ha de completarse con las modificaciones introducidas por la LO 8/2015 de 22 de julio y la Ley 26/2015 de 28 de julio de protección de los menores. Entrar en detalle supondría una ponencia completa.

4.- Tutela, curatela y guarda de hecho. Competencia para el juzgado que haya conocido del primer expediente para conocer de todas las incidencias posteriores salvo cambio del domicilio del menor o incapaz. Se sigue

este procedimiento salvo que la medida se acuerde conjuntamente con el procedimiento de incapacidad (jurisdicción contenciosa). Regula de forma más clara y sistemática las obligaciones del tutor. Planteará problemas procesales la rendición de cuentas porque no basta la presentación escrita sino que se prevé una comparecencia en todo caso.

5.- se regula el procedimiento de emancipación antes previsto sólo en Código Civil.

6.- se regula un procedimiento genérico y más amplio destinado a la protección del patrimonio de las personas con discapacidad.

7.- procedimiento para la autorización judicial del consentimiento a las intromisiones legítimas en el ámbito del honor, intimidad o imagen de menores o incapaces (anuncios??)

8.- procedimiento mucho más completo para la autorización de actos de disposición o gravamen sobre bienes de menores o incapaces. Se adapta a la realidad social y permite ahora la venta directa sin acudir a pública subasta previa valoración y control del destino del dinero.

9.- declaración de ausencia y fallecimiento competencia del Secretario porque entiende el legislador que se trata de una mera constatación de hechos. Regulación expresa de la protección del ausente.

10.- Extracción de órganos de donantes vivos. En este expediente se observa una decidida voluntad del legislador de preservar un control judicial en orden a asegurar que la decisión del donante es totalmente libre y plenamente informada en cuanto a sus consecuencias, probablemente en orden a evitar la comercialización con órganos humanos. La celeridad y especialidad de trámites que requiere este expediente ha aconsejado concentrar el reparto de este tipo de expedientes en un único juzgado.

### **III Familia:**

- dispensa del impedimento matrimonial de muerte dolosa y parentesco que antes correspondía al Ministerio de Justicia.

- regulación expresa de las medidas relativas a discrepancia en el ejercicio de la patria potestad o ejercicio inadecuado de la misma. Ojo con la competencia territorial porque corresponderá al juzgado que ha conocido del asunto si la patria potestad ha sido fijada judicialmente.

- regulación expresa de la resolución judicial de discrepancias conyugales o en la administración de bienes gananciales (domicilio, actos de disposición, contribución a las cargas, etc)

**IV. Derecho sucesorio:** se vacía notablemente de contenido en beneficio de los Notarios. Se mantiene lo relativo al albaceazgo, contador-partidor dativo, aceptación y repudiación de la herencia cuando necesite autorización judicial.

**V. Derecho de obligaciones:** sólo la fijación de plazo para el cumplimiento de las obligaciones y la consignación judicial.

**VI. Derechos reales:** se vacía de contenido en beneficio de los Registradores. Se mantiene sólo la autorización al usufructuario para reclamar frutos y el deslinde de fincas no inscritas. Regulación similar a la anterior, mejorada en los trámites procesales, viene a ser un tipo de conciliación in situ. En todo lo demás que conocíamos hasta ahora habrá que acudir a la Ley 13/2015 de reforma de la Ley Hipotecaria con competencia exclusiva de Notarios y Registradores a salvo los procedimientos contenciosos.

### **VII. Subastas voluntarias.**

**VIII. Materia Mercantil.** Cambio importante para la adaptación a la moderna normativa de la Ley de Sociedades de Capital. Competencia del Secretario excepto la exhibición de libros y la disolución de sociedades de capital.

**IX. La conciliación.** Competencia exclusiva del Secretario. Regulación adaptada a la sociedad actual. Recordar que la finalidad de este expediente es, como dice expresamente la Ley, alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito. Es un procedimiento importante en orden a disminuir una litigiosidad muchas veces innecesaria y fácilmente evitable simplemente reuniendo a las partes en un mismo acto e intentando una mediación entre ellas. ¿Qué es una conciliación sino una mediación ante un profesional jurídico altamente preparado como el Secretario Judicial y gratuito? Competencia por la regla general del domicilio del requerido pero competencia del Juez de Paz en reclamaciones inferiores a 6.000 euros si no son materias propias del juzgado mercantil. Establece expresamente el efecto de interrupción de la prescripción y la forma de cómputo del plazo. El art. 145 regula el contenido del acto potenciando la posibilidad de que las partes alcancen un acuerdo total o parcial “procurará averarlos, permitiéndoles replicar, contrarreplicar, si quisieren y ello pudiere facilitar el acuerdo”. En definitiva no es más que lo que ya decía el antiguo art. 471 LEC tantas veces olvidado. Este es uno de

los supuestos en que el concepto ‘oposición previa por escrito’ previsto en las reglas generales es totalmente opuesto a la regulación específica.

## **5.- OTRAS REFORMAS SUSTANCIALES INTRODUCIDAS A TRAVES DE LAS DISPOSICIONES FINALES. Breves pinceladas.**

Como ya he indicado, la segunda gran reforma que introduce esta Ley se encuentra en sus disposiciones finales de las cuales voy a destacar, por su relevancia en orden a la desjudicialización las siguientes.

**A.- DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA:** norma especial en materia de adopción y matrimonial. Indirectamente ya me he referido a ella al tratar de la desjudicialización. Los expedientes matrimoniales que se inicien antes del 30 de junio de 2017 (fecha de entrada en vigor de las DF sobre Registro Civil, Ley Notariado y CC) se seguirán tramitando conforme al CC y Ley de Registro Civil de 1957 pero podrán celebrar el matrimonio los Secretarios y Notarios.

**B.- MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.** Todo lo relativo a la celebración de matrimonio entra en vigor el 30 de junio de 2017.

Modifica los impedimentos para contraer matrimonio y atribuye al juez la dispensa.

La competencia para conocer del expediente matrimonial y todo lo relativo al mismo corresponde al Secretario, Notario, encargado del Registro Civil o diplomático pero el Juez del Registro es excluido de la celebración.

Separación y divorcio de mutuo acuerdo sin menores o incapaces ante Secretario o Notario debiendo aportar convenio regulador (se excluyen los funcionarios consulares expresamente); si hay hijos mayores o emancipados deberán prestar su consentimiento respecto a las medidas que les afecten. El procedimiento termina por decreto o escritura pública. Si Secretario o Notario advierten que algún punto del acuerdo puede ser perjudicial para una de las partes o para un hijo mayor lo harán constar a las partes y archivarán al procedimiento. En mi opinión esta regulación es mejorable sobre todo si recordamos que está inspirada por la finalidad de dar una rápida respuesta al ciudadano: en el caso de secretarios, puesto que la petición ya está judicializada, debería permitirse la subsanación (de hecho, el nuevo art. 777.4 LEC parece que lo permite al mencionar al Secretario pero el apartado 10 parece excluirlo expresamente, lo más sensato sería que además de practicar prueba sobre la

conveniencia de aprobar el acuerdo se permitiera la modificación de algún punto del mismo) o incluso dar cuenta al juez en el mismo procedimiento sin necesidad de iniciar otro diferente; en el caso de los Notarios, debería permitirse a las partes la modificación del acuerdo. Lo más lógico es que la práctica tienda a esta modificación por economía procesal y de medios.

Se permite la adopción de medidas de protección de menores al amparo del art. 158 CC en procedimientos de jurisdicción voluntaria. Se amplía el abanico de medidas a tomar en protección del menor, incluyendo la prohibición de aproximación, haya o no una situación de maltrato (reforma introducida por la LO 8/2015 y Ley 26/2015).

Se introducen modificaciones en materia de acogimiento, adopción, la actuación de tutores y curadores.

Se introducen modificaciones en materia sucesoria o testamentaria para recoger las nuevas atribuciones competenciales en exclusiva de los Notarios en consonancia con la modificación de la Ley Notarial: protocolización y apertura de testamentos, declaración de herederos, aceptación y repudiación de herencia, con competencias para adoptar medidas para el aseguramiento de los bienes del caudal relicto.

### **C.- MODIFICACION LEC 1/2000. ASPECTOS MAS RELEVANTES**

- art. 777 en cuanto a la competencia para conocer de la separación y divorcio de mutuo acuerdo. Nada se indica sobre la competencia de los notarios en materia de modificación de medidas, no está previsto.

- retorno de menores en supuestos de sustracción internacional, nueva ubicación en la jurisdicción contenciosa y no voluntaria: regulación completa del procedimiento en los arts. 778 quarter y 778 quinquies para el caso de que el menor retenido ilícitamente se encuentre en España y deba ser retornado conforme a un convenio internacional o normas UE; art. 778 sexies para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional en caso de un menor con residencia en España que es retenido ilícitamente por el otro progenitor en el Extranjero. Son procedimientos urgentes y preferentes. El primero de ellos tiene una duración máxima de seis semanas para las dos instancias y se prevé el archivo en caso de que el menor no pueda ser hallado; la competencia corresponde a la capital de provincia del lugar donde esté el menor; es preceptiva la postulación y puede instar el procedimiento el Abogado del Estado conforme a convenios internacionales. Se prevé una

primera comparecencia en la que puede haber acuerdo y en caso de que se formule oposición, que ha de ser escrita, una vista por los trámites del juicio verbal. En el segundo caso es aun más simple, se tramitará por un procedimiento de medidas provisionales previas o del art. 158 CC y será competente el juzgado que hubiere conocido del procedimiento sobre custodia del menor y, en su defecto, el del último domicilio del menor.

Tal y como refieren los magistrados especializados en esta materia, se trata de una mejora sustancial respecto del régimen anterior y en beneficio de la protección de los derechos de los menores involucrados, siendo mucho más coherente su regulación dentro de los procedimientos contenciosos y no dentro de la jurisdicción voluntaria (como hacía la LEC 1881). También se muestran favorables a la concentración de la jurisdicción en la capital de provincia en materia de familia, previsión inexistente hasta este momento. Debemos destacar también: no se suspende el procedimiento por prejudicialidad penal, se potencia la comunicación judicial directa y la cooperación internacional, se permite la adopción en todo momento de medidas en protección del menor, se prevé expresamente el recurso a la mediación con una limitación temporal máxima, no se permite en ningún caso la ejecución provisional de la medida de restitución o retorno, en ejecución se potencia la figura de la autoridad central que prestará auxilio al Juez y se podrá acudir al auxilio de las fuerzas de seguridad. Por otro lado, la introducción de la posibilidad de hacer una expresa declaración de ilicitud de la retención en el marco del art. 15 del Convenio de la Haya.

#### **D.- MODIFICACIONES DE LA LEY 20/2011 DE 21 DE JULIO DE REGISTRO CIVIL**

Modifica toda la regulación sobre la tramitación del expediente matrimonial y la celebración del matrimonio para introducir la competencia del notario en el primer caso y excluir al juez de la celebración. Entra en vigor el 30 de junio de 2017.

#### **E.- MODIFICACIONES DE LA Ley 28 de mayo de 1862 DEL NOTARIADO**

Se introduce un nuevo título VII para la regulación de la intervención de los Notarios en expedientes y actas especiales dentro de las cuales se encuentra:

- Expedientes en materia matrimonial, celebración de matrimonio y separación o divorcio. Destacar, por ejemplo, que la competencia territorial

se determina por el domicilio de los contrayentes o el último domicilio común pero dentro del municipio de que se trate no hay limitación alguna a la elección de Notario. Especialización? Conflictos de intereses? Para la separación y divorcio es necesaria la asistencia de letrado en ejercicio. Por tanto, se ahorra el coste de Procurador pero se pagará el arancel notarial.

- Expedientes en materia sucesoria. Atribución competencial más acertada, quizá son los verdaderos expertos. Son competentes para conocer de la declaración de herederos ab intestato también a favor de colaterales, si bien en caso de afectación a menores o incapaces se llamará al Ministerio Fiscal; adverbación, apertura y protocolización de testamentos de todo tipo (cerrado, ológrafo, oral); albaceazgo y contador-dativo (compartido con la jurisdicción voluntaria).

- Expedientes en materia de obligaciones: consignación y ofrecimiento de pago. Especial interés tiene el monitorio notarial. La regulación es idéntica al procedimiento monitorio tal y como lo veníamos conociendo hasta la fecha pero se excluyen los que afecten a intereses más necesitados de protección (consumidores, propiedad horizontal, alimentos y administración pública). Es título ejecutivo si no formula oposición. Cuestiones:

1) Por qué el legislador en la Exposición de Motivos niega expresamente que se trate de un monitorio??? Lo es, sin perjuicio de que encuentre amparo en el Reglamento 805/2004 del Parlamento Europeo.

2) Lleva aparejado ejecución con los motivos de oposición propios de los títulos ejecutivos extrajudiciales.

3) La única finalidad del legislador es reducir la litigiosidad judicial declarativa porque la 'litigiosidad' como tal se mantendrá pero controlada por otro operador jurídico. Mismo fin de reducir volumen judicial para no incrementar la inversión.

- La subasta notarial. Es una adaptación a la nueva regulación de la subasta electrónica. Competencia exclusiva del Secretario.

- Expedientes en materia mercantil. Competencia concurrentes con la jurisdicción voluntaria.

- La conciliación notarial.

## **F.- LEY HIPOTECARIA.**

Atribución de competencia a los Registradores para conocer de conciliaciones sobre controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil o que verse sobre hechos o actos inscribibles. Competencia compartida con Notarios y Secretarios. La reforma de mayor calado sobre expedientes de dominio se introduce por la Ley 13/2015.

## **G.- JUSTICIA GRATUITA**

DF 19ª reconocimiento en mismas condiciones que la Ley de Asistencia Jurídica gratuita: dispensa de arancel pero sólo en los concretos expedientes que se enumeran; se tramita la petición ante el Colegio Notarial o Registro.

## **5. CONCLUSIONES.**

Expuesto lo anterior, la LJV supone, a mi entender, un importante y necesario avance en materia de procedimiento para su adaptación a la sociedad actual y a la norma procesal general (LEC). De esta parte de la reforma creo que cabe esperar resultados positivos sin perjuicio de algunos aspectos mejorables en técnica legislativa.

Más dudas me plantea, sin embargo, la desjudicialización incluso en materias que no eran consideradas de jurisdicción voluntaria y que afectan al estado civil de las personas. Llegados a este punto, permítanme que les pregunte: ¿la desjudicialización de estas materias era la única opción que permitía conseguir los fines de modernización y eficacia en la tramitación de estos expedientes? Como al juez le está vedado abstenerse de resolver les diré que mi sentencia es que, fuera de los casos estrictamente registrales, no era ésta la única opción eficaz y que la adoptada me merece reservas en el momento actual que espero haber podido motivar suficientemente. Desde el momento en que se crea un moderno procedimiento de jurisdicción voluntaria este instrumento procesal ya por sí sólo introducirá gran agilidad en la tramitación de estos procedimientos al igual que ocurrió con la LEC 1/2000; existen otras opciones como dotar de más y mejor preparados medios personales y técnicos a la oficina judicial (quizá también con un moderado arancel) para que los tribunales dispongan realmente de los medios necesarios para dar al ciudadano la respuesta ágil que merece. Es, por tanto, una opción de política legislativa que implica un cambio de modelo jurídico por lo que no puede justificarse sólo acudiendo a parámetros de eficacia y modernización.

Como dijo el Magistrado del Tribunal Supremo Perfecto Andrés Ibañez en una reciente sentencia (STS 161/2015) sobre un tema radicalmente distinto del que hoy nos ocupa pero transversal: “el objeto de esta causa tiene connotaciones políticas tan intensas que difícilmente podría darse una aproximación de Derecho que no comporte o traduzca también una previa toma de posición del intérprete en este otro plano”.

El paso del tiempo y la experiencia nos permitirán conocer la confianza que al ciudadano le merezca el nuevo sistema y el logro o no del objetivo de modernización y agilidad sin merma de garantías. Pero, en realidad, la valoración del cambio vendrá determinada por el tipo de sistema jurídico hacia el que nos queramos dirigir: potenciación del sector público funcional o pseudo-privatización.



## VI. 2. EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA NUEVA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

**Cristina Secades Riestra**

### **Introducción**

Como Letrada de la Administración de Justicia, voy a enfocar el estudio de la nueva ley de Jurisdicción Voluntaria desde la perspectiva de los Letrados de la Administración de Justicia, haciendo hincapié en la *intervención del Letrado de la Administración de Justicia* en la tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria en general, y en especial, haciendo referencia a los procedimientos que se le atribuyen por completo, es decir, aquéllos en los que no sólo es competencia de los letrados de la Administración de Justicia su admisión, impulso y tramitación, sino que también lo es el dictado de la resolución definitiva.

Estando destinada en un Juzgado especializado en *Familia e Incapacidades*, donde he tenido ocasión de aplicar la nueva ley (brevemente, ya que sólo lleva en vigor unos meses), finalizaré la exposición planteando algunas dudas interpretativas, a modo de reflexión, por cuanto que las soluciones que hemos ido tomando los Juzgados de Familia de Palma, con la idea de unificar criterios, son provisionales, hasta que se aclaren, bien sea por vía legal, o por vía jurisprudencial.

### **LOS LETRADOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

Antes de comenzar con el estudio de la ley, me gustaría recordar que los Secretarios Judiciales han cambiado de nombre, y ahora nos llamamos Letrados de la Administración de Justicia. De todos es sabido que la denominación anterior tenía connotaciones que en nada se correspondían con las funciones desempeñadas por este cuerpo superior jurídico, y en parte, a nosotros,

los Letrados de la Administración de Justicia, nos guste más o menos la opción aprobada, nos corresponde velar por que el cambio de denominación sea real y efectivo, y dejar claro que es ésta, y ninguna otra, la denominación que debe ser empleada en todo momento, a pesar de su larga extensión.

La **disposición adicional primera de la LO 7/2015 de 21 de julio**, por la que se modifica la LO del Poder Judicial de 1985 dispone que a partir del **1 de octubre de 2015**, todas las referencias que se contengan en la ley y demás normas jurídicas a los SECRETARIOS JUDICIALES, deberán entenderse hechas a los **LETRADOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**.

El artículo **440 de la Ley Orgánica del Poder Judicial** establece que “los Letrados de la Administración de Justicia son:

- funcionarios públicos
- que constituyen un Cuerpo Superior Jurídico, único, de carácter nacional,
- al servicio de la Administración de Justicia,
- dependiente del Ministerio de Justicia,
- y que ejercen sus funciones con el carácter de autoridad,
- ostentando la dirección de la oficina judicial”

La **función** histórica más importante de los Letrados de la Administración de Justicia es la de la fe pública judicial, garantizando la veracidad de las actuaciones judiciales. Sus competencias se han ido incrementando con el paso del tiempo hasta pasar a desempeñar un papel fundamental en la Administración de Justicia dentro de la denominada Oficina Judicial.

La **LOPJ** además de las funciones de fe pública judicial, certificación, documentación, dación de cuenta, dirección del personal en aspectos técnico procesales, dispone en su **artículo 456** que los Letrados de la Administración de Justicia, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencias en las siguientes materias:

a) Ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados.

b) Jurisdicción voluntaria, asumiendo su tramitación y resolución, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer.

- c) Conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia.
- d) Tramitación y, en su caso, resolución de los procedimientos monitorios.
- e) Mediación.
- f) Cualesquiera otras que expresamente se prevean.

Tras la entrada en vigor de la **ley 13/2009 de 3 de noviembre**, de *reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial*, se han ido asumiendo importantes funciones por los Letrados de la Administración de Justicia, como la admisión de las demandas, los procedimientos monitorios, o la ejecución de las resoluciones judiciales.

La Ley **15/2015** continúa en dicha línea, y en su **preámbulo** expresamente reconoce que: *“opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como SECRETARIOS JUDICIALES, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces.”*

*El prestigio adquirido a lo largo de los años por estos Cuerpos de funcionarios entre los ciudadanos es un elemento que ayuda a despejar cualquier incógnita sobre su aptitud para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados, como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica, sin olvidar el hecho de que muchos de los actos de jurisdicción voluntaria tienen por objeto obtener la certeza sobre el estado o modo de ser de determinados negocios, situaciones o relaciones jurídicas que dichos profesionales están en inmejorable condición para apreciarlos adecuadamente.”*

## **LA LEY 15/2015 DE 3 DE JULIO DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

### **CONCEPTO: Art. 1**

Expedientes que requieren la intervención de un órgano judicial para la tutela de derechos e intereses sin que exista controversia entre las partes.

## COMPETENCIA: Art. 2

*Al Letrado de la Administración de Justicia* le corresponderá el *impulso y la dirección* de todos los expedientes. Así como la *resolución* del resto de los expedientes cuando venga atribuida su competencia *expresamente*.

*El Juez* decidirá los expedientes que afecten al *interés público, estado civil*, tutela de normas sustantivas o puedan deparar actos de *disposición*, reconocimiento, creación, o extinción de *derechos subjetivos*, así como cuando afecten a los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente.

Así como, cuando *no se atribuya expresamente* la competencia.

El *Juez de Paz* tiene competencia en materia de actos de conciliación.

En concreto, corresponde al **Letrado de la Administración de Justicia:**

### EN MATERIA CIVIL:

- Nombramiento de defensor judicial (Arts. 27 y ss.)
- Inventario de bienes (Art. 47)
- Declaración e ausencia y fallecimiento (Art. 67)
- Renuncia o prórroga al albaceazgo (Art. 91)
- Contador partidador dativo (Art. 92)
- Consignación judicial (Art. 98)
- Deslinde de fincas no inscritas (Art. 104 y ss.)
- Subastas voluntarias (Art. 108 y ss.)
- Actos de conciliación (Art. 139)
- Separación, divorcio, y modificación de medidas de mutuo acuerdo (Art. 82 CC, 87 CC, 90 CC, 777 LEC)

### EN MATERIA MERCANTIL:

- Convocatorias de Juntas Generales
- Nombramiento de Liquidador, Auditor o Interventor

- Reducción de capital social
- Amortización o enajenación de participaciones
- Disolución judicial de sociedades
- Convocatoria de Asamblea General de obligacionistas
- Robo, hurto o extravío de títulos cambiarios
- Nombramiento de perito en contratos de seguros
- Conciliaciones art. 86.ter LOPJ

### **POSTULACION: Art. 3**

Previo a admitir el expediente, el **Letrado de la Administración de Justicia** deberá requerir poder, o señalar apud acta, en los casos en los que resulta preceptiva la intervención de abogado y procurador.

***Voluntario:*** aun cuando no sea requerido por la ley, las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por abogado y procurador, respectivamente.

- como ocurre en el artículo **28.3 de la LJV** en la tramitación del expediente de ***nombramiento de defensor judicial*** no será preceptiva la intervención de abogado y procurador.
- El artículo **85.3 de la LJV** determina que no será preceptiva la intervención de abogado y procurador para *promover y actuar* en los expedientes relativos a ***la intervención judicial en relación con la patria potestad***

Cuando por ley no sea preceptiva la intervención de abogado y procurador, en la Oficina Judicial se facilitará al interesado un ***impreso normalizado*** para formular la solicitud, no siendo en este caso necesario que se concrete la fundamentación jurídica de lo solicitado (**art. 14 de la LJV**).

***Necesario:*** Tanto los solicitantes como los interesados **deberán** actuar defendidos por Letrado y representados por Procurador en aquellos expedientes en que **así lo prevea la presente Ley**.

- como ocurre con el artículo **62.3 de la LJV** que establece que para solicitar autorización judicial para actos de ***disposición o gravamen sobre bienes y derechos de menores y personas con capacidad***

*modificada* judicialmente, no será preceptiva la intervención de abogado y procurador siempre que el *valor del acto* para el que se inste el expediente no supere los 6.000 euros.

- Artículo 90.3 de la LJV dispone que en la ***intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal*** no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador para *promover y actuar* en estos expedientes, salvo que la intervención judicial fuera para la realización de un acto de carácter patrimonial con un valor superior a 6.000 euros.

***Siempre:*** En todo caso, será necesaria la actuación de abogado y procurador para la presentación de los **recursos de revisión y apelación** que en su caso se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que **se formule oposición**.

#### **INTERVENCION DEL MF: Art. 4**

El Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de las personas, o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente, y en aquellos casos en que la ley expresamente así lo declare.

#### **PRUEBA: Art. 5**

***Admisión:*** el juez o *el Letrado de la Administración de Justicia*, según quién sea competente para el conocimiento del expediente, decidirá sobre la admisión de los medios de prueba que se le propongan.

***De oficio:*** pudiendo ordenar prueba de oficio en los casos en que exista un *interés público*, se afecte a *menores* o personas con *capacidad modificada* judicialmente, lo estimen *conveniente* para clarificar algún elemento relevante y determinante de la cuestión, o expresamente *lo prevea la ley*.

#### **GASTOS: Art. 7**

Los gastos ocasionados en los expedientes de jurisdicción voluntaria serán a cargo del solicitante, salvo que la ley disponga otra cosa.

Los gastos ocasionados por testigos y peritos serán a cargo de quien los proponga.

## **ADMISION: Art. 16**

*El Letrado de la Administración de Justicia* examinará de oficio la competencia **objetiva**, pudiendo acordar *el archivo* del expediente, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante, *en aquellos expedientes que sean de su competencia* (en otro caso dará cuenta al Juez, tras la audiencia). En la resolución en que se aprecie la falta de competencia se habrá de indicar el órgano judicial que se estima competente para conocer del expediente.

El *Letrado de la Administración de Justicia* examina de oficio la competencia **territorial**, pudiendo acordar *la remisión* al órgano que considere competente, previa audiencia al Ministerio Fiscal y del solicitante, *en aquellos expedientes que sean de su competencia* (en otro caso dará cuenta al Juez).

El *Letrado de la Administración de Justicia* examina la existencia de **defectos u omisiones** en las solicitudes presentadas y dará, en su caso, un plazo de *cinco días* para proceder a su subsanación. Si ésta no se llevara a cabo en el plazo señalado, tendrá por no presentada la solicitud y *archivará* las actuaciones en aquellos *expedientes que sean de su competencia* (en otro caso, se dará cuenta al Juez)

## **COMPARECENCIA: Art. 18**

Se celebrará ante el Juez o el Letrado Administración de Justicia, se sustanciará por los trámites previstos en la LEC para la vista del Juicio Verbal, con algunas especialidades. Se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la LEC.

## **RESOLUCION: Artículo 19**

El expediente se resolverá por medio de *Auto o Decreto*, según corresponda la competencia al Juez o al Letrado de la Administración de Justicia, en el plazo de cinco días a contar desde la terminación de la comparecencia, o si esta no se hubiera celebrado, desde la última diligencia practicada.

Resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, *no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto*, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquél. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquél.

La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria ***no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior*** con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria.

## **RECURSOS: Artículo 20**

- ***Reposición*** frente a resoluciones interlocutorias, a resolver por el propio Letrado de la Administración de Justicia.
- Si la resolución impugnada se hubiera acordado durante la celebración de la ***comparecencia***, el recurso se tramitará y resolverá oralmente en ese mismo momento.
- ***Revisión***: frente a resoluciones definitivas, que resuelve el Juez.
- ***Resoluciones del Juez***: reposición frente a las interlocutorias, y apelación frente a resoluciones definitivas (sin efectos suspensivos, salvo que la ley expresamente disponga lo contrario)

## **EJECUCIÓN: Artículo 22**

La ejecución de la resolución ***firme*** que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria se registrá por lo establecido en ***la ley de enjuiciamiento civil***.

Si cualquiera de los expedientes a los que se refiere la presente ley diera lugar a un hecho o acto inscribible en el ***Registro Civil***, el Letrado de la Administración de Justicia ***expedirá testimonio*** de la resolución que corresponda a los efectos de su inscripción o anotación.

Si la resolución fuera inscribible en el ***Registro de la Propiedad, Mercantil u otro Registro público***, deberá expedirse, ***a instancia de parte, mandamiento*** a los efectos de su constancia registral.

## **PROBLEMAS DE APLICACIÓN PRACTICA:**

1. ¿Debemos, o no, llamar a los mayores de edad para prestar su conformidad con los convenios reguladores, cuando hay menores, interviene el Ministerio Fiscal, y se resuelve por el Juez?

- Si sólo hay hijos menores: se cita para ratificación, informa el Ministerio Fiscal y dicta Sentencia el Juez.
- Si no hay hijos menores, ni mayores dependientes: se cita para ratificación, y dicta Decreto el Letrado de la Administración de Justicia.
- Si no hay hijos menores, pero sí mayores dependientes: se cita a los padres para ratificación, se cita a los hijos mayores para conformidad, y se dicta Decreto por el Letrado de la Administración de Justicia.
- Si hay hijos menores y mayores dependientes, ¿el Ministerio Fiscal vela por los dos? ¿O los hijos mayores de edad deben comparecer a mostrar su conformidad con el convenio? El Art. 82.2 parece disponer que no.

2. Resolución de modificación de medidas mutuo acuerdo, a resolver por Juez o Letrado de la Administración de Justicia? (**art. 90.3 CC frente al art. 777.10 LEC** )

El Código Civil parece atribuir la competencia al Juez respecto de la modificación de las resoluciones dictadas por el Juez. Sin embargo, la LEC deja abierta la posibilidad de modificación por el Letrado de la Administración de Justicia de las medidas acordadas de mutuo acuerdo, en los asuntos de su competencia, por no haber hijos menores.

3. En los procedimientos en que se establece expresamente que no es preceptiva la intervención de abogado ni de procurador para promover y actuar (**art. 85.3 de la LJV**) ¿resulta necesaria su intervención si se formula oposición (**artículo 3.2 de la LJV**)?

En los asuntos en los que no es necesaria intervención de abogado y procurador para promover y actuar... ¿Debe entenderse que “actuar” incluye también el supuesto de oposición? ¿O siempre que haya oposición, en cualquier expediente, debe exigirse abogado y procurador?

4. Remoción de tutela: **Art. 49** de la LJV. ¿La comparecencia debe realizarse ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante el Juez?

Si hay oposición, el expediente se hará contencioso y se citará a una vista... No se menciona expresamente al Letrado de la Administración de Justicia, luego se entiende que la comparecencia es competencia del Juez, y sin embargo, parece inútil reunir a todas las partes implicadas ante el Juez, para tener que citarles nuevamente, si hay oposición, a una vista conforme

a las reglas del juicio verbal (que por otra parte son las mismas reglas a las que se remite la LJV, para regular las comparecencias conforme al art. 18.2, con algunas especialidades)

5. Suspensión de señalamientos, lo que supone un retraso en la resolución de asuntos que se venían solventando con un traslado a la parte y al MF, previo al dictado de la resolución oportuna.

- Por falta de un *domicilio* conocido del demandado (las citaciones por teléfono son válidas si comparece la persona citada, pero si no comparece, hay que remitir citación formal por escrito);
- o por *resultado negativo* de la citación por correo postal, ya que no da tiempo a remitir nuevamente por SCNE o exhorto, según los casos, antes de la fecha señalada para la comparecencia;
- o por haberse presentado *oposición* en el plazo de cinco días de la recepción de la notificación, y no haber tenido tiempo la parte iniciadora del expediente para designar abogado y procurador.

6. Multiplicación de señalamientos (comparecencias):

- No hay disponibilidad de sala de vistas, dado que se comparten con otro Juzgado.
- Resulta dificultoso compatibilizar las nuevas comparecencias con el resto de vistas y demás funciones que tanto el Juez como el Letrado de la Administración de Justicia ya venían realizando.
- Problemas de disponibilidad del Ministerio Fiscal, que en principio, sólo puede venir un día a la semana, y los días de guardia de internamientos, el Fiscal de incapacidades.

7. La imposibilidad del Ministerio Fiscal para asistir a las comparecencias, ¿podría dar lugar a una nulidad de actuaciones? ¿Podría tenerse por desistido al Ministerio Fiscal cuando es él mismo el solicitante del expediente?

La Fiscalía General del Estado ha dictado la instrucción 2/2015 sobre las directrices iniciales tras la entrada en vigor de la nueva ley de la Jurisdicción Voluntaria, que refuerza los principios de *oralidad*, *inmediación* y *concentración*, que se plasman en el papel central de la

comparecencia y que se recoge en el artículo 18 de la norma. Lo limitado de los recursos humanos y materiales del Ministerio Fiscal, unido al reducido período de tiempo entre la publicación y la entrada en vigor (20 días con las excepciones previstas en la disposición final vigésima primera) plantea problemas y dudas sobre la mejor forma de dar cumplimiento a los requerimientos de la LJV.

Sin duda, esto es sólo un ejemplo de las cuestiones que han ido surgiendo con la aplicación práctica de la nueva ley de Jurisdicción Voluntaria, que poco a poco se irán resolviendo, e irán dando paso a otras nuevas.



## **VI.- 3. ACTUACIONES NOTARIALES EN LA NUEVA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

**Carlos Jiménez Gallego**

Resumen/Abstract: el objeto de este trabajo es dar una visión global de todas las actuaciones encomendadas a los notarios por la nueva ley de Jurisdicción voluntaria en las distintas ramas del Derecho. No se trata de un comentario en profundidad sobre cada una, sino que se limita a exponer lo más esencial y las principales dudas que cada regulación plantea, con una referencia algo mayor al expediente de celebración del matrimonio y al de separación y divorcio.

### **Indice:**

I. Presentación.

II. Derecho de familia.

III. Derecho de sucesiones.

IV. Derecho de obligaciones.

V. Derecho mercantil.

VI. Otras actuaciones encomendadas a los notarios.

### **I.-Presentación.**

La reciente Ley 15/2015 de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, que entró en vigor el 23 de julio de 2015, ha atribuido a los Notarios la tramitación de numerosos expedientes que hasta su entrada en vigor tenían que tramitarse judicialmente.

La nueva regulación se ha creado por la disposición final 11ª LJV y se ha colocado en la Ley del Notariado, creándose un título VII de ésta, que consta de los nuevos artículos 49 a 83. Esta normativa tiene que ser examinada

teniendo en cuenta las importantes modificaciones que también se han introducido en el Código Civil en prácticamente todas las materias de la llamada jurisdicción voluntaria que se han encomendado a los Notarios, sobre todo en material materia matrimonial.

La atribución de nuevas competencias a los Notarios se completa con la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley hipotecaria, que ha entrado en vigor el 1 de noviembre de 2015, que ha sacado del ámbito judicial, y ha encomendado a los notarios, en exclusiva, los expedientes regulados en el título VI de la Ley Hipotecaria: el expediente de dominio, el de reanudación del tracto, y el de exceso de cabida, además de encomendar el expediente de liberación de cargas a los Registradores de la Propiedad. No obstante, en este trabajo nos debemos limitar a comentar los expedientes de la Ley de jurisdicción voluntaria.

Este comentario pretende ser sólo dar una visión de conjunto de la nueva normativa, y va a seguir el mismo orden de materias que la Ley, esto es, Derecho matrimonial, Derecho sucesorio, Derecho de obligaciones y Derecho mercantil.

## **II.- DERECHO DE FAMILIA.**

La LJV ha modificado numerosos artículos del CC en materia de celebración del matrimonio y en materia de separación y divorcio. Correlativamente se han modificado los artículos 57 a 61 de la ley del Registro Civil. Y también ha dado algunas normas sobre fijación del régimen económico matrimonial.

### Celebración del matrimonio.

En lo que se refiere a los Notarios, la novedad, que constituye una de las más llamativas y mediáticas de la nueva LJV, radica en que se les atribuyen competencias tanto para la tramitación del expediente matrimonial como para recibir el consentimiento de los contrayentes. La razón no puede ser la descongestión de los Juzgados, ya que los expedientes se tramitaban por el Registro Civil, e incluso, en la mayoría de casos, la prestación del consentimiento.

La atribución del expediente, cuyo fin es acreditar que los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos, se contempla por el art. 56 CC y la tramitación se regula principalmente por el art. 58 LRC. La LN regula la actuación notarial en los arts. 51 y 52.

De estas normas resulta:

-La competencia no es exclusiva, sino alternativa. Tanto para tramitar el expediente como para recibir el consentimiento. El nuevo art. 51 CC encarga la tramitación del expediente a Secretarios judiciales (cuya denominación ha sido sustituida recientemente por la de “Letrados de la Administración de Justicia”), Notarios, Encargados del Registro Civil de lugar del domicilio de uno de los contrayentes o funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero. Y permite la celebración del matrimonio ante el Juez de Paz o Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien delegue, Secretario judicial (Letrado de la Administración de Justicia) o Notario libremente elegido por los contrayentes que sea competente en el lugar de celebración, o el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero

-La alternatividad para tramitar el expediente se refiere al tipo de funcionario, no a la competencia territorial, ya que ésta está tasada. No obstante, la competencia territorial no está tasada en cuanto a la celebración del matrimonio.

-La elección de los contrayentes tiene que ser siempre doble, pues a estos efectos hay independencia entre la tramitación del expediente y la celebración del matrimonio. La prestación del consentimiento puede hacerse ante un funcionario distinto del que ha tramitado el expediente, aunque la libertad no es absoluta (vid. art. 58.8 LRC).

-Se ha planteado un grave problema de Derecho transitorio, por la desafortunada redacción de la disposición transitoria 4ª de la LJV. La disp. final 21ª dispone que el art. 51 CC (entre otros) y el art. 58 LRC entran en vigor el 30 de junio de 2017. Por tanto, todo lo que se refiere tanto a la tramitación del expediente como a la celebración del matrimonio. Sin embargo, la disp. transitoria 4ª, tras dejar claro que los expedientes que se inicien antes del 30 de junio de 2017 se seguirán tramitando por el encargado del Registro civil conforme a la legislación que se deroga, añade que la celebración del matrimonio podrá tener lugar, entre otros, ante el Notario o Secretario judicial libremente elegido por los contrayentes que sea competente en el lugar de celebración.

Parece que hay una contradicción entre ambas normas. Para resolverla, podría entenderse que la D.Tª 4ª, en cuanto a la prestación del consentimiento, sólo se refiere a matrimonios que se celebren a partir del 30 de junio de 2017, aunque el expediente se haya iniciado antes de esta fecha. Así no se violentaría

ni la D.Tª 4ª ni la D. final 21ª, salvo quizá en cuanto al inciso (de la D.T.4ª) que dispone que “la prestación del consentimiento deberá realizarse en la forma prevista en el Código Civil y en la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, con las especialidades que se establecen en esta disposición”. Esta norma, a primera vista, parece que está refiriéndose a la normativa que se deroga, no a la nueva. Pero téngase también en cuenta, por el contrario, que la LRC, antes y después de la LJV, es la LRC de 8 de junio de 1957, puesto que no se deroga sino que sólo se reforman algunos artículos.

Sin embargo de lo que acabamos de sostener, la cuestión, para la práctica del Registro Civil, ha sido (por ahora) zanjada por la Instrucción de la DGRN de 3 de julio de 2015, que ha aplicado la disposición transitoria 4ª en su tenor literal (“donde la ley no distingue no cabe distinción”), sin mayor argumentación, a costa de dejar inaplicada, en este punto, la disposición final 21ª. Nos parece erróneo el criterio de esta Instrucción, aunque una vez publicada resulta difícil negarse, como funcionario, a su aplicación, sin perjuicio de que doctrinalmente deba defenderse otra cosa y los Tribunales puedan o deban tener un criterio distinto. En todo caso, el matrimonio no se anula por celebrarse ante funcionario incompetente siempre que al menos un contrayente actúe de buena fe y aquéllos ejerzan públicamente sus funciones (art. 53 CC, antes y ahora). Ahora bien. ¿Hay buena fe si el Notario informa a los contrayentes acerca de su posible incompetencia? Creemos que tras la instrucción citada, el Notario, en tanto funcionario que es, no debe cuestionar su propia competencia ante los contrayentes.

-No se altera la posibilidad de celebrar el matrimonio en forma religiosa. Se regula en los arts. 49 y 60 CC y en el art. 58bis LRC. Respecto del matrimonio canónico, la nueva Ley, igual que el Derecho derogado, interpretan el Acuerdo Jurídico con la Santa Sede de 1979 en el sentido de que el matrimonio es un matrimonio civil celebrado en forma religiosa. Quizá el art. 60 CC podría hacer pensar otra cosa, pero la aplicación al matrimonio canónico por parte del Estado de toda la regulación del CC tiene que llevar a otra conclusión. Otra cuestión distinta es si el Acuerdo Jurídico quería decir esto.

Para concluir este apartado diremos que se ha reformado el art. 314 CC y se ha derogado el art. 316 CC, a consecuencia de lo cual el matrimonio ya no produce la emancipación.

### Separación y divorcio

También ha resultado muy llamativo, y ha tenido un gran eco mediático, la atribución de competencias a los Notarios en materia de separación y

divorcio, siempre que no haya hijos menores o con capacidad modificada judicialmente.

Hay que partir de la modificación de la regulación sustantiva: art. 82, 83 CC en materia de separación, y 87 y 88 CC en materia de divorcio; y art. 90.2 en cuanto al convenio regulador. En relación al Registro Civil, art. 61 LRC. La LN regula la actuación notarial en su art. 54.

Destacamos lo siguiente:

-La modificación sustantiva culmina la disolución del matrimonio por mutuo acuerdo. Se ha realizado una importante modificación sustantiva con la apariencia de modificación meramente procedimental. Esto no debe ser pasar desapercibido. ¿Ha habido debate sobre esto?

Es un paso en la misma dirección que marcó la Ley 15/2005 de 8 de julio.

-La competencia no es exclusiva, sino alternativa. Tanto para tramitar el expediente como para recibir el consentimiento.

-La alternatividad se refiere al tipo de funcionario, no a la competencia territorial, ya que ésta se encuentra tasada. En lo que se refiere a los Notarios, sólo es competente el del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los contrayentes. La nueva Ley se refiere muchas veces por separado al domicilio y a la residencia habitual, cuando en principio (salvo excepciones) en el Derecho civil son lo mismo (vid. art. 40 CC).

-No se plantea, afortunadamente, el anterior problema de Derecho transitorio.

-Los cónyuges deben estar asistidos en el momento de la escritura por Letrado en ejercicio. Puede ser un abogado por cada parte o uno para ambos. La Ley no exige que el Letrado firme la escritura, pero es lo recomendable, a nuestro juicio, pues la firma constituye la mejor prueba de que se ha cumplido el requisito legal. La ley no fija ninguna consecuencia a la no asistencia de Letrado. No obstante, es un requisito cuyo cumplimiento debe exigir el Notario de forma inexcusable.

¿Qué consecuencias tendría la no asistencia de Abogado a una o a ambas partes?

En Derecho procesal tenemos la norma del art. 31 LEC, que dispone: “No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado”, salvo algunas excepciones que no viene al caso reseñar. Y el art. 225 LEC: “Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: ..4º Cuando se realicen sin intervención de Abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria”. En cuanto a subsanación, cabe citar el art. 231 LEC: “El tribunal cuidará de que puedan ser subsanado los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley.”

Sin embargo:

La escritura de separación o divorcio no es un acto procesal, sino negocial. Se podría cuestionar esto si la separación o divorcio se hubiera sustraído a la competencia judicial, pero no ha sido así. No creemos que deba intentar asimilarse una escritura de este tipo a un acto procesal por la vía de alegar la relación con el estado civil. Mantenemos que esta actuación notarial no participa ni siquiera de la naturaleza de los actos de la denominada jurisdicción voluntaria.

Los arts. 31 y 225 LEC sólo se refieren a actos procesales y sólo pueden aplicarse a éstos. Las actuaciones notariales se rigen por la normativa notarial y por el Derecho sustantivo. La normativa notarial no contiene ninguna sanción de nulidad por incumplimiento de requisitos sustantivos. La sanción hay que buscarla en el Derecho sustantivo.

Como sólo tenemos el art. 54 LN nos resulta muy difícil mantener que hay nulidad. Ello tendría que haberse dicho expresamente.

Cabe mantener que es un obstáculo para la inscripción de la escritura en el Registro Civil, en cuanto se ha incumplido un requisito exigido por la Ley. La denegación de inscripción se basaría en la obligación que con carácter general tienen todos los funcionarios de exigir el cumplimiento de los requisitos legales para realizar la actuación de que se trate.

-El Secretario judicial (Letrado de la Administración de Justicia) y el Notario tienen obligación de enviar el mismo día o el siguiente hábil por medios electrónicos un testimonio de lo otorgado a la Oficina General del Registro Civil. La comunicación telemática no es, a fecha actual, todavía posible.

## La fijación del régimen económico matrimonial

La nueva regulación no ha alterado la regla general, que es el principio de libertad consagrado por el art. 1315 CC: el régimen económico matrimonial será el que los cónyuges pacten en capitulaciones matrimoniales; pueden establecerlo ab initio y pueden sustituirlo en cada momento, cumpliendo la forma prevista, esto es, otorgando capitulaciones matrimoniales e inscribiéndolas en el Registro Civil. El art. 6 LRC impone al notario, como novedad en esta materia, enviar el mismo día una copia autorizada electrónica al Registro Civil correspondiente, incluso aunque el matrimonio no se haya celebrado, en cuyo supuesto se anotará “en el registro individual de cada contrayente”.

Pero la principal novedad consiste en que se ha dado una norma para evitar las dudas que a veces se plantean a la hora de averiguar el régimen: se exige la inscripción de éste en toda inscripción de matrimonio que se practique, ya sea legal o pactado.

A esto se refiere el art. 60 LRC, que ha entrado en vigor el 23 de julio de 2015. La nueva norma también permite la constancia, en la inscripción de matrimonios ya inscritos, del régimen económico matrimonial legal que corresponda. Pero esto exige la tramitación de un acta de notoriedad notarial.

La regulación de esta acta de notoriedad se contiene en el art. 53 LN.

La competencia notarial está tasada, lo cual llama un poco la atención porque en materia de capitulaciones rige el principio de libre elección. Además los criterios de atribución de competencia no están del todo claros. Sólo puede requerirse a un Notario del lugar del domicilio o residencia habitual de cualquier cónyuge, o de un domicilio conyugal anterior, o donde estuvieran la mayor parte de sus bienes, o donde desarrollen su actividad laboral o empresarial.

La tramitación se debe ajustar a las breves reglas del art. 53 LN y en lo no dispuesto, a las reglas generales para toda acta de notoriedad que prescribe el art. 209 RN. Si el resultado es estimatorio, se impone la misma comunicación telemática Notario-Registro Civil que en materia de capitulaciones.

La constancia registral de un régimen legal no elegido convencionalmente era algo que no se podía obtener hasta ahora. La mera declaración de las partes no se consideraba suficiente para causar un asiento. El otorgamiento de capitulaciones siempre implicaba la elección de un régimen, aunque en la

mayoría de las veces fuera un régimen legal y no un régimen diseñado por los otorgantes.

En la práctica, la novedad es más formal que material, pues el resultado de la constancia registral del régimen económico que legalmente correspondiera se ha conseguido por la vía de pactar el régimen legal supletorio, que siempre se ha podido hacer.

Por ello, no auguramos mucha aplicación a la nueva norma. Cuando el mismo resultado se puede conseguir por otra vía más sencilla y barata, no hace falta decir qué procedimiento utilizarán los interesados.

### **III. DERECHO DE SUCESIONES.**

En Derecho de sucesiones, la LJV ha creado en la LN seis actuaciones notariales, ninguna de las cuales podía darse antes, salvo algunos casos de declaración de herederos intestados.

#### Declaración de herederos intestados

En el Derecho sustantivo se ha modificado la redacción de los 956 a 958 CC, pero no en aspectos importantes. El Estado hereda a falta de otros herederos legítimos, según el art. 956, pero ya no rige la obligación de destinar cada tercera parte de la herencia al destino que antes asignaba el art. 956. En todo caso, dos terceras partes del caudal tienen que ser destinados a fines de interés social. Esta norma no impide la aplicación de normas de Derecho civil autonómico que establezcan un destino distinto, por ejemplo que herede la Comunidad Autónoma respectiva. Por lo demás, se ha mantenido el beneficio legal de inventario y, por desgracia, a nuestro juicio, también la norma prohibitiva del art. 958, que impide al Estado tomar posesión de los bienes sin previa declaración de herederos; norma ésta que siempre había sido muy discutida pues coloca al Estado en peor condición que a cualquier otro heredero. No obstante, el problema se ha reducido por la propia LJV porque la declaración de herederos intestados se encomienda ahora a la propia Administración.

Los cambios en materia de procedimiento, que se contienen en el art. 56 LN, son principalmente los siguientes:

La declaración de herederos corresponde ser realizada en exclusiva por los Notarios, salvo cuando deba heredar el Estado o una Comunidad Autónoma. Hasta ahora, la competencia estaba dividida: correspondía en exclusiva a

los Notarios cuando se tratara de declarar herederos a los descendientes, ascendientes o cónyuge (o persona asimilada legalmente a éste) y correspondía en exclusiva a los Juzgados cuando se tratara de declarar herederos a los demás parientes o al Estado o Comunidad Autónoma.

La atribución de la competencia a los notarios para tramitar todas las declaraciones por las que se trate de declarar herederos a los parientes es otra gran novedad de la nueva Ley.

La declaración de herederos a favor del Estado o una Comunidad Autónoma tiene que hacerse por la propia Administración que vaya a declararse heredera. Esto nos parece criticable. La Administración beneficiada es la encargada de acreditar que no hay otros herederos legítimos que ella misma. Esto debía haberse encomendado a un tercero, ya fueran los Juzgados o los Notarios. Y debía haberse permitido que la Administración tomara posesión de los bienes, mediante la derogación del art. 958 CC. Pero ni una cosa ni la otra. El procedimiento se rige por la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre); el órgano competente y el procedimiento se regula por el art. 20 y por los artículos de nueva creación 20bis, 20ter y 20quater, que ahora no podemos comentar. Baste decir que contienen reglas de competencia internacional, que en nuestra opinión no podrán ser aplicadas en cuanto sean contrarias a las normas de competencia que contiene el Reglamento Sucesorio Europeo, en vigor desde el 17 de agosto de 2015.

En materia de derecho transitorio, según las disposiciones transitorias 1º y 2ª de la LJV los expedientes iniciados a la entrada en vigor de ésta se seguirán tramitando según la normativa anterior. Es decir, a partir del 23 de julio de 2015, toda tramitación que se inicie tiene que hacerse conforme a la nueva Ley, con independencia de la fecha de fallecimiento del causante.

Se ha flexibilizado la competencia territorial de los Notarios. Antes, había reglas tasadas, dispuestas en orden jerarquizado: el del lugar donde el causante hubiera tenido su último domicilio en España; si nunca hubiera tenido domicilio en España, el del lugar de su fallecimiento (en España) y si hubiere fallecido fuera de España en el lugar donde se estuviere parte considerable de los bienes o de las cuentas bancarias. Estas reglas eran de competencia interna, no internacional, y debían aplicarse conforme al art. 22 LOPJ. Ahora hay competencia alternativa: el Notario del lugar del último domicilio o de la última residencia habitual, o (no “y”) donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, o el del lugar donde hubiera fallecido (en España). También se podrá elegir a un Notario de un distrito colindante.

La norma debe entenderse en el sentido de que puede actuar también cualquier Notario del mismo distrito, aunque no se diga expresamente (se dice expresamente por la Ley 13/2105 al atribuir criterios de competencia para tramitar los expedientes relativos al Registro de la Propiedad). Y en defecto de todos estos criterios, será competente el Notario del domicilio del requirente. Este criterio sí que es subsidiario y no alternativo. Debe entenderse que estas reglas se refieren sólo a la competencia interna, no a la competencia internacional, que debe regirse por el Reglamento Sucesorio Europeo. Los criterios de la LOPJ no pueden ser aplicables si contradicen a éste.

Respecto del procedimiento, ahora igual que antes, rige la libertad de prueba y la libertad del Notario de practicar las pruebas que considere necesarias, hayan sido o no propuestas por los requirentes. Y no es necesario que todos los interesados requieran la tramitación o comparezcan en el procedimiento, pero sí debe constar su identidad. Si ésta se desconoce, hay obligación de realizar notificaciones en diversos medios.

La declaración es, igual que antes, sin perjuicio de tercero. Dispone el art. 56 que pueden acudir al proceso declarativo que corresponda quienes se consideren perjudicados en su derecho, quienes no hubieran acreditado a juicio del Notario su derecho a la herencia y quienes no hubieran podido ser localizados.

No se trata de un recurso contra la decisión del Notario. Se trata de una demanda contra las personas que hayan sido declaradas herederas por el acta notarial. La actuación del Notario también está sujeta a responsabilidad, y ésta puede ser demandada, pero esto es una cuestión distinta. Si se enjuicia la labor del Notario, la sentencia sólo se referirá a la corrección o incorrección de ésta. Puede haberse tratado de una actuación correcta y sin embargo estimarse que los herederos son personas distintas de las que se han declarado en el acta. Pero esto último no se obtendrá en una demanda contra el Notario por su (incorrecta) actuación en el procedimiento.

### Adveración de testamentos ológrafos

En cuanto al Derecho civil, se ha dado nueva redacción a los arts. 689 a 693 CC. La modificación ha consistido, básicamente, en que las normas de procedimiento que contenían se han sustituido ahora por remisiones a la LN. La normativa notarial se contiene en los arts. 61 a 63 LN.

Desde el punto de vista del procedimiento, se ha atribuido la competencia exclusiva a los Notarios. En cuanto al Derecho transitorio, rige la misma regla que para las declaraciones de herederos.

En esta materia caben varias actuaciones, pues la Ley se refiere a la presentación, adveración, apertura y protocolización. La presentación puede hacerse por persona que no tenga interés en la herencia y ni siquiera en la propia adveración ni protocolización. En tal caso, el Notario está obligado a notificar a los interesados por si les interesa promover el expediente de adveración y protocolización. Aquí concluiría este expediente.

Si la presentación la realiza un interesado en la herencia, el procedimiento tendrá por objeto la adveración, o sea la declaración de que el testamento fue escrito y firmado por el testador. Esta declaración, al igual que bajo el derecho anterior, no prejuzga la validez del testamento ni de su contenido. La adveración implica la apertura del testamento, si es que está en pliego cerrado. La prueba de peritos calígrafos no se impone por la Ley, desafortunadamente, a nuestro juicio. Tampoco se imponía antes. El art. 62 contiene en esto la misma regulación que el derogado art. 691 CC. Creemos que la actuación notarial deberá tender a que ésta se realice. Según la Ley, sólo es a falta de testigos idóneos o si los testigos dudan. Si el juicio notarial es favorable a la adveración, el procedimiento culmina con el otorgamiento de un acta de protocolización por el propio Notario que ha tramitado el expediente, y el envío del parte correspondiente al RGAUV. La protocolización notarial se producía igualmente bajo el Derecho anterior. La diferencia es que ahora el procedimiento previo de adveración se tramita por el Notario.

Del art. 693 in fine CC se deduce que la resolución de este expediente es sin perjuicio de tercero, por lo que también es aplicable lo dicho sobre este punto acerca de las actas de declaración de herederos.

La LJV también ha regulado unas actuaciones análogas relacionadas con testamentos cerrados y otorgados en forma oral. Se contienen en los arts. 57 a 60 LN para los cerrados y en los arts. 64 y 65 para los segundos. Se trata de procedimientos atribuidos en exclusiva a los Notarios, con las mismas reglas de competencia que en caso de declaración de herederos intestados. Por su escaso interés práctico, no nos vamos a referir a estos expedientes. En mis ya 24 años de ejercicio notarial nunca he autorizado ni un solo testamento cerrado ni he tenido conocimiento de testamentos otorgados en forma oral.

### La formación de inventario

La normativa civil se contiene en los arts. 1010 a 1034 CC. Muchos de éstos han sido modificados (1011, 1014, 1015, 1017, 1019, 1020, 1024, 1030 y 1033). Las modificaciones no son sustanciales, salvo en lo que se refiere a la competencia para tramitarlo. La formación de inventario es ahora

una competencia exclusiva de los Notarios. Ha habido quien defendía, bajo el Derecho anterior, que la competencia de los Notarios era posible. Nosotros no compartimos esta opinión. Lo que era posible era la declaración ante Notario de aceptación de la herencia a beneficio de inventario, al amparo del texto del art. 1011, pero no la formación de éste. La formación notarial del inventario era y es posible en el Derecho de Cataluña, pero porque hay norma legal que así lo dispone. En todo caso, esta discusión ha queda ya privada de sentido.

El beneficio de inventario se ha utilizado muy poco, debido a que los plazos para usarlo han sido siempre muy breves, debido a la propia tramitación que había que realizar para formar el inventario y, en nuestra opinión, porque, en la práctica, la sospecha más o menos fundada de si hay o debe haber deudas de cuantía considerable ya incita a los herederos a repudiar, sin tramitar ningún expediente. En muchos casos, tramitar un expediente se ve como algo innecesario, pues para decidir no hace falta conocer la situación patrimonial exacta con citación de acreedores, sino que se suele considerar bastante una información aproximada. También hay que tener en cuenta que muchos causantes cuya herencia va a plantear este problema intentan evitarlo repartiendo todo o la mayor parte de su patrimonio en vida.

Los plazos se han modificado ligeramente. Esto se regula en los arts. 1014 y 1015 CC. Se distingue, igual que antes, si el heredero tiene o no en su poder la herencia o parte de ella. En el primer caso, el plazo es de 30 días “desde que supiere ser tal heredero”, que hay que entender que son días naturales, no hábiles, por tratarse de un plazo civil. En el segundo caso, es de 30 días desde que finaliza el plazo fijado para aceptar o repudiar conforme al art. 1005, y si este requerimiento no se ha producido, desde el día en que el heredero ha aceptado o gestionado como heredero, que es lo mismo que decir desde el día en que ha aceptado la herencia, ya de forma expresa o tácita. Ha desaparecido la dualidad de plazos (10 días y 30 días) según el heredero residiera o no en el lugar de fallecimiento del causante; dualidad ésta que en el tiempo actual tenía muy poca justificación. En todo caso, se mantiene la imprecisión del diez a quo, especialmente cuando el heredero tiene en su poder la herencia o parte de ella. Pero comentar esto aquí excede del objeto de este trabajo.

El procedimiento de formación del inventario es básicamente el mismo que antes se realizaba judicialmente. La actuación notarial se regula ahora en los arts. 67 y 68 LN. La competencia territorial se determina por iguales reglas que en las declaraciones de herederos intestados. El expediente concluye con un acta de cierre. Quedan a salvo los derechos de terceros, al igual que hemos dicho para los otros expedientes.

## Actuaciones en relación a albaceas y contadores partidores dativos

La regulación sustantiva del albaceazgo se contiene en los arts. 892 a 911 CC. La LJV ha modificado los artículos 899, 905 y 910.

El primero se refiere a la excusa del cargo. El cambio consiste en que antes la excusa tenía que formularse ante el Juez y valorarse por éste (“alegando justa causa al prudente arbitrio del Juez) y ahora se dice “alegando causa justa al criterio del Secretario judicial o del Notario”. Esta norma plantea coloca al Notario en la incómoda posición de tener que decidir si la razón alegada es o no justa. Decidir esto es propio de un Juez pero no de un Notario. Entendemos que el interesado tiene que hacer constar en la escritura de renuncia la razón que alega para excusarse y que cualquier razón con sentido común tiene que ser aceptada, ya sea por circunstancias personales del albacea, incluido motivos subjetivos, o por razones objetivas.

El art. 905 se refiere a la prórroga del plazo. El cambio consiste en que antes la prórroga extraordinaria era concedida por el Juez y ahora por el Secretario judicial (Letrado de la Administración de Justicia) o el Notario. Esta norma obliga a los notarios a decidir si se debe o no conceder prórroga del cargo, para lo cual hay que comprobar que no se haya cumplido todavía la voluntad del testador y fijar un plazo “por el tiempo que fuere necesario, atendidas las circunstancias del caso.” Decidir esto también es más propio de un Juez que de un Notario. No obstante, en este caso, la apreciación es más objetiva.

Y el art. 910 se refiere a las causas de extinción del cargo. La modificación consiste en que se ha añadido al final el inciso “La remoción deberá ser apreciada por el Juez.” Afortunadamente, en esto no se dado competencia a los Notarios.

La regulación sustantiva del contador-partidor dativo se contiene en el art. 1057 CC y en parte en el art. 1060 CC, referido a toda partición en que estén interesados menores o incapacitados. Ambos artículos han sido modificados. El primero, para encomendar el nombramiento de contador-partidor al Secretario judicial (Letrado de la Administración de Justicia) o al Notario, así como para encomendar a éstos la aprobación de la partición. Y el art. 1060 para exigir aprobación por el Juez de la partición en que un menor o incapaz haya estado representado por tutor, y también en los casos de defensor judicial, pero en este supuesto sólo “si el Secretario judicial no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

La aprobación notarial de la partición es posiblemente la actuación más delicada que la nueva Ley encomienda a los Notarios. ¿Cuánto hay que controlar? ¿Qué responsabilidad tiene el Notario que declara que la partición está bien realizada si después uno de los interesados la impugna? ¿Responde el Notario de las valoraciones realizadas por el contador? Entendemos que el Notario no debe responder de las actuaciones del contador, sino sólo del ajuste de la partición al título sucesorio una vez fijado por el contador el inventario y la valoración.

La actuación notarial se rige por el art. 66 LN. Se limita a exigir escritura, no acta, para estas actuaciones y a fijar reglas de competencia territorial. Estas reglas son las mismas que para las actas de declaración de herederos intestados.

#### Otras actuaciones en materia sucesoria:

Para concluir el apartado dedicado a sucesiones, nos referimos a tres actuaciones encomendadas a los Notarios que hasta ahora correspondían a los Jueces, y que no se han regulado en la LN sino solamente en el CC.

#### *Aprobación de la partición: art. 843 CC.*

El art. 843 CC se encuentra en la regulación del pago de la legítima en dinero, ordenado por el testador o por el contador partidor expresamente autorizado por el testador o por el contador partidor dativo. La partición, ya la realicen los herederos, o el contador partidor testamentario o dativo, necesita aprobación, salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes.

La nueva norma es sorprendente, pues encarga al Secretario judicial (Letrado de la Administración de Justicia) o al Notario la aprobación de la partición. La aprobación correspondía antes al Juez.

Esto implica una delicada actividad para el Notario.

Debe hacerse por el Notario que haya otorgado la correspondiente escritura, y rige la regla general de libre elección. No creemos que la norma se refiera a un procedimiento específico de verificación de la partición por un Notario distinto del que autorizó la escritura de partición.

Si ello es así, la mera autorización de la escritura debe implicar la aprobación de la partición.

En materia de responsabilidad por la aprobación, entendemos que estamos en el mismo caso que en el de aprobación de la partición realizada por el contador partidor dativo.

Cabe plantear si esta norma se aplica desde el 23 de julio de 2015 o sólo a las herencias abiertas desde dicha fecha. Creemos que de la disposición transitoria 2ª CC se deduce esto último. Para defender lo contrario puede alegarse que estamos en presencia de un requisito de procedimiento. Preferimos, no obstante, la tesis de la irretroactividad.

El art. 843 CC no es aplicable en el Derecho de Mallorca y Menorca, pues el art. 47 contiene una regulación que pretende ser completa sobre el pago de la legítima en dinero, que hace inaplicables los arts. 841 a 847 CC.

#### *Interpellatio in jure: art. 1005 CC.*

El art. 1005 CC ha atribuido la competencia antes judicial a los Notarios. Se trata de dar respuesta al problema que plantea el heredero que no manifiesta si quiere aceptar o repudiar la herencia. Cualquier interesado podía pedir al Juez que señalara un término (máximo 30 días) para que el heredero acepte o repudie, apercibido de que si no pronuncia, se tendrá la herencia por aceptada.

La nueva redacción de este art. 1005 encomienda esta tarea a los Notarios. La redacción sustantiva no cambia. Tan sólo se han retocado aspectos secundarios. Desde el punto de vista formal, se trata de un acta de requerimiento, sin otras peculiaridades que la consecuencia legal que se da a la ausencia de respuesta por parte del requerido.

A falta de disposición transitoria específica sobre la materia, debemos entender que la nueva redacción del art. 1005 se aplica desde el 23 de julio de 2015, con independencia de la fecha de fallecimiento del causante. Nos parece que el aspecto procedimental prima sobre lo sustantivo, a diferencia de lo que hemos sostenido para el art. 843 CC.

Este artículo sí es aplicable en el Derecho de Mallorca y Menorca, a falta de regulación de la Compilación sobre la materia.

#### *Repudiación de la herencia.*

La LJV ha dado nueva redacción al art. 1008 CC. A consecuencia de esta modificación, la repudiación sólo puede hacerse ante Notario. Ha desaparecido la posibilidad de realizarse ante un órgano judicial.

En cuanto al Derecho transitorio, la norma rige desde la entrada en vigor de la Ley, con independencia de la fecha de fallecimiento.

No hay normas de competencia territorial. Debe regir el principio de libre elección de notario. También era así en el Derecho anterior. La formalización de la repudiación no tiene por qué ir vinculada a un lugar, pues es una declaración de voluntad de quien repudia.

#### **IV. DERECHO DE OBLIGACIONES.**

En materia de Derecho de obligaciones, la nueva LJV ha modificado el CC en materia de ofrecimiento de pago y consignación y ha regulado en la LN dos expedientes notariales: el de ofrecimiento de pago y consignación, que resulta bastante inútil a nuestro juicio, y un procedimiento de reclamación de deudas dinerarias.

##### El ofrecimiento de pago y consignación.

La regulación sustantiva se contiene en los arts. 1176 a 1180 CC. La LJV ha modificado los arts. 1176, 1178 y 1180, principalmente para recoger en la Ley algunos criterios jurisprudenciales de aplicación. Y así:

El art. 1176 permite la consignación (en los casos de ofrecimiento de pago) no sólo cuando el acreedor se niegue sin razón a admitir el pago sino también cuando se niegue a otorgar el documento justificativo del pago o a cancelar la garantía. Y la consignación por sí sola produce el efecto de liberación del deudor cuando el acreedor sea desconocido. También se permite la consignación en todos los supuestos en que el incumplimiento se haga más gravoso al deudor por causas no imputables al mismo.

El art. 1178 permite expresamente que la consignación se haga no sólo por el deudor sino también por un tercero.

La reforma del art. 1180 es meramente formal.

Pues bien en esta materia, el interesado tiene la posibilidad de tramitar un expediente notarial o un expediente judicial. El expediente notarial se regula en el art. 69 LN.

Antes de la LJV, la actuación notarial en esta materia sólo podía consistir en actas de notificación, de manifestaciones y/o de depósito. Las novedades

principales consisten en que ahora hay una regulación propia y unificada para esta actuación, el depósito es una actuación obligatoria para el Notario (en el sentido del art. 145 RN) y no meramente voluntaria, y los honorarios del acta de depósito están sujetos a las reglas generales del arancel (no son libres). Aparte de esto, creemos que la nueva normativa apenas aporta algo que antes no se pudiera hacer.

Las características principales del expediente notarial son: no hay reglas de competencia, por lo que rige la libre elección. Comienza por una solicitud, acompañada del depósito, sigue por una notificación a los interesados y concluye sin apenas efectos: si el acreedor comparece el Notario le entrega el depósito pero ni siquiera se prevé que dé carta de pago o cancele las garantías, si bien es algo que deberá intentar que se realice. Tampoco se dice que el acta per se tiene el carácter de carta de pago. Y si el acreedor no comparece se archiva el expediente, sin que el Notario esté autorizado a declarar si la consignación está o no bien hecha. Por tanto, la consignación notarial nunca puede producir los efectos del pago.

El expediente judicial se regula en los arts. 98 y 99 LJV y tiene más eficacia para el deudor. Se tramita por el Secretario judicial (Letrado de la Administración de Justicia). Comentarlo excede de los límites de este trabajo, pero permítasenos decir que si el acreedor retira la cosa, el Secretario dicta Decreto teniendo la consignación por aceptada, mandando cancelar la obligación y en su caso la garantía. Si el acreedor no comparece, se puede pedir una comparecencia ante el Juez, que resolverá si la consignación está o no bien hecha.

A diferencia de esto, la consignación notarial es una prueba de la voluntad de pagar, del hecho del depósito, de la notificación y de la posibilidad de alegar por el deudor. Puede enervar la mora del deudor. Pero nada más.

### Reclamación de deudas dinerarias no contradichas

En este caso no se trata de normas sustantivas sino meramente de procedimiento. Se contienen en los arts.70 y 71 LN.

No hay un expediente análogo que se pueda tramitar ante un órgano judicial.

El objeto tiene que ser una deuda dineraria, civil o mercantil, líquida, determinada, vencida y exigible, que se acredite “en forma documental, que a juicio del Notario, sea indubitada”. Se excluyen deudas derivadas de

contratos con consumidores, o de Propiedad Horizontal, o de alimentos en que estén interesados menores incapacitados o que versen sobre materias indisponibles, o en que está concernida una Administración Pública.

Se dan normas de competencia territorial que no son tales, pues la aplicación de las reglas generales lleva al mismo criterio. Es competente el Notario del domicilio del deudor que aparece en el documento (o documentalmente demostrado), o el lugar de residencia habitual del deudor o del lugar en que el deudor pueda ser hallado. La actuación sólo puede ser de tal Notario. No obstante, entendemos que el requerimiento para la tramitación del acta podría hacerse ante otro Notario (de libre elección), en el bien entendido que sólo se trataría del requerimiento para iniciar el procedimiento, no para tramitarlo ni concluirlo.

El procedimiento consiste básicamente en un acta de requerimiento, con un plazo de contestación ampliado a 20 días hábiles. Resulta inexcusable que la deuda conste en un documento escrito. Un testimonio de éste deberá quedar protocolizado.

Hecha la notificación, el deudor puede comparecer y realizar alegaciones, o pagar. Si paga, el acta tendrá “el carácter de carta de pago”. Si realiza alegaciones o si no comparece, se cierra el acta, quedando a salvo la vía judicial. Pero si no comparece o no alega motivos de oposición, el acta será documento que llevará aparejada ejecución, a efectos del art. 517 LEC.

La tramitación se frustra si el deudor no puede ser localizado en alguno de los domicilios posibles o no se puede hacer entrega de la notificación.

Por consiguiente, la utilidad de esta tramitación sí es una novedad. Tanto por la eficacia de carta de pago del acta, si el deudor paga, como por la creación de un título de ejecución. Nada de esto podía conseguirse antes con un acta de requerimiento “ordinaria”.

## **V.- DERECHO MERCANTIL.**

En materia de Derecho mercantil, la LJV ha realizado pocas modificaciones de Derecho sustantivo. Se limita al art. 40 del Código de Comercio y a algunos artículos de la Ley de Sociedades de capital. En ellos no se encomiendan nuevas funciones a los Notarios, aunque sí a los Letrados de la Administración de Justicia y a los Registradores Mercantiles. Por ello, no son objeto de este comentario. Sí citaremos, en cambio, una modificación de la Ley del contrato de Seguro.

La LJV ha regulado tres expedientes en la LN, a los que vamos a hacer una breve referencia.

Expediente en caso de robo, hurto, extravío o destrucción de títulos valores o de representación de partes de socio.

Se puede pedir al Notario la adopción de las medidas previstas en la legislación mercantil para estos casos.

La competencia territorial esta tasada: lugar de pago del título de crédito, lugar del depósito en caso de títulos de depósito; o lugar del domicilio de la entidad emisora cuando se trate de valores mobiliarios.

El procedimiento consiste en una notificación al emisor, unas publicaciones y una eventual comparecencia en la que el Notario (de forma un poco sorprendente, a nuestro juicio) debe instar al promotor del expediente y al emisor para que no procedan a la negociación, transmisión, o para que procedan a la suspensión del cumplimiento de la obligación de pago o al depósito de las mercancías (según los casos). Transcurridos ciertos plazos, el Notario puede autorizar al promotor al cobro de intereses, o requerir al emisor para que entregue nuevos títulos. No procede la anulación de títulos si se opone un tenedor de buena fe. En tal caso, queda expedida la vía judicial. No queda del todo claro qué ocurre si la oposición la formula el emisor del título. Hay que entender que el expediente tendrá que darse por concluido.

Un expediente de finalidad similar puede tramitarse ante los Juzgados de lo Mercantil, que se encuentra regulado en los arts. 132 a 135 LJV. La principal diferencia es que el Secretario judicial (Letrado de la Administración de Justicia) tiene que pronunciarse acerca de la prohibición de negociar, transmitir o suspender el pago.

Depósitos

La LN dedica el art. 79 a los depósitos “de bienes muebles, valores o efectos mercantiles”, simplemente para decir que pueden realizarse ante Notario. No hacía mucha falta decirlo.

La norma permite expresamente la presentación al cobro por el Notario para evitar que queden perjudicados, y dispone la sustitución del depósito por lo cobrado. Y si se permite la venta de lo depositado, el Notario podrá proceder a la misma a instancia del depositante o (no “y”) del depositario.

Entendemos que esto sólo es posible cuando la venta deba realizarse en cumplimiento de alguna norma o pacto.

### Nombramiento de peritos en contratos de seguros

El nuevo art. 38 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, relativo a la designación de tercer perito cuando no haya acuerdo para determinar los daños producidos entre los peritos previamente designados, dispone que si no hay acuerdo entre las partes para la designación del perito tercero, se podrá promover expediente de designación conforme a la LJV o la legislación notarial.

El expediente notarial se regula en el art. 80 LN.

Hay libre elección de notario sólo si ambas partes están conformes. En otro caso, hay que acudir a un Notario del domicilio o de la residencia habitual del asegurado o donde se encuentre el objeto de valoración. También a un Notario de distrito colindante. Aunque no se diga expresamente, también puede acudir a cualquier Notario del mismo distrito.

El procedimiento es sencillo. Una o ambas partes han de presentar la solicitud. Tras ésta, se convoca a ambas partes a una comparecencia para que designen perito de mutuo acuerdo. Si el acuerdo no se logra, lo designa el Notario por el procedimiento del art. 50 LN, esto es, de entre los que constan en el listado correspondiente remitido al Colegio Notarial respectivo.

La aceptación del nombrado es, en principio obligatoria, pero cabe la excusa por justa causa. El dictamen emitido se incorpora al acta.

Un expediente de finalidad similar puede tramitarse ante los Juzgados de lo Mercantil, de conformidad a los artículos 136 a 138 LJV.

## **VI.- OTRAS ACTUACIONES ENCOMENDADAS A LOS NOTARIOS.**

Nos referimos finalmente a las otras dos actuaciones reguladas por la LJV que no encajan en ninguno de los apartados anteriores: las subastas notariales y el expediente de conciliación.

### Subastas notariales (arts. 72 a 77 LN)

Las subastas notariales no había sido objeto de regulación específica hasta que el R.D. 45/2007, de 19 de enero, de reforma del Reglamento notarial

(RN), dio una normativa bastante completa en el extenso artículo 220 de éste. La vigente LEC del año 2000 no reguló esta materia. La regulación era más propia de una ley de jurisdicción voluntaria que se previó poder tramitar en un breve plazo (vid. disposición final 18ª LEC). La regulación del art. 220 RN era satisfactoria. No nos ha sorprendido que algunas de sus reglas hayan sido recogidas por la nueva Ley de la jurisdicción voluntaria. No obstante, la norma reglamentaria apenas se pudo aplicar ya que fue declarada nula por la STS (Sala 3ª) de 20 de mayo de 2008. La anulación se basó en la falta de rango normativo, pues el TS entendió que no había norma legal que diera cobertura suficiente a la regulación reglamentaria. No obstante, aun a pesar de la anulación, las reglas del art. 220 del Reglamento notarial han servido de orientación para la práctica notarial.

La norma con rango de Ley ha tardado mucho más de lo esperado. Finalmente se ha incluido en la LJV, que ha dedicado a esta materia los artículos 72 a 77. Su redacción ha sufrido algunos cambios importantes en su tramitación legislativa, y especialmente, aunque ello resulte llamativo, a consecuencia de enmiendas presentadas en el Congreso por el grupo parlamentario del propio Gobierno. Las modificaciones más significativas habidas durante la tramitación en el Congreso son: la ampliación, en el sentido de liberalización, de la competencia territorial los Notarios, la obligación de consultar al principio del procedimiento el Registro Público Concursal y el establecimiento de una especie de información continuada entre éste y el Notario, la imposición de información continuada entre Notario y Registrador de la Propiedad durante la tramitación del procedimiento, la posibilidad de realizar la notificación, en último término, mediante edictos, la fijación como tipo de licitación de la valoración establecida o realizada sin que se puedan admitirse posturas inferiores, la regulación detallada de las causas de suspensión (hoy art. 76, que no figuraba en el proyecto de ley) y, finalmente, una cierta limitación de la autonomía de la voluntad en las subastas voluntarias.

La normativa se aplica a todas las subastas que hayan de celebrarse ante Notario, voluntarias o forzosas. Estas últimas son las que corresponde realizar en cumplimiento de una norma legal o de una resolución judicial o administrativa, o de una cláusula contractual o testamentaria, o en ejecución de un laudo arbitral o acuerdo de mediación, o en cumplimiento de un pacto especial en documento público; esto es, siempre que se trate de “actos debidos”. La nueva regulación se aplica en la medida en que no haya normas especiales reguladoras.

La regulación de las subastas voluntarias parece que tendría que dejar un amplio margen a la autonomía de la voluntad. Sin embargo, no es así. De

la regulación se desprende que el solicitante podrá establecer más requisitos que los legales, siempre que no desvirtúen la regulación legal, pero nunca menos. No caben, en este sentido, actas de subasta “atípicas”.

La ley da normas de competencia territorial en el art. 72.3, pero sólo para las subastas a celebrar en cumplimiento de una resolución judicial o administrativa. En todas las demás subastas, sean forzosas o voluntarias, rige el principio de libre elección por “todos” los interesados. La ley da criterios para el caso de que tal acuerdo no se logre, si además falta previsión al respecto.

El procedimiento no se puede interrumpir por la oposición de un tercero -entendiendo por “tercero” cualquier persona que no sea el requirente- ni aun del propietario de la cosa. Lo único que puede hacer quien quiera paralizar el procedimiento es interponer una demanda. La mera interposición de la demanda, no la admisión de ésta a trámite, obliga al Notario a la paralización del procedimiento. La no admisión de la demanda causa el fin de la suspensión. Pero en todo caso el dueño de la cosa o el tercero pueden comparecer en el acta y dejar constancia de su oposición, las razones de ésta, y la reserva de acciones (art. 74.4).

Al igual que ocurre en la regulación de la venta extrajudicial de inmuebles hipotecados, no se permite que el Notario suspenda de oficio el procedimiento por razón de la abusividad de cláusulas contractuales que lo han permitido o impuesto, ni tampoco que pueda corregir la pretensión del solicitante de la subasta por iguales motivos; por ejemplo, por unos intereses de demora excesivos. Esto da pie a alegar inconstitucionalidad, por lo que nos parece desafortunado que no se hayan excluido de la tramitación notarial las subastas forzosas en que el ejecutado tenga la condición legal de consumidor.

El procedimiento de celebración de la subasta es muy sencillo y no merece mayor comentario. Sólo es posible una única subasta. Es siempre electrónica. En el caso de subastas voluntarias, debe seguirse también esta regla, lo que no impide que el promotor del expediente pueda iniciar tantas actas de subasta como quiera.

Dado que no caben pujas inferiores al tipo de subasta (art. 74.3 in fine) no se plantea la aguda problemática de la puja mínima aceptable. Se evita así un perjuicio al ejecutado, aunque es a costa de arriesgar toda la tramitación, que puede así tener poco interés para el ejecutante. No se olvide que el tipo de subasta tiene que coincidir con el valor de tasación

(art. 74.3). Esta regla del art. 74.3 in fine contrasta con la del art. 650 LEC y recuerda la regulación anterior al R.D. 290/1992 de 27 de marzo de la venta por Notario de cosa hipotecada, que nunca se aplicaba. Precisamente este R.D. 290/1992 permitió una rebaja del tipo en las subastas posteriores para hacer más atractiva su aplicación. Hubiera sido más práctico que la LJV estableciera excepciones, por ejemplo en los casos en que el ejecutado no es consumidor o la tramitación no se realiza en cumplimiento de un contrato con condiciones generales.

La nueva regulación es, por el mero hecho de existir, satisfactoria, pues la inseguridad que provocaba su falta era cada vez más insostenible. No obstante, algunas cuestiones técnicas criticables podían haber sido fácilmente evitadas. Lo peor, que puede llevar a la inaplicación del expediente, es a nuestro juicio la imposibilidad absoluta de pujar por debajo del tipo de subasta y la poco clara posibilidad de deducir del precio de remate los gastos y costas.

En todo caso, la tramitación electrónica de la subasta hizo que se alargara la *vacatio legis* de esta regulación hasta el 15 de octubre de 2015. No obstante, este plazo ha resultado insuficiente y a fecha actual la subasta electrónica siguen sin ser posible. La nueva regulación no puede, por tanto, ser aplicada “de momento”.

La subasta voluntaria, fuera de un procedimiento de apremio, puede tramitarse también ante los Juzgados de Primera Instancia del dueño de la cosa, conforme a los arts. 108 a 111 LJV, que encomiendan esta función al Secretario judicial.

### Expediente de conciliación

La LJV ha regulado un expediente de conciliación notarial, que se puede utilizar en cualquier tipo de controversia, en los arts. 81 a 83 LN, a los que auguramos muy poca aplicación práctica y a los que vamos a dedicar poca atención.

Puede utilizarse para cualquier tipo de controversia “contractual, sucesoria, mercantil o familiar”, con el fin de lograr un acuerdo extrajudicial, siempre que no recaiga sobre materia indisponible.

No se dan normas de procedimiento, sino que la Ley se limita a decir que se otorgará escritura pública que recoja la avenencia o que se intentó la conciliación sin efecto. En este último caso, lo propio sería un acta, no una escritura.

En cualquier caso, esta actuación se podía realizar también antes de la LJV. La novedad radica en que el art. 83 da eficacia ejecutiva a la escritura “que formalice la conciliación”. Entendemos que la norma sólo se refiere a la escritura que formalice algún acuerdo.

Un expediente de conciliación también es posible ante los Jueces de Paz, o los Secretarios (Letrados de la Administración de Justicia) del Juzgado de Primera Instancia o de lo Mercantil en materias de su respectiva competencia. Se regula, con más precisión que la conciliación notarial, en los arts. 139 a 148 LJV. Finalmente, diremos que la LJV también ha creado un expediente de conciliación sobre “cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil”, salvo cuestiones previstas en la Ley Concursal, a tramitar ante el Registrador de la Propiedad o Mercantil competente, sin perjuicio de que este tipo de conciliaciones pueden también intentarse ante Notario o Letrados de la Administración de Justicia. Se contempla por el nuevo art. 103bis LH que no ha establecido regulación.

## VII.- MESA DE DEBATE SOBRE “LAS RECIENTES REFORMAS DEL PROCESO PENAL”

*En la mesa redonda celebrada el 14 de diciembre de 2015 se analizaron las reformas legislativas operadas recientemente en el proceso penal. Se insertan a continuación las tres ponencias debatidas durante la misma.*

*En la primera de ellas, la Académica de Número y Catedrática de Derecho procesal de la UIB Isabel Tapia Fernández hace una exposición general de dichas leyes y se refiere, en concreto, a la LO 5/2015 de 27 de abril, trasposición de las Directivas 2010/64 de 20 de octubre y 2012/13 de 22 de mayo, relativas al derecho a intérprete y traductor para toda persona que no entienda la lengua del proceso o tenga alguna discapacidad; así como al derecho de información del antes llamado imputado y ahora investigado. Asimismo se analizan algunos aspectos de la LO 13/2015 de 5 de octubre, trasposición de la Directiva 48/2013 de 22 de octubre, relativa al derecho de asistencia letrada y a los derechos que asisten al detenido desde el momento de la privación de libertad (información, comunicarse con terceros y con las autoridades consulares). Se refiere también a la nueva terminología impuesta al sustituirse la palabra “imputado” por “investigado”, la cual puede producir disfunciones, como la de decretar la prisión provisional para una persona tan solo “investigada”.*

*En la segunda ponencia, a cargo de la Profesora de Derecho procesal de la UIB María Belén Aige Mut, se exponen las nuevas diligencias de investigación tecnológica aprobadas por la LO 13/2015 de 5 de octubre, necesarias para luchar contra el incremento de la criminalidad informática que en la actualidad se viene produciendo. De acuerdo con ello, se pasa a tratar del Agente encubierto informático, la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales por dispositivos electrónicos, la grabación y captación de imágenes en lugares o espacios públicos y en espacios cerrados, los dispositivos de seguimiento y localización, los registros de dispositivos de almacenamiento masivo y el registro remoto sobre equipos informáticos.*

*La tercera ponencia, de la que es autor el Magistrado Carlos Izquierdo Téllez, hace referencia a las medidas encaminadas a conseguir la agilización del proceso penal, exponiendo la nueva regulación de la conexidad delictiva, la no remisión al Juzgado del atestado policial sin autor conocido y el establecimiento de los plazos máximos de instrucción, deteniéndose especialmente en la interpretación de la complejidad de la instrucción y en las consecuencias que pueden producirse en caso de incumplimiento de los plazos.*

## VII.- 1. BREVE APUNTE SOBRE LAS SUCESIVAS REFORMAS DEL PROCESO PENAL EN EL ÚLTIMO AÑO (2015)

Isabel Tapia Fernández

En apenas siete meses, transcurridos entre marzo y octubre de 2015, nuestra Ley procesal penal ha sufrido cinco importantes reformas en determinados aspectos de evidente trascendencia. La idea ha sido ir “modernizando” una Ley que tiene más de ciento treinta años de vigencia; puesto que –tras varios intentos frustrados a lo largo de las últimas décadas– parece imposible la promulgación de un Código Procesal Penal moderno, adaptado a las exigencias de una sociedad que nada tiene que ver con aquélla para la que fue promulgada la aún vigente (aunque irreconocible) Ley de 1882.

En esta charla me voy a limitar a señalar las principales novedades, prescindiendo en lo posible de juicios críticos, que sin duda habrán de surgir al lector de este elenco de reformas. Simplemente, voy a dar cuenta de las muchas (y, en ocasiones, reiteradas) reformas que sobre determinados aspectos se han producido en los últimos tiempos.

**PRIMERA: LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal** (entró en vigor el 1 de julio de 2015). Seguida el mismo día por la **LO 2/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de terrorismo** (que entró en vigor el 1 de julio de 2015).

Lo más significativo:

A) Desaparecen las faltas, que pasan o bien a la vía administrativa o a la vía civil; o bien permanecen como ilícitos penales como delitos leves. A tal efecto, se reforma el Libro VI LECrim, con la rúbrica “Juicio sobre delitos leves”;

- se reforma el art. 14.1 y 5 LECrim. para atribuir la competencia objetiva para conocer de estos delitos leves al Juez de Instrucción (en todo caso), salvo la competencia específica del Juzgado de Violencia sobre la Mujer;

- los delitos leves tienen un plazo de prescripción de un año; y

- serán perseguibles sólo a instancia de la persona agraviada (excepto los delitos leves de violencia sobre la mujer).

– El procedimiento para enjuiciar estos delitos leves es como sigue:

- La competencia objetiva corresponde a los Juzgados de Instrucción (y los de Violencia sobre la Mujer). La competencia funcional para la apelación corresponde a la Audiencia Provincial constituida en Sala con un solo Magistrado.

- En cuanto a las partes: La participación del M. Fiscal es potestativa si el delito es semipúblico (exige denuncia del ofendido) y no existe un especial interés público. En estos casos, la declaración del denunciante en el juicio tendrá valor de acusación.

Al recibir el Juzgado de Instrucción el atestado policial, si el M. Fiscal solicita el archivo de las diligencias, lo acordará, si el delito leve es de escasa gravedad y no hay interés público relevante en su persecución.

Las partes pueden acudir al juicio asistidas por Abogado. Es, pues, potestativo; pero el TC ha reconocido el derecho a que la parte tenga un Abogado de oficio, si así lo solicita, y su ausencia puede provocar una desigualdad de armas.

– Procedimiento: tal y como se venía haciendo, se prevé un procedimiento ordinario por delito leve y un procedimiento rápido.

No hay fase instructora. De este modo, recibido el atestado policial (o la denuncia o la querrela), el Juez, si no acuerda el archivo según lo visto anteriormente, acordará celebrar el juicio.

Aunque no hay propiamente fase instructora, en la práctica es frecuente que antes de la celebración del juicio se le tome declaración al imputado (sospechoso), así como otras diligencias adecuadas: parte de lesiones, informe pericial de daños... etc.

Se cita a las partes, a los testigos y a los peritos para el día de celebración del juicio.

Llegado el día del juicio, se realiza una sucinta exposición de la acusación (el hecho punible, su calificación legal y su autor); se proponen las pruebas de las que las partes intentan valerse, el Juez las admite, y se practica la prueba admitida en el mismo acto del juicio oral.

Terminada la práctica de la prueba, informan las partes por su orden: el M. Fiscal si asiste, las partes acusadoras, y finalmente el acusado.

La ausencia del acusado que fue citado a juicio, no suspenderá la celebración del mismo, a no ser que el Juez estime necesaria su declaración.

El juicio oral se registrará en audio y vídeo; el Letrado de la Administración de Justicia custodiará el documento electrónico.

El Juez dictará sentencia al terminar el juicio, o en los tres días siguientes.

La sentencia se notificará a las partes, y a los ofendidos o perjudicados por el delito aunque no se hayan constituido como parte.

Contra la sentencia dictada por el Juez de Instrucción cabe recurso de apelación dentro de los cinco días siguiente a su notificación, ante la Audiencia Provincial constituida en Sala por un solo Magistrado.

– Procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos leves:

Cuando el proceso se inicia por atestado de la Policía relativo a un delito leve de lesiones, maltrato de obra, hurto flagrante, amenazas, coacciones, injurias, procederá de forma inmediata a citar ante el Juzgado de Guardia (del partido judicial al que debía remitir el atestado) a los ofendidos o perjudicados, denunciante, denunciado y testigos que puedan dar razón de los hechos. Y se le apercibirá de que podrá celebrarse el juicio rápido aunque no comparezcan. Se les informará de que deban comparecer con las pruebas de que intenten valerse; y se informará al ofendido o perjudicado de sus derechos.

Se le solicitará que designen un número de teléfono, mail, o domicilio para recibir las notificaciones que se puedan realizar.

El Juzgado de Guardia (si no acuerda el archivo, en las condiciones vistas) acordará la inmediata celebración del juicio si han comparecido las personas citadas por la Policía, o si no habiendo comparecido alguna de ellas, el Juez considera innecesaria su presencia.

Cuando el procedimiento se inicie a instancia de parte (denuncia del ofendido) o mediante atestado de la Policía en los supuestos de delitos distintos a los anteriores (leve de lesiones, maltrato de obra... etc.), se remitirá el atestado al Juzgado de Guardia.

Recibido el atestado, el Juez o bien archiva la causa en los casos vistos, o acuerda celebrar juicio rápido si fuere posible citar a todos los implicados para que comparezcan mientras dure el servicio de guardia, y se dan los requisitos antes vistos para la celebración del juicio ante el Juez de Guardia.

El Letrado de la Admón. de Justicia procederá al señalamiento del juicio en un plazo no superior a siete días, y citará a todos lo que proceda (denunciante, denunciado, testigos y peritos) apercibiéndolos de que deberán comparecer con los medios de prueba de que intenten valerse.

En todo lo demás, la celebración del juicio es igual que en el procedimiento ordinario por delitos leves. Pero, si el Juez de Guardia entiende no es posible la celebración del juicio durante el servicio de guardia, se remitirán las actuaciones al Juzgado de Instrucción que corresponda.

B) Se reforma el procedimiento de decomiso: realización de efectos judiciales y decomiso (art. 367 ter, quater, quinques, sexies, septies).

C) Se prevé la anotación de los perfiles genéticos en la base de datos policial en los supuestos de delitos graves contra la vida, integridad física, libertad, libertad e indemnidad sexual, siempre que se confirme por el Tribunal la existencia de riesgo grave de reiteración delictiva (art. 129 bis C.P).

D) Por su parte, la LO 2/2015, de modificación del CP en materia de terrorismo, introduce una norma sobre Jurisdicción de los Tribunales españoles: conocerán de los delitos de terrorismo cuando el sujeto sea español, resida habitualmente en España, o se encuentre en España, con independencia de que el delito sea no no punible en el lugar de ejecución.

**SEGUNDA: LO 5/2015, de 27 de abril, para transponer al ordenamiento jurídico español sendas Directivas de la Unión Europea:**

– **La Directiva 2010/ 64, de 20 de octubre de 2010 (Derecho de interpretación y traducción;** entrada en vigor, mayo 2015);

– **La Directiva 2012/13, de 22 de mayo de 2012 (Derecho de información).** Entrada en vigor: octubre 2015.

Se trata, como dice el Preámbulo de la Ley, de asegurar un nivel uniforme de protección de los derechos procesales en los diversos países de la Unión Europea. Incide directamente en el art. 24 CE, al desarrollar derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en este precepto.

En líneas generales:

- se regula con detenimiento el derecho a la interpretación y a la traducción de documentos esenciales, de quienes no entiendan la lengua del proceso o tengan alguna discapacidad. Sin costes para el imputado (Los gastos serán sufragados por la Administración);

- se completa el derecho de defensa de toda persona a la que se le imputa la comisión de un delito (art. 218) y de toda persona privada de libertad (detenido o preso: art. 520).

**A) Derecho a intérprete y traductor (art. 6 CEDH)** de toda persona que no entienda la lengua del proceso o tenga alguna discapacidad (sordo, mudo o ciego) a lo largo de toda la actividad procesal, incluyendo el interrogatorio de la Policía o del Ministerio Fiscal; y con la comunicación con su abogado. Además, tiene derecho a la traducción de aquellos documentos esenciales, en especial, resoluciones, escritos y sentencias.

Para ello, la LO 5/2015 introduce en el Título V del Libro Primero de la LECrim. un nuevo Capítulo: arts. 123 a 127, con la rúbrica: “Derecho a la traducción e interpretación”, en los términos vistos.

El traductor o intérprete lo designará el Juez entre los que se hallen en una lista elaborada por la Administración competente. En caso de urgencia, se podrá habilitar a cualquier persona capacitada para conocer el idioma.

El Tribunal, de oficio o a instancia del Abogado, comprobará si el imputado conoce y comprende la lengua; y ordenará en su caso que se le nombre un intérprete, y determinará los documentos que deben ser traducidos.

Si el Tribunal rechaza la petición de intérprete, contra esta resolución podrá interponerse recurso (si la rechaza en el juicio oral, la defensa hará constar en acta su protesta).

El derecho a intérprete en todas las actuaciones en que sea necesaria la presencia del sujeto (y, por supuesto, en el juicio oral) no podrá ser renunciado. Para las demás actuaciones, podrá renunciar a la interpretación o traducción, siempre que haya sido suficientemente informado de las consecuencias de su renuncia.

Los traductores e intérpretes están dispensados de la obligación de declarar con relación a conversaciones y comunicaciones del imputado con sus parientes.

### **B) Derecho de información del imputado sobre el objeto del proceso penal (arts. 5 y 6 del CEDH: derecho de defensa, de qué tiene que defenderse)**

Para ello, se reforman los arts. 118 y 520 LECrim.

– **El art. 118** recogía con carácter el derecho de defensa de toda persona a la que se le imputa un acto punible. Pero no se concretaba en qué consiste este derecho de defensa. Era el art. 520 el precepto que, al regular los derechos del detenido o preso, recogía el contenido del derecho de defensa. Ahora, la Ley introduce en el **art. 118** los concretos derechos que engloba el derecho de defensa de toda persona desde que se le imputa un acto punible:

- derecho a ser informado de los hechos que se le imputan y de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y en los hechos imputados;
- derecho a poder examinar las actuaciones con la debida antelación;
- derecho a designar libremente abogado; o a que se le nombre de oficio si así lo solicitan;
- derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla;
- derecho a la traducción e interpretación gratuitas;
- derecho a guardar silencio y no prestar declaración;
- derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable.

– Por su parte, el **art. 520** sigue regulando los derechos que asisten a toda persona privada de libertad (detenida o presa):

. derecho a guardar silencio, a no contestar a alguna pregunta que se le formule, o manifestar que sólo declarará ante el Juez:

- derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable;
- derecho a designar Abogado y solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en la diligencia de reconocimiento en rueda. Si no lo designa, se le nombrará de oficio;
- derecho de acceso a las actuaciones que sean necesarias para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad;
- derecho a que se ponga en conocimiento de un familiar o persona que desee el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros, a que se comuniquen a la Oficina Consular de su país.
- derecho a ser asistido por un intérprete, en los términos antes vistos;
- derecho a ser reconocido por médico forense o el de la institución en que se encuentre;
- derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

Las principales innovaciones de este art. 520 reformado consisten en un reforzamiento del derecho de defensa del detenido o preso, concretado en una mayor explicitación de su derecho de información. De este modo:

- tiene derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean necesarias para impugnar la legalidad de la detención o prisión;
- tiene derecho a que se le informe del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial, y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención;
- si no se dispone de una declaración de derechos en una lengua que comprenda el detenido, se le informará de sus derechos por medio de intérprete, y posteriormente se le entregarán estos derechos escritos en una lengua que comprenda;

- el detenido podrá conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención.

Y toda esta información prevé la Ley que se le facilite en un lenguaje comprensible y accesible al imputado, según su edad, grado de madurez o cualquier circunstancia que limite su grado de comprensión.

– Con el fin de completar estas medidas de reforzamiento del derecho de defensa del imputado, se reforman también los arts. 302 y 505 LECrim. Así:

El **art. 302**, que establece la norma general de la publicidad de las actuaciones para las partes personadas en las causas por delito público, y la excepción del secreto de las mismas, ahora con la reforma específica en qué supuestos el Juez de Instrucción, a instancia de parte o de oficio, podrá declarar mediante auto el secreto de todas las actuaciones o de parte de ellas, por tiempo no superior a un mes, cuando resulte necesario para:

- evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona: o

- prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso.

Y ello se entiende sin perjuicio de lo que dispone el **art. 505.3** LECrim., que también se reforma, en el sentido de posibilitar en todo caso (esto es, aunque esté declarado secreto el sumario o diligencias previas) el acceso a los elementos de las actuaciones que sean necesarios para impugnar la medida cautelar personal de privación de libertad.

**TERCERA: Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito.** Entró en vigor, en octubre 2015.

Después de varias normas aisladas, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, establece normas mínimas sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas del delito. La Ley 4/2015 supone transponer al derecho interno esa directiva, y –como dice el Preámbulo- “tiene vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de las víctimas de delitos”.

La Ley parte de un concepto amplio de víctima (aspectos materiales, económicos y morales).

En el Tít. I se recogen una serie de derechos extraprocesales: hacerse acompañar por la persona que designe en sus diligencias y trato con autoridades; derecho a información detallada y clara de toda autoridad o funcionario al que acuda, de los derechos que le asisten; derecho de la víctima como denunciante, a ser informada del proceso; derecho de traducción e interpretación gratuitos; derecho a los servicios de apoyo (acogida, protección...).

En el Tít. II se recogen los derechos de la víctima en cuanto a su participación en el proceso penal (derecho a ser parte en el proceso; a ser notificada de las resoluciones más importante, aunque no se haya constituido en parte; derecho a los servicios de justicia restaurativa; derecho a la justicia gratuita...).

El Tít. III recoge medidas de protección específicas para cierto tipo de víctimas.

El Tít. IV contiene unas disposiciones comunes, relativas a la organización y funcionamiento de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas; formación del personal de la Administración de Justicia en el trato con las víctimas... etc.

Finalmente, **la Disposición Final Primera modifica la LECrim.** con el fin de llevar a cabo la transposición de la Directiva 2012/29, de 25 de octubre de 2012, de normas mínimas de derechos, apoyo y protección de las víctimas del delito. Y así, a grandes rasgos, las modificaciones más significativas son:

- se regula el derecho de información a la víctima, por el Secretario o personal especializado en la asistencia a las víctimas, de ser parte en el proceso. Si fuera menor o con capacidad judicialmente modificada, se dará esta información a su representante legal;

- la víctima podrá ejercer la acción penal hasta el trámite de calificación del delito. En caso de muerte, la acción penal podrá ser ejercida por sus parientes. La acción penal podrá también ser ejercida por Asociaciones de víctimas, si la víctima lo autoriza;

- la Policía Judicial cumplirá con los deberes de información a las víctimas, y podrá determinar provisionalmente las medidas de protección adecuadas;

- cuando se investigue un delito del art. 57 CP (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, integridad moral, sexual...) el Juez podrá adoptar un elenco de medidas de protección del menor o con capacidad modificada

(suspender la patria potestad y fijar el régimen de visitas y condiciones de éstas; suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento; suspender el régimen de visitas para proteger al menor o incapaz);

- el Auto de sobreseimiento se comunicará a las víctimas del delito, las cuales podrán interponer recurso aunque no se hubieran mostrado parte en la causa;

- se protege la intimidad de la víctima en el juicio oral, previéndose que puedan celebrarse a puerta cerrada y que se prohíba la publicación de información relativa a la identidad de la víctima; así como de sus imágenes o de su familia. Y se prohíbe en todo caso la divulgación de cualquier información relativa a menores o discapacitados.

- el Juez o Tribunal podrá restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en el acto del juicio;

- se restringe la prueba de declaración de las víctimas y de los testigos menores de edad, evitando la confrontación visual e incluyéndose la utilización de medios tecnológicos.

- el Presidente podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a su vida privada; y si fueren formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas.

**CUARTA: LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas.** Entrada en vigor, a los dos meses de su publicación, esto es, el 6 de diciembre de 2015 (salvo algunos preceptos, que lo hicieron el 1 de noviembre de 2015).

Se trata de adaptar nuestra legislación a las exigencias de la Unión Europea, en cuanto al derecho de defensa del art. 24 CE; y se regulan además las medidas de investigación tecnológicas en el ámbito de los derechos a la intimidad, secreto de comunicaciones y protección de datos personales. Por tratarse de medidas limitativas de los derechos fundamentales recogidos en el art. 18 CE, se exige su regulación por Ley Orgánica.

A) En cuanto al **fortalecimiento de las garantías procesales**, la **LO 13/2015** vuelve a reformar la LECrim. para transponer a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva de la UE de 22 de octubre de 2013, sobre el

derecho de asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea; y sobre el derecho de información a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

Para ello, se vuelven a modificar los arts. 118 y 520 LECrim. (qué ya había hecho la LO 5/2005, de transposición al ordenamiento jurídico español de sendas Directivas de la UE).

– **Art. 218.**

Ahora se regula con mejor técnica, y se subsanan dos carencias que se apreciaban en la Ley O. 5/2005:

- se dice en qué consiste el derecho de asistencia letrada (art. 118.2);
- se recoge la confidencialidad de las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado (art. 118.4).

a) La asistencia letrada (abogado de libre designación o de oficio) consiste (y esto es una importante novedad, muy demandada por los abogados) en la posibilidad de comunicarse o entrevistarse reservadamente con el investigado, incluso antes de que se le reciba declaración por la Policía, el Fiscal o el Juez. El abogado estará presente en todas sus declaraciones, así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos.

b) En cuanto a la confidencialidad de las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado, ésta es la norma general. Excepcionalmente, no se aplicará la confidencialidad cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo.

Además, prevé el precepto que si estas comunicaciones hubieran sido captadas, el Juez ordenará su eliminación.

– **Art. 520.**

Se regula con mayor precisión la forma y tiempo de la detención, de modo que se cuiden los derechos del detenido o preso preventivo al honor, intimidad e imagen, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información.

El atestado policial deberá reflejar el lugar y la hora de la detención y de la puesta a disposición judicial, o la puesta en libertad.

El n° 2 del art. 520 recoge los derechos del detenido o preso, en los mismos términos que lo hizo la LO 5/2015.

Pero ahora se introducen algunas modificaciones con relación a la asistencia letrada. Así:

- El n° 5 del art. 520 regula la forma de designar abogado libre o abogado de oficio. Se comunicará al Colegio de Abogados el nombre del designado, o la petición de nombramiento de oficio. El abogado acudirá al centro de detención con la máxima premura, siempre dentro del plazo máximo de tres horas desde la recepción del encargo. Si no compareciera en plazo, el Colegio de Abogados designará un nuevo abogado del turno de oficio, que deberá comparecer a la mayor brevedad y siempre dentro del plazo indicado, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que hubiere podido incurrir.

- El n° 6 del art. 520 explica en qué consiste la asistencia letrada al detenido. Lo más significativo de la reforma es que el abogado podrá

- a) intervenir en las diligencias de declaración del detenido, en las de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de los hechos;

- b) informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten. En particular, prevé la norma que el detenido se oponga a la recogida de muestras mediante frotis bucal para obtener su ADN; en este caso, podrá ordenarla el Juez de Instrucción;

- c) entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se tome declaración por la Policía, el M. Fiscal o el Juez.

Además de estos dos arts., la LO 13/2015, reforma también los preceptos relativos a la detención o prisión provisional incomunicada, exigiendo que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona; b) la necesidad de actuar para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.

Son circunstancias más genéricas que las específicas que contenía el art. 509: riesgo de fuga, actuación contra bienes jurídicos de la víctima, ocultación de pruebas, reiteración delictiva.

Además, la nueva Ley suprime el último inciso del art. 509.2, relativo a que el Juez pueda acordar un segundo período de incomunicación en los casos de prórroga de la incomunicación acordada para los supuestos de bandas armadas o individuos terroristas. Y en ningún caso podrán ser objeto de detención incomunicada los menores de 16 años.

Y modifica el art. 527, para regular pormenorizadamente cómo se ha de hacer y transcurrir la incomunicación (Auto motivado, el Juez controlará las condiciones de la incomunicación, los reconocimientos médicos al incomunicado se realizarán con una frecuencia de al menos dos reconocimientos por día).

### **Disposición derogatoria única.**

Se derogan expresamente (ya lo venía haciendo la Jurisprudencia: STS de 5 de octubre de 2001) los arts. 387 y 395 LECrim. Estos artículos contrastan frontalmente con el derecho fundamental de los investigados o encausados a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. Por tanto, ni se les puede exhortar a decir verdad, ni advertirles que deben responder de manera precisa y clara y conforme a la verdad a las preguntas que le fueren hechas (art. 387). Además, el procesado, investigado o encausado, podrá excusarse de contestar las preguntas que le dirijan.

Finalmente, una cuestión menor, pero que tiene su importancia; la reforma establece **la sustitución de términos**.

El epígrafe V de la Ley dice que la reforma “*tiene por objeto adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales, y, en particular, eliminar determinadas expresiones... tales como imputado o reo, con las que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas, y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible... evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esas expresiones*”. Para ello –sigue argumentando la Exposición de Motivos– se ha de proceder a la sustitución de los vocablos imputado y reo por otros más adecuados como son investigado y encausado. De esta manera, “el vocablo ‘investigado’ servirá para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito; mientras que con ‘encausado’ se designará, de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo”. Y añade algo que no se contenía en el Proyecto (sin duda por apreciar la incoherencia que la

sustitución de vocablos producía): *“En todo caso, esta sustitución no afecta a otras nomenclaturas empleadas para definir al investigado o encausado por su relación con la situación procesal en que se encuentra. Así, se mantienen los términos “acusado” o “procesado”, que podrán ser empleados en forma indistinta al de “encausado” en las fases oportunas”.*

Y a estos efectos, el art. 21 de la Ley 13/2015 procede a la sustitución de dichos nombres en una serie de artículos, donde el imputado será sustituido por investigado o encausado, según corresponda.

La cuestión, además de parecerme de índole absolutamente menor (no se necesitaba una reforma urgente y parcial para abordar una cuestión terminológica que estaba más o menos admitida generalmente por todos), me resulta bastante chocante; e, incluso, productora de confusión.

En efecto, hasta ahora es verdad que se venía dando la absurda situación de que en el Procedimiento Ordinario por delitos graves (el único que originariamente conocía la LECrim.) la formal atribución de un hecho delictivo a una determinada persona, por resultar del sumario indicios racionales de criminalidad, se realizaba a través del Auto de procesamiento. A partir de ese momento, el sospechoso pasa a ser procesado, con las obligaciones y derechos que la propia Ley le atribuía.

Suprimido el auto de procesamiento por la Ley de 28 de diciembre de 1988 en el Procedimiento Abreviado, se advirtió un vacío conceptual que hubo de ser llenado por la importantísima Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990 que, en este sentido, declaró que *“el Juez de Instrucción, en cualquier caso, está siempre obligado a determinar, dentro de la fase instructora... quién sea el presunto autor del delito, a fin de citarlo personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa... y tomarle declaración”.* Por eso, sigue diciendo esta Sentencia, *“de la anterior afirmación se desprende... la lógica consecuencia de que la acusación no pueda... dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputado”.* Y si esta función en el proceso común se realiza a través del procesamiento, *“en el proceso penal abreviado, suprimido el procesamiento, dicha función debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial”.*

Por tanto, y por resumir, la situación actual es la siguiente: tanto en el Proceso Ordinario como en el Abreviado se necesita, como presupuesto de procedibilidad para celebrar el juicio oral, una imputación formal por parte

del Juez Instructor de determinado delito a determinada persona. Y esto se lleva a cabo a través, bien del procesamiento en el proceso ordinario, bien a través de la imputación formal en el proceso abreviado, según se desprende de los arts. 775 en relación con el art. 779.4, respectivamente.

De este modo, durante la fase de investigación (sumario o diligencias previas) la persona a la que en principio se atribuía la participación en un hecho delictivo era un “sospechoso”, hasta tanto no existía una imputación formal por parte del Juez Instructor. En ese momento pasaba a ser procesado o imputado; porque motivadamente el Juez advertía “indicios racionales de criminalidad”.

Ahora, con la reforma, se dice que al que antes se denominaba sospechoso, ahora se le ha de llamar “investigado”; y ello hasta que el Juez le impute formalmente el haber participado en un hecho delictivo concreto, en cuyo caso se le denominará “encausado”. Lo que quiere el Legislador es borrar la “connotación negativa y estigmatizadora” de la expresión “imputado”.

El juicio que me merece semejante ocurrencia legislativa no puede ser más negativo. En primer lugar, porque cuando se vaya repitiendo la expresión “investigado o encausado” para designar la persona a la que se le imputa formalmente la comisión de un delito, esa “connotación negativa y estigmatizadora” se desplazará de una expresión a otra, porque el concepto a que se refieren ambas es el mismo: la atribución formal de la comisión de un delito, porque existen indicios racionales de criminalidad. Para este viaje no se necesitan alforjas.

En segundo lugar, porque con este parche absurdo se van a producir muchos desajustes técnicos, algunos de los cuales menciono a continuación:

a) Según el razonamiento del Preámbulo de la Ley, en el epígrafe V citado, el pase de un “investigado” a “encausado” se produce porque “*la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto*”. La pregunta surge de inmediato: ¿por qué una vez concluida la instrucción de la causa?. La causa estará concluida o no cuando se imputa formalmente a esa persona la condición de encausado; es más, lo usual será que la causa no esté concluida, sino en plena actividad. No alcanzo a comprender lo que el Proyecto quiere expresar; ¿acaso que durante toda la instrucción el sometido a investigación judicial es un investigado aunque sobre él pesen indicios graves de criminalidad; aunque en terminología de la propia Ley “se le impute la comisión de un delito”; aunque se adopten frente a él medidas de aseguramiento tan graves como una prisión preventiva?

Si lo anterior es correcto, se dará la absurda situación de que, por ejemplo, en el caso en que el Juez instructor adopte la prisión provisional contra una persona, esta, por expresa dicción del art. 502 seguiría siendo un investigado (no como ahora, un imputado). O en el supuesto del art. 509 bis, seguiría siendo un investigado aquella persona contra la que resulta la imputación de un delito, de modo que “se pondrá inmediatamente aquella imputación en conocimiento de los presuntamente inculpados”... Quiero decir con esto que, según la explicación que se da para sustituir la expresión “imputado” por “investigado”, ¡es negativo y estigmatizador que se le denomine “imputado” a aquel sujeto que se somete a una medida cautelar tan invasiva y estigmatizadora como es la prisión provisional; Es un preso provisional, pero no se le puede llamar imputado porque ello comporta una expresión estigmatizadora...

b) Por otra parte, a tenor de esta novedosa terminología, contaremos con varias denominaciones del sujeto pasivo del proceso según el tipo de proceso, sin que estas diversas denominaciones obedezcan a clarificación conceptual alguna.

En el proceso ordinario: desde que se atribuye la comisión de un delito a una determinada persona, es un investigado. Cuando el Juez dicta un auto de procesamiento contra ella por entender que hay indicios racionales de criminalidad, se le puede llamar procesado. Cuando se termina la instrucción y se ordena proceder a los escritos de calificación provisional, es un encausado.

En el proceso abreviado: desde que se atribuye la comisión de un delito a una determinada persona, es un investigado; y como no hay procesamiento, se le llamará “investigado o encausado, según corresponda”. Pero si encausado se reserva para cuando, una vez concluida la instrucción de la causa, el Juez imputa formalmente la comisión de un delito, es inadecuado que en todos los supuestos del art. 762 se le denomine encausado (en vez de imputado) cuando la instrucción no está concluida, sino en plena adopción de diligencias de investigación.

## **B) Medidas de investigación tecnológicas.**

La Ley atiende también a la necesaria reforma de los mecanismos necesarios para la represión de un delincuencia nueva, ligada al uso de las nuevas tecnologías, que exigen unas medidas de investigación adecuadas.

Porque se trata de ciertas medidas de investigación que inciden en los derechos constitucionalmente reconocidos en el art. 18 CE, se exige su regulación por Ley Orgánica.

En este sentido, el Título VIII del Libro II sugiere una completa revisión con el fin de atender a la inaplazable regulación de las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal, que ya aconsejó el Tribunal Constitucional. De este modo:

– se reforma la rúbrica del Título VIII, que pasa a definirse como “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución”;

– se da cobertura legal a las medidas de investigación tecnológicas, necesitadas de urgente regulación, para atender así a las exigencias constitucionales en cuanto invasivas de derechos fundamentales.

El Tít. VIII se divide en diez Capítulos:

Los tres primeros se conservan como están, recogiendo las medidas existentes de entrada y registro en lugar cerrado; registro de libros y papeles; y detención y apertura de la correspondencia. Pero con dos novedades:

- el art. 579, relativo a la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica se actualiza, y se saca de este precepto la regulación de la intervención de las comunicaciones telefónicas, que se van a regular extensamente en capítulo aparte;

- se crea un art. 579 bis, para recoger el tratamiento procesal de los denominados “hallazgos casuales”, que ya venían siendo objeto de tratamiento por la Jurisprudencia.

Los siguientes Capítulos del Libro II (del Cuatro al Diez) se dedican a la regulación minuciosa de las siguientes medidas:

- interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas;
- captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos;
- utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen;
- registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información;
- registro remoto sobre equipos informáticos.

Sobre todas estas medidas, que inciden en el derecho a la intimidad e imagen de las personas, la Ley recoge sistemáticamente los requisitos de constitucionalidad, que ya venía exigiendo la Jurisprudencia, y las regula de modo completo y sistemático.

Para la adopción de estas medidas se requiere:

- que esté tramitándose la instrucción de una causa penal;
- que medie autorización judicial, dictada con sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida; definiendo el art. 588 bis a, cada uno de estos principios rectores.

No me extiendo sobre estas medidas, que van a ser objeto de exposición detallada por la Profesora Aige, que me sigue en el uso de la palabra.

**QUINTA: Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim. para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.** Entrada en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE, es decir, el 6 de diciembre de 2015.

Esta Ley –complementaria de la anterior orgánica de la misma fecha– regula las cuestiones procesales que no requieren desarrollo por Ley Orgánica.

Se trata de un conjunto de medidas que abarcan:

- disposiciones para la agilización de la justicia penal (evitar dilaciones);
- regulación del proceso de decomiso autónomo;
- instauración general de la segunda instancia para todo tipo de procesos;
- ampliación del recurso de casación;
- reforma del recurso extraordinario de revisión.

**A) Agilización de la justicia penal,** con el fin de evitar dilaciones indebidas. Para ello:

– Se reforma la norma sobre conexidad. La acumulación por conexión (arat. 17) sólo se producirá cuando el Juez Instructor estime que, concurriendo alguna de las circunstancias tasadas, el conocimiento de los asuntos por separado no resulte más aconsejable.

La simple analogía o relación entre los delitos cometidos por la misma persona no constituye causa de conexión; y sólo se justifica la acumulación cuando, a instancia del M. Fiscal, el Juez lo considere conveniente para el esclarecimiento de los hechos y determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

– Los atestados policiales sin autor conocido se conservarán por la Policía Judicial a disposición de Jueces y Fiscales, y no dará lugar a apertura de diligencias: art. 284, salvo que se trate de delitos especialmente graves (contra la vida, integridad física, libertad o indemnidad sexual, o delitos de corrupción); o que la Policía practique alguna diligencia transcurridas 72 horas con resultado; o que el M. Fiscal o el Juez solicite la remisión del atestado.

– Plazo para la instrucción: art. 324 LECrim. Se fija un plazo máximo de 6 meses para instrucciones sencillas, y 18 meses para causas complejas (grupos organizados, pluralidad de hechos punibles, pluralidad de investigados...).

Se prevé la prórroga de estos plazos a instancia del M. Fiscal y de cualquiera de las partes personadas.

Transcurrido el plazo (y su prórroga, en su caso) el Juez de Instrucción adoptará la decisión que proceda: que se pase a la fase intermedia o que se sobresean las actuaciones.

El tiempo en que la causa se declare secreta, se resta del plazo asignado.

Como cláusula de cierre, se prevé que el agotamiento de los plazos no dará lugar al archivo automático de las actuaciones (a no ser que se den los presupuestos para acordar el sobreseimiento libre o provisional). Es decir, que salvo que se den los presupuestos del sobreseimiento, el transcurso de los plazos y sus prórrogas dará lugar a que se pase a la fase intermedia.

– Se crea un proceso por aceptación de decreto (procedimiento monitorio penal), para delitos de escasa gravedad, que consiste en establecer un cauce de resolución anticipada de la causa (antes de que concluya la fase de instrucción), a instancia del M. Fiscal, el cual propone al Juez la sentencia y la pena correspondiente. Para ello, se añade un Título III bis del Libro Cuarto: procesos especiales. Art. 303 bis, el cual prevé que se pueda acudir a este proceso cuando se den los siguientes requisitos:

- delitos castigados con pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, o de prisión de hasta un año, o privación del derecho a conducir;

- que el M. Fiscal entienda que la pena en concreto es multa o trabajos en beneficio de la comunidad, o privación del derecho a conducir;
- que no se haya personado Acusación Particular o Popular.

Si se dan estos requisitos, el M. Fiscal propondrá la pena reducida en un tercio.

El procedimiento es sencillo: el decreto de M. Fiscal se remite al Juzgado de Instrucción, que lo autorizará si se cumplen los requisitos vistos. El auto de autorización del Juez se notificará al encausado, y se le citará a comparecencia, acompañado de Abogado. Si el encausado acepta la propuesta de pena, el Juez “le atribuirá el carácter de resolución judicial firme”, dictando en tres días la sentencia condenatoria, que no será susceptible de recurso.

Si el decreto de propuesta de pena no es autorizado por el Juez o no es aceptado por el encausado, o si el encausado no comparece a la cita judicial, se proseguirá el procedimiento por delito leve.

**B) Creación de un Proceso de decomiso.** Para ello, se introduce un Título III ter, en el Libro Cuarto, art. 803, ter.

El Código Penal, en su última reforma, ya introdujo una modificación del decomiso. Ahora, el art. 803 ter LECrim. regula un proceso de decomiso autónomo, exigido por la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014.

- Se prevé la intervención en el proceso penal del tercero que pueda resultar afectado por el decomiso (por ser titular del bien o derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita) sólo en cuanto a los aspectos que afecten directamente a los bienes.

Si el tercero llamado no comparece, se declarará su rebeldía.

- Se prevé el procedimiento de decomiso autónomo en casos en que el Fiscal se limite a solicitar el decomiso, o cuando el autor del hecho punible haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacitado para comparecer en juicio.

- El procedimiento que se sigue es el del juicio verbal civil, con las especiales que prevé el art. 803 ter.

La acción de decomiso será ejercitada exclusivamente pro el M. Fiscal.

**C) Se generaliza la segunda instancia en todo tipo de procesos penales** (art. 14.5 del PIDCP), de modo que todas las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional serán apelables ante la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional; así como los autos definitivos de falta de jurisdicción o de sobreseimiento libre.

Para ello, se introduce un nuevo art. 846 ter.

Además, se modifican los arts. 790 y 792 LECrim., en el siguiente sentido:

- si la parte acusadora apela la sentencia alegando error en la valoración de la prueba (para pedir que se anule la sentencia absolutoria o que se agrave la condenatoria), deberá justificar: la falta de racionalidad en la motivación fáctica de la sentencia; el apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia; o la omisión de todo razonamiento sobre pruebas relevantes o sobre pruebas declaradas nulas improcedentemente;

- la sentencia no podrá condenar al encausado absuelto en la primera instancia ni agravar la condena impuesta, por error en la apreciación de las pruebas. Pero sí podrá ser anulada la sentencia de primera instancia, devolviéndose las actuaciones al órgano “a quo” y concretando si la nulidad se extiende al juicio oral y si se ha de dar una nueva composición al órgano de primera instancia;

- la sentencia dictada en el recurso de apelación podrá ser susceptible de recurso de casación, en los términos en que ésta se prevea.

**D) Se generaliza el recurso de casación por infracción de ley** (sólo en el caso del nº 1 del art. 489), para que exista doctrina de la Sala Segunda del TS en todas las materias, contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional: art. 847;

- se prevé el recurso de casación por infracción de ley (sendos motivos del art. 489) y por quebrantamiento de forma contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los TTSSJJ (ya sea en única instancia, o en apelación), y las dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional;

- no procede recurso de casación contra las sentencias que declaren la nulidad de las sentencias recaídas en la primera instancia;

- las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no son susceptibles de recuso de casación por infracción de ley basado en error en la apreciación de la prueba, ni por quebrantamiento de forma. Sólo por infracción de ley sustantiva;

- en cuanto a los autos, el art. 848 prevé que sólo por infracción de ley, aquellos autos para los que la ley lo autorice de modo expreso, y los dictados por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial cuando pongan fin al procedimiento por falta de jurisdicción o por sobreseimiento libre;

- en cuanto a la denegación del recurso de casación (que la Ley prevé que se adopte en forma de auto, y que se acuerde por unanimidad), el art. 848 prevé una excepción: si el recurso se basa en infracción de ley sustantiva y está interpuesto contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se podrá acordar por providencia sucintamente motivada si hay unanimidad en entender que carece de interés casacional.

**E) Recurso de revisión:** se modifica el art. 954, y se añaden nuevos supuestos a la revisión de sentencias firmes:

- contradicción de la sentencia dictada por un Tribunal penal con la posterior dictada por un Tribunal no penal;

- sentencia dictada por el TEDH reconociendo la violación de un derecho fundamental reconocido en el CEDH, siempre que la violación entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo.

**F) Procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves** (antiguas faltas). El procedimiento ya se previó en la LO1/2015, de reforma del Código Penal.

También sobre este grupo de reformas seguirá en esta mesa redonda una detallada exposición por parte del Magistrado Sr. Izquierdo Téllez, por lo que omito mayor explicación.

## VII.- 2. LAS NUEVAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

M<sup>a</sup> Belén Aige Mut

**SUMARIO: 1. Introducción; 2. El agente encubierto informático; 3. La interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas; 4. La captación y grabación de comunicaciones orales por dispositivos electrónicos; 5. Los dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen; 6. El registro de dispositivos de almacenamiento masivo; 7. El registro remoto sobre equipos informáticos; 8. Conclusión final.**

### 1. INTRODUCCIÓN

Con la aprobación de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, han sido aprobadas precisamente las nuevas diligencias de investigación tecnológica.

Estas diligencias suponen una novedad muy importante y un avance muy necesario que debía tomar la vetusta LECrim para adaptarse a las nuevas realidades, que afectan tanto a la forma de cometer los delitos como a los propios delitos, pero que también pueden favorecer muchísimo a la investigación de los “delitos tradicionales”.

En concreto, quiero empezar haciendo referencia a la Memoria de la Fiscalía del año 2015<sup>1</sup> que refleja el aumento de la criminalidad informática,

---

1.- Dicha memoria puede consultarse en la siguiente página web:  
[https://www.fiscal.es/memorias/memoria2015/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2015/FISCALIA_SITE/index.html)

que se sitúa en un total de 20.534 delitos para el año 2014, lo que supone un incremento del 71,21% respecto del año 2013 y un incremento del 210% respecto al año 2011. En estos porcentajes el delito preponderante es el de la estafa informática que ocupa un 84% de las denuncias. En el mismo sentido, el anuario estadístico del Ministerio del Interior<sup>2</sup> indica que de un total de 49.966 ilícitos, 32.842 corresponden a los fraudes informáticos, constituyendo así un 65,7% del total (y siendo los más frecuentes los relativos a las estafas bancarias o con tarjeta de crédito). También es de destacar que del total de delitos, han sido esclarecidos unos 17.948, lo que constituye aproximadamente un 36% de los mismos<sup>3</sup>.

Es por todo ello precisamente por lo que es muy importante la creación de nuevas formas de investigación y averiguación para este tipo de delitos. Estas diligencias relacionadas con las nuevas tecnologías por fin son una realidad, y aparecen recogidas en la mencionada LO 13/2015, siendo las siguientes:

- 1) Agente encubierto informático
- 2) Interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas
- 3) Captación y grabación de comunicaciones orales por dispositivos electrónicos
- 4) Dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen
- 5) Registro de dispositivos de almacenamiento masivo
- 6) Registro remoto sobre equipos informáticos

Menos la primera de ellas, relativa a la modalidad del nuevo agente encubierto informático, el resto están sometidas a unas disposiciones comunes, recogidas en el Art. 588 bis a), que se resumen en que todas requieren autorización judicial basada en los principios de especialidad (esto es, investigación de delitos concretos), idoneidad (definiendo el ámbito objetivo y subjetivo, así como su duración), excepcionalidad y necesidad de las medidas (solamente aplicables cuando no estén a disposición otras medidas menos gravosas y además sean realmente necesarias para la investigación),

---

2.- Al cual se puede acceder en la siguiente dirección: <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas-anuarios-y-revistas/anuario-estadistico-del-ministerio-del-interior>.

3.- En este sentido, el Presidente de la Audiencia Nacional señaló en unas declaraciones en el Congreso Internacional de Derecho Procesal “Retos y exigencias de la justicia (las reformas que nos vienen y las reformas necesarias)”, celebrado en Elche los días 28 y 29 de octubre de 2015, que normalmente solo el 5,1% de los delitos cibernéticos son averiguados (esto es, uno de cada veinte).

así como la proporcionalidad a la hora de decidir adoptarlas (ponderando el sacrificio de los derechos e intereses afectados con el beneficio para el interés público y el de terceros).

Asimismo, destacar que todas estas diligencias que vamos a comentar a continuación están vigentes desde el 6 de diciembre de 2015, a tenor de la Disposición Final Cuarta de la LO 13/2015.

A continuación vamos a analizar brevemente cada una de ellas:

## 2. EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO

Esta nueva modalidad se regula en el Art. 282 bis apartados 6 y 7. A diferencia del agente encubierto tradicional, este requiere de autorización únicamente por parte del juez de instrucción, no por parte del Ministerio Fiscal, y específicamente realizada, para los delitos a que se refiere el apartado 4 del Art. 282 bis<sup>4</sup> o cualquiera de los recogidos en el Art. 588 ter a)<sup>5</sup>. Se puede observar, por tanto, que esta nueva regulación del agente encubierto informático amplía los tipos delictivos respecto a los ya existentes para el agente encubierto tradicional (es decir, aquellos relacionados con la delincuencia organizada), dando de este modo un mayor campo de actuación y superando la idea de *numerus clausus* del agente encubierto tradicional<sup>6</sup>.

Asimismo, en el marco de esta medida el juez además podrá autorizar para la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones. Con ello estaríamos entrando en conexión con la diligencia de interceptación de comunicaciones, entre otras. Precisamente por ello, junto con otros motivos, se observa que esta figura supone un plus de lesividad al derecho a la

---

4.- Esto es, delitos relacionados con la delincuencia organizada, que serían los siguientes: delitos de obtención y tráfico de órganos, secuestro, trata de seres humanos, prostitución, delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico, relativos a la propiedad intelectual e industrial, contra los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos extranjeros, delitos de tráfico de especies o de flora o fauna amenazada, delitos de falsificación de moneda, tráfico de armas, terrorismo, delitos contra el patrimonio histórico.

5.- Son aquellos delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de al menos 3 años de prisión, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, delitos de terrorismo y delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología.

6.- Se viene a superar, de este modo, el problema de elaborar una lista tasada, problema que ya era señalado por BUENO DE MATA, F., "El agente encubierto en internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia", Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso de Derecho Procesal (I Internacional), A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011 (Ana María Neira Pena, coord.), 2012, versión digital obtenida de la página web: <http://ruc.udc.es/xmlui/handle/2183/9179>.

intimidad y secreto de las comunicaciones que realiza el agente encubierto<sup>7</sup>, es por ello por lo que se ha querido que la autorización en este caso fuera exclusivamente judicial y sin posibilidad de otorgarla el Ministerio Fiscal.

### 3. LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS

Esta diligencia se podrá adoptar a través de autorización judicial para los delitos recogidos en el Art. 579.1<sup>8</sup> así como aquellos delitos cometidos a través de instrumentos informáticos u otra tecnología. En este catálogo que recoge la ley, hay que destacar precisamente esta última precisión realizada en el Art. 588 ter a) *in fine* a “delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación”, pues como señala ORTIZ PRADILLO “la Ley utiliza terminología intencionalmente imprecisa”<sup>9</sup>, para dejar abierta la puerta al estado cambiante de las nuevas tecnologías que siempre van a avanzar más rápido que el proceso legislativo.

Nos llama mucho la atención de que dentro del catálogo de delitos para los cuales se incluye la medida se tiene en cuenta el factor de que para la comisión de un hecho delictivo se hayan utilizado las nuevas tecnologías. En este caso podríamos estar hablando perfectamente de delitos de escasa relevancia (de hecho, como hemos señalado en la introducción, en la mayoría de los casos los delitos informáticos son de estafa, y esta puede ser a gran escala o para casos de pequeña delincuencia), y parece un poco

---

7.- Como acertadamente apuntó, VALIÑO CES, A., “La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la ley orgánica 13-2015”, en la comunicación realizada al *Congreso Internacional de Derecho Procesal “Retos y exigencias de la justicia (las reformas que nos vienen y las reformas necesarias)”*, celebrado el 28 y 29 de octubre de 2015 en Elche, y que puede consultarse en la página web: <http://congresoexigenciasjusticia.umh.es/comunicaciones-y-ponencias/>

8.- Los ya mencionados delitos dolosos castigados con pena máxima de al menos 3 años de prisión, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y delitos de terrorismo.

9.- ORTIZ PRADILLO, J.C., “Desafíos legales de las diligencias tecnológicas de investigación”, ponencia presentada en la mesa redonda *Medios de investigación tecnológica, del Congreso Internacional de Derecho Procesal “Retos y exigencias de la justicia (las reformas que nos vienen y las reformas necesarias)”*, celebrado en Elche los días 28 y 29 de octubre de 2015. En dicha ponencia señaló también que precisamente por el uso de esa terminología imprecisa, no es extraño encontrarnos en la Ley con vocablos como “dispositivos”, “algoritmos”, “software” que siempre se mencionan de acuerdo con el estado de la tecnología, evidentemente para cumplir con la constante evolución y salvaguardar en la medida de lo posible la continua obsolescencia legal.

chocante que se utilice una medida tan gravosa solamente por ese nexo de conexión<sup>10</sup>.

En casos de urgencia (como por ejemplo delitos de terrorismo) cabe la autorización por el Ministro del Interior o el Secretario de Estado que deberán comunicarlo en un plazo máximo de 24 horas al juez de instrucción a fin de que este confirme o revoque la medida en el plazo de 72 horas.

Esta diligencia también podrá autorizar el acceso al contenido de la comunicación así como a los datos de tráfico, que son los que se generan como consecuencia de la conducción de una comunicación a través de la red de comunicaciones (por ejemplo el IMSI, IMEI, titular, número...). Esta posibilidad es muy importante porque en ocasiones puede ser incluso más valiosa la obtención de estos datos que del propio contenido de la comunicación.

La medida estará sometida a un control realizado mediante la transcripción de los pasajes de interés así como la entrega de las grabaciones íntegras (indicando su origen y destino), siempre asegurando su autenticidad e integridad a través de la firma electrónica avanzada (u otro sistema de sellado o adveración suficientemente fiable; por lo tanto observamos con esta última expresión que la ley vuelve a dejar la puerta abierta al avance de las tecnologías y no se pilla los dedos con definiciones demasiado excluyentes, como ya apuntábamos anteriormente).

Precisamente esta referencia legal a la firma electrónica avanzada (u otro mecanismo similar), es bastante novedosa y acertada, puesto que en leyes similares, como la LEC, tanto en el ámbito probatorio como en los mecanismos de inicio del procedimiento (por ejemplo el Art. 812 relativo al procedimiento monitorio) no se recoge la referencia a sistemas que proporcionen la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos.

---

10.- En este mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ NAVARRO, A. para el supuesto de la diligencia de registro remoto de equipos informáticos, cuando indica que *“se equipara el hecho de que para la comisión del hecho delictivo se hayan utilizado las nuevas tecnologías con que para la investigación de los hechos (que perfectamente pueden ser de escasa relevancia, pues nada especifica el precepto en sentido contrario) se utilice una medida tan gravosa como la que aquí se estudia”*, en GONZÁLEZ NAVARRO, A., “Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación criminal: las regulaciones española y alemana”, comunicación presentada en el *Congreso Internacional de Derecho Procesal “Retos y exigencias de la justicia (las reformas que nos vienen y las reformas necesarias)”*, celebrado el 28 y 29 de octubre de 2015 en Elche, que puede consultarse en la página web: <http://congresoexigenciasjusticia.umh.es/comunicaciones-y-ponencias/>

Para finalizar con esta diligencia, respecto a su duración se establece por un periodo de 3 meses, prorrogables por iguales plazos hasta un máximo de 18 meses.

#### **4. LA CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES POR DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS**

Esta medida se adopta, como todas las diligencias que estamos comentando, a través de autorización judicial. La citada diligencia se podrá completar con la obtención de imágenes si se autoriza específicamente en la resolución, conectando de esta manera con la diligencia de captación de imagen. Es más, incluso podría hablarse de que incluye a su vez una verdadera diligencia de captación de imágenes en lugar cerrado, que no se incluye dentro de la diligencia de captación de imágenes propiamente dicha, que como veremos a continuación hace referencia exclusivamente a espacios abiertos o lugares públicos.

En cuanto a su adopción, se realizará siempre que existan indicios suficientes y se cumplan los siguientes requisitos:

- que se vayan a obtener datos esenciales de relevancia probatoria, y
- que sea para la investigación de uno de los delitos siguientes: delitos dolosos con pena máxima de al menos 3 años, delitos cometidos en el seno de grupos u organizaciones criminales o delitos de terrorismo.

Respecto al control de la medida, el mismo se hará a través del control de los originales o copias, así como de la transcripción de los mismos.

#### **5. LOS DISPOSITIVOS DE SEGUIMIENTO, LOCALIZACIÓN Y CAPTACIÓN DE LA IMAGEN**

Cuando nos referimos a esta diligencia, en realidad estamos hablando de dos diligencias diferentes:

- 1) La grabación o captación de imágenes en lugares o espacios públicos, que la podrá realizar directamente la Policía Judicial. Observamos que no hace referencia a los espacios cerrados, para los cuales habría que acudir a la diligencia de captación y grabación de comunicaciones orales por dispositivos electrónicos.

2) La utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización, que requiere de nueva autorización judicial de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, y siempre especificando el medio técnico por el cual se va a realizar. En casos de urgencia sí podrá adoptarlo la Policía Judicial directamente, pero con la obligación de dar cuenta al juez de instrucción en el plazo máximo de 24 horas, para que confirme o revoque en el mismo plazo de 24 horas.

En este caso, por tanto, la verdadera diligencia restrictiva de derechos fundamentales sería la segunda, la colocación de dispositivos de seguimiento y localización. Con respecto a su plazo de duración será de 3 meses, prorrogables por periodos iguales hasta un máximo de 18 meses. Y en cuanto a su control, la Policía entregará el original o la copia siempre que sea solicitada por el juez durante la investigación y, en todo caso, siempre al terminar la misma.

## **6. EL REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO**

Dicho registro podrá llevarse a cabo con motivo de un registro domiciliario o incluso fuera del mismo, requiriendo en todo caso autorización judicial específica así como una nueva autorización para el acceso a su contenido. En casos de urgencia se podrá adoptar por la Policía Judicial, que deberá comunicarlo al juez de instrucción en el plazo de 24 horas para que pueda confirmar o revocar su adopción en el plazo de 72 horas.

Esta diligencia hace referencia al registro de ordenadores, dispositivos de almacenamiento masivo, instrumentos de comunicación telefónica o telemática y acceso a repositorios telemáticos de datos. Esto es, gracias a ella podremos acceder al contenido de los USB, discos duros portátiles, ordenadores (tanto portátiles como de sobremesa) y teléfonos móviles.

Respecto a estos últimos hay que hacer una especial referencia, puesto que a día de hoy los teléfonos móviles tienen una característica particular, y es que son “inteligentes”, lo que conocemos como Smartphone. Ello significa que un mismo dispositivo puede realizar multitud de funciones que realizarían también otros instrumentos independientes, por ejemplo puede servir como cámara de fotos, agenda personal, GPS, email, teléfono... lo que hace que puedan converger en el mismo varios derechos: por una parte el derecho a la intimidad (privacidad) del Art. 18.1 CE y por otra parte el derecho al secreto de las comunicaciones del Art. 18.3 CE, lo que conlleva que puedan converger también dos tipos de diligencias diferentes, la propia del registro

de dispositivos de almacenamiento masivo y la diligencia de interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas (e incluso podríamos hablar también de la diligencia de seguimiento y localización).

El problema que se puede plantear al converger ambas diligencias es el de si bastaría con la adopción de una de ellas para el acceso a todo su contenido o por el contrario se requeriría la adopción de ambas. Para ello se deben comparar las previsiones de cada una para ver si son las mismas o si se incluyen unas dentro de otras.

En este sentido, en cuanto al contenido mínimo de la resolución, control de la misma... serían iguales. Evidentemente, y por la naturaleza de cada una de ellas, la duración no se contempla para el registro de dispositivos de almacenamiento masivo pero sí para la interceptación de comunicaciones, pero eso no conllevaría mayor problema. Donde sí se aprecia una discrepancia relevante es en el tema de la autorización judicial necesaria, puesto que para la interceptación de las comunicaciones únicamente se podrá adoptar para los delitos del Art. 579 así como los cometidos por soportes informáticos, mientras que para la diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo en principio se adoptaría para cualquier tipo de delito (al no contener ninguna previsión en contrario) pero además esta autorización debería ser específicamente motivada, tanto para el registro del dispositivo como para el acceso a su contenido.

Por lo tanto, se puede observar que al no coincidir la autorización judicial en ambas, una misma autorización judicial no podría sustentar la adopción de esas dos diligencias.

La solución en este supuesto dependería del contenido al cual quisiéramos acceder del Smartphone, así en el caso de contenidos que afectasen únicamente al derecho a la intimidad (como por ejemplo la agenda, las fotos, las notas...) bastaría con la adopción de la diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo, mientras que cuando se quiera acceder a contenidos que afectan al derecho al secreto de las comunicaciones (como por ejemplo los SMS, registros de llamadas, Whatsapp, emails...) deberíamos adoptar la diligencia de interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, para así en cualquier caso salvar el contenido obtenido como prueba lícita en el proceso<sup>11</sup>.

---

11.- Al respecto, AIGE MUT, M.B. "El actual proceso de modernización de la Administración de Justicia: especial referencia a la nueva diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo", comunicación realizada para el *Congreso Internacional de Derecho Procesal "Retos y exigencias de la justicia (las reformas que nos vienen y las reformas necesarias)"*, celebrado el 28 y 29 de octubre de 2015 en Elche, y que puede consultarse en la página web: <http://congresoexigenciasjusticia.umh.es/comunicaciones-y-ponencias/>

Encontrar una solución es muy importante, puesto que en España, de una población registrada que ronda los 47 millones de habitantes según el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior<sup>12</sup>, ya contamos con más de 50 millones de móviles<sup>13</sup>. De este modo, España se incluye en los países más relevantes en cuanto a la penetración de “smartphones” con un 81% de teléfonos inteligentes sobre el total de móviles, según informe de la Fundación Telefónica<sup>14</sup>. Con lo cual, podemos imaginar, al contrastar los datos anteriores, que existen a día de hoy unos 40 millones de smartphones en España<sup>15</sup>.

Lo realmente relevante de estos datos es que en la mayoría de ocasiones la información que se contiene en los citados dispositivos es incluso mayor que la que se puede encontrar en un domicilio<sup>16</sup>, pudiendo provocar un mayor intrusismo en la privacidad de las personas.

## 7. EL REGISTRO REMOTO SOBRE EQUIPOS INFORMÁTICOS

Este registro se podrá autorizar para los siguientes delitos: cometidos en el seno de organizaciones criminales, delitos de terrorismo, delitos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, delitos contra

---

12.- Al cual se puede acceder, como se ha indicado anteriormente, en la siguiente dirección: <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas-anuarios-y-revistas/anuario-estadistico-del-ministerio-del-interior>.

13.- En fecha abril de 2015 el número de líneas de telefonía móvil superaba los 50 millones, según el observatorio nacional de las telecomunicaciones y la sociedad de la información (ONTSI), datos que se pueden consultar actualizados en la siguiente dirección de internet: [https://data.observatorio.es/analytics/saw.dll?Dashboard&PortalPath=/shared/Indicadores%20Destacados/\\_portal/Indicadores\\_destacados&Page=Telefon%C3%ADa%20fija%20y%20m%C3%B3vil](https://data.observatorio.es/analytics/saw.dll?Dashboard&PortalPath=/shared/Indicadores%20Destacados/_portal/Indicadores_destacados&Page=Telefon%C3%ADa%20fija%20y%20m%C3%B3vil).

14.- Datos obtenidos de la noticia “España, líder europeo en penetración de ‘smartphones’”, publicada por el diario El Mundo con fecha 22 de enero de 2015, a la que se puede acceder a través del siguiente enlace: <http://www.elmundo.es/tecnologia/2015/01/22/54c0965c22601d656b8b456c.html>. Estos datos revelan el claro y rápido aumento que se ha producido con respecto a 2014, en el que los smartphones se situaban en un total de 53’7%, según indica la noticia titulada “Los teléfonos inteligentes ganan en España”, publicada por el diario ABC con fecha 29 de julio de 2014, y que se puede consultar en el siguiente enlace: <http://www.abc.es/tecnologia/20140729/rc-telefonos-inteligentes-ganan-espana-201407292059.html>.

15.- El citado informe al que hace mención la noticia de El Mundo, revela también que en España existen 23 millones de usuarios activos de aplicaciones, y que en el año 2014 más de 21,4 millones de españoles han accedido a Internet en movilidad. Ello significa que de los 40 millones de smartphones existentes, al menos la mitad, esto es 20 millones, se utilizan con todo su potencial de conectividad online.

16.- Como ha destacado acertadamente ORTIZ PRADILLO, J.C., “Desafíos legales de las diligencias tecnológicas de investigación”, Op. Cit., incidiendo en el hecho de que puede existir información en los teléfonos móviles de las personas que no se encuentra en la vida real y, por tanto, a la que no podríamos acceder con la adopción de una diligencia tradicional de entrada y registro, por ejemplo.

la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional o aquellos cometidos por instrumentos informáticos. La resolución autorizante deberá ser específica en cuanto a su contenido, y establecer su duración con el plazo máximo de un mes, prorrogable por periodos iguales hasta un máximo de 3 meses.

Se observa que esta nueva medida tiene un carácter muy restrictivo, tanto en cuanto a su ámbito de aplicación (delitos tasados) como a su plazo de duración (que es el más breve de los existentes para las nuevas medidas de investigación tecnológicas).

Es muy importante la incorporación de esta medida, puesto que la interceptación de las comunicaciones por internet puede en ocasiones aparecer con datos encriptados, por lo que se necesita un programa que descifre los mismos, pero ese programa al introducirlo en el ordenador podría afectar a otros derechos fundamentales de la persona investigada porque podría actuar como un programa espía, una especie de troyano federal<sup>17</sup> y por eso es muy importante contar con una norma habilitante que regule esta posibilidad de acceso remoto, pero a la vez con una serie de limitaciones y restricciones importantes.

## **8. CONCLUSIÓN FINAL**

Como conclusión a lo anteriormente expuesto, nos encontramos ante una reforma muy necesaria e importante que ayudará mucho a la investigación criminal y facilitará la correcta realización de unas diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales, que posteriormente no puedan revocarse por defectos legales ante el Tribunal Constitucional. La nueva regulación no tan solo es novedosa sino también exhaustiva y muy cuidada, aunque sin embargo, y como no puede ser de otro modo al tratar estos temas tan actuales, sigue siendo ambigua en determinados aspectos. Es evidente que tendremos que esperar a la interpretación y aplicación que realicen los Tribunales para poder extraer mayores conclusiones, pero al menos podemos partir de una base que anteriormente era inexistente pero que ya devenía ineludible.

---

17.- Como indica GONZÁLEZ NAVARRO, A., "Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación criminal: las regulaciones española y alemana", Op. Cit., que puede consultarse en la página web: <http://congresoexigenciasjusticia.umh.es/comunicaciones-y-ponencias/>

## **VII.- 3. LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL POR LA LEY 41/2015: LAS NUEVAS MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL Y DE FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES<sup>1</sup>**

**Carlos Izquierdo Téllez**

1.- Introducción. 2.- Las nuevas medidas de agilización procesal: 2.1.- La nueva redacción del artículo 17 de la LECrim y la regulación de la conexidad delictiva. 2.2.- La no remisión al Juzgado del atestado policial sin autor conocido. 2.3.- Los plazos máximos de la instrucción. 2.4.- El nuevo proceso por aceptación de decreto. 3.- Las nuevas medidas para el fortalecimiento de las garantías procesales: 3.1.- La nueva regulación de la apelación y segunda instancia. 3.2.- La nueva regulación del recurso de casación. 3.3.- La nueva regulación del recurso de revisión. 3.4.- La nueva intervención en el proceso de terceros que puedan resultar afectados por el decomiso y el procedimiento de decomiso autónomo. 4.- Bibliografía consultada.

### **1.- INTRODUCCIÓN**

Nuestro sistema de justicia penal se encuentra actualmente en un momento de profundo debate. Buena muestra de ello son los dos últimos intentos del prelegislador para la implantación de un nuevo modelo procesal penal, basado esencialmente en la atribución de la dirección de la investigación

---

1.- El presente trabajo recoge con mayor extensión la intervención en la mesa redonda titulada “*Recientes reformas del proceso penal*”, celebrada en Palma el pasado día 14.12.15. Dicha mesa, organizada por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de les Illes Balears y moderada por su Presidente, el Dr. Don Miquel Masot Miquel, contó con la intervención de la Dra. Doña Isabel Tapia Fernández, Catedrática del área de Derecho Procesal de la UIB, y de la Dra. Doña Belén Aige Mut, profesora de la misma área. A todos ellos quiero agradecer sus aportaciones y, en especial, su paciencia con el autor.

al Ministerio Fiscal<sup>2</sup>. La influencia de este modelo se percibe claramente en varios aspectos de la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –LECrím, en adelante- operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, sea con ocasión de dar nueva regulación a figuras jurídicas ya conocidas (como la conexidad delictiva), sea para establecer un régimen jurídico específico para ciertos atestados (su no remisión al Juzgado en caso de falta de autor conocido) o para los tiempos de la instrucción (los nuevos plazos máximos de instrucción), e incluso para crear algún proceso especial nuevo (como el denominado “Proceso por aceptación de decreto”). Sin embargo, como enseguida veremos, no en todos los casos la influencia del nuevo modelo del Fiscal investigador se adaptará bien a la regulación general de nuestra ya envejecida ley procesal penal, para la que la instrucción de las causas por delito sigue siendo competencia del Juez de Instrucción<sup>3</sup>.

Uno de los aspectos que sin duda más preocupan al legislador en el momento presente es el referido a la necesidad de agilización de la justicia penal, deseable por muchas razones y entre ellas una fundamental: el ideal de que la pena sea lo más próxima posible a la comisión del delito. Y si bien ello no resulta posible en los casos que podríamos denominar “complejos”, en muchos otros, seguramente la mayoría en términos cuantitativos, la tendencia es sin duda la de buscar la aceleración de los procesos y obtener su pronta resolución. Pero ello, naturalmente, sin que comporte una merma de garantías para las partes en general y para el investigado, encausado o procesado en particular.

Ya nos habíamos acostumbrado a los juicios rápidos (a celebrar en un plazo máximo de 15 días conforme al artículo 800.3 LECrím), a la conformidad inmediata en el Juzgado de Guardia (artículo 801 de la misma ley), al Principio de discrecionalidad reglada y hasta el de “oportunidad reglada” en manos del Ministerio Fiscal<sup>4</sup>. Ahora, mediante las últimas reformas legales se han venido a establecer nuevos mecanismos que, directa o indirectamente,

---

2.- Me refiero al Anteproyecto de LECrím de 2011 (del Ministro Caamaño) y al Borrador de Código Procesal Penal de 2013 –BCPP en adelante- elaborado por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012. En la Exposición de Motivos de este último se argumenta ampliamente sobre la justificación del modelo del Fiscal investigador.

3.- Debo advertir que todas las referencias hechas en este trabajo al Juez o Juzgado de Instrucción y al Juzgado de Guardia deben entenderse referidas también al Juez o Juzgado de Violencia sobre la Mujer para aquellos casos en que éste resulte competente de acuerdo con el artículo 87 ter 1 de la LOPJ.

4.- Ejemplos de ello son la regulación de la intervención del Ministerio Fiscal en la Jurisdicción de Menores y en la regulación del derogado Juicio de Faltas, actualmente Proceso por Delito Leve (arts. 962 y ss LECrím; en especial, la nueva redacción del art. 963.1.1<sup>ª</sup> LECrím, dada al mismo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal –BOE de 31 de marzo-).

procuran contribuir a esa agilización. Entre ellos, muy brevemente, cabría destacar los siguientes:

1.- La reciente reforma del Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, recoge expresamente la justicia restaurativa: mediación penal (consenso, negociación). La misma existe ya en otros países cercanos, como Portugal e Italia, y viene siendo impulsada especialmente por la Recomendación del Comité de Ministros N.º R (99) 19 sobre mediación penal, adoptada por el Comité de Ministros el 15 de septiembre de 1999.

2.- La reforma de la LECrim por la citada LO 1/2015 establece un proceso especial para el enjuiciamiento de los procesos por delito leve. Esta nueva regulación, contenida en el Libro VI de la LECrim (arts 962 y ss), entró en vigor el 1 de julio de 2015, sustituyendo la anterior regulación del Juicio de Faltas, contenido precisamente en el referido Libro, destinada a los procesos por falta; figura delictiva que desaparece del CP precisamente con la reforma operada por la citada ley orgánica<sup>5</sup>.

3.- El mayor protagonismo de la víctima: la reparación como condición para la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (además de la atenuación) y como condición que opera en la libertad condicional. A ello se añade toda la regulación de derechos, entre ellos los de carácter procesal, que resulta de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (LEVD en adelante)<sup>6</sup>.

4.- La ley 41/2015, de 5 de octubre, “de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales”<sup>7</sup>, establece por una parte cuatro medidas específicas dirigidas a la agilización de la justicia penal, que a continuación examinaremos, y por otra, con la misión de dotar de más y mejores garantías al justiciable, importantes modificaciones en la regulación del recurso de apelación contra resoluciones definitivas, el recurso de casación y el de revisión, así como una regulación específica de la intervención en el proceso penal de aquellos terceros que puedan resultar afectados por el

---

5.- Lo que ha generado no pocos problemas de interpretación. En especial, la consideración como delito leve, por aplicación de la norma del art. 13.4 del Código Penal, de delitos castigados con pena de multa cuyo mínimo legal es tres meses (y no tres meses y un día). A lo que se añade el hecho de que los delitos leves se encuentran ahora diseminados a lo largo de toda la Parte Especial del Código Penal, en lugar de figurar concentrados en su Libro III, de las faltas, que la LO 1/2015 deroga expresamente.

6.- BOE de 28 de abril. Dicha ley entró en vigor el pasado 28 de octubre de 2015.

7.- BOE de 6 de octubre. Dicha ley entró en vigor el pasado 6 de diciembre de 2015.

decomiso y un procedimiento específico denominado proceso de decomiso autónomo<sup>8</sup>.

## 2.- LAS NUEVAS MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL

2.1.- La nueva redacción del artículo 17 de la LECrim y la regulación de la conexidad delictiva.

La modificación de las reglas de conexidad entre delitos y su aplicación para la determinación de la jurisdicción y la competencia de los tribunales tiene una declarada finalidad aceleradora y agilizadora del proceso penal. La reforma se plantea aquí un doble objetivo. En primer lugar se pretende de evitar el actual automatismo en la acumulación de causas, del que se abusa con demasiada frecuencia en la práctica y que ralentiza su tramitación. Ahora la acumulación de los delitos conexos se concibe como una *posibilidad* que depende de dos circunstancias expresamente establecidas en la nueva redacción del artículo 17.1, párrafo segundo, a saber: que la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten *convenientes* para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes; y que ello no suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso. Y, en segundo lugar, se pretende evitar la complejidad que se genera en la tramitación de los llamados «macroprocesos», en los que muchas veces se acumulan temas heterogéneos, hay numerosos hechos y el número de personas implicadas es también elevado, todo lo cual dificulta la investigación y enjuiciamiento y da lugar a dilaciones en su tramitación.

El artículo 17.1 recoge en su párrafo primero la regla general conforme a la cual “cada delito dará lugar a la formación de una única causa”<sup>9</sup>. A continuación, y para lograr el doble objetivo antes mencionado, establece que los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa *cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes* salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso. Se comprende, pues, que a diferencia de la regulación

---

8.- Completa este panorama de recientes reformas legales afectantes al proceso penal la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica –BOE de 6 de octubre-.

9.- Regla en esencia coincidente con la que establecía el ahora derogado art. 300 LECrim al decir “*cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un solo sumario*”.

que se deroga<sup>10</sup>, la tramitación de los delitos conexos en un solo proceso no es imperativa en todo caso, sino que únicamente procede si concurren las circunstancias mencionadas, que son en buena medida valorativas.

La nueva estructura y redacción del artículo 17 LECrim permite reconocer algunos supuestos de conexidad delictiva que ya contemplaba el propio precepto antes de la reforma, si bien ésta introduce ahora algunas modificaciones en varios de ellos e, incluso, crea otros nuevos. Más en concreto puede decirse que la nueva regulación contempla un total de seis supuestos, parece que con vocación de *numerus clausus*, que podrían sistematizarse así: a) Se mantienen los supuestos de delitos cometidos por dos o más personas reunidas o por varias concertadamente, los cometidos como medio para perpetrar otros delitos, para facilitar su ejecución o para procurar su impunidad (que estaban en los ordinales 1º a 4º del artículo 17 antes de la reforma); b) Se establece ex novo el supuesto de los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente (artículo 17.2.5º) y los delitos cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos (artículo 17.2.6º)<sup>11</sup>; c) Se modifica el supuesto previsto en el ordinal 5º del artículo 17, que consideraba delitos conexos los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra ella causa por cualquiera de ellos, si tuvieran *analogía* o relación entre sí a juicio del tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados. Ahora el número 3 del artículo 17 establece que los delitos que no sean conexos (o sea, que no se trate de ninguno de los supuestos previstos en el número 2 del propio artículo 17) pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí (como decía el anterior 17.5º), *podrán* ser enjuiciados en la misma causa cuando se cumplan las siguientes condiciones: 1ª, que sean de la competencia del mismo órgano judicial<sup>12</sup>; 2ª, que se solicite a instancia del Ministerio Fiscal; 3ª, que de la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes; y 4ª, que no suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

Resulta sorprendente que el nuevo régimen jurídico prevea acudir al

---

10.- El citado art. 300 añadía una excepción de carácter imperativo a la anterior regla, empleando los siguientes términos: “*los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso*”.

11.- Este último supuesto ya se venía aceptando en la práctica, como es conocido, con el fin de evitar que pudiera resultar dividida la continencia de la causa.

12.- La expresión “mismo órgano judicial” no puede entenderse como sinónima de “mismo juzgado”, sino que debe interpretarse en el sentido de que la competencia corresponda a órganos de la misma clase.

enjuiciamiento conjunto sólo si lo solicita el Ministerio Fiscal, pues siendo la instrucción competencia del Juez de Instrucción, no se comprende que la acumulación para instrucción y enjuiciamiento conjunto no pueda acordarse de oficio por el propio Juez instructor o, incluso, a instancia de las demás partes personadas. A nadie se le escapa que en la práctica habrá muchos supuestos que no siendo encajables en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 17.2 LECrim, su enjuiciamiento conjunto resulte conveniente para su esclarecimiento, para la determinación de las responsabilidades penales que proceda o para ambas cosas a la vez<sup>13</sup>.

## 2.2.- La no remisión al Juzgado del atestado policial sin autor conocido.

Auténtica novedad introducida por la Ley 41/2015 en el artículo 284 LECrim es la que se establece en su apartado 2, referido a la no remisión a la Autoridad judicial y al Ministerio Fiscal de atestado policial sin autor conocido. La nueva regulación dispone que la Policía Judicial, en los casos en que no exista autor conocido del delito, conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la Autoridad judicial, sin enviárselo, salvo que concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que se trate de delitos contra la vida, integridad física, libertad e indemnidad sexuales o delitos relacionados con la corrupción<sup>14</sup>; b) Que se practique cualquier diligencia después de transcurridas 72 horas desde la apertura del atestado y éstas hayan tenido algún resultado; y c) Que el Ministerio Fiscal o la Autoridad judicial soliciten la remisión del atestado (supuesto poco probable en la práctica a menos que aquéllos tengan conocimiento por otra vía de que el atestado se ha aperturado).

El precepto ha generado importantes críticas, particularmente relacionadas con la falta de control judicial so pretexto de la agilización que se pretende mediante la disminución de la carga de tareas y de “papel” en los Juzgados de Instrucción. Sin entrar en su mayor o menor fundamento, sí debe indicarse que el precepto genera algunas dudas de interpretación.

---

13.- Supongamos que A comete en un mes tres delitos de conducción sin licencia del artículo 384 del Código Penal. Aunque el supuesto no resultaría encajable en ninguno de los seis ordinales del artículo 17.2 LECrim, su investigación y enjuiciamiento conjunto resultaría conveniente para la determinación de la pena, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17.3 de la misma ley en relación al artículo 74 del Código Penal (delito continuado). Resulta criticable que sólo a instancia del Ministerio Fiscal pudiera llegarse al enjuiciamiento conjunto. A mi juicio se impone una interpretación correctora que concluya que la previsión de instancia del Ministerio Fiscal no tiene un sentido excluyente de la posibilidad de que lo acuerde el Juez instructor de oficio o a instancia de las demás partes personadas.

14.- El último inciso, referido a los delitos relacionados con la corrupción, no se contemplaba en el Proyecto.

La primera se refiere al término “autor conocido”, pues deja en la duda los supuestos en que el autor, aunque no haya quedado inicialmente determinado, resulte sin embargo determinable a partir de algunos de los datos suministrados por la persona denunciante o por las primeras diligencias policiales practicadas, que no podrán ser impulsadas por el Juzgado o el Ministerio Fiscal si no recibe el atestado y, por tanto, no tiene conocimiento de tal posibilidad de determinación.

La segunda crítica tiene que ver con el carácter excesivamente limitado del grupo de delitos respecto de los que en todo caso se remitirá el atestado. Así, junto a los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad e indemnidad sexuales y los delitos relacionados contra la corrupción, se echan en falta otros como los delitos contra la libertad (piénsese, por ejemplo, en un supuesto de detención ilegal), contra la intimidad o el allanamiento de morada, por citar sólo algunos, cuya naturaleza, entidad y gravedad justifican una significativa ampliación.

La tercera se refiere al término “algún resultado”, pues aunque parece referirse a algún resultado positivo en orden a la determinación del posible autor del hecho, se echa en falta una mayor concreción.

El artículo 284.2 contiene un último párrafo que está íntimamente relacionado con el derecho reconocido en el artículo 6 de la LEVD para el caso de que la denunciante sea víctima del delito que denuncia. Establece que la Policía Judicial comunicará al denunciante que en caso de no ser identificado el autor en el plazo de setenta y dos horas, las actuaciones no se remitirán a la Autoridad judicial<sup>15</sup>, sin perjuicio de su derecho a reiterar la denuncia ante la Fiscalía o el Juzgado de Instrucción. Lo cierto es que no se comprende muy bien ese “derecho a reiterar” la denuncia ya formulada, ni se entiende tampoco que tal reiteración no pudiera hacerse igualmente ante la Policía Judicial.

Por último debe indicarse que la Ley 41/2015 también modifica el artículo 964 LECrim, en sede de proceso por delito leve, para establecer el mismo régimen de no remisión de atestado que hemos examinado.

### 2.3.- Los plazos máximos de la instrucción.

Otro de los mecanismos de aceleración del proceso penal establecido ex novo por la Ley 41/2015 es el relativo a la fijación de unos plazos máximos

---

15.- Se sobreentiende “a menos que se trate de alguno de los delitos del apartado a)” del mismo precepto.

de duración de la instrucción. Se regula en el artículo 324 LECrim, dotado ahora de una nueva y amplia redacción<sup>16</sup>, y sin duda proviene de la previsión contenida en el artículo 127 del BCPP<sup>17</sup>, que fijaba un plazo de seis meses, computado desde el Decreto de apertura de la investigación por el Ministerio Fiscal, para la duración de toda la Instrucción (con posibilidad de prórroga en ciertos casos). Pero la idea de fijar plazos máximos para la instrucción (establecer un plazo para terminar la instrucción y ejercitar la acción) no responde únicamente a una idea general de agilizar el proceso, sino que entronca también con la idea de que la persona no se encuentre “permanentemente” imputada.

Pero ¿cuáles son esos plazos? El artículo 324.1 LECrim establece un plazo máximo general de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas. No obstante, *si la instrucción es declarada compleja*, el plazo de duración de la instrucción será de dieciocho meses<sup>18</sup>. Este plazo de dieciocho meses por haber sido declarada compleja la instrucción es *prorrogable* por otro, de igual duración (de 18 meses) o de duración inferior. Con ello se concluye que la duración máxima sería 36 meses.

Ahora bien. Excepcionalmente, si concurren razones que lo justifiquen<sup>19</sup>, antes del transcurso de los plazos máximos, o de la prórroga acordada, el Instructor, a petición del Ministerio Fiscal o alguna de las partes personadas, podrá previa audiencia de las demás partes fijar *un nuevo plazo máximo* para la finalización de la instrucción<sup>20</sup>. Así lo regula expresamente el apartado 4 del artículo 324, que se completa con lo previsto en su número 5: si el Ministerio Fiscal o las partes, en su caso, no hubieran hecho uso de esa facultad, no podrán interesar las diligencias de investigación complementarias previstas en los artículos 627 y 780 de la propia ley.

---

16.- Atrás queda la obsoleta previsión que contenía el precepto al referirse a la obligación de dar parte semanalmente, una vez transcurrido el primer mes de la incoación del sumario sin haberse concluido éste, de las causas que hubieran impedido su conclusión.

17.- Vid nota 2.

18.- Nótese que la declaración de complejidad comporta que el plazo de instrucción será de 18 meses computado desde la incoación de la causa -no es una adición de 18 meses más a los 6 meses iniciales, sino que lo que se adiciona son 12 meses-.

19.- El precepto no concreta cuáles.

20.- El precepto no establece su duración.

De la nueva regulación interesa destacar en primer lugar cuanto se refiere a la declaración de complejidad, pues la misma comporta que el plazo de la instrucción va a ser de dieciocho meses, y no de seis.

¿Cuándo puede declararse compleja la instrucción? De acuerdo con la Circular de la Fiscalía General del Estado número 5/2015 –CFGE 5/2015 en adelante-, de 13 de noviembre, el art. 324.1 LECrim contempla dos supuestos en los que la instrucción puede ser declarada compleja:

1) Cuando, por circunstancias *sobrevenidas* a la investigación, ésta no pueda razonablemente completarse en el plazo estipulado. En este primer supuesto no se especifican en qué deben consistir esas circunstancias sobrevenidas.

2) Cuando concurra de forma *sobrevenida* alguna de las circunstancias previstas en las letras a) a g) del apartado 2 del propio art. 324: a) recaiga sobre grupos u organizaciones criminales; b) tenga por objeto numerosos hechos punibles; c) involucre a gran cantidad de investigados o víctimas; d) exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis; e) implique la realización de actuaciones en el extranjero; f) precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas; g) se trate de un delito de terrorismo.

La primera duda que surge sobre la declaración de complejidad, a la vista de que en los dos supuestos comentados se habla de circunstancias o forma sobrevenida, es si la misma podría acordarse de oficio *ab initio*, pues nada se dice al respecto. La respuesta por vía interpretativa, extraída del Preámbulo de la propia Ley 41/2015, parece ser la afirmativa<sup>21</sup>. En cuanto al procedimiento para la declaración de complejidad se requiere que la petición se formule por el Ministerio Fiscal antes de la expiración del plazo máximo de 6 meses, así como audiencia de las partes y resolución por el Instructor por medio de Auto, el cual es susceptible de los recursos ordinarios que procedan<sup>22</sup>.

En cuanto a la prórroga de los plazos se establece que la misma requiere solicitud promovida por el Ministerio Fiscal mediante escrito presentado al menos tres días antes de la expiración del plazo máximo, así como audiencia

---

21.- En este punto dice el Preámbulo que “se distinguen los asuntos sencillos de los complejos, correspondiendo su *calificación inicial al órgano instructor*”.

22.- Según se trate de Procedimiento Ordinario o de Procedimiento Abreviado.

de las partes. El Juez Instructor resuelve la petición mediante auto. Si acuerda la prórroga, el auto es susceptible de los recursos ordinarios que procedan, pero si la deniega el auto no es susceptible de recurso, si bien la petición podrá reproducirse en el momento procesal oportuno.

Respecto a la interrupción de los plazos de la instrucción -y sus prórrogas-, el apartado 3 del artículo 324 LECrim contempla dos supuestos: a) que las actuaciones estén declaradas secretas, reanudándose el cómputo del plazo restante desde el momento en que se alce el secreto; y b) que se acuerde el sobreseimiento provisional de la causa<sup>23</sup> (no desde la firmeza del auto de sobreseimiento, de modo que el tiempo de tramitación del recurso procedente contra la decisión sobreseyente no computará como plazo de la instrucción, lo que es lógico, ya que ninguna diligencia instructora va a practicarse en ese tiempo), reanudándose el cómputo en el momento en que se reabra la causa.

En relación a la interrupción de los plazos de instrucción o de sus prórrogas la CFGE 5/2015 relaciona con detalle los supuestos en que la misma se produce a causa del secreto de las actuaciones (particularmente en atención a la nueva regulación de algunos de ellos por la LO 13/2015). También se refiere la Circular a otras actuaciones en el curso de la instrucción que producirán la interrupción del plazo. Así: el supuesto previsto en el artículo 123. 4 LECrim (suspensión de los plazos procesales mientras se realizan las labores de traducción de actuaciones), el planteamiento de cuestiones prejudiciales devolutivas (artículos 4 y 5 LECrim), las actuaciones procesales del investigado contrarias a la buena fe o temerarias por estar dirigidas a suscitar incidentes con la finalidad de agotar el plazo de la instrucción (subsumibles en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), los casos en que el investigado se halle en paradero desconocido (se considera conveniente interesar el sobreseimiento de la causa), o los supuestos en que se esté pendiente de recibir ampliación de atestado para identificación de los autores (artículo 284.2 LECrim).

El régimen jurídico examinado se completa con tres normas más, que corresponden a los apartados 6, 7 y 8 del propio artículo 324 y que merecen algún comentario.

El apartado 6 establece que “el juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad”. Y añade: “Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor dictará auto de conclusión del sumario

---

23.- No desde la firmeza del auto de sobreseimiento, de modo que el tiempo de tramitación del recurso procedente contra la decisión sobreseyente no computará como plazo de la instrucción, lo que es lógico, ya que ninguna diligencia instructora va a practicarse en ese tiempo.

o, en el procedimiento abreviado, la resolución que proceda conforme al artículo 779. Si el instructor no hubiere dictado alguna de las resoluciones mencionadas en este apartado -la conclusión del sumario o la resolución que proceda ex art. 779 LECrim-, el Ministerio Fiscal instará al juez que acuerde la decisión que fuera oportuna (la que entienda que procede en Derecho: conclusión del sumario o alguna de las del 779). En este caso, el juez de instrucción deberá resolver sobre la solicitud en el plazo de quince días<sup>24</sup>.

El apartado 7 dispone que las diligencias de investigación *acordadas antes* del transcurso de los plazos legales serán válidas, sin perjuicio de su recepción tras la expiración de los mismos. Tal regulación obliga a plantearse qué régimen jurídico seguirán las diligencias de instrucción practicadas fuera de plazo, distinguiendo del siguiente modo: 1º) Si fueron acordadas dentro del plazo de instrucción: serán válidas aunque su práctica tenga lugar después. 2º) Si fueron acordadas después: nada dice el precepto, y su tratamiento como diligencias o actuaciones extemporáneas presenta alguna dificultad de interpretación, en particular por su posible asimilación a las actuaciones (diligencias, pruebas) ilícitas por haber sido obtenidas con vulneración de derechos y libertades fundamentales. La CFGE 5/2015 opta por considerar que tales diligencias “mantendrán su valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas de ellas derivadas”. No obstante es indudable que la decisión de acordar la práctica de diligencias fuera del plazo de instrucción o de sus prórrogas podría entenderse contraria al derecho a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas, ya que supone la continuación del procedimiento en su fase de instrucción sin cobertura legal. Dicho de otro modo: el proceso se dilataría indebidamente, fuera del plazo legal de la instrucción, durante todo el tiempo en que se acordaran y practicaran dichas diligencias. Aun así, de no estimarse nulas o carentes de eficacia se corre el riesgo de que la limitación de plazos a la instrucción acabe por no servir realmente a su finalidad.

A mi entender, esas actuaciones acordadas fuera del plazo de la instrucción resultan cuanto menos invalorables a todos los efectos y no podrán servir de fundamento a una posterior decisión sobre la finalización de la instrucción para justificar la transformación y continuación del procedimiento o para justificar su sobreseimiento.

---

24.- En mi opinión, el deber que para el Ministerio Fiscal prevé el artículo 324.6 en orden a instar del instructor el auto de conclusión del sumario o la resolución que proceda conforme al artículo 779 no excluye el derecho de las demás partes, y naturalmente la Defensa del investigado, a reclamar igualmente del Instructor que dicte la resolución que proceda, siendo razonable entender que deberá hacerlo en el mismo plazo de 15 días.

Por último, el apartado 8 dispone que en ningún caso el mero transcurso de los plazos máximos fijados en este artículo dará lugar al archivo de las actuaciones *si no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 o 641*. De este modo se da a entender que el mero transcurso de los plazos máximos de la instrucción no dará lugar en ningún caso al archivo de la causa<sup>25</sup>, si bien deja en el aire la pregunta ¿entonces, a qué dará lugar? A mi entender deberá estarse a lo previsto en el número 6 del propio artículo 324: el Instructor deberá dictar auto de conclusión del sumario o, en el caso del Procedimiento Abreviado, el auto que resulte procedente de los previstos en el artículo 779 LECrim.

Aquí entra en juego la previsión de que el Ministerio Fiscal inste al juez a que dicte la resolución correspondiente (antes visto), y para su aplicación será necesario que el Ministerio Fiscal esté al corriente de los plazos del procedimiento.

Completa toda la regulación expuesta la previsión contenida en la Disposición Transitoria Única, a tenor de la cual este precepto se aplicará a los procedimientos que se hallen en tramitación a la entrada en vigor de la propia Ley 41/2015, esto es, el 6 de diciembre de 2015. A tales efectos, se considerará el día de entrada en vigor como día inicial para el cómputo de los plazos máximos de instrucción fijados por el propio artículo 324<sup>26</sup>.

#### 2.4.- El proceso por aceptación de decreto.

El proceso por aceptación de decreto es un monitorio penal de tramitación esencialmente escrita que puede evitar la instrucción y que evita la fase intermedia y la celebración del juicio. Se trata de un nuevo mecanismo de aceleración del sistema de justicia penal diseñado para delitos de poca gravedad que en esencia viene a convertir la propuesta de sanción penal hecha por el Ministerio Fiscal en una sentencia de condena firme y ejecutoria<sup>27</sup>, con renuncia al juicio. Su regulación, dentro del Libro IV de la LECrim<sup>28</sup>,

---

25.- Como, por lo demás, no podía ser de otra manera, ya que ni el artículo 637 ni el artículo 641 prevén tal causa de sobreseimiento.

26.- Lo que no deja de plantear algún problema de interpretación, como por ejemplo cuál será el *dies a quo* para el cómputo de los nuevos plazos de instrucción para las causas iniciadas con anterioridad al 6 de diciembre pero que en esa fecha se hallen provisionalmente sobreseídas. Habrá que entender que una vez desaparezca la causa de interrupción del plazo éste comenzará a computarse desde ese momento (y no desde el 6 de diciembre de 2015).

27.- Cumpliendo con ello el ideal de aproximación temporal entre el hecho y la sanción penal.

28.- Rubricado “De los procedimientos especiales”.

se contiene en el nuevo Título III bis, denominado “Proceso por aceptación de decreto”, comprende los nuevos artículos 803 bis a al 803 bis j.

El nuevo proceso por aceptación de decreto puede seguirse en cualquier momento comprendido entre la incoación del procedimiento judicial (o inicio de las diligencias de investigación por el Fiscal<sup>29</sup>) y la finalización de la fase de instrucción. No es necesario que el investigado haya sido llamado a declarar. Es preciso que concurren, de forma cumulativa, los tres requisitos siguientes:

1º) Que el delito esté castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad –TBC en adelante- o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Sobre este requisito debemos precisar que: a) permite acudir a este proceso en caso de delito leve<sup>30</sup>; b) que en el Proyecto no se preveía el supuesto en que el delito estuviera castigado con pena de TBC; c) que la extensión de la multa o TBC con que esté castigado el delito puede ser cualquiera; y d) que en el Proyecto se hablaba de prisión sustituible por multa (se refería al mecanismo de sustitución de la pena previsto en el artículo 88 del Código Penal, precepto que quedó suprimido por la LO 1/2015, que permitía la sustitución de penas de prisión de hasta 2 años de prisión), mientras que ahora el artículo 803 bis a 1º LECrim se refiere a pena de “prisión que no exceda de un año *y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80*”.

2º) Que el Ministerio Fiscal entienda que la pena en concreto aplicable es la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Este requisito presenta una importante dificultad interpretativa difícil de superar, pues al haber desaparecido la sustitución de la pena de prisión prevista en el artículo 88 del Código Penal no se comprende muy bien cómo podrá el Ministerio Fiscal “entender” que la pena en concreto aplicable sea la pena de multa<sup>31</sup>.

---

29.- Vid artículo 773.2 LECrim.

30.- Así lo menciona expresamente el apartado II del Preámbulo de la Ley 41/2015,

31.- A menos que acuda al art. 84.2º CP, que establece como condición de la suspensión la posibilidad de fijar una multa. Sin embargo, no acaban aquí los problemas porque esa multa no puede exceder de 2/3 de la pena. Así, por ejemplo, la suspensión de una pena de un año de prisión en la que se fije como condición de la misma la multa conforme al art. 84 supondrá necesariamente que la duración de la multa no sea 24 meses, sino 16. Reducción ex lege de una tercera parte sobre la que luego habría que aplicar la reducción prevista en el art. 803 bis c, 5º.

3º) Que no esté personada acusación popular o particular en la causa<sup>32</sup>.

En cuanto a su objeto consiste en la acción penal ejercitada para la imposición de una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; además, también puede tener por objeto la acción civil dirigida a la obtención de la restitución de la cosa y la indemnización del perjuicio. Como fácilmente se adivina, no parece que el nuevo proceso vaya a gozar de mucho recorrido, pues su limitado objeto tiene ya cabida en la conformidad del juicio rápido prevista en el artículo 801 LÉCrim, de modo que parece que en la práctica se va a aplicar de modo residual a supuestos en los que por alguna razón de orden procesal no pueda acudir a dicha conformidad<sup>33</sup>

El decreto de propuesta de imposición de pena emitido por el Ministerio Fiscal debe tener el contenido previsto en el artículo 803 bis c: identificación del investigado, descripción del hecho punible, indicación del delito cometido y mención sucinta de la prueba existente, breve exposición de los motivos por los que entiende que la pena de prisión debe ser sustituida, pena propuesta (multa o TBC y en su caso privación) reducida *hasta en una tercera parte*<sup>34</sup>, pudiendo la pena a imponer ser inferior al límite previsto legalmente, y petición de restitución o indemnización<sup>35</sup>.

En cuanto a su tramitación, el decreto dictado por el Ministerio Fiscal debe ser remitido al Juzgado de Instrucción<sup>36</sup> para su autorización y notificación al investigado. La autorización, que se acuerda mediante Auto, es imperativa para el Juzgado si se cumplen los requisitos cumulativos del 803 bis a. Si el Juzgado no lo autoriza, el decreto queda sin efecto. Nada dice la ley para el supuesto en que el decreto no reúna los requisitos del 803 bis c.

---

32.- En realidad no se prevé ninguna intervención ni de la víctima ni del perjudicado, lo cual no deja de resultar sorprendente teniendo en cuenta que uno de los contenidos del decreto, según se lee en el art. 803 bis c 6º es la petición de indemnización o restitución en su caso a favor del perjudicado por el delito.

33.- Seguramente a supuestos en que, por no concurrir de inicio los requisitos previstos en el artículo 795.1 LECrim –p.ej. que no haya habido atestado policial-, no quepa esa conformidad. No obstante, debe tenerse en cuenta la norma del artículo 779.1.5ª LECrim, en sede de Procedimiento Abreviado, que permite igualmente acudir a la conformidad del artículo 801 aunque no se den aquellas condiciones de inicio del artículo 795.1.

34.- Nótese la diferencia con el artículo 801.2 LECrim para la conformidad inmediata en el juicio rápido, en el que se establece que se “impondrá la pena solicitada *reducida en un tercio*”.

35.- No se contempla ninguna petición respecto a costas procesales.

36.- Así resulta además en razón a la reforma del art. 87 de la LOPJ por la LO 13/2015 y 14.3 LECrim por la Ley 41/2015. No hay previsión competencial a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

El auto de autorización y el decreto autorizado son notificados al encausado, a quien se cita de comparecencia ante el Juzgado de Instrucción en el día y hora que se señalen. En la notificación se informa al encausado de la finalidad de la comparecencia, de la preceptiva asistencia de letrado<sup>37</sup> para su celebración y de los efectos de su incomparecencia o, caso de comparecer, de su derecho a aceptar o rechazar la propuesta contenida en el decreto. También se le informará de que, en caso de no encontrarse defendido por letrado en la causa, debe asesorarse con un abogado de confianza o solicitar un abogado de oficio antes de los cinco días hábiles previos a la fecha de la comparecencia.

- Si el encausado no comparece, o compareciendo asistido de letrado rechaza en todo o en parte la pena o la restitución o indemnización, la propuesta queda sin efecto.

- Si el encausado comparece sin estar asistido de letrado, el juez suspende la comparecencia y señala nueva fecha.

- Si comparece asistido de letrado y acepta la propuesta de pena en todos sus términos *el Juzgado de Instrucción le atribuirá el carácter de resolución judicial firme, que en el plazo de tres días documentará en la forma – sentencia- y con todos los efectos de sentencia condenatoria*, la cual no será susceptible de recurso alguno<sup>38</sup>.

Para garantizar la corrección del proceso la ley prevé que la comparecencia sea grabada por medios audiovisuales y que el juez, en presencia del Letrado, se asegure de que el encausado comprende el significado del decreto de propuesta de imposición de pena y los efectos de su aceptación<sup>39</sup>. También se establece que en los casos de falta de autorización por el juzgado, rechazo por el encausado o incomparecencia de éste el procedimiento continuará por el cauce que corresponda, sin que el Ministerio Fiscal quede vinculado por el decreto de propuesta de pena. Nada se establece, sin embargo, para el caso de que sean varios los investigados y sólo alguno o algunos acepten el decreto

---

37.- No aclara el precepto si en el caso de que se trate de delito leve de los no previstos en el art. 967.1, párrafo segundo, LECrim, según redacción dada al mismo por la LO 13/2015, la asistencia de Letrado también sería preceptiva.

38.- La sentencia que se dicta es firme y deberá procederse a su ejecución conforme al art. 985 LECrim. Si el delito –que no la pena resultante finalmente impuesta- fuera leve, la ejecución de la sentencia corresponderá al Juez de Instrucción que la ha dictado. En caso de que se tratara de delito menos grave, la ejecución corresponderá al Juzgado de lo Penal, al igual que la sentencia de conformidad dictada por el Juzgado de Instrucción prevista en el artículo 801 LECrim.

39.- La ley no prevé la asistencia del representante del Ministerio Fiscal a la comparecencia.

de imposición de pena. Si se admite esa posibilidad habrá que entender que el Ministerio Fiscal no queda vinculado por su propuesta con respecto a los demás, para quienes se seguiría el procedimiento penal correspondiente<sup>40</sup>.

### **3.- LAS NUEVAS MEDIDAS PARA EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES**

#### **3.1.- La nueva regulación de la apelación y segunda instancia.**

A pesar de las conocidas críticas al legislador español por su falta de cumplimiento de lo previsto en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>41</sup>, que se refiere al derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley, lo cierto es que hasta el momento presente nuestra LECrim no había regulado el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en (única) instancia por las Audiencia Provincial o por las Salas Penales de la Audiencia Nacional<sup>42</sup>.

Ahora la Ley 41/2015 introduce en la LECrim un nuevo art. 846 ter, dentro del Libro V, “De los recursos de apelación, casación y revisión”, Título I “Del recurso de apelación contra sentencias y determinados autos”. Lo sitúa junto al artículo 846 bis preexistente para el recurso de apelación contra las sentencias (y determinados autos) dictadas por el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado.

Conforme al nuevo precepto, son susceptibles de recurso de apelación las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, así como los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre. Si la resolución ha sido dictada por la Audiencia Provincial, el recurso se interpone ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de su territorio. Si ha sido dictada por la Audiencia Nacional, ante la Sala de

---

40.- Con toda la compleja problemática que ello comportaría. Así, la posibilidad de que fueran citados a declarar como testigos aquellos encausados que aceptaron el decreto. O que se dictara una sentencia absolutoria por inexistencia del hecho, en cuyo caso no sería posible la revisión de la sentencia firme que autorizó el decreto -a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el proceso de decomiso autónomo, según prevé el artículo 803 ter r 2 LECrim-).

41.- De 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 27 de abril de 1977.

42.- Sí se reformó, en cambio, la LOPJ -por la LO 19/2003-.

Apelación de la Audiencia Nacional. En todos los casos la Sala se constituirá con 3 magistrados y resolverá mediante sentencia.

Para la tramitación del recurso, el artículo 846 ter LECrim se remite en todo a la regulación del Recurso de Apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal en el Procedimiento Abreviado<sup>43</sup>. Sorprende, con todo, que el legislador de la reforma no haya previsto nada para el llamado recurso de anulación contemplado en el artículo 793 para sentencias dictadas en ausencia. Piénsese que esa posibilidad existe aunque el órgano competente para el enjuiciamiento fuera la Audiencia Provincial, dado que el delito podría llevar aparejada pena en abstracto superior a 5 años y la solicitada en concreto en el Escrito de Acusación no excediera de 2 años<sup>44</sup>.

Recordemos que el recurso de apelación, según el artículo 790.2, primer párrafo, LECrim puede fundarse en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico aplicables al fondo. Ahora la Ley 41/2015 añade un párrafo tercero en el precepto comentado que establece una especial exigencia o carga para la acusación cuando alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria. En estos casos “será preciso que se justifique: la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica<sup>45</sup>, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada<sup>46</sup>”.

Nótese que la regulación que introduce este párrafo tercero del 790.2 determina que el órgano llamado a resolver el recurso no va a sustituir la valoración probatoria efectuada por el órgano *a quo* por la suya propia, sino que se limitará, en caso de estimar el recurso, a anular la resolución apelada<sup>47</sup>. Confirma esta consideración la nueva redacción dada al primer

---

43.- Tramitación, vista, prueba...artículos 790 a 792 LECrim.

44.- En mi opinión, debería resolver el recurso de anulación, respectivamente, la Sala de lo Civil y Penal del TSJ o la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

45.- Lo que, en puridad, sería un supuesto de quebrantamiento de las garantías procesales.

46.- Vid. nota anterior.

47.- Con devolución de las actuaciones al órgano a quo. La sentencia debe además concretar si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición de órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa.

párrafo del artículo 792.2, al decir (refiriéndose al recurso de apelación por error en la apreciación de las pruebas alegado por alguna de las acusaciones) que *la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia, ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta.*

Una de las críticas que merece la nueva regulación es que no da respuesta al supuesto en que el condenado en la primera instancia recurre la sentencia promoviendo la revisión de la valoración probatoria en cuanto a los hechos en que se funda su declaración de culpabilidad. A pesar de la exigencia que en tal sentido resulta de lo previsto en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>48</sup>, no se contempla la celebración de vista pública (salvo que se esté en alguno de los tres supuestos del artículo 790.3 LECrim: las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables)<sup>49</sup>, de modo que si la sentencia de apelación confirmara en el supuesto indicado la condena sin celebrar nueva vista pública se vulneraría su derecho a un juicio justo según lo previsto en el citado artículo 6.1.

### 3.2.- La nueva regulación del recurso de casación.

Junto a la generalización de la doble instancia penal, la Ley 41/2015 introduce importantes novedades en la regulación del recurso de casación que vienen a servir de complemento a todo el sistema, particularmente mediante la generalización del recurso de casación por infracción de ley por el motivo primero del artículo 849.

El objetivo es procurar que exista doctrina uniforme de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en todas las materias<sup>50</sup>; lo cual, obvio es decirlo, redundará en una mayor seguridad jurídica, máxime cuando en el momento actual el número de delitos que hasta ahora ha tenido acceso a la casación

---

48.- La interpretación de dicho precepto señala que el requisito de la vista pública como garantía del derecho a un juicio justo resulta exigible respecto de cualquier instancia, grado o recurso en el que resulte admisible un nuevo enjuiciamiento no limitado a cuestiones jurídicas, sino también comprensivo del juicio sobre los hechos y sobre la culpabilidad o la inocencia.

49.- A cuyos supuestos no cabe añadir la reproducción prevista en el artículo 791.1 LECrim, pues no constituye verdadera inmediación.

50.- “*sustantivas, procesales y constitucionales*” dice literalmente la Ley 41/2015 en el último párrafo del apartado V de su Preámbulo.

es bastante limitado, amén de que recientemente hemos asistido a una importante reforma penal sustantiva<sup>51</sup>.

La nueva redacción del artículo 847 LECrim establece cuáles son las resoluciones susceptibles de recurso de casación, distinguiendo en función de los motivos: infracción de ley/quebrantamiento de forma. Así:

a) Cabe recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y contra las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional<sup>52</sup>.

b) Por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849 LECrim (esto es, cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal) contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional<sup>53</sup>.

Esta nueva opción supone extender la casación (y con ello crear una interpretación unificadora) a los supuestos de infracción de las normas penales sustantivas reguladoras de todos los tipos delictivos; si bien, para evitar el colapso de la Sala IIª, se introduce ex novo un párrafo segundo en el artículo 889 LECrim que permite la inadmisión a trámite del recurso de casación mediante Providencia sucintamente motivada dictada por unanimidad de los componentes de la Sala cuando el asunto carezca de interés casacional, si bien esta posibilidad sólo existe cuando se trate de recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la AN (o sea, sentencias que resuelven recursos de apelación contra sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal o el Juzgado Central de lo Penal).

El legislador no dice qué debe entenderse por *interés casacional*<sup>54</sup>. En el Preámbulo de la Ley 41/2015 se dice que para determinar si existe interés

---

51.- Me refiero a la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, que lo modifica en más de una tercera parte, en términos cuantitativos.

52.- Las sentencias dictadas en apelación susceptibles de recurso de casación se circunscriben a las sentencias definitivas. Se excluyen, por tanto, las que declaran la nulidad de la sentencia de instancia.

53.- Téngase en cuenta que el artículo 849 LECrim no se modifica por la Ley 41/2015.

54.- A diferencia de lo que hace en otros ámbitos, como el civil –art. 477.2 3º y 3 LEC–.

casacional deben tomarse en consideración entre otros, los siguientes aspectos: si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo; si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales; o si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Como no podía ser de otro modo, quedan exceptuadas aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.

En cuanto a los autos, se da nueva redacción al artículo 848 LECrim para establecer que serán susceptibles de recurso de casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada.

Interesa señalar que si bien la reforma de la casación merece, atendiendo a sus objetivos, una favorable acogida, se echa en falta sin embargo una regulación específica en materia de derecho transitorio que permita aproximar en el tiempo la nueva regulación de este recurso. La Disposición Transitoria Única de la Ley 41/2015, que establece como regla general que la nueva ley se aplicará a los procedimientos penales *incoados con posterioridad a su entrada en vigor*, nada prevé sin embargo respecto a los procesos en tramitación a su entrada en vigor en orden al recurso que comentamos<sup>55</sup>, lo que no deja de resultar sorprendente.

### 3.3.- La nueva regulación del recurso de revisión.

El recurso de revisión de sentencias penales firmes, regulado en los artículos 954 a 961 LECrim, es objeto de reforma por la Ley 41/2015, que si bien sólo modifica un artículo -el 954, regulador de los motivos del recurso-, lo hace sin embargo para introducir importantes modificaciones en él.

La reforma cambia la estructura del precepto. Establece tres numerales.

En el primero mantiene algunos de los motivos ya existentes mejorando su técnica. También introduce nuevos supuestos, como el b) o el e), este último,

---

55.- A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el recurso de revisión. Véase el apartado 2 de la DT.

por cierto, totalmente lógico, a la vista de lo previsto en el artículo 10.1 de la LOPJ<sup>56</sup>.

Dice el precepto: 1. Se podrá solicitar la revisión de las sentencias firmes en los casos siguientes:

a) Cuando haya sido condenada una persona en sentencia penal firme que haya valorado como prueba un documento o testimonio declarados después falsos, la confesión del encausado arrancada por violencia o coacción o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten declarados por sentencia firme en procedimiento penal seguido al efecto. No será exigible la sentencia condenatoria cuando el proceso penal iniciado a tal fin sea archivado por prescripción, rebeldía, fallecimiento del encausado u otra causa que no suponga una valoración de fondo.

b) Cuando haya recaído sentencia penal firme condenando por el delito de prevaricación a alguno de los magistrados o jueces intervinientes en virtud de alguna resolución recaída en el proceso en el que recayera la sentencia cuya revisión se pretende, sin la que el fallo hubiera sido distinto.

c) Cuando sobre el mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes.

d) Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave.

e) Cuando, resuelta una cuestión prejudicial por un tribunal penal, se dicte con posterioridad sentencia firme por el tribunal no penal competente para la resolución de la cuestión que resulte contradictoria con la sentencia penal.

El segundo se refiere a las sentencias dictadas en los procedimientos de decomiso autónomo en caso de que la ulterior sentencia penal dictada en el proceso principal no considerara acreditado el hecho delictivo que permitió el decomiso (artículo 803 ter r, en relación con el artículo 954.2). Supuesto también totalmente lógico.

El tercero y último viene a dar cumplimiento a la petición hecha desde la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la necesidad de establecer

---

<sup>56</sup>.- Que establece que a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente.

un cauce legal de cumplimiento de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en virtud del punto 3 del Acuerdo de la Sala Segunda del TS de 12 de noviembre de 2013, Sala general, el Tribunal declaró necesario que el Poder Legislativo *regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH.*

Con la reforma que comentamos se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el TEDH haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH y sus Protocolos, *siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.* La revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el TEDH. El plazo para formalizarla será de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal.

Debemos recordar que el Acuerdo en cuestión se adoptó en orden al cumplimiento de la S TEDH de 21.10.13, dictada por la Gran Sala en el caso *Inés del Río Prada contra España*<sup>57</sup>. Recordemos que en esa sentencia el TEDH no sólo declaró violación de los artículos 5.1 y 7 del CEDH, sino que, en uso de las facultades previstas en el artículo 46 del propio CEDH, la Gran Sala hizo una indicación particular al Gobierno español sobre la única medida posible para remediar la infracción (en el caso, del art. 5.1 del CEDH) que era la puesta en libertad de la demandante (además de conceder indemnización conforme al artículo 41 del propio Convenio).

3.4.- La nueva intervención en el proceso de terceros que puedan resultar afectados por el decomiso y el procedimiento de decomiso autónomo.

El decomiso (o incautación, confiscación, comiso) de los efectos y ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar, y de los bienes, medios o instrumentos con que el delito se haya preparado o ejecutado, se regula en sus aspectos sustantivos en los artículos 127 -incluidos bis a octies- y 128 del Código Penal, tras la importante reforma producida en este punto por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

El artículo 127 *ter* del Código Penal permite acordar el decomiso aunque no medie sentencia de condena cuando la situación patrimonial ilícita quede

---

57.- Con motivo de la aplicación por los Tribunales españoles de la conocida como “doctrina Parot”.

acreditada en un proceso contradictorio y el sujeto haya fallecido o sufra alguna enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento, se halle en rebeldía o no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido. Por su parte, el artículo 127 *quater* permite en determinados casos el decomiso de bienes, efectos o ganancias que hayan sido transferidos a terceras personas (el denominado “decomiso de bienes en poder de terceros”). El artículo 127 *quinquies* se refiere al decomiso de bienes y ganancias cuando existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa. Y el artículo 127 *sexies* recoge una serie de presunciones para establecer aquella conclusión. A todo ello se añade además, la posibilidad de decomisar otros bienes de origen ilícito de los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado.

La Ley 41/2015 ha venido a establecer algunos cauces procesales específicos para servir al fin que resulta de las modalidades de decomiso acabadas de exponer. La nueva regulación, dentro del Libro IV LECrim, se contiene en su Título III ter “De la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo”, creado ex novo. Este Título, dividido en dos Capítulos, se concreta en un solo numeral, el artículo 803 ter, que nada tiene de breve y sencillo, pues su contenido regulador se presenta distribuido en un total de 21 apartados, designados de la letra a hasta la letra u, lo que lo convierte en un precepto de significativa extensión.

El Capítulo Primero comprende el artículo 803 ter a al d. Se refiere a las garantías reconocidas a las terceras personas que puedan resultar afectadas por el decomiso. En ellos se regula la llamada de esos terceros al proceso penal (art. 803 ter a), las especialidades de la intervención (como la asistencia Letrada) y citación al juicio (art. 803 ter b), la notificación de la sentencia y la legitimación para su impugnación (art. 803 ter c) y las consecuencias de la incomparecencia del tercero afectado por el decomiso y su declaración en rebeldía y los efectos de la misma.

El Capítulo Segundo abarca los apartados e a u del artículo 803 ter, específicamente dedicados a regular el procedimiento de decomiso autónomo. El proceso sería aplicable a los supuestos del artículo 127 ter del Código Penal (rebeldía, muerte, enfermedad o exención de la responsabilidad criminal del reo –supuestos en que el presunto reo no puede ser juzgado–), pero además, conforme al artículo 803 ter e) 2 a) LECrim, al supuesto en que el Ministerio Fiscal haya reservado en su Escrito de Acusación la determinación del decomiso de bienes para este procedimiento autónomo

(en razón a la complejidad en la determinación), si bien en este último caso se habrá dictado una sentencia firme condenatoria.

En cuanto a la competencia para conocer del nuevo procedimiento de decomiso autónomo, la Disposición Final Primera de la LO 13/2015, que modifica la LOPJ en este punto<sup>58</sup>, atribuye la misma a las Salas de lo Penal del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, así como a los Juzgados de lo Penal y Juzgados de Instrucción, en sus respectivos casos<sup>59</sup>. Legitimado para promover este procedimiento es sólo el Ministerio Fiscal. Parte demandada será el encausado o condenado y los terceros, con debida y preceptiva asistencia letrada<sup>60</sup>.

En cuanto al procedimiento destaca el hecho singular de que, pese a tratarse de un proceso de naturaleza penal, su tramitación habrá de seguirse por el cauce del Juicio Verbal especial de la Ley de Enjuiciamiento Civil, iniciándose por demanda en la que deben identificarse las partes y los objetos a decomisar, la especificación del hecho punible y su calificación penal, así como su relación respecto del bien decomisado. En ella debe además proponerse la prueba. De la demanda se da traslado por veinte días, con la particularidad de que en caso de no contestación a la misma se entenderá aceptado el decomiso. Si el demandado contesta, su contestación deberá ajustarse a cada uno de los extremos de la demanda, con proposición de prueba. A continuación el juez o tribunal resolverá sobre la prueba mediante auto, en el que citará a las partes al juicio, donde se practicará la prueba conforme a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, tras los oportunos informes, se dictará sentencia, contra la que cabe interponer recurso de apelación, a tramitar conforme a las normas previstas para el recurso de apelación contra la sentencia dictada en el Procedimiento Abreviado.

#### 4.- BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BELLIDO PENADÉS, Rafael: *Generalización de la segunda instancia y apertura de la casación en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*. Diario La Ley, N° 8618, Sección Doctrina, 5 de Octubre de 2015.

---

58.- Y en otro no menos importante: la atribución de competencia para conocer del proceso por aceptación de decreto.

59.- Nótese, por cierto, que en su primer párrafo, la DF 1ª dice que “se modifican los artículos...87 ter 1...de la Ley Orgánica 6/1985...”, lo que es erróneo, ya que dicho precepto no es luego modificado.

60.- Lo cual, en el caso del rebelde, resulta sin duda extravagante.

MUERZA ESPARZA, Julio: *Aspectos procesales de los nuevos delitos leves*. La Ley, Nº 8257, Sección Documento on-line, 24 de Febrero de 2014.

NIEVA FENOLL, Jordi: *El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios*. Diario La Ley, Nº 8601, Sección Doctrina, 9 de Septiembre de 2015.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel: *La agilización del proceso penal, el procedimiento de decomiso autónomo y la ampliación de la apelación en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Diario La Ley, Nº 8527, Sección Columna, 27 de Abril de 2015.



## VIII.- XIII PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ

*La convocatoria anual de los Premios Luis Pascual González para distinguir los más meritorios trabajos de investigación realizados sobre las instituciones de nuestro Derecho civil es una de las realizaciones más importantes de la Academia. Y ello es así porque, año tras año, se ha ido formando un corpus doctrinal que ha enriquecido considerablemente el bagaje científico de nuestro Derecho privado.*

*Curiosamente, en los últimos años han sido los temas relacionados con el régimen patrimonial del matrimonio los que han ocupado mayormente a quienes han concursado, posiblemente al socaire de un Avantprojecte de Règim Patrimonial del Matrimoni que rompe los viejos esquemas con los que los escasos arts. 3, 4 y 5 de la Compilación pretenden regular la materia, proporcionando una normativa más acorde con los tiempos actuales.*

*En la edición del concurso correspondiente al curso académico 2015/2016 la obra premiada trató también de un tema ubicado dentro del régimen económico del matrimonio, siendo su título “Situación de la mujer casada en el Derecho histórico balear”, y su autora la Doctora en Derecho Liliana Mijancos Gurruchaga.*

*La obra premiada –que se inserta a continuación– comienza haciendo referencia a los antecedentes históricos de la actual coyuntura, remontándose al Derecho romano y al Derecho castellano*

*antiguo, pasa pasar a exponer a continuación el Derecho aplicable en Baleares a lo largo de la historia, del cual resultaba que la mujer casada de estas Islas tenía un status jurídico notoriamente más privilegiado que la mujer casada castellana. Ello se desprendía claramente de la exposición de las diversas instituciones históricas expresivas de los efectos patrimoniales inter vivos y mortis causa del matrimonio. Hay referencias concretas a la emancipación como efecto personal del matrimonio, al régimen de separación “absoluta” de bienes, a la capacidad de obrar de la mujer casada, a la dote y donaciones entre cónyuges, a la cuarta marital, a la parte de cama, a la tenuta, al any de plor y al usufructo universal capitular o de regencia. En el análisis de este devenir histórico se entra en el estudio de sus diversas etapas (movimiento recopilador en Mallorca, Decretos de Nueva Planta, Código civil de 1889, Compilaciones de 1961 y 1990 y Constitución de 1978); y finaliza la obra haciendo referencia a un punto no contemplado expresamente en la actual Compilación, como es la compensación económica del trabajo para la familia, aunque sí se considera éste como una contribución a las cargas, propugnando una reforma legislativa que la tenga en cuenta y establezca las reglas generales para su determinación.*

*Se ha convertido ya en una tradición, en los actos de entrega del premio Luis Pascual González, la intervención de un Académico o Jurista de reconocido prestigio, para tratar de algún tema relacionado con el contemplado en la obra premiada. En esta ocasión intervino, en representación de la Real Academia, la Catedrática de Derecho civil de la UIB y Académica María Pilar Ferrer Vanrell, recogándose a continuación su intervención. En la misma se comienza exponiendo la relación universitaria que había tenido con la galardonada, la cual ha dado ya sus frutos, como es precisamente la obra objeto del premio. La intervención de la Sra. Ferrer Vanrell se centra en uno de los temas tratados en la obra premiada, como es la posible aplicación supletoria, en nuestro Derecho, del art. 1438 Cc, establecedor de una compensación económica en retribución del trabajo para la casa. Desde este punto de partida se expone un certero análisis general sobre la supletoriedad del Código civil en nuestro Derecho, estableciendo que no toda falta de regulación implica una laguna legal que deba suplirse, porque la falta de tipificación de un determinado supuesto de hecho puede resultar querido por el legislador autonómico,*

*en cuyo caso se impide la aplicación supletoria del Código civil. En el proceso analítico a realizar el intérprete deberá considerar, ante todo, si realmente existe o no una laguna normativa que exija acudir a un ordenamiento jurídico foráneo o si la supuesta laguna queda colmada con la interpretación y, particularmente, la integración de la norma, acudiendo a tal fin a los instrumentos señalados en el párrafo 2º del art. 1 de la Compilación. Si en ellos no se encontrara la norma aplicable, se podría acudir, como Derecho supletorio, al Código civil y otras leyes civiles estatales –según establece el 3er párrafo del indicado art. 1– pero siempre que no se opongan a los principios generales de nuestro Derecho y se haya constatado debidamente que la supuesta laguna no es una consecuencia querida, derivada de la supuesta inactividad del legislador autonómico.*



## VIII.- 1. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA EN EL DERECHO HISTÓRICO BALEAR

Liliana Mijancos Gurruchaga

### ÍNDICE

#### I. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

1. Antecedentes: la cultura clásica y el Derecho Romano

2. Efectos patrimoniales del matrimonio en el Derecho Romano: el *Ius uxorium*

#### II. EL DERECHO CASTELLANO ANTIGUO: DERECHO A LA MITAD DE LOS BIENES GANANCIALES

#### III. EL DERECHO APLICABLE EN BALEARES: DESARROLLO DE UN DERECHO PROPIO

#### IV. PRIVILEGIOS DE LA MUJER CASADA BALEAR CON RESPECTO A LA MUJER CASTELLANA

1. Efectos personales del matrimonio en Baleares: la emancipación

2. Efectos patrimoniales *inter vivos* del matrimonio en Baleares

2.1. El régimen de separación “absoluta” de bienes en Baleares

2.1.1. *El régimen de gananciales y la licencia marital: cara y cruz de la legislación castellana*

2.1.2. *La mujer balear y la libre disposición de sus bienes*

2.2. Consecuencias de la amplia capacidad de obrar de la mujer casada balear

2.2.1. *La capacidad para celebrar toda clase de contratos*

2.2.2. *La capacidad para afianzar a su marido*

### **2.3. La dote y las donaciones entre cónyuges**

*2.3.1. Las donatio simplex*

*2.3.2. Las donatio propter nuptias y la dote*

*2.3.3. El escreix*

### **3. Efectos patrimoniales *mortis causa* del matrimonio en Baleares: los derechos viduales**

**3.1. La cuarta marital o *quarta uxoria***

**3.2. El derecho a la *parte de cambra***

**3.3. La *goida* o *tenuta***

**3.4. El *any de plor***

**3.5. El usufructo universal capitular o de regencia**

## **V. EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA BALEAR TRAS LAS SUCESIVAS REFORMAS JURÍDICAS**

**1. El movimiento recopilador en Mallorca**

**2. La aprobación de los Decretos de Nueva Planta**

**3. La aprobación del Código Civil de 1889**

**4. El proceso compilador**

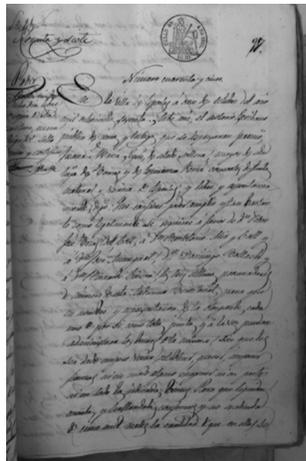
**5. La aprobación de la Constitución española de 1978**

**6. Un punto de discusión doctrinal: la compensación económica, consecuencia del principio de igualdad entre el hombre y la mujer, en el Derecho foral balear**

## **VI. BIBLIOGRAFÍA**

## I. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

La situación jurídica de la mujer casada balear a lo largo de la historia, ha evolucionado positivamente hacia la igualdad de los cónyuges. La legislación sobre esta materia ha avanzado fundamentalmente en los últimos treinta años, coincidiendo con la Constitución Española de 1978. No podemos decir que desigualdad jurídica e institucional entre el hombre y la mujer sea un fenómeno exclusivo de España, pues el resto de Europa ha seguido una evolución muy parecida a la nuestra, en lo que a la conquista del derecho a la igualdad se refiere. Sin embargo, resulta interesante el análisis de la peculiar situación jurídica de la mujer casada balear, sometida históricamente al régimen de separación “absoluta” de bienes, por lo que ha gozado sin duda, de una independencia económica desconocida en otros lugares, no solo de la península, sino de toda Europa. Por otro lado, queremos destacar la especial protección de la mujer a la muerte del marido en el Derecho histórico balear.



El presente trabajo, tiene como objetivo analizar la situación jurídica de la mujer balear y para ello nos fijaremos en los efectos personales y patrimoniales del matrimonio en Baleares, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Nos fijaremos en la capacidad de obrar de la mujer casada balear en comparación con la mujer casada castellana y en general, en su situación jurídica dentro del matrimonio.

### 1. Antecedentes: la cultura clásica y el Derecho Romano

Algunos autores<sup>1</sup> han querido poner de relieve el supuesto matriarcado o predominio sociocultural de la mujer en la historia europea. Particularmente, las Islas Baleares han recogido en las tradiciones ancestrales, huellas de ese matriarcado, que han llegado hasta nuestros días, en las *rondaies* y *cançoners*<sup>2</sup>,

1.- BACHOFEN, Johann Jakob, *El matriarcado*, Akal, Madrid, 1997. Partiendo de las concepciones histórico-jurídicas de la escuela hegeliana de Savigny, el autor analiza de manera rigurosa la idea de la existencia de un remoto periodo de la humanidad en el que los valores morales, jurídicos y políticos habrían estado estructurados en torno a la ginecocracia, es decir, el poder de las mujeres.

2.- Recoge “Etmología y tradiciones de las Islas Baleares”, El día del Mundo, Palma 1997, pp. 68-80. Propios del ambiente campesino y reflejado por Pere Capellà en *Sa madona du es maneig* (Muelle, Palma, 1981) o Gabriel Maura en sus *Aiguaforts* (Colección Les Eines de butxaca, Laia, Barcelona, 1981).

poemas<sup>3</sup> o las “danzas *dels cossiers*”<sup>4</sup> tan extendidas en tiempos pasados por todos sus pueblos, y sobre todo, en algunos detalles de nuestro Derecho.

No obstante, la cultura clásica grecolatina y su ideología patriarcal, han impregnado históricamente nuestro Ordenamiento Jurídico del principio de superioridad o *imperium* masculino<sup>5</sup> quedando la mujer en situación de inferioridad manifiesta, tanto en el ámbito público como privado. Los autores griegos entendían que la mujer no se rige por la razón sino por las pasiones<sup>6</sup>. ARISTÓTELES<sup>7</sup> concibe al hombre como un ser superior a la mujer. Admite que en la constitución republicana, todos los miembros deben ser naturalmente iguales y semejantes en todo, lo cual no impide que se intente distinguir la posición diferente del jefe y del subordinado. Así afirma: “El hombre, salvo algunas excepciones contrarias a la naturaleza, es el llamado a mandar, mejor que la mujer. Ello se debe a que es superior por sus facultades naturales: el saber del hombre no es el de la mujer, que el valor y la equidad no son los mismos en ambos, (...) la fuerza del uno estriba en el mando y la de la otra en la sumisión (...). Un modesto silencio hace honor a la mujer”. Aunque la mujer romana gozaba de mayor reconocimiento político y social que la griega, no cabe duda de la enorme influencia que ejercieron los pensadores clásicos griegos en la legislación y cultura romana, a la que transmitieron la idea de la *fragilitas sexus*, *infermitas sexus* y en general una cultura social basada en la fuer-

---

3.- Es el caso del poema *La deixa del geni grec* de Costa y Llobera (Ed.Cala Murta, Pollença, 2000) protagonizada por una mujer.

4.- Con un marcado carácter de danza matriarcal en opinión de Galmés Riera.

5.- En palabras de ÁLAMO MARTELL, M<sup>a</sup> Dolores, “La licencia marital y su supresión” en *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 360 y ss.

6.- En opinión de TELLO LÁZARO, Juan Carlos, “Sobre la situación de la mujer en la antigüedad clásica”, *Revista de Aula de Letras, Humanidades y Enseñanza*, págs. 2 y ss.  
[www.auladeletras.net/revista/articulos/tello.pdf](http://www.auladeletras.net/revista/articulos/tello.pdf).

7.- ARISTÓTELES, “La política”, Volumen 3, Libro I, Capítulo V, “Del poder doméstico”, *Obras completas de Aristóteles*, Traducida al español por Patricio de Azcárate, Madrid, 1873, págs. 38 a 42. <http://www.filosofia.org>. Facsímil del original impreso en formato PDF. “¿La mujer debe ser prudente, animosa y justa como un hombre? ¿El hijo puede ser más y dominar sus pasiones? Y en general, el ser formado por la naturaleza para mandar y el destinado a obedecer, ¿deben poseer las mismas virtudes o virtudes diferentes? Si ambos tienen un mérito absolutamente igual, ¿de dónde nace que eternamente deben el uno mandar y el otro obedecer? No se trata aquí de una diferencia entre el más y el menos; autoridad y obediencia difieren específicamente, y entre el más y el menos no existe diferencia alguna de este género (...) El esclavo está absolutamente privado de voluntad; la mujer la tiene, pero subordinada; el niño sólo la tiene incompleta. Reconozcamos pues, que todos los individuos de que acabamos de hablar, tienen su parte de virtud moral, pero que el saber del hombre no es el de la mujer, que el valor y la equidad no son los mismos en ambos, como lo pensaba Sócrates, y que la fuerza del uno estriba en el mando y la de la otra en la sumisión.

za, donde la educación solo se proporcionaba a los hombres, y en la que la mujer tiene como única misión la procreación.

En opinión de FERNÁNDEZ DE BUJÁN<sup>8</sup>, no es la biología, ni la moral, ni la capacidad intelectual, lo que ha determinado las limitaciones que han padecido las mujeres en la sociedad romana, sino que ello obedece a razones culturales o sociales, que en el mundo romano se derivan de la concepción patriarcalista de la familia, que progresivamente atenuada en el propio Derecho Romano, ha subsistido prácticamente hasta casi nuestros días, así como a otras variadas pseudorazones, alguna de las cuales obedece a las coordenadas mentales de la época, como la necesidad de protección de la mujer y otras, como la fragilidad somática o su volubilidad de juicio.

Con la conquista romana de Hispania, coexistieron los ordenamientos jurídicos indígenas con el propio ordenamiento romano, pero finalmente, salvo raras excepciones, se acabó imponiendo una profunda romanización, lo que supuso la recepción de la cultura romana, llamada cultura de “síntesis” por algunos autores<sup>9</sup> por cuanto constituía un sistema armónico integrador del pensamiento griego y de las tradiciones culturales del Mediterráneo oriental, el desarrollo de la legislación romana y todo ello influido por el cristianismo, y constituyendo esta amalgama un orden jurídico llamado *pax romana*. La romanización cultural fue premisa de la romanización jurídica. Mientras que en el norte de España se produjo de manera más lenta y tardía, en las zonas del sur, Levante y Baleares fueron mucho más permeables a las influencias extranjeras<sup>10</sup>.

## **2. Efectos personales y patrimoniales del matrimonio en el Derecho Romano; el *Ius uxorium***

El concepto de familia romana recogido por Ulpiano<sup>11</sup> nos la describe como un núcleo o conjunto de personas que están sometidas a la única

---

8.- FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio, *La Jurisdicción voluntaria*, Cívitas, Madrid, 2001, pág. 200. A lo que añade: “Las amplias facultades del tutor de administración y gestión de los bienes del pupilo, fueron objeto de una progresiva limitación en el curso de la evolución histórica.”

9.- ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho, Fuentes e instituciones político-administrativas*, (4ª edición), Autor-Editor, Madrid, 2012, p. 109.

10.- En opinión de GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio y GARCÍA MARÍN, José María, *Manual básico de historia del Derecho*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 4ª edición, Madrid, 2005, pág. 30.

11.- ULPIANO, 46ed.D.5016.195.1-2. Citado por NIZAMA VALLADOLID, Medardo, “La familia en el Derecho romano y en el ordenamiento normativo actual”, *Revista de Derecho y ciencia política*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 66, N° 1 y 2, Lima, 2009, pág. 278.

potestad del *paterfamilias* por razones naturales o jurídicas. Al principio el *paterfamilias* era el dueño legal del hogar y de todos sus miembros. Se refería por tanto a las cosas y a las personas. Era una sociedad patriarcal, típica de la Antigüedad donde él era el que trabajaba y sostenía la casa y tomaba las armas en caso necesario para defenderla. La posibilidad del padre, otorgada por la Ley de las XII Tablas, de vender al hijo, fue declarada ilícita por el emperador Caracalla, salvo por motivos de pobreza extrema. Diocleciano y luego Constantino, lo prohibieron en cualquier caso, aunque este último emperador realizó una salvedad. Podía enajenarse el hijo si fuera recién nacido, en caso de padre indigente, pero reservándose la facultad de poder readquirirlo.

La capacidad de la mujer en el Derecho romano fue evolucionando. La mujer era considerada *alieni iuris*, es decir, que está “bajo el derecho de otro”. Como hija está bajo la *patria potestas* y como esposa, bajo la *manus maritii*. El hombre ejercía tres tipos de potestad. La *patria potestas* era el poder del padre sobre los hijos; al poder del padre sobre la mujer que entra en la familia se le denominaba la *manus*; al poder sobre los esclavos se le denominaba *dominica potestas*.

Cuando por circunstancias careciera de ambas, era persona *sui iuris* y se sometía a la *tutela mulieris* debido a la fragilidad y debilidad del sexo<sup>12</sup>. El efecto personal inmediato del matrimonio era la institución de la *conventio in manum* que parece remontarse a una época primitiva; entonces, toda mujer casada entraba bajo el poder del marido o del padre de familia de este. Por ello, la mujer adquiría la condición de hija legítima (*filiae loco*) del marido y hermana agnada de sus hijos legítimos. Si el marido era *alieni iuris* entraba también bajo la potestad del padre de familia de éste como nieta (*loco neptis*) en cuyo caso la *manus* del marido quedaba absorbida o sometida por la potestad del padre. Todo ello tenía una consecuencia patrimonial: los bienes de la mujer pasaban en bloque al marido titular de la *manus*.

El régimen económico matrimonial durante el período clásico era el de separación de bienes<sup>13</sup>. Cada consorte retenía la propiedad, posesión y administración de sus bienes propios, presentes y futuros. Esta regla venía

---

12.- La *fragilitas sexus* y la *infermitas sexus* designan de una manera genérica la minoridad femenina que justificaba en ocasiones la atenuación de la pena. GRAZIOSI, Marina, “En los orígenes del machismo jurídico. La idea de inferioridad de la mujer en la obra de Farinacio” en *In memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, pág. 49. WWW.dialnet. Unirioja.es.

13.- BERMEJO CASTRILLO, Miguel Ángel, “Transferencias patrimoniales entre los cónyuges por razón del matrimonio en el Derecho Medieval castellano”, *Semana de Estudios Medievales de Nájera*. (1990-2004). XI semana, 2000. WWW. Dialnet. unirioja.es.

ligada al entramado familiar descrito sobre absoluta dependencia jerárquica del *paterfamilias*, que ejercía como titular absoluto del patrimonio común. Las donaciones mutuas entre cónyuges, estaban prohibidas totalmente, hasta que en el año 206 se consintió la convalidación tácita de las donaciones no revocadas en vida del donante<sup>14</sup>.

Poco a poco, se va produciendo una transformación del tradicional modelo económico romano<sup>15</sup>. Los bienes de los cónyuges se venían utilizando para la satisfacción de los *onera matrimonii*, abriendo con ello vías que adulteraban el originario sistema de separación de bienes, mediante la difusión de prácticas de comunidad de uso y gestión, que posteriores y sucesivas disposiciones legales restrictivas de Diocleciano o Constantino, no pudieron frenar.

Durante el primer milenio de nuestra era, el Derecho aplicable en Baleares y en la península ibérica estaba mayoritariamente sometido al Derecho Romano; este se impuso al Derecho indígena que era fundamentalmente consuetudinario e influido por griegos, fenicios y cartagineses. Con la dominación bizantina, se impuso el Derecho romano justinianeo, cuya vigencia no se vio alterada por los conquistadores musulmanes, ya que permitieron a los vencidos gobernarse por sus leyes<sup>16</sup>. No obstante, el inicio de la reconquista del territorio peninsular, ocupado por los musulmanes tras la caída del reino visigodo, dio lugar a la formación de diversos reinos cristianos y la formulación en ellos de un nuevo Derecho, plural y diverso, caracterizado por tratarse, en general, de un Derecho esencialmente local. La reconquista solo podía llevarse a cabo repoblando las zonas conquistadas militarmente, para luego seguir avanzando hacia el sur peninsular. Para movilizar a la población a la repoblación, se otorgaron una serie de privilegios, con el fin de atraer pobladores para que se asentaran en áreas con un valor económico o estratégico. Los reyes cristianos y señores laicos y eclesiásticos de la Península Ibérica, aseguraban así las zonas fronterizas conquistadas, revitalizándolas económicamente.

Los documentos en que constaban tales privilegios y exenciones se denominaron cartas pueblas o cartas de población, *carta de populationis*.

---

14.- GARCÍA GARRIDO, “*Ius uxorium*. El régimen patrimonial de la mujer casada en el Derecho romano”, *Cuadernos del Instituto Jurídico Español* N° 9, Roma-Madrid, CSIC, 1958, págs. 78-84.

15.- BERMEJO CASTRILLO, Miguel Ángel, *ibidem*, pág. 6.

16.- Del Derecho indígena y del Derecho de los vándalos, ambos consuetudinarios, apenas quedan vestigios jurídicos; PASCUAL GONZÁLEZ apunta como ejemplo la sucesión contractual o el *escreix*. PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Derecho civil de Mallorca. Herencias y otras especialidades forales*, Embat, Mallorca, 1979, p.1-14 y 40.

## II. EL DERECHO CASTELLANO ANTIGUO: DERECHO A LA MITAD DE LOS BIENES GANANCIALES

En Castilla existió un sistema judicialista, por lo que autores como GALO SÁNCHEZ<sup>17</sup> afirman que Castilla vivió sin leyes hasta el SXIII, ya que eran los jueces o los reyes quienes creaban las normas jurídicas por libre albedrío a través de las llamadas *fazañas*. Así, dice: “Castilla, tierra sin leyes, es la patria de *fazañas*, el país del Derecho libre”. Este sistema no logró sobrevivir, dados los abusos y desmanes que se produjeron en esos juicios de libre albedrío, aunque tal como añade ESCUDERO<sup>18</sup>, también la aplicación del Derecho escrito ha dado lugar a quebrantar la dignidad humana con absoluto refinamiento técnico y justificación “científica”.

En Castilla, tal como afirma SEGURA GRAIÑO<sup>19</sup>, la mujer casada ostentaba la propiedad de sus arras y dote, y además tenía derecho a la mitad de los gananciales, pero no tenía posibilidad de disponer de ellos o administrarlos hasta el día en que enviudaba. A partir de este momento, podía actuar en los asuntos económicos con entera libertad, salvo que volviera a contraer matrimonio. El padre preparaba y pactaba la boda y la hija no tenía posibilidad de oponerse, pues en ese caso, perdía su herencia<sup>20</sup>. La mujer castellana podía usufructuar los bienes, pero nunca disponer de ellos. En caso de volver a casarse, perdía ese usufructo, que pasaba bien a la familia del marido, si no tuvo hijos, bien a los hijos directamente. Existía separación de bienes para aquellos matrimonios que ambos aportaban bienes al matrimonio y régimen de gananciales para los que se adquirían constante matrimonio. Leyes de las Cortes castellanas aumentaron la capacidad de disposición de sus bienes a la mujer, por caer en desuso la norma visigoda que obligaba a conservarlos para los hijos. También la sociedad de gananciales pasaba a ser un régimen económico en el que los bienes se repartían exactamente en dos mitades. Según HINOJOSA<sup>21</sup>, el sistema de gananciales puede ser anterior a Chindasvinto, época en la

---

17.- SÁNCHEZ, Galo. “Para la historia de la redacción del antiguo derecho territorial castellano”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (AHDE), Tomo VI, Barcelona, 1929, pp. 260-328.

18.- ESCUDERO, José Antonio, *Ibidem*, p. 408.

19.- SEGURA GRAIÑO, Cristina, “Situación jurídica y realidad social de casadas y viudas en el medievo hispano (Andalucía)” en *La condición de la mujer en la Edad Media*, Universidad Complutense, Madrid, 1986, p.121 y ss.

20.- Fuero de Úbeda, XXXI, 311. SEGURA GRAIÑO, Cristina, *ibidem*, p.125.

21.- HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo, *Condición de la mujer casada en la esfera del Derecho Civil*. Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en la recepción pública del Excmo. Señor Don Eduardo Hinojosa el día 26 de mayo de 1907, Madrid, 1907, pp. 40-46.

que existía la costumbre de entregar a la mujer como dote la mitad de los bienes del marido, no solo de los bienes presentes, sino también de los bienes futuros, asociando así a la mujer a las ganancias futuras de la sociedad conyugal y se obligaba a compartir con ella los incrementos que experimentara su patrimonio. No se exige en los fueros formalidades para la constitución del régimen de sociedad ganancial, lo que parece probar su arraigo como práctica consuetudinaria y su vinculación al sistema arral al que complementa, según se comprueba en Fueros como el de Salamanca o el de Ledesma, y no por falta de normativa reguladora del pacto de gananciales, ya que para la constitución del régimen de unidad de bienes sí se exigían formalidades, por lo que se supone que la regla general en Castilla, eran los gananciales<sup>22</sup>.

En los documentos sevillanos, tal y como afirma SEGURA GRAIÑO<sup>23</sup>, aparecen un número considerable de donaciones, compras y ventas en las que actúan en primera persona muchas mujeres; algunas casadas puesto que aparecen los nombres de los maridos en algunas reseñas, pero ellas realizaban la gestión económica en nombre propio. De ello puede deducirse que las mujeres andaluzas gozaban de cierta libertad en cuanto a hechos relacionados con bienes económicos, y por tanto, que tenían un acceso real a la propiedad. Así lo refleja SEGURA GRAIÑO<sup>24</sup> en sus estudios. Sin embargo, en los Fueros de Castilla<sup>25</sup>, la mujer aparece perpetuamente sometida al padre, hermanos o parientes, necesitando de su consentimiento ya sea para casarse o bien, una vez casada, era costumbre solicitar la licencia marital para contraer deudas o constituir fianzas. Podía contraer deudas sin “otorgamiento” del marido, pero en este caso, el marido no pagaría dicha deuda; tan solo respondía de pequeñas cuantías, hasta cinco sueldos, salvo que ejerciera el comercio o por muerte del marido, en cuyo caso respondía

---

22.- GARCÍA ULECIA, Alberto, *El régimen económico del matrimonio en los derechos locales leoneses*. Índice nº 9, Universidad de Sevilla, 1982 p. (15) 179. El régimen de unidad de bienes era un pacto entre los cónyuges vinculado al régimen de gananciales y que viene a modificar éste en el sentido de que en virtud de dicho pacto los cónyuges se comprometían mutuamente a ceder todos sus bienes al que sobreviviera con la condición de que el sobreviviente permaneciera viudo. P. (27) 191. Dialnet. Rioja. es.

23.- SEGURA GRAIÑO, Cristina, “Participación de la mujer en la repoblación de Andalucía en SXIII a XV. Ejemplo de una metodología.” En *Nuevas perspectivas sobre la mujer, I*. (Índice Histórico Español Nº 80-13 del Centro de Estudios Históricos Internacionales), Facultad de Geografía e Historia de la Universidad de Barcelona, 1982, págs. 61-70.

24.- SEGURA GRAIÑO, Cristina, “La mujer en la repoblación de Sevilla en SXIII”. Comunicación recogida en Actas de las *II Jornadas de Metodología y Didáctica de la Historia*, 1981, Universidad de Extremadura, 1984.

25.- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Galo, *Libro de los Fueros de Castiella*, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, 1924. Biblioteca digital de Castilla y León.

de las deudas y fianzas de él. Tampoco podía obligarse conjuntamente con el marido ni salir fiadora de él<sup>26</sup>.

### III. EL DERECHO APLICABLE EN BALEARES: DESARROLLO DE UN DERECHO PROPIO

A partir de la conquista de Mallorca, comienza a desarrollarse un Derecho autonómico y una Administración de justicia propia, que si bien es cierto no alcanzó un gran desarrollo, sí ha conseguido sobrevivir con el paso de los siglos, a las distintas intenciones de unificación jurídica del Derecho civil español, y que afectó al estatus jurídico de la mujer, por cuanto entraba plenamente en su capacidad de obrar.

La Conquista de Mallorca en 1229 y consiguiente expulsión de la dominación musulmana, conllevó la necesidad de atraer pobladores nuevos que quisieran abandonar su lugar de residencia y venir a vivir a las islas. Para ello, el Rey Jaime I otorgó amplias concesiones y privilegios a sus pobladores, así como un sistema autonómico, nacido en la Edad Media, frente al régimen feudal<sup>27</sup>. La carta de población o *Carte de Franqueses* concedida a los pobladores de Mallorca (Medina Mayurka) del primero de marzo de 1230, está llena de privilegios “grandiosos y extraordinarios otorgados por el Monarca aragonés a los pobladores de Mallorca”<sup>28</sup>.

Se declaran en la carta puebla abolidos todos los derechos de carácter feudal, y libres de cuales quiera trabas de este género los bienes de la isla, que el Conquistador cede a los nuevos pobladores. Además, les concede a los mallorquines el derecho a intervenir en la administración de justicia con estas palabras: *Juditia omnia causarum et criminum judicabit curia cum*

---

26.- En el citado *Libro de los Fueros de Castiella*, el punto 239 se titula “*Título de deuda o de fiaduría que faga la muger sin otorgamiento del marido, Esto es por fuero: que muger que ha marido e fase deuda o echa fiador a otro omne por qual quier deuda que sea et el marido non lo ouyere otorgado, non pagara la deubda nin quitara la fiadura que ouyesse fecha amenos de lo mandar e otorgar su marido, de de cinco sueldos arriba, fueras ende sy es muger pannadera o muger de buon ode tales omnes que sus mugeres compran e venden e plase alos maridose de commo les plase dela compra que fassen en que ganan, assy deue pagar lo que ellas mallieuan; e dela deuda que faser las mugeres sin mandar sus maridos e lo otorgar, non lo deuen quitar demás de çinco sueldos...*”, pág. 127 y 128.

27.- GENÍS MAR, Daniel, “Historia de Cataluña compuesta por Bernardo Desclot: noticia d’una traducció castellana de la crònica de Bernard Desclot de l’any 1616”, en *Revista anual de la sociedad catalana de Llengua i Literatura*. N° 17, Barcelona, 2006, pág. 227-256.

28.- En opinión de DAMETO Y COTONER, Juan, *Historia general del Reyno baleárico*, Segunda edición corregida por MORAGUES, Miguel y BOVER, Joaquín María, Juan Guasp y Pascual, Palma, 1840.

*provis hominibus civitatis*. Desaparecen las ordalías y se establece el jurado en la administración de justicia, incluso en asuntos civiles.

No obstante, la Carta puebla contiene escasas disposiciones de carácter civil, y por tanto resultaban insuficientes para el desenvolvimiento de la vida jurídica de un pueblo; por ello, se ha planteado históricamente la necesidad que se tenía de acudir a un Derecho más técnico, más perfecto, que pudiera dar respuesta a todas las cuestiones que se planteaban, lo cual no era posible con los derechos civiles territoriales<sup>29</sup>.

Sin embargo, a pesar de la repoblación de Baleares, no parece que se produjera una importación del Derecho catalán o aragonés. Una corriente doctrinal minoritaria -entre los que se encuentra SUREDA<sup>30</sup>- defiende que la abundancia de ejemplares de los *Usatjes* catalanes en los archivos de Mallorca, son prueba clara de la importación de costumbres y tradiciones no solo familiares, sino también de carácter jurídico en Mallorca. Además, añade como argumento la Concordia firmada entre Jaime II de Mallorca y su hermano Pedro II. En opinión de SALVÁ<sup>31</sup>, siendo catalanes los repobladores de Mallorca, aportaron su Derecho personal en ausencia de régimen territorial.

En la postura contraria nos posicionamos con la doctrina mayoritaria<sup>32</sup>. RIPOLL<sup>33</sup> afirma que “no hay memoria de ningún documento antiguo que de razón de que en ninguna época se hayan arreglado las contiendas, ni se hayan sujetado los actos civiles de los habitantes de este territorio, a aquellas constituciones y privilegios”. OLIVER Y ESTELLER<sup>34</sup> afirma que el carácter marcadamente feudal de los *Usatges*, es lo que hace pensar a “que un país esencialmente democrático en su constitución interna como Mallorca, no se hubiera sujetado a ellos”. Tal como afirma PASCUAL Y GONZÁLEZ<sup>35</sup>,

---

29.- En opinión de FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Lecciones de Derecho civil balear*, Universidad de las Islas Baleares, Palma, 2003, pág. 24.

30.- SUREDA, Enrique, “Existencia y fuentes de la legislación foral de Mallorca”, en *Revista de Derecho privado*, Tomo I. N<sup>o</sup>2, Publicado 15 de noviembre de 1913, Mallorca, 1913.

31.- SALVÁ Y RIERA, Jaime, *Derecho de familia en Mallorca. Legislación mallorquina*, Tipografía de Felipe Guasp, Palma, 1918, págs. 12 y 13.

32.- En opinión de PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *ibídem*, pp. 18 y 19.

33.- RIPOLL Y PALOU, Pedro, *Memoria sobre las Instituciones del Derecho Civil de las Baleares*, I. Casa de Misericordia, Palma, 1885, págs. 8 y 9.

34.- OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia*, I. de M. Ginesta, Madrid, 1881.

35.- PASCUAL Y GONZÁLEZ Luis, *ibídem*, pág. 21.

en Mallorca no ha regido jamás con carácter general el Derecho catalán, ni como propio ni como supletorio. Por su parte, el Colegio de Abogados de Palma en su Exposición de 1881<sup>36</sup>, afirmaba que el Derecho romano comenzó su vigencia en Mallorca cuando perteneció al imperio de Roma y desde entonces hasta el momento presente, no se interrumpió su aplicación. En efecto, las sucesivas legislaciones iban recogiendo el Derecho común, el Derecho Romano, técnicamente muy perfeccionado y que facilitaba las relaciones comerciales de Mallorca. MASCARÓ<sup>37</sup> se pronuncia en el mismo sentido. PONS<sup>38</sup> recoge: “parece fuera de duda que el inmenso vacío de legislación civil observado en el Reino de Mallorca...fue llenado con la recepción de los Derechos canónico y romano”. Tanto FERRER VANRELL<sup>39</sup> como PASCUAL Y GONZÁLEZ<sup>40</sup>, afirman que los *Usatges* catalanes solo se aplicaron, y en escasa medida, en el ámbito penal<sup>41</sup>. En cuanto a la firma de la Concordia entre Jaime II de Mallorca y su hermano Pedro II, por el que se imponen la observancia y cumplimiento de los *Usatjes* de Barcelona, hay que puntualizar que en absoluto se refiere a Mallorca<sup>42</sup>.

En cuanto al Derecho civil, no hubo más innovación que los privilegios de la *Carte de Franqueses* y para todo aquello que no estuviera regulado por los privilegios del Monarca, seguía rigiendo el *ius commune*, no como Derecho supletorio, sino como Derecho propio. PASCUAL Y GONZÁLEZ<sup>43</sup> argumenta que Mallorca, teniendo en cuenta la importancia mercantil de su puerto, se encontraba sometida a la gran influencia de la legislación romana, que pugnaba por imponerse, antes y después de la publicación de la Carta de Franqueza o Carta Puebla y de la firma de la Concordia de Perpiñán.

---

36.- Exposición elevada por el M.I. Colegio de Abogados de Palma de Mallorca al Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia con motivo de la proyectada codificación del Derecho Civil Común y Foral. Palma. 1881. Conclusión I.

37.- MASCARÓ ALBERTÍ, Matías, *Derecho Foral de Mallorca*, 3ª edición, Tip. de José Tous, Palma, 1904, pág.15.

38.- PONS, Félix, *Derecho Civil de Mallorca*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, 1950, pág. 279.

39.- FERRER VANRELL, Mª Pilar, *Lecciones de derecho civil...Ibídem*, pág. 28.

40.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Ibídem*, pág. 19.

41.- En el Capítulo XIV de la Carta Puebla se ordena que “*En pleits de injúries, en dans e en nafres, sia enantat segons los Usatjes de Barcelona*” (las causas de injurias, daños y heridas sean juzgadas según los Usatjes de Barcelona). El excluir los asuntos civiles de esta disposición indica una voluntad decidida, contraria a la aplicación del derecho catalán en tales asuntos.

42.- Ver Boletín Sociedad Arqueológica Luliana. Año 1897, pág.42, que reproducimos en punto 38.

43.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Ibídem*, pág. 21.

Por esta razón, se abrió paso en Mallorca la jurisprudencia romana y canónica, que ha sido desde entonces la fuente más importante<sup>44</sup>. PASCUAL Y GONZÁLEZ<sup>45</sup> concluye: “en Derecho privado regía el Derecho Romano con las solas modificaciones de las costumbres y franquicias propias de Mallorca”.

Después de los privilegios de los reyes<sup>46</sup>, esto es, los *Privilegis o Franqueses*, o las peticiones presentadas por los embajadores del Reino que llevaban el *Placet* del rey, serán fuente del Derecho Mallorquín las disposiciones emanadas de los jurados con la aprobación del Virrey o Gobernador, llamadas *Ordinacions del Regna*. Por esta razón la prelación de fuentes del Derecho sería<sup>47</sup>:

1º- El Derecho peculiar de Mallorca constituido por la Carta Puebla, Privilegios, *franqueses, privilegis, pragmàticas, Ordinacions, consuetuts (stils e bons usos)*.<sup>48</sup>

2º- El Derecho romano justinianeo, no como Derecho supletorio, sino como Derecho propio. Las Partidas vinieron a recoger este Derecho en un texto único y ordenado.

---

44.- Boletín Sociedad Arqueológica Luliana. Año 1897, p.42. Según PIFERRER Y FÁBREGAS, el 19 de enero de 1278 se firmó en Perpiñán con gran solemnidad el documento de la Concordia que le convertía en feudatario de la Corona Aragonesa y se pactó que jurarían la observancia del Tratado los síndicos o procuradores de Perpiñán, de Puigcerdá, de Mallorca, de Barcelona, Lérida y Gerona...El 10 de diciembre de 1279 vino el rey a la isla convocándose el General Consejo en Santa Eulalia para que juraran o prometiesen la observancia del Tratado el Rey y los Síndicos y Procuradores; Jaime II de Mallorca se declaraba feudatario de su hermano Pedro III de Aragón, le obligaba a observar y hacer cumplir “*los Usatjes et las costums de Barcelona*”, pero especificaba claramente que ello sería en las tierras de “*Roseló e de Cerdanya e de Conflent e de Valespir e de Coploure*”; posteriormente al comprometerse Jaime II a admitir el curso de la moneda de Barcelona, se reitera que “*en les dites terres de Cerdanya, de Conflent, de Valespir y Coploure*”. Como vemos, el texto del documento excluye al Reino de Mallorca, tanto en la vigencia del Derecho catalán como de la admisión del curso forzoso de la moneda catalana. PIFERRER Y FÁBREGAS, Pau, *Recuerdos y bellezas de España*, Impr. De Joaquín Verdguer, Barcelona, 1839, pp. 239 y ss.

45.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *ibidem*, p.22. A ello añade que el *Styl 11 de las Ordinacions de Monssèn Erill* de 1344 recogía: “*es consuetud de Mallorca renunciar al Senado Consulto Veleyano y asi se ha obtenido en contradictorio juicio*”. Las *Ordinacions* se refieren a tiempos anteriores, luego es forzoso admitir-razona el autor- que en épocas precedentes se aplicaba el Senado Consulto Veleyano (Derecho Romano) y hubo de crearse una costumbre *contra legem* para prescindir de él. Pág.23.

46.- FERRER VANRELL, Mª Pilar, *Lecciones de Derecho civil...Ibidem*, p. 27. Coexistían en Mallorca dos esferas de poder: el Rey y el Reino, y el gobierno era el fruto del pacto de ambas entidades.

47.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Derecho civil...ibidem*, p. 33.

48.- La costumbre ha sido la fuente fundamental de conservación del Derecho civil especial balear. Por ello, las instituciones recogidas en la Compilación tienen su origen en las instituciones de Derecho romano y en las instituciones consuetudinarias, fijadas con rango de ley, tal como afirma MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo, “Sobre el derecho consuetudinario balear como fuente y como tradición jurídica”, en *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*, Palma de Mallorca, 2010, p. 5.

3º-La Jurisprudencia de la Audiencia de Mallorca.

Otros autores<sup>49</sup> añaden con acierto, como segunda fuente, el Derecho canónico.

#### IV. PRIVILEGIOS DE LA MUJER CASADA BALEAR CON RESPECTO A LA MUJER CASTELLANA

La influencia y aplicación del Derecho Romano antes de la penetración musulmana y la coincidencia en cuanto a este punto de las dos legislaciones, produjeron en opinión de PASCUAL Y GONZÁLEZ<sup>50</sup> como resultado, que el régimen económico del matrimonio balear fue el de absoluta y completa separación de bienes, sin perjuicio del derecho de los futuros cónyuges a elegir un régimen distinto mediante capitulaciones matrimoniales. La sociedad de gananciales del Derecho de Castilla, era desconocida en estas islas. RIPOLL<sup>51</sup>expone: "...Existiendo pues libertad completa de parte de parte de cada uno de los cónyuges para adquirir toda clase de bienes, sin comunicarse aumento ni ganancia."

Como consecuencia de éste *iura propria*, la mujer casada balear gozaba de una serie de privilegios con respecto a la mujer peninsular, derivados de los efectos personales y patrimoniales del matrimonio.

##### 1. Efectos personales del matrimonio en Baleares: la emancipación

Los efectos personales del matrimonio eran<sup>52</sup>: la ayuda mutua, el actuar en interés de la familia, la convivencia, la fijación del domicilio familiar en interés de la familia, y la emancipación, que viene a ser una de las especialidades del Derecho mallorquín. En las Ordenaciones del Reino lo encontramos consignado mucho antes de que se implantara en Castilla o en Cataluña: el matrimonio produce el derecho de emancipación.

En la recopilación legal hecha en Mallorca por Arnaldo Erill en 1344, se estatuye la emancipación legal producida por el matrimonio con estas

---

49.- Conforme establece la *Ordinació nova* de la recopilación de Canet y Mesquida. FERRER VANRELL, Pilar, *Lecciones de Derecho Civil...ibídem*, pág. 30. MARTÍNEZ CAÑELLAS, *Anselmo, ibídem*, p. 37.

50.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Derecho civil...Ibídem*, p. 95.

51.- RIPOLL Y PALOU, Pedro, *Ibídem*, p. 27 y 28.

52.- FERRER VANRELL, Mª Pilar, *Los efectos patrimoniales del matrimonio en el Derecho Civil de Baleares*, Universidad de las Islas Baleares, Palma, 2002, p. 11.

palabras: “*Primo filius familias contrahens matrimonium habeatur pro emancipato et faciat omnia negotia quae verus filius emancipare facere potest*”<sup>53</sup>.

Esta recopilación recoge Derecho consuetudinario, lo que hace pensar que desde hacía mucho tiempo, existía una costumbre contra ley, de obrar como si fuera emancipado el hijo que contrajo matrimonio. Es el pueblo quien se encargó de modificar con arreglo a los dictados del Derecho natural, el rigorismo de las leyes romanas y, a pesar de estar en pleno apogeo de su influjo en la ciencia y en la práctica de los tribunales, sufrieron una derogación en lo que no se acomodaba a las exigencias de la filosofía natural, pues no parece equitativo ni lógico que se halle sometido a la patria potestad de su padre, quien debe ejercer por su parte la misma función con respecto a su prole. Cabe destacar la Sentencia de 3 de octubre de 1648 de la Real Audiencia de Mallorca, en la que viene a reconocer la vigencia del privilegio contenido en las Ordinaciones del Reino, según el cual, por el matrimonio se adquiere la emancipación y el derecho de administración y usufructo de los propios bienes.

En Cataluña, serán las Cortes de Perpiñán celebradas en 1352 durante el reinado de Pedro III (IV de Aragón), las que hicieron las Constituciones de Cataluña, en cuyo Cap. 17 dispuso: “el hijo que contrae matrimonio mediante consentimiento del padre, queda emancipado, aunque siga viviendo en compañía de aquél”.

Mientras tanto, el matrimonio de la mujer castellana estaba regulado en Las Partidas: un cuerpo normativo redactado en Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), con el objeto de conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino, donde se acoge de nuevo la concepción del Derecho justiniano sobre la materia, lo que suponía volver al poder masculino que se había difuminado en su evolución, dentro del ámbito peninsular. Las *Siete Partidas* son probablemente, el código más importante de la historia del Derecho español<sup>54</sup> y representan el apogeo de la recepción en Castilla del Derecho común. Al aspirar Alfonso X a la corona imperial, ordena redactar un código que recoja el *ius commune*, es decir, aquel que de alguna forma era conocido en los países en los que aspiraba a gobernar como emperador, y no precisamente el Derecho peculiar castellano.

---

53.- SALVÁ Y RIERA, Jaime, *Derecho de familia en Mallorca. Legislación...Ibidem*, Segunda parte, Cap. III., pág. 87 y ss.

54.- ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político-administrativas*, UNED, Madrid, 2003. En palabras de Pérez Prendes, las Partidas “han resistido el peso de los siglos, simbolizando ante propios y extraños la entera personalidad del derecho español”.

La partida IV formula una aparente equiparación jurídica general entre el marido y su mujer cuando define el matrimonio como *ayuntamiento de marido et de muger fecho con tal entencion de venir siempre en uno, et de non se partir guardando lealmente cada uno dellos al otro...*<sup>55</sup>. Pero lo cierto es que el matrimonio no producía la emancipación del cónyuge. La emancipación por matrimonio no llegó a la mujer castellana hasta la publicación de las Leyes de Toro, dos siglos más tarde.

Como vemos, la emancipación por matrimonio no estaba recogida en las Partidas, y cuando se recogió en las Leyes de Toro, (en la Ley XLVII), solo se refería al matrimonio eclesiástico, pues la emancipación estaba sometida a dos requisitos: estar casado y estar velado<sup>56</sup>.

Aunque la hija salía de la patria potestad del padre y se emancipaba en virtud de la Ley mencionada con el matrimonio, quedaba “sujeta” a su marido, y adquiría la obligación de servirle y cuidar de la casa, mientras que el marido adquiría la obligación de alimentarla y sostenerla conforme a sus circunstancias<sup>57</sup>. Muy llamativo resulta el comentario del jurista ANTONIO GÓMEZ cuando explica hasta qué punto se entendía ésta sujeción; es el caso del marido que fuerza a tener relaciones matrimoniales a su mujer violentándola, ya que por el hecho de estar casada, se encuentra subordinada y sujeta al marido para *quanto guste y le sea lícito* –explica el citado autor- y por tanto, no incurre en pena alguna<sup>58</sup>.

## **2. Efectos patrimoniales *inter vivos* del matrimonio en Baleares**

### **2.1. El régimen de separación “absoluta” de bienes en Baleares**

Veamos la diferente regulación jurídica de las consecuencias del matrimonio, desde el punto de vista patrimonial, entre la mujer castellana y la mujer balear.

---

55.- Partida IV Título II Ley I, *Las siete Partidas...ibídem*, pág. 11.

56.- ÁLVAREZ DE POSADILLA, Juan, *Comentarios a las Leyes de Toro según su espíritu y el de la legislación de España en que se tratan las cuestiones prácticas, arreglando sus decisiones á las leyes y resoluciones más modernas que en el día rigen*, I. Viuda de Ibarra, Madrid, 1804, pág. 297. La diferencia entre ambos es aclarada por Álvarez de Posadilla: se entiende casado cuando se desposan “en esta tierra” y velados si han recibido las bendiciones de la Iglesia. La finalidad de este segundo requisito era evitar los matrimonios clandestinos. Necesitaban la presencia del párroco para que les diese la bendición.

57.- GÓMEZ, Antonio, (Escrito por Nolasco de Llano), *Compendio de los Comentarios extendido por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*, I. Joseph Doblado, Madrid, 1785, pág. 282.

58.- GÓMEZ, Antonio, *Ibídem*, pág. 359.

### 2.1.1. El régimen de gananciales y la licencia marital: cara y cruz de la legislación castellana

La mujer casada castellana, tenía limitada su capacidad de obrar en cuanto a disposición de sus bienes. La Partida IV recogía dicha limitación, cuando determinaba que es el marido quien debe tener la posesión y administración de los bienes dotales<sup>59</sup>. Sin embargo, los bienes parafernales, regulados en la Ley XVII<sup>60</sup> podían ser administrados por la mujer. En la legislación de las Partidas, se entendía que el marido era dueño de las ganancias obtenidas durante el matrimonio, y por tanto, todos los bienes que aparecieran a la muerte del marido, debían pertenecer a sus herederos, aunque se hallaran en poder de la mujer, salvo aquellos bienes sobre los cuales la mujer demostrara que eran suyos o que los había adquirido honestamente por medio de un arte u oficio<sup>61</sup>. Sin embargo, la adquisición de la mitad de los bienes gananciales por la mujer castellana, eran una práctica habitual en Castilla. Las Leyes de Estilo 203, 205, 206 y 207 (Compilación de leyes y prácticas legales introducidas por el Rey D. Alfonso X el Sabio) vinieron a recoger los gananciales tal y como se regulaban en el Fuero Real y las Ordenanzas Reales de Castilla (Libro V, Tít. IV), y así fueron recogidos por fin, en las Leyes de Toro (Leyes XIV, XV, XVI, LX, LXXVII, LXXVIII).<sup>62</sup>

Las leyes de Toro<sup>63</sup>, vinieron a recoger lo que ya era una práctica habitual en Castilla: la mujer participa de la propiedad de los bienes gananciales obtenidos durante el matrimonio. Aunque la administración de los mismos la llevaba el marido, este se hacía deudor de la mitad de los bienes gananciales hasta que por la disolución del matrimonio, pasaba “*ipso jure a ser en la muger actual o en ejercicio de dicha comunión de mitad de gananciales en cuanto al dominio y posesión*”<sup>64</sup>. Por ello COVARRUBIAS llega a afirmar que el dominio

---

59.- Partida IV, Tít. XI, Ley VII, *Ibidem*. *Que las donaciones et las dotes que son fechas por razón de los casamientos, deben ser en poder del marido para guardarlas et aliñarlas*. Pág. 67.

60.- Partida IV, Tít. XI, Ley XVII, *Ibidem*, pág. 72.

61.- Partida III, Tít. IV Ley II. DEL VISO, Salvador, *Lecciones elementales de historia y de Derecho civil, mercantil y penal de España*, Parte segunda, Tratado Primero, I. Sebastián de Lope, Valencia, 1859, pág. 232 y ss.

62.- DEL VISO, Salvador, *Lecciones elementales de Historia y de Derecho civil, mercantil y penal de España*, Parte segunda, Tratado Primero, I. Sebastián de Lope, Valencia, 1859, pág. 234.

63.- Las Leyes de Estilo 203, 205, 206 y 207 (Compilación de leyes y prácticas legales introducidas por el Rey D. Alfonso X el Sabio) vinieron a recoger los gananciales tal y como se regulaban en el Fuero Real y las Ordenanzas Reales de Castilla (Libro V, Tít. IV), y así fueron recogidos en las Leyes de Toro (Leyes XIV, XV, XVI, LX, LXXVII, LXXVIII). DEL VISO, Salvador. *Ibidem*, pág. 234.

64.- Así AVENDAÑO y COVARRUBIAS en *Variarum* libro II c.19 n° 2ª: dicen que el marido puede sin

que tiene la mujer está *in habitu et creditio* hasta que se disuelve el matrimonio<sup>65</sup>. A partir de ahora, la obligación que tienen los consortes de dividirse entre sí los bienes gananciales no es voluntaria, nacida del contrato de tácita sociedad, sino legal y necesaria deducida por la disposición de la ley real<sup>66</sup>.

No obstante, las Leyes de Toro, establecieron una limitación a la capacidad de obrar de la mujer que duró cinco siglos: la licencia marital<sup>67</sup>. Aunque nació posiblemente con la intención de facilitar el acceso de la mujer al tráfico jurídico con el otorgamiento por parte del marido de una licencia general, para que la mujer hiciera todos aquellos contratos que estimare oportunos<sup>68</sup>, lo cierto es que dicha limitación, duró excesivamente. La incapacidad de la mujer castellana quedaba centrada y concretada en el matrimonio. La mujer soltera y la viuda podían disponer libremente de sus bienes. Ello viene a demostrar que el fundamento de esta incapacidad no era la debilidad de su sexo, como se decía en la antigüedad<sup>69</sup>, sino la concepción del matrimonio como una unidad necesitada de una sola cabeza o autoridad que se encargara de su visibilidad y su gestión patrimonial. La Ley LV recogía de manera explícita la prohibición: la mujer, sin licencia de su marido, no podía celebrar contrato, ni separarse de él, ni presentarse en juicio<sup>70</sup>.

---

consentimiento de su mujer, enajenar todos los bienes gananciales que haya adquirido constante matrimonio y se funda en que la comunión de gananciales entre el marido y la mujer no es propiamente *in actu*, sino en hábito y crédito, porque el marido es actual señor por la autoridad que tiene de administrar y enajenar durante el matrimonio; esta comunión es impropia en cierto modo, en cuanto al dominio y posesión e impedida por razón de la administración que compete al marido. Por el contrario Llamas y Molina entiende que el marido no podía sin consentimiento de su mujer vender los bienes gananciales. LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *Comentario crítico jurídico literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, I. Gaspar y Roig, Madrid, 1827.

65.- COVARRUBIAS, Libro III. *Ibidem*, pág. 72.

66.- LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *Ibidem*, pág. 144.

67.- La Ley LVI de Leyes de Toro.

68.- GÓMEZ, Antonio, *Ibidem*. Las causas que sustentaban dicha imposición fueron, en opinión de Nolasco de Llano las siguientes: *(la mujer) debe respetar a este (al marido) como cabeza y se halla baxo su potestad, principalmente en tres cosas: Primero en quanto á la residencia y cohabitación que debe hacer con el marido; Segunda: en lo respectivo á la presentación de obras que está obligada á hacerle; y Tercera: en lo tocante á la sujeción que debe sufrir á la jurisdicción y domicilio del marido*. Pág. 311.

69.- Partida V Título XII Ley III., *Ibidem*, pág. 278.

70.- ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *Ibidem*. Ley LV, pág. 327: *La muger durante el matrimonio, sin licencia de su marido, como no puede hacer contrato alguno, así mismo no se pueda apartar ni se desistir de ningún contrato que á ella toque, ni dar por quito á nadie de él; ni pueda hacer quasi contrato, ni estar en juicio, haciendo ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido; y si estuviere por sí, o por su procurador, mandamos que no vala lo que hiciere*.

La mujer castellana no podía, durante el matrimonio, sin licencia de su marido, repudiar herencia alguna; tan solo podía como mucho, aceptarla con beneficio de inventario, si lo había realizado sin consentimiento del marido. Por tanto, lo que se le permiten son actos que puedan beneficiar al marido. La causa de esta limitación está en que repudiar una herencia se entendía que perjudica al marido, como también aceptar una herencia sin beneficio de inventario, pues podría ocurrir que hubiera que pagar más que lo que importa la herencia. Así lo recoge la Ley LIV<sup>71</sup>.

La Ley LV<sup>72</sup> recogía la limitación de la capacidad de la mujer casada para obligarse judicial o extrajudicialmente especificando actuaciones concretas que la mujer no podía realizar sin licencia marital: la mujer no podía celebrar contratos, rescindir contratos realizados con anterioridad al matrimonio, liberar obligaciones, cuasicontratar, comparecer en juicio (sí testificar). Si el marido se negaba a dar licencia a su mujer, para hacer lo que le prohíben las leyes anteriores, la mujer podía acudir al juez para que, si estimaba la causa legítima y necesaria, compeliere al marido para que prestara la licencia solicitada; si éste se resistía a darla, podía darla el juez, en virtud de la Ley LVII.

También existía la prohibición de afianzar al marido; estaba regulada en la Ley LXI<sup>73</sup> de Toro. La mujer podía obligarse como principal y el marido en calidad de fiador; sin embargo el caso contrario, estaba expresamente prohibido: la mujer no podía salir fiadora de su marido, ni siquiera en provecho de ella misma<sup>74</sup>.

La licencia marital no fue una figura jurídica castellana exclusivamente. Diversos territorios europeos acogieron el *derecho común* mediante la

---

71.- Ley LIV de Toro: *La muger durante el matrimonio no pueda sin licencia de su marido repudiar ninguna herencia que le venga ex testamento, in ab intestato: pero permitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia cualquier herencia ex testamento et ab intestato con beneficio de inventario, y no de otra manera.* GÓMEZ, Antonio, *Ibidem*, pág. 309.

72.- Ley LV de Toro: *La muger durante el matrimonio sin licencia de su marido como no puede hacer contrato algùn: asimismo no se pueda apartar ni se desistirse ningún contrato que á ella toque, ni dar por quitto á nadie de el; ni pueda hacer quasi contrato, ni estar en juicio, haciendo ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido; y si estuviere por si o por su procurador, mandamos que no vala lo que hiciere.* ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *Ibidem*, pág. 327.

73.- Ley LXI de Toro: *De aquí adelante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marido, aunque se diga y alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la muger.* ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *Ibidem*, pág. 332.

74.- “Por la fragilidad de su sexo” explica Antonio Gómez. GÓMEZ, Antonio, *Ibidem*, pág. 314.

Recepción<sup>75</sup>, Derecho que colocaba a la mujer bajo una suerte de tutela ejercida por el marido, que gobernaba la familia. Las ideas humanistas del Renacimiento apoyaban el concepto de superioridad del marido, por lo que equiparaba la capacidad de la mujer con la del menor o incapaz. En Francia, el llamado *droit coutumier*<sup>76</sup> y toda su legislación posterior, imponía la necesidad de autorización marital para la mujer casada hasta bien entrado el Siglo XX con la aprobación de la modificación del Código civil de 1938 en la que se remplace la autoridad marital por el principio de preponderancia del marido como jefe de la familia en la fijación del domicilio familiar, estableciendo la plena capacidad civil de la mujer, entre otras reformas<sup>77</sup>. En Francia triunfaba la ley sálica, que no excluía a la mujer del poder en el reino de Francia, pero le impedía reinar a título propio, tal como ocurría en Aragón<sup>78</sup>. Sin embargo, en Castilla no se aplicaba la Ley Sálica. En Castilla las mujeres reinas ejercían el poder directamente y por derecho propio<sup>79</sup>.

### 2.1.2. La mujer balear y la libre disposición de sus bienes

En Baleares se aplicó tradicionalmente el régimen de separación de bienes. Las Capitulaciones tenían la función de “organizar la Casa”, es decir,

---

75.- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, “Evolución histórica de los derechos de la mujer”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de La Rioja*. Nº 12 y 13, 1994-1995, La Rioja, 1995, pág. 322 y ss.

76.- Leyes consuetudinarias francesas que fueron recopiladas por los juristas durante los siglos XIII y XIV sancionadas por el poder real en 1454, 1494 y 1509. Impresas y adoptadas como fuentes de derecho consuetudinario francés, finalmente compiladas en la *Coutume de Paris* de 1510. FAURÉ, Christine, *Enciclopedia histórica y política de las mujeres: Europa y América del Norte*. (Título original: *Encyclopédie Politique et Historique des femmes. Europe. Amérique du Nord*. Francia. 1997), Akal, Madrid, 2010.

77.- SÁINZ-LÓPEZ NEGRETE, Manuel, “El nuevo régimen matrimonial francés”, en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 455, Vlex Julio-Agosto 1966, págs. 863-914.

78.- La *Loi Salique* extraída del *Pactus legis salicae* (siglos VI a IX) se exhumó en 1358 y fue reactivada y discutida en el SXV, adquiriendo en el S.XVI la categoría de ley francesa pública o fundamental y convirtió a Francia en un país donde las mujeres quedaban excluidas del poder. Se trataba de una interpretación retorcida e infiel de la ley sálica original que lo que establecían era la herencia de la tierra sálica a los varones. No hacían referencia a la exclusión de la mujer del poder en ningún reino de Europa. La interpretación de dichos textos fue controvertida. Mientras unos autores defendían la exclusión política de la mujer, como Richard Lescot (1350), Jean de Montruil (1500), Jean Juvenal des Ursins hijo (1430) otros juristas de la época proponen una lectura distinta del derecho consuetudinario francés, con el objeto de asentar la exclusión política de las mujeres en el derecho natural que privilegiaba el poder masculino. FAURÉ, Christine, *Ibidem*, págs. 22 y ss.

79.- Es el caso de Dña. Urraca Alfonso, reina de Castilla y León (S.XII), Dña. Berenguela, reina de León y de Castilla (finales S.XII y principios del XIII), Dña. María de Molina, reina de Castilla y León (finales del S.XIII y principios del S.XIV), e Isabel la Católica, reina de Castilla y León y posteriormente reina de España (finales S.XV y principios del S. XVI). PASTOR, Reina, “Sombras y luces en la historia de las mujeres medievales”, en *Tópicos y realidades de la Edad Media*, Tomo II, Real Academia de la Historia, Madrid, 2000, pág. 199.

organizar la situación económica de la familia mediante las aportaciones de los futuros cónyuges al mantenimiento de la misma, y organizar la situación patrimonial del cónyuge superviviente así como la sucesión en general y el destino de los bienes. Abarcaba por tanto, el ámbito familiar y el sucesorio. La constitución de Capítulos antes del matrimonio, planificaba e imponía la obligación de contribuir ambos al levantamiento de las cargas familiares, acordando el régimen de separación de bienes. No era obligación del marido mantener a la mujer y a los hijos, sino que ambos contribuían al sostenimiento familiar. Cada cónyuge, por tanto era responsable de las deudas que contraía. Consecuencia de ello, era la capacidad de actuar de la mujer mallorquina sin la venia marital, pues la mujer no tenía limitada su capacidad de obrar<sup>80</sup>.

Los efectos jurídicos más importantes del matrimonio en Baleares, como consecuencia de la separación absoluta de bienes, desde el punto de vista patrimonial, eran:

1º- Que cada uno de los cónyuges retenía el dominio y la administración de los bienes que le pertenecían al contraer matrimonio, y de los que adquiriera en lo sucesivo<sup>81</sup>. Por tanto, todos los bienes de la mujer tienen la condición de parafernales, salvo si se hubiere constituido dote.

2º- Como consecuencia de lo anterior, la mujer casada balear no necesitaba la venia marital para los actos de enajenación y gravamen de sus bienes parafernales, incluso inmuebles; bastaba que hiciera la manifestación de que se trataba de bienes parafernales.

LALINDE<sup>82</sup> afirma que la separación de bienes aparece en el Derecho Romano en el matrimonio *sine manu*, tratando de mantenerse su integridad mediante la prohibición de las donaciones entre cónyuges, siempre matizado por la presunción *muciana* (*praesumptio muciana*); ni el régimen romano, ni el régimen histórico catalán, han sido nunca el de separación de bienes “en forma pura”, al ser afectado por la dote o “sistema dotal” y

---

80.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Lecciones de Derecho civil...Ibidem*, pág. 174. En el mismo sentido MASOT MIQUEL, Miquel, “*Cap a una nova regulació del règim econòmic del matrimoni*” en *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, XIV, Discurso de apertura del curso académico 2012-2013, Palma, 2013.

81.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Derecho civil...Ibidem*, pág. 100.

82.- LALINDE ABADÍA, Jesús, *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán*, Revista jurídica de Cataluña, vol. 64, n<sup>o</sup>3, 1965, pág. 655. Y también en *Iniciación histórica al Derecho español*, 3<sup>a</sup> ed, Ariel, Barcelona, 1983, pág. 725.

las contradonaciones del esposo, a lo que FERRER VANRELL<sup>83</sup> aclara que el régimen de separación de bienes en Baleares se refiere a la separación “absoluta” de bienes y así lo recogía SALVÁ Y RIERA cuando afirmaba que “la base en que descansa la organización mallorquina es el principio de separación absoluta de los bienes de los cónyuges”. En el mismo sentido se pronuncia PASCUAL Y GONZÁLEZ<sup>84</sup>. En éste punto es unánime la doctrina<sup>85</sup>. RIPOLL dice: “existiendo pues libertad completa de parte de cada uno de los cónyuges para para adquirir toda clase de bienes, sin comunicarse aumento ni ganancia. (...). Los bienes de los casados revisten en este país un carácter así mismo excepcional, tan encarnado en nuestras costumbres, que la introducción de nuevas leyes respecto de ellos produciría lamentable conflicto”<sup>86</sup>.

Consecuencia de esta separación absoluta de bienes, es la existencia de completa libertad para adquirir cada uno de los cónyuges toda clase de bienes con total independencia del patrimonio del otro cónyuge; no obstante, dicha libertad goza de un límite: la ley presume que las adquisiciones llevadas a cabo por la mujer durante el matrimonio, han sido hechas con dinero del marido, salvo prueba en contrario. Los textos romanos establecían que para reclamar la mujer los bienes adquiridos constante matrimonio, había de probar de manera precisa su adquisición, pues de lo contrario se presumía que procedían de la liberalidad del marido y por tanto eran propiedad de éste; era la citada presunción *Muciana*, cuya vigencia en Mallorca era de indudable aplicación, tal como recoge la doctrina mayoritaria<sup>87</sup>. Se trata por tanto, de una presunción *iuris tantum* que cede cuando la mujer alega la propiedad del dinero y prueba su procedencia propia.

---

83.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Efectos patrimoniales del matrimonio...* *Ibidem*, pág. 110.

84.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Ibidem*, pág. 95. SALVÁ Y RIERA, *Derecho de familia en Mallorca. Legislación...* *Ibidem*, pág. 116.

85.- En opinión de PASCUAL Y GONZÁLEZ respecto de Mascaró, J. Salvá y Antonio Maura, *Ibidem*, pág. 96.

86.- RIPOLL Y PALOU, Pedro, *Ibidem*, pág. 27 y 28, 50 y 51. En su proyecto de Apéndice recoge estos principios en los arts. 12 y 18. También el Colegio de Abogados en la Exposición de 1881 reconoce lo expresado en las Conclusiones VI y VII.

87.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Derecho civil...* *Ibidem*, pág. 117. MASCARÓ ALBERTÍ, Matías. *Derecho foral...* *Ibidem*, pág. 58. SALVÁ RIERA, Jaime. *Derecho de familia en Mallorca. Legislación...* *Ibidem*, pág. 118. COMES José. Definición recogida en el *Tratado Teórico-práctico del arte de Notaría*, Volumen I, I. J. Mayol, Barcelona, 1828, pág. 67 y ss.

## 2.2. Consecuencias de la amplia capacidad de obrar de la mujer casada balear

La amplia capacidad de obrar de la mujer casada balear, que demuestra en tres puntos:

### 2.2.1. La capacidad para celebrar toda clase de contratos

Históricamente se ha reconocido a los cónyuges capacidad para celebrar toda clase de contratos, incluso entre ellos. En el Derecho Romano con Justiniano, se produjo un cambio radical a favor de la protección de la mujer, atribuyéndole una mayor autonomía y adecuando la legislación para garantizar la defensa de sus intereses patrimoniales. Se permite la libre contratación entre los esposos, a excepción de las donaciones entre los cónyuges, y que la mujer pudiera afianzar a su marido<sup>88</sup>. Según el Derecho propio de Mallorca, la mujer casada no precisa licencia marital para los actos de enajenación y gravamen de sus bienes parafernales incluso inmuebles; basta que manifieste que se trata de éstos bienes<sup>89</sup>.

Esta libertad de contratación abarcaba incluso la posibilidad de venderse recíprocamente los bienes. Esta libertad ha sido comentada por PASCUAL Y GONZÁLEZ<sup>90</sup>, RIPOLL Y PALOU<sup>91</sup> y SALVÁ RIERA<sup>92</sup>, entre otros. El art. 58 del Proyecto de Apéndice viene a recoger y plasmar este derecho: “a falta de contrato sobre los bienes, se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de separación absoluta de los mismos y el marido y la mujer podrán vendérselos recíprocamente”. Ello se debe a que nuestro Derecho tiene su

---

88.- En opinión de FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Efectos patrimoniales del matrimonio en el Derecho...* *Ibidem*, pág. 193.

89.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis. *Ibidem*, pág. 100.

90.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis. *Ibidem*, pág. 100.

91.- RIPOLL Y PALOU. *Memoria sobre las Instituciones...* *Ibidem*, pág. 15: “Existiendo pues, libertad completa de parte de cada uno de los cónyuges, para adquirir toda clase de bienes sin comunicarse aumento ni ganancia, ha sido natural que subsistiese todo el rigor de las antiguas leyes para prevenir el caso de que el marido, procediendo a impulso del amor, o cediendo a los halagos de su mujer, cuando no por otras causas de diversa índole, ejecute adquisiciones figurándolas a nombre de aquella en los títulos del respectivo otorgamiento. Todos sabemos que en semejantes casos la compra llevada a cabo por la mujer durante el matrimonio, se entiende verificada con el dinero marital, siempre que no justifique aquella haber tenido medios para realizarla...”.

92.- SALVÁ Y RIERA, Jaime. *Derecho de familia en Mallorca. Legislación...* *Ibidem*, pág. 118: “Del principio fundamental vigente en el régimen económico del matrimonio se deriva la validez de los contratos celebrados recíprocamente entre marido y mujer, pues no estando sujetos los bienes al sistema de partición de ganancias, no hay inconveniente alguno en que se efectúen tales estipulaciones”.

base en el Derecho romano justiniano, por lo que se permitía la contratación entre cónyuges, con las dos excepciones anteriormente mencionadas.

### 2.2.2. *La capacidad para afianzar a su marido*

FERRER VANRELL<sup>93</sup> afirma que en el Derecho Romano, la mujer no podía afianzar a su marido, pues no lo permitía la prohibición general de *intercedere pro aliis* para la mujer del *Senado Consulto Veleyano*<sup>94</sup>. Justiniano declara nula la intercesión de la mujer a favor del marido, salvo que se probase claramente que se había efectuado en beneficio de la mujer, excepción plasmada en la Novela 134.8 *Authentica si qua mulier*<sup>95</sup>, que vino a reforzar la prohibición haciéndola más rigurosa en cuanto a que la mujer casada se hiciera fiadora del marido o se obligara mancomunadamente con él, al establecer que “si en algún documento de préstamo le prestara alguna mujer su consentimiento a su marido, o suscribiera, y obligara sus propios bienes o se obligara ella misma, mandamos que de ningún modo tenga validez o subsista nada de esto (...) que sea lo mismo que no se hubiese escrito, a no ser que manifiestamente se pruebe que el dinero se gastó en utilidad de la misma mujer”. El fundamento de estas prohibiciones estaba en una “absurda protección a la mujer ya que se consideraba que sería víctima de engaños”<sup>96</sup>.

Las *Ordinacions de Mossell Erill* de 1344<sup>97</sup> establecían en el Stil 11: “*Es de consuetut en Mallorca que si las donas fan fianzas a llurs marits y juntament ab ells se obligan, sols que hagen renunciat al Vellejà, encara que no hagen renunciat a la Authentica si qua mulier y encara que no hagen jurat, sols sian majors de 25 anys, la obligació val y té, y axí sés obtingut en contradictori judici*”<sup>98</sup>.

---

93.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Efectos patrimoniales...* *Ibidem*, pág.196.

94.- *Senadoconsulto Veleyano*: beneficio concedido a la mujer recogido en el Código Justiniano consistente en la mujer que presta garantía a su marido (o hermano, hijo, suegro) por sí o por sus bienes, no se sostendrá el consentimiento, entendiéndose nulo, salvo que pruebe que el dinero gastado era beneficioso para la mujer. COMES José, *ibidem*, pág. 67 y ss.

95.- *Auténtica si qua mulier*: beneficio concedido a la mujer consistente en que el marido no podía disponer de los bienes comprendidos en las donaciones propter nupcias, aunque lo consienta la mujer, que dispondrá de una acción real contra el poseedor de los bienes enajenados por el marido. Los bienes dotales, por tanto no eran enajenables por la mujer, ni por el marido, ni por el consentimiento de ambos.

96.- MASOT MIQUEL, Miquel, *ibidem*, pág. 26.

97.- Archivo del Reino de Mallorca, *Llibre d'en Sant Pere*, fol.31.

98.- “Es costumbre en Mallorca que si las mujeres afianzan a sus maridos y junto con ellos se obligan solo que hayan renunciado al Veleyano aunque no hayan renunciado a la *Auténtica si qua mulier* y aunque no hayan jurado, basta sean mayores de 25 años, la obligación es válida y así se ha resuelto en contradictorio juicio”. *Ordinacions i sumari dels Privilegis, consuetuts i bons usos del Regne de Mallorca*, Antoni Moll, Notari, Síndic 1663, pág. 123.

El Stil 11, recoge las dos prohibiciones romanas de intercesión de la mujer, tanto la general como la especial<sup>99</sup>. Por un lado, la posibilidad de renunciar al beneficio del *Senado Consulto Veleyano* y por otro, la nulidad de intercesión de la mujer a favor del marido en la *Authentica si qua mulier* (*Novela 134.8*).

En opinión de SALVÁ Y RIERA, las mujeres mallorquinas han podido constituir válidamente fianzas que prohibía el Derecho Romano o Derecho común, como le ocurría a la mujer castellana regida por ese Derecho; el único requisito consistía en ser mayor de edad y renunciar al *Senado Consulto Veleyano*. Esta antigua costumbre se haya recogida en el Derecho escrito y confirmada en fallos de la Real Audiencia de Palma Mallorca<sup>100</sup>.

La Conclusión X de la Exposición elevada por el Colegio de Abogados al Ministro de Gracia y Justicia, con motivo de la Codificación de 1881, se pide que “debe subsistir en Mallorca el principio de que la mujer casada pueda constituirse fiadora del marido y obligarse con él de mancomún, siempre que se renuncie al *Senado Consulto Veleyano*; y aún podía declararse innecesaria esta renuncia”<sup>101</sup>.

### 2.3. La dote y las donaciones entre cónyuges

Cuando hablamos de donaciones entre cónyuges en Baleares, nos referimos a cuatro tipos de donaciones:

#### 2.3.1. Las *donatio simplex*

Son donaciones simples, aquellas que no traen causa en el matrimonio y por tanto no se encuentran ubicadas en los Capítulos matrimoniales. Toda donación *propter alias causa* está prohibida entre los cónyuges y solo se considera válida la donación *propter nuptias* por su paralelismo con la dote.

---

99.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Los efectos patrimoniales... Ibídem*, pág. 196.

100.- Sentencias 20 de junio de 1617, 28 de octubre de 1672 de la Real Audiencia de Palma de Mallorca. SALVÁ Y RIERA, Jaime, *Derecho de familia en Mallorca: un estudio histórico-bibliográfico de la legislación mallorquina*, Tipografía de Felipe Guasp, Palma de Mallorca, 1918, pág. 119. La Sentencia de 7 abril de 1892 declaró que si bien con arreglo al Fuero de Mallorca la mujer casada podía obligarse mancomunadamente con su esposo, era necesario para la validez y eficacia de la obligación que renunciase a los beneficios del *Senado Consulto Veleyano* y a la *Aunténtica si qua mulier*.

101.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Efectos patrimoniales... Ibídem*, pág. 198.

En el Derecho balear, las donaciones entre cónyuges, constante matrimonio, estaban prohibidas<sup>102</sup>. Se consideraban nulas porque se consideraba de interés público salvaguardar la dote de la mujer para su posterior restitución. No obstante, siguiendo la tradición romana<sup>103</sup>, las donaciones entre cónyuges quedaban convalidadas si premoría el cónyuge donante sin haberlas revocado. Esta regla la encontramos en el propuesto art. 19 por RIPOLL Y PALOU en la *Memoria* que dice: “Si el marido no intentase durante su vida reclamación del dinero invertido en las compras verificadas por la mujer durante el matrimonio, sin medios para ello, o no dispusiese de él en ocasión de su muerte, se entenderá que de su importe hace donación a la misma y esta donación tendrá, en cuanto a su validez y efectos, lo que se determina en las leyes comunes”. La prohibición de donaciones entre cónyuges estuvo vigente en Baleares hasta la reforma de 1990 de la Compilación balear.

### 2.3.2. Las *donatio propter nuptias* y la dote

La *donatio propter nuptias* era una compensación que el marido daba a la mujer paralela a dote. Fue Justiniano quien cambió la denominación *donatio ante nuptias* por la de *donatio propter nuptias*. El marido debía prometer la *donatio propter nuptias* a la mujer como compensación a la dote, y su finalidad era asegurar el mantenimiento de la viuda, aplicándole el mismo régimen que a la dote. Ambas *donatios* (*propter nuptias* y dote) formaban un patrimonio común en contra de la tradición romana de la separación de bienes<sup>104</sup>.

El régimen dotal de origen romano es el régimen de separación de bienes que se vino aplicando en Francia, Italia, Cataluña y Baleares. Como no existía esa comunicación de ganancias entre los cónyuges, las donaciones por razón de matrimonio (la dote, el *escreix*<sup>105</sup>, el *aixovar*<sup>106</sup>) iban *dirigidas*

---

102.- Prohibición que tiene su origen probablemente en la Jurisprudencia, puesto que la Ley Cincia todavía admitía la donación. FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Lecciones de Derecho civil...* *Ibidem*, pág. 243 y ss.

103.- Un Senadoconsulto de Caracalla que las convalida si muere el donante sin haberla revocado (D24.1.3 pr y 32 pr.-2 (*oratio Serveri*)). FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Lecciones de Derecho civil...* *Ibidem*, pág. 243.

104.- D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 10<sup>a</sup> ed., Eunsa, Navarra, 2004, p. 398.

105.- *Escreix*. Donación que hace el marido a la mujer con ocasión del matrimonio. SALVÁ Y RIERA, Jaime, *Ibidem*, p. 128.

106.- *Aixovar*. También denominado *axovar*. En tiempos antiguos a la dote se le daba este nombre, tal como se refleja en el Códice del Marqués de Campo-Franco y en el de los Reyes (fol. XXIII en latín y XXII en catalán), o el Privilegio de Jaime I recogido en el Códice de Zaforteza (Fol. XXVI). SALVÁ Y RIERA, Jaime, *Derecho de familia en Mallorca. Legislación...* *Ibidem*, pág. 123.

a compensar la desproporción entre el patrimonio de los cónyuges para colaborar equitativamente en el levantamiento de las cargas familiares.

La dote es una antigua institución en el Derecho mallorquín, que consistía en una donación que hacía la mujer al marido con la finalidad de contribuir a las cargas del matrimonio<sup>107</sup>. Normalmente era de carácter *profecticia* (constituida por el padre o quien tuviera potestad sobre la novia); el padre estaba obligado a constituir<sup>108</sup>, quedando el marido como usufructuario de los bienes entregados, para levantar los “*onera matrimoni*”.

En Ibiza se insertaban la Capitulaciones en los *espólits*<sup>109</sup>. En ellos se recogían no solo las dotes sino también otras instituciones paradotales, pactos como el acogimiento de la cuarta parte de los *milloraments*, el usufructo universal capitular o de regencia, la cláusula de confianza por la que se encarga al cónyuge supérstite que ordene su sucesión entre los descendientes comunes, así como los heredamientos.

SALVÁ RIERA<sup>110</sup> expone que por razón del matrimonio, se realizaban una serie de donaciones (dotes o instituciones paradotales), tanto los cónyuges entre sí, como de sus respectivas familias, con el fin de que ambos ayuden al levantamiento de las cargas familiares. Durante el bajo imperio se implantó la costumbre de que el futuro marido destinara a su futura mujer un capital que junto con la dote, le aseguraba en caso de supervivencia, los alimentos y la subsistencia; para ello tenía el usufructo de ese patrimonio, pues la nuda propiedad era de los herederos del cónyuge premuerto. Este capital se denominaba la *sponsalicia largitas*, tal como recogen GARCÍA GARRIDO<sup>111</sup> y FERRER VANRELL<sup>112</sup>.

---

107.- Las primeras noticias escritas que tenemos de la dote datan de los primeros *Privilegis y Franqueses* de Jaume I de 31 de octubre 1247.

108.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Efectos patrimoniales del matrimonio...* *Ibidem*, págs. 111-113.

109.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Lecciones de Derecho civil...* *Ibidem*, pág. 166.

110.- SALVÁ Y RIERA, Jaime, *Ibidem*, pág. 90.

111.- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Diccionario de jurisprudencia romana*, Tercera edición, Dykinson, Madrid, 1988, pág. 133.

112.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Efectos patrimoniales del matrimonio...* *Ibidem*, pág. 209.

### 2.3.3. *El escreix*

MONSERRAT<sup>113</sup> lo define como una institución paratotal que consiste en la donación, causa matrimonio, que otorgaba el futuro marido a su futura mujer en atención a su virginidad en primer lugar, pero además y sobre todo, en atención a sus cualidades personales<sup>114</sup>.

FERRER VANRELL<sup>115</sup> lo define como una donación causa matrimonio que otorgaba el futuro marido a su futura mujer en atención a circunstancias personales y que acostumbraba a ir unida a la dote, denominada también aumento de dote o esponsalicio.

La palabra *escreix* procede del latín *excrescere* y viene a responder a una tendencia paulatina a la realización de aportaciones proporcionales y paralelas de la parte del marido y a favor de la esposa.

Sobre el *escreix*, la mujer no adquiría la propiedad, que será de los herederos del marido, sino solo el usufructo. PASCUAL Y GONZÁLEZ<sup>116</sup> la define como el aumento de dote, que hasta la cuarta parte puede constituir el marido a la mujer soltera, con la que trata de contraer matrimonio. Como esta donación se basa originalmente en la virginidad de la esposa (*et propter vestri corporis virginitatem*<sup>117</sup>), las viudas no podían recibirla<sup>118</sup>.

La perfección de la donación se producía después de la consumación del matrimonio, rescindiéndose en caso contrario<sup>119</sup>.

---

113.- MONSERRAT QUINTANA, Antonio, *Lecciones de Derecho civil balear*, Lección 10, Universidad de las Islas Baleares, Palma, 2003, pág. 223.

114.- *La donació per noces o screix es degut a la Mare per raho de la sua Virginitat*. Tal como lo recogen las Cortes de Tarragona de 1260. Constitución de Cataluña Vol. I, Libro 6º Tít. 2º. Y también en el Código de costumbres de Tortosa. Citado por SALVA y RIERA, Jaime, *Ibidem*, pág. 129.

115.- FERRER VANRELL, Mª Pilar, *Efectos patrimoniales del matrimonio...* *Ibidem*, pág. 115.

116.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Derecho civil...* *Ibidem*, pág. 104.

117.- Frase utilizada en las Capitulaciones matrimoniales. MONSERRAT QUINTANA, Antonio. "Negocios de disposición patrimonial por razón o con ocasión del matrimonio". Discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y legislación de Baleares pronunciado el 23 de noviembre de 2006. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y legislación de Baleares*, VIII, Mallorca, 2006, pág. 195.

118.- En esto coinciden SALVÁ Y RIERA, Jaime, *Ibidem*, págs. 126 y 127, y MONSERRAT QUINTANA, Antonio, *Ibidem*, pág. 195.

119.- SALVÁ Y RIERA, Jaime, *Ibidem*, pág. 129.

En cuanto a su naturaleza, SALVÁ Y RIERA<sup>120</sup> lo define como una reminiscencia resultado de la fusión de dos instituciones germánicas introducidas a favor de la mujer. Estas dos instituciones son:

- 1-La dote: también llamada arras, se constituye antes de la celebración del matrimonio, cuando la mujer ha aportado una dote, el marido aporta la suya en proporción a la de su futura esposa.
- 2-La *morgengabe*: o donación de la mañana, donación del marido a la mujer en agradecimiento a su virginidad, por esta razón la entrega se hacía a la mañana siguiente de la boda.

Entiende SALVÁ que la dote germánica no podía exceder de cierta cantidad proporcional al valor de la dote que la mujer recibía de sus padres, de la misma manera, el *escreix* responde al mismo principio de proporcionalidad, lo que viene a demostrar su origen en el organismo dotal germánico y no romano. En la misma línea se sitúa PASCUAL Y GONZÁLEZ<sup>121</sup> por cuanto encuentra su génesis en la antigua *morgengabe* o “donación de la mañana” que formaba parte del sistema dotal germánico. Lo encuadra como una de las poquísimas reliquias del derecho aborigen, vigorizado por el contacto con los vándalos durante su dominación en las Baleares y sobreviviente a las civilizaciones bizantina y árabe.

Sin embargo, MONSERRAT<sup>122</sup> aunque afirma su origen germánico, viene a definir el *escreix* como una *Morgengabe romanizada*, por cristalizar en ella elementos tanto germánicos como romano-orientales. Otros autores añaden que el *escreix* participa de la naturaleza de la *morgengabe* (institución germánica) y de la donación *propter nupcias* romana<sup>123</sup>. La sección especial de la Comisión General de Codificación incluía el *escreix* con “otras instituciones romanas”<sup>124</sup>. En cualquier caso, podemos afirmar que es de naturaleza dotal y origen germánico-romano.

---

120.- SALVÁ Y RIERA, Jaime, *Ibidem*, pág. 127 a 129.

121.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Ibidem*, pág. 104. En la misma línea CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, común y foral*, Tomo V, Vol. 1º, 12ª edición, Reus, Madrid, 1994, pág. 584.

122.- MONSERRAT QUINTANA, Antonio, *Negocios de disposición patrimonial...Ibidem*, pág. 195.

123.- Postura de Bienvenido Oliver que discute y rebate Salvá y Riera. Citado por SALVÁ Y RIERA, Jaime, *Ibidem*, pág. 127. En el mismo sentido *Costums de Tortosa*, Liber Quintus Rúbrica I, I: *lo marit li deu fer escreix o donacio per nupcies a la muller*. Citado por MONSERRAT QUINTANA, Antonio, *Ibidem*, pág. 197.

124.- MONSERRAT QUINTANA, Antonio, *Ibidem*, pág. 196.

Su importe máximo era la cuarta parte de la dote. Así fue fijado por Privilegio de Sancho I de Mallorca el 8 de julio de 1316<sup>125</sup>, al preceptuar que *negú gos fer ne dar per screix a sa muller més que no será la cuarta part del axovar*. En Ibiza y en Menorca<sup>126</sup> es por costumbre la local de un cincuenta por ciento de la dote.

En cuanto a su carácter voluntario u obligatorio, en opinión de PASCUAL Y GONZÁLEZ, basada en la jurisprudencia de la antigua Audiencia y de todos los Proyectos de Apéndice e informes<sup>127</sup>, el *escreix* tenía un carácter voluntario y precisaba de la existencia de la dote. Sin ella no se podía constituir. Disuelto el matrimonio por muerte del marido, la mujer adquiere durante su vida el usufructo del mismo y de idéntica manera el marido viudo lo usufructúa, tal como lo recogía el mencionado Privilegio de Sancho I. SALVÁ Y RIERA lo considera voluntario, basándose en que el Proyecto de Apéndice dice que el marido puede constituir aumento de dote a la mujer, sin expresar obligación de hacerlo y que el aumento no se debe cuando la dote no ha sido satisfecha al marido<sup>128</sup>.

Podemos razonar, basándonos en lo argumentado por SALVÁ RIERA y a sensu contrario que, existiendo dote por parte de la mujer, resultaba moralmente obligatorio para el marido el *escreix* o dote paralela. Así lo corroboran las escrituras notariales de la época, donde siempre se da aumento de dote en la cuarta parte. Por esta razón MONSERRAT<sup>129</sup> viene a concluir que la obligatoriedad no se trataba de una obligación legal, pero sí de una convención o uso social, tan coactivo como una ley o más. Por tanto y siguiendo la argumentación planteada, donde hay dote, hay aumento. No se puede aumentar la nada; si no hay dote de la mujer, no existe obligatoriedad de aumentar, es decir del *escreix*, pues hoy en día no cabe considerar el aspecto *morgengabe* de esta institución, es decir el premio a la virginidad.

---

125.- *Llibre den Sant Pere*. Folio 182. ARM.

126.- BALLESTER. PONS, Pedro, “Las Instituciones forales de Menorca” en *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Volumen 107, Mahón, 1899, pág. 35.

127.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Ibidem*, pág. 105.

128.- SALVÁ Y RIERA, Jaime, *Ibidem*, pág. 131. Añade que esta es la doctrina de la jurisprudencia de la antigua Audiencia declarando que el aumento de dote no se debe si no ha existido contrato o promesa (S. 9 de diciembre de 1667). La S.21 de mayo de 1589 establece que el aumento no se debe cuando la dote no ha sido satisfecha al marido y este no ha incurrido en mora en su petición.

129.- MONSERRAT QUINTANA, Antonio, *Lecciones de derecho...* *Ibidem*, pág. 224. Y *Negocios de disposición patrimonial...* *Ibidem*, pág. 197.

### 3. Efectos patrimoniales *mortis causa* del matrimonio en Baleares: los derechos viduales

Los derechos viduales han tenido una gran tradición histórica y jurídica en nuestro Derecho. Se le reconocieron a la viuda unos derechos que iban dirigidos a su protección, y más concretamente a la restitución de la dote.

Los derechos que históricamente se le reconocían a la viuda los enumera la *Recopilació de les Franqueses i Dret Municipal de Mallorca*<sup>130</sup> de 1622, donde incluyen como un derecho escrito aquello que ya existía como derecho consuetudinario, declarando que son los siguientes: *Primo lo augment o excrex, 2º part de cambra...3º la provision y vestit en l'any de plor; 4º las robas usuals y no preciosas de la mateixa dona. Ultimo una joya no la millor*. Sin embargo, tal como recoge FERRER VANRELL, el derecho de más tradición en Mallorca, que no viene regulado en la Compilación, es *la cuarta marital* o *quarta uxoria*. Analicemos estos derechos:

#### 3.1. La cuarta marital o *quarta uxoria*

La *quarta uxoria* es quizá el derecho de la viuda de más tradición en Mallorca, que no fue recogido en la Compilación de 1961, ni en el Proyecto de Apéndice de 1949, pero sí en los Proyectos de Apéndice de 1903 y 1921. La Compilación de 1990<sup>131</sup> justificaba ésta supresión por entender que se trataba de una institución “injusta y obsoleta”, debido a que no se aplicaba de manera inversa.<sup>132</sup> La *cuarta marital*, que era la *quarta uxoria*, entendido como una “compensación legal del desequilibrio producido por la situación de viudedad”<sup>133</sup>, venía a ser la cuarta parte de los bienes del marido, si la mujer se casó sin dote y no tiene de qué vivir. Tal como afirma LANGLE RUBIO, la *quarta uxoria*, que tiene su origen en el Derecho romano justiniano<sup>134</sup>, quiso

---

130.- Libro III, Tít. XII, 7. Recoge FERRER VANRELL, Mª Pilar, *Lecciones...Ibidem*, pág. 188 y 189.

131.- Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares. BOIB núm. 120, de 2 de octubre de 1990, páginas 6097 a 6103.

132.- En palabras de FERRER VANRELL, «quizá este calificativo proviene de la falta de bilateralización de la “cuarta”». FERRER VANRELL, Mª Pilar, *Lecciones...Ibidem*, pág. 189.

133.- Definición recogida por TSJ de Cataluña en Sentencia de 4 de diciembre de 1989. FERRER VANRELL, Mª Pilar, *Lecciones...Ibidem*, pág. 189.

134.- Novela 117, Tít. XVIII, Cap. V. LANGLE RUBIO, Emilio, *El usufructo viudal ante la ley española*, Edit. Hijos de Reus, Madrid, 1908, pág. 5. FRATICELLI TORRES, Migdalia, *La incidencia del régimen de gananciales en el contrato de seguro de vida*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 115.

dar protección a la viuda que por muerte del marido, quedaba pobre y sin amparo legal de ninguna especie.

Los requisitos eran dos: que la viuda fuera pobre e indotada y que el marido fuera rico. En opinión de FERRER VANRELL<sup>135</sup>, esta figura trajo enormes problemas a la hora de mantener enteras las grandes fincas mallorquinas o *posseions*, por lo que en las dos *ornidacions noves* de *Recopilacio de les Franqueses* de 1622, la cuarta marital se sustituyó por un derecho de alimentos honoríficos (*aliment honorífichs*) que se concedía a ambos cónyuges, con el fin de evitar el desmembramiento de las grandes fincas, que se debían tasar de acuerdo con los bienes relictos y la categoría social del cónyuge difunto. Tal como comenta FERRER VANRELL, la realidad fue que se continuó practicando la cuarta marital.

En cuanto a su naturaleza jurídica, es un punto muy discutido en la doctrina, tal como comenta PASCUAL Y GONZÁLEZ<sup>136</sup>. Según BORRELL y otros autores<sup>137</sup>, no constituye sucesión universal, ni confiere a la viuda el carácter de heredera, sino que tiene el carácter de acreedora de la parte alícuota de la herencia. Otra parte de la doctrina, entre los que se encuentra MAYNZ<sup>138</sup> o PASCUAL Y GONZÁLEZ<sup>139</sup>, la considera sucesión hereditaria.

Siendo un derecho que está por encima de la voluntad del testador, que no podía privar a la viuda de tal derecho por testamento, tiene carácter de deuda legal del patrimonio del marido. No obstante llama la atención el hecho de que tanto la doctrina<sup>140</sup> como la jurisprudencia<sup>141</sup>, consideran esta sucesión

---

135.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Los efectos patrimoniales...Ibidem*, pág. 81.

136.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Derecho civil... Ibidem*, pág. 309.

137.- BORRELL Y SOLER, Antoni, *Dret Civil vigent a Catalunya*, I. de la Casa de la Caritat, Barcelona, 1923, pág. 452. En el mismo sentido se pronuncian PELLA Y FORGAS, José, *El Código Civil de Cataluña. Exposición de Derecho catalán comparado con el Código Civil Español*, J. Horts, Barcelona, 1916, pág. 300. ANGLASELL, dice: "La cuarta tiene el carácter de deuda legal, la mujer es acreedora de ella por derecho propio y se le debe con completa independencia de lo que el marido haya dispuesto..." (*Dictámenes*, Pág.14). PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Derecho civil... Ibidem* pág. 310.

138.- MAYNZ, Carlos, *Curso del Derecho Romano*, Traducción de Antonio Pou y Ordinas, I. Jaime Molina, Barcelona, 1888, pág. 335. En el mismo sentido SALVÁ al decir: "En cuanto a la porción hereditaria en que consiste la cuarta..." (SALVÁ Y RIERA, Jaime, *Ibidem*, pág. 172).

139.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Ibidem*, pág. 310.

140.- Entre otros: CASTÁN TOBEÑAS, José, *ibidem*, pág. 274; PELLA Y FORGAS, José, *Ibidem*, Tomo III, pág. 299; MAYNZ, Carlos, *Ibidem*, T.III, pág. 335.

141.- Sentencia TS 2 de abril de 1949 y Sentencia de la Audiencia Territorial de Baleares en Palma de Mallorca de 18 de Diciembre de 1924 y 27 de noviembre de 1916. PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Ibidem*, pág. 313.

como un derecho privativo de la viuda, y que por tanto, el marido pobre que sobreviviera a la esposa rica, quedaba excluido de este derecho. Aunque la Novela 53c.VI concedió este derecho al varón viudo, posteriormente el mismo Justiniano estableció en la Novela 117c.V: “prohibimos que en tales casos reciba el marido la cuarta parte de los bienes de la mujer con arreglo a nuestra ley anterior”.

La cuantía de este derecho era variable, según las circunstancias familiares<sup>142</sup>, tal como recoge PASCUAL Y GONZÁLEZ. Si concurre a la sucesión con más de tres hijos del marido, le corresponde una parte igual a la de los hijos, cualquiera que fuere el matrimonio de procedencia de estos. Si concurre con tres hijos o menos o con otros parientes del marido, cualquiera que sea el número, percibirá la cuarta parte de los bienes. Si la mujer tuvo hijos con el causante, adquirirá solamente el usufructo de los bienes con la obligación de reservar la propiedad en favor de los hijos.

### 3.2. El derecho a la *parte de cambra*

Entre los efectos patrimoniales a la disolución del matrimonio por muerte del cónyuge, hay que resaltar este derecho que se recogió en la *Recopilació de les Franqueses i Dret municipal de Mallorca*, cuando enumera los derechos que históricamente se reconocían a la viuda, convirtiendo así lo que venía siendo derecho consuetudinario en un derecho escrito.

Se llama *parte de cámara*, a la mitad del ajuar doméstico constituido por las ropas de lino y lana y el lecho matrimonial<sup>143</sup>. La viuda adquiere la parte de cámara en propiedad y de modo irrevocable, pudiendo disponer de ella libremente y sin limitación alguna. Tal como recoge FERRER VANRELL<sup>144</sup>, este derecho era compatible con la institución en el usufructo, porque como reconoce la Real Audiencia<sup>145</sup>, no se puede privar a la mujer del derecho a la *part de cambra* por el hecho de instituir la heredera usufructuaria.

---

142.- Novela 117 c. 5. PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Ibidem*, pág. 312.

143.- Definición de *Parte de cambra* de SALVÁ Y RIERA, Jaime, *Ibidem*, pág. 169. Comenta Salvá que este derecho se otorga a la mujer “por la presunción de que ella ha contribuido con su trabajo y solicitud a la formación y conservación cuidadosa del mismo”. Además la mujer, sobre esta porción, puede disponer por actos *inter vivos* o de última voluntad, pág. 170.

144.- VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Efectos patrimoniales.... Ibidem*, pág. 79.

145.- Real Audiencia de Mallorca. Sentencia de 27 de marzo de 1668.

RIPOLL I PALOU<sup>146</sup> define el derecho a la *parte de cambra* como una protección a la viuda que tenía y aún mantiene, esto es, *la meitat del ajuar constituído por las robas de lli i llana*; este derecho era perfectamente compatible con derecho de usufructo vidual, la dote, el *escreix*, y los accesorios de la parte de cámara: la propiedad del vestido de luto y la de todos los ordinarios<sup>147</sup>, un anillo de oro y una joya de la herencia marital, que no fuera la mejor ni la peor, a tenor de lo pactado en el instrumento esponsalicio. Este derecho caduca si el marido no tiene joyas.

Cuando muere un cónyuge, corresponde al que sobrevive la mitad de todos los muebles de la cámara, el lecho, cama o tarima en que dormían cotidianamente, constituído por las ropas de *lli i llana*, con la dotación que usaban de ordinario los esposos, ropas y vestido de uso ordinario porque *la dona se guanya es llit*<sup>148</sup>. Sin embargo, si vuelve a casarse, debe restituirlo a los herederos del difunto en el estado que se halle, sin abonar su deterioro.

La abolición del acogimiento á la parte de cámara, fue comentada por el Colegio de Abogados de Mahón, consignando que “en ésta isla no sería sentida su abolición”, lo que nos lleva a pensar que en dicha isla no tenía la aplicabilidad que tenía en Mallorca cuyo Colegio de Abogados, por el contrario, tal como recoge RIPOLL y comentan BALLESTER y FERRER VANRELL<sup>149</sup>, estableció en la conclusión VI, que conviene siga rigiéndose por el Derecho Romano.

### 3.3. La *goida* o *tenuta*

La *goida* fue una de las garantías para recuperar los bienes dotales, regulada por un *Privilegi* otorgado por el rey Sancho I de Mallorca en 1316<sup>150</sup>, por virtud del cual, la viuda adquiría un derecho de retención de los bienes del marido premuerto hasta que el heredero le devolviera su dote

---

146.- RIPOLL I PALOU, Pedro, *Memoria...* *Ibidem*, pág. 44.

147.- SALVÁ Y RIERA, Jaime, *Ibidem*, pág. 170.

148.- MASCARÓ, Matías, *Derecho foral de Mallorca*, Palma, 1904, pág. 182.

149.- Recoge FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Efectos patrimoniales...* *Ibidem*, pág. 80 y BALLESTER citando a Ripoll en “Las instituciones forales de Menorca”, en *Revista de Menorca*, Mahón, 1898-99, pág. 148.

150.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Lecciones de Derecho...* *Ibidem*, pág. 188. Y en FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Efectos patrimoniales...* *Ibidem*, pág. 75. En él afirma que se recoge este privilegio en el *Llibre de Sant Pere*, fol.123; en el *Llibre de N'Abelló*, fol. 90; en la *Recopilació de les franqueses i Dret Municipal de Mallorca* de Canet, Mesquida y Zaforteza, III, XII, 1 (parcialmente y en lengua catalana) pág. 199, entre otros.

y las donaciones *propter nuptias*. PASCUAL Y GONZÁLEZ<sup>151</sup>, define la *tenuta*, como la posesión civilísima que a la muerte del marido corresponde a la viuda sobre los bienes relictos hasta la restitución de la dote y *escreix*. Cabe aclarar con FERRER VANRELL<sup>152</sup> que no debemos confundir la *tenuta* balear análoga a la catalana, con la *tenuta* castellana que se aplicaba a los mayorazgos<sup>153</sup>.

Estas garantías se ampliaron con la Pragmática<sup>154</sup> de Pedro III dada en Barcelona el 10 de marzo de 1377, que dirigida a los oficiales de Mallorca, ordenaba el modo a seguir para el pago de la dote a las mujeres, constituida hipoteca dotal sobre bienes del marido, que en caso de existir acreedores del marido fallecido, cobrará primero la mujer la estimación o precio y después los acreedores.

Sancho I sustituyó la *goida* o también llamada *tenuta* (institución catalana análoga) por el *any de plors*, al entender que tal retención resultaba gravosa para el heredero<sup>155</sup>. Sin embargo, a pesar de ello, se siguió practicando la *tenuta* en Mallorca tal como refleja la *Recopilació de Franqueses i Dret Municipal de Mallorca de 1622* de Canet, Mesquida y Zaforteza que la incluyeron como *Constitució nova de altre de Catalunya* en el Libro III, Tit XII, 4 disponiendo que transmitiera a la viuda, premuerto el marido, la posesión civilísima de los bienes por la *tenuta*, hasta que sea satisfecha la dote y derechos dotales.

---

151.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Derecho civil...* *Ibidem*, pág. 318.

152.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Efectos patrimoniales...* *Ibidem*, pág. 75. FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Lecciones de Derecho...* *Ibidem*, pág. 188.

153.- El mayorazgo castellano especialmente se definía por peculiaridades de orden patrimonial. La *tenuta* castellana de los mayorazgos concede al primogénito una “*fundata intentio*” que le situaba en la situación de mayor ventaja procesal, frente a pretensiones de cualquier otra índole, con su efecto de atracción de bienes al vínculo.

154.- Archivo de Reino de Mallorca, *Ordinacions del Regne*, Cod. XXII, Fols 132v. y 133, *Recopilació de les Franqueses i Dret municipal de Mallorca de 1622 por Canet, Mesquida y Zaforteza*, III, XII, 2. La reproduce PLANAS ROSELLÓ, Antonio, en *Recopilación de Franqueses i Dret municipal de Mallorca de 1622 por los doctores Pere Joan Canet, Antoni Mesquida y Jordi Zaforteza*, Colegio de Abogados de Baleares, Palma de Mallorca, 1996, pág. 198.

155.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Lecciones de Derecho...* *Ibidem*, pág. 188. Y en *Los efectos patrimoniales del matrimonio...* *Ibidem*, Pág. 75. Dice el *Privilegi: quod mulieres non habeant aliam goydam primo anno que earum viri mortui fuerint, sed anno illo de bonis que fuerint ipsorum virorum provideatur eisdem mulieribus competenter in victu et vestito earum*.

### 3.4. El *any de plor*

Otro derecho de la mujer viuda era el *any de plor*<sup>156</sup> o año de luto. Este fue uno de los privilegios otorgados por el Rey Sancho I, mediante privilegio de 3 de junio de 1316<sup>157</sup>, que le daba derecho a que durante el año siguiente a la muerte del marido, los herederos alimentaran, calzaran y vistieran a la viuda a costa de sus bienes y en las mismas condiciones de bienestar que disfrutaba constante matrimonio. Después del año, entraba en juego el derecho a la *tenuta* que históricamente se le ha reconocido a la viuda<sup>158</sup> dirigido a la restitución de la dote y el *escreix*. Para PIÑA HOMS<sup>159</sup>, “el *any de plors* tal como se contempla en la Constitución *Hac nostra*, implica también el disfrute de la *tenuta*, posesión civilísima que a la muerte del marido, corresponde a la viuda sobre los bienes relictos, hasta la restitución de la dote y el *screix*”. En todo caso, ambos no tendrán lugar, cuando el difunto marido dejara a la mujer bienes suficientes para su decorosa subsistencia<sup>160</sup>. Existen abundantes pruebas que permiten afirmar que durante mucho tiempo tuvo la viuda en Mallorca el “año de luto” y la *tenuta*<sup>161</sup>.

Los recopiladores incluyeron *l'any de plors*, regulada en la Constitución de Pere III dada en Perpiñán el año 1351 en la Constitución *Haec nostra* recogida en *Constitucions de Catalunya*, V, III, 1, que no fue dada para Mallorca o en palabras de FERRER VANRELL,<sup>162</sup> no consta que fuera dada para Mallorca, pero sí fue recogido por la *Recopilació de les franqueses i Dret municipal de Mallorca*, por Canet, Mesquida y Zaforteza<sup>163</sup>. No obstante cayeron en desuso, puesto no fueron recogidos como derechos del cónyuge viudo ni en la Memoria de Ripoll, ni en la Exposición del Colegio de Abogados de 1881<sup>164</sup>.

---

156.- *Any de plor*: privilegio otorgado por el Rey Sancho I en 1316 recogido en el Libro de Sant Pere, fol 123, columna 1ª y en el libro de Abelló fol 89.

157.- Archivo del Reino de Mallorca, *Llibre de Sant Pere*, fol.123.

158.- PLANAS ROSELLÓ, Antonio, *Recopilació de les Franqueses...Ibidem*, pág. 198 y ss.

159.- PIÑA HOMS, Román, *El Derecho histórico del Reino de Mallorca*, Ediciones Cort, Palma de Mallorca, 1993, págs. 273 y 274.

160.- SALVÁ Y RIERA, Jaime, *ibidem*, pág. 161.

161.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Ibidem*. Pág. 318.

162.- FERRER VANRELL, Mª Pilar, *Efectos patrimoniales del matrimonio...Ibidem*, pág. 76.

163.- Libro III, XII, 3.

164.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *ibidem*, pág. 318.

### 3.5. El usufructo universal capitular o de regencia

El usufructo viudal, según GARCÍA GARRIDO<sup>165</sup>, nace con la finalidad de atender a la viuda pobre o sin dote, para que siguiera disfrutando de los mismos bienes que tenía en vida del *paterfamilias*. La figura permitía protegerla sin perjudicar el derecho de los hijos a la herencia paterna. Así, el testador legaba a la madre o a las hijas un usufructo de la “Casa” y de los bienes y esclavos que estaban a su servicio. Apareció cuando entra en decadencia la vieja concepción romana de familia y se difunde el matrimonio libre o *sine manu* (S. III A.C), pues la mujer ya no se integraba a la familia del marido y por tanto, no recibía nada de su herencia. La titularidad de los bienes era de los herederos, de modo que el patrimonio familiar, que era paterno, quedara intacto y no fuera a parar a manos de extraños, como podían considerarse los miembros de la familia del cónyuge supérstite<sup>166</sup>.

La tradición jurídica de Mallorca acostumbraba a otorgar el llamado “usufructo de regencia”, pactado en Capítulos, al otorgar donación universal de bienes presentes y futuros a favor del donante y de su consorte<sup>167</sup>. Es un usufructo *sui generis*, no corriente, pues comporta unas facultades y deberes que no son propias del usufructo, como es el hecho de regir la “Casa”, es decir, el patrimonio familiar, siempre que se conserven viudos, y dirigidos a mantener el patrimonio y administrarlo en beneficio de la familia<sup>168</sup>. SALVÁ RIERA<sup>169</sup> afirma: “...el arraigo de la inveterada costumbre que entre nosotros existe de continuar la viuda al frente de la “Casa” viviendo juntamente con los hijos y disfrutando por punto general de las mismas comodidades que en vida del difunto marido...”.

Esta tradición no se practicó en Menorca<sup>170</sup>, pues era rara la ocasión en que se otorgaran Capitulaciones con donación universal de bienes presentes

---

165.- GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Derecho privado romano*, 6ª Edición, Dykinson, Madrid, 1995, pág. 380.

166.- FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandro y PARICIO, Javier, *Historia del Derecho romano y su recepción europea*. 9ª Edición, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 114 y ss.

167.- FERRER VANRELL, Mª Pilar, *Lecciones de Derecho...* *Ibidem*, pág. 192

168.- CERDÁ GIMENO, José, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, 1ª Edición, Edersa, Madrid, 1981, pág. 323 y ss.

169.- SALVÁ Y RIERA, Jaime, *Ibidem*, pág. 154.

170.- BALLESTER PONS, Pedro, “La sucesión *abintestato* en Baleares”, *Revista de Menorca*, 5ª Época, Tomo XIV, Mahón, 1919, pág. 127 y 181.

y futuros a su hijo, dejándose los cónyuges mutuamente, el usufructo viudal de sus bienes.

En Ibiza y Formentera, por el contrario, era costumbre otorgar Capitulaciones matrimoniales, llamadas *Espólits*, entendidas como una regulación jurídica del patrimonio familiar más allá de la muerte de los otorgantes. Entre los pactos que se solían incluir, estaba el usufructo universal<sup>171</sup>.

En Baleares, por tanto, siendo matrimonio bien avenido, era costumbre dejar como heredera de todos los bienes a la esposa, y por muerte de esta, se reparta entre los hijos. Tal como se comprueba en testamentos antiguos, era costumbre comenzar de la siguiente manera: “*hago heredera de todos mis bienes presentes y venideros, muebles e inmuebles y de quanto yo tenga derecho y propiedad en lo presente y futuro á mi esposa...*”<sup>172</sup>. La designación de la viuda como heredera o legataria distribuidora en testamento, era una cláusula frecuente<sup>173</sup>.

## V. EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA BALEAR TRAS LAS SUCESIVAS REFORMAS JURÍDICAS

### 1. El movimiento recopilador en Mallorca

El sistema jurídico de Mallorca se vio en la necesidad de ordenar todo el conjunto de normas y costumbres, es decir, el Derecho Municipal y estatutario de Mallorca, compuesto por *Privilegis, franqueses, usos y stils* dados por nuestros reyes desde la Conquista. El movimiento recopilador en Mallorca tiene su origen en el S.XIII por mandato oficial o por iniciativa privada, pero ninguna logra ver la luz hasta mediados del S. XVII. Entre ellas

---

171.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar. *Lecciones de Derecho...Ibidem*, pág. 215.

172.- (Continúa) *Miquela Martorell y por muerte de esta, se reparten mis bienes dichos que existan, por partes iguales entre mis hijos que serán en aquel entonces vivos, pero no muertos. De modo que quiero y mando que si alguno de mis hijos que al presente viven suceda premorir á su Madre, la parte que á este ó á estos hijos correspondría en caso de vivir, se reparta o distribuya entre los vivos.* Testamento de D. Juan Cerdó, esposo de Dña. Miquela Martorell, vecino de la Villa de Muro del año 1821. Testamento recogido del Archivo del Reino de Mallorca, Protocolo notarial de Nicolás Rivas 1821, pág.158.

173.- Así lo menciona la Exposición de Motivos del Proyecto de Apéndice al Código Civil, de 20 de febrero de 1903: “es costumbre frecuentísima en esta Provincia que el testador imponga a su cónyuge, así le instituya en la propiedad o en el usufructo de su herencia, la obligación o le atribuya el derecho de elegir o designar a aquél entre los hijos comunes, o de determinados parientes, que deba entenderse nombrado heredero del mismo testador”.

destaca la *Recopilació de les Franqueses i Dret Municipal de Mallorca* de los doctores Pere Joan Canet, Antoni Mesquida y Jordi Zaforteza (1622). Esta recopilación no llegó a obtener sanción legal<sup>174</sup> y no recoge todo el Derecho de Mallorca, debiendo acudir para conocerlo a no solo a la fuente supletoria del Derecho común, sino también a otras del Derecho municipal.

Durante la Edad moderna, destaca la Recopilación del Derecho de Mallorca de 1622, porque recoge el sistema de fuentes del Ordenamiento mallorquín, la *ordenació nova*, que si bien es cierto no llegó a tener fuerza legal, tal como recoge PIÑA HOMS<sup>175</sup>, al no haber alcanzado la aprobación legal, sí refleja la realidad jurídica del momento, estableciendo que primero se aplicarían los dispuesto en las *franquesas, privilegis, pargmaticas, ordinacions, stils e bons usos de aquest regne, y en aquells casos que no trobará disposició del dret municipal, siá observat lo dret canonich y en defecte de disposició de dit dret canonich se observe lo dret comú civil*<sup>176</sup>. Sin embargo es la recopilación de Antonio Moll la primera obra autorizada que se editó en 1663, con el título *Ordinacions i sumari dels privilegis, consuetuts i bon usos del regne de Mallorca*.

Con referencia a la situación jurídica de la mujer, cabe puntualizar los derechos viduales, que los recopiladores pretendieron mejorar, introduciendo íntegramente dentro del título *Dret y drets dotals* del *Llibre III* dedicado a *Contractes*, la *Constitució Hac Nostra* promulgada por Pedro el Ceremonioso en las Cortes de Perpiñán de 1351 estableciendo el *any de plor*, así como los fueros jurados por el rey Felipe II en las Cortes de Barcelona de 1564, estableciendo *la tenuta*, a la que lo recopiladores señalaron como *Constitució nova de altre de Catalunya*. Tal como comenta PIÑA HOMS<sup>177</sup>, si dichas Constituciones hubieran sido Derecho vigente en la isla, no las habrían incluido en la *Recopilació* para asumirlas como *Dret municipal* a título de *Constitucions noves*.

## 2. La aprobación de los Decretos de Nueva Planta

En Baleares se puede decir que la mujer no tenía limitada su capacidad de obrar, por cuanto se encontraba sometida al régimen de separación absoluta

---

174.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Lecciones...*, pág. 29.

175.- PIÑA HOMS, Román, *El Derecho...*, pág. 111.

176.- Alegación en Derecho en el litigio entre Juan de Salas Fuster y Gabriel de Verga y Forteza sobre la sucesión del fideicomiso fundado por Nicolás Quint Burguesd. Siglo XVII. Impreso sin fecha ni pie de imprenta. Cita PIÑA HOMS, Román, *El Derecho...*, pág. 111.

177.- PIÑA HOMS, Román, *El Derecho...*, pág. 112.

de bienes, y cada uno de los cónyuges retenía el dominio y la administración de los bienes que le pertenecían al contraer matrimonio y los que adquiriera en lo sucesivo<sup>178</sup>.

El Decreto de Nueva Planta de 1707, fue de aplicación en Mallorca a partir de 1715, cuando el teniente general caballero D'Alfelt para la conquista de Mallorca, recibió instrucciones de no permitir que se transigiera sobre el mantenimiento del Derecho propio mallorquín, como contrapartida a evitar la confrontación militar<sup>179</sup>. Después de muchas vicisitudes y consultas al Consejo de Castilla<sup>180</sup>, el rey Felipe V dictó el Decreto de Nueva planta para el reino de Mallorca de 28 de noviembre de 1715 y en el punto 13 decía: “*En todo lo demás que no está comprendido en este decreto es mi voluntad y mando se observen todas las reales pragmáticas y privilegios con que se gobernava antiguamente la isla y reino de Mallorca, menos en las causas de sedición y crimen de lesa magestad...*”.

De esta manera, tal como comenta PIÑA HOMS<sup>181</sup> el Decreto de Nueva Planta para la Audiencia de Mallorca, así como las disposiciones complementarias de 9 de octubre de 1716, de 24 de julio y 20 de diciembre de 1717, de 22 de julio y 6 de septiembre de 1718, constituyen en su conjunto la nueva normativa que reestructura el Reino de Mallorca dentro de la nueva administración borbónica. Desde la creación de la Audiencia de Mallorca en 1571, hasta el Decreto de Nueva Planta en 1715, el Derecho peculiar de Mallorca, ocupaba el primer puesto en el orden de prelación de fuentes. A partir de 1716<sup>182</sup>, será el Decreto de Nueva Planta el que ocupará el primer puesto en el orden de prelación de fuentes, pero sin derogar el Derecho peculiar de Mallorca que se aplicará en todo cuanto no esté comprendido en Decreto<sup>183</sup>, salvo la

---

178.- FERRER VANREL, M<sup>a</sup> Pilar, *Efectos patrimoniales del matrimonio en el Derecho Civil de Baleares*, Universidad Islas Balears, Palma, 2002, pág. 110.

179.- GAY ESCODA, Josep María, *El Corregidor a Catalunya*, Madrid, 1997, pág. 127 y ss. FERRER VANRELL, *Ibidem*, pág. 40.

180.- Consultar el minucioso estudio al respecto de FERRER VANREL, M<sup>a</sup> Pilar, *Ibidem*.

181.- PIÑA HOMS, Román, “Las instituciones del Reino de Mallorca a raíz del Decreto de Nueva Planta: necesidades de investigación” en *II Jornades d'estudis històrics locals*, Instituto de Estudios Baleáricos, Palma de Mallorca, 1983.

182.- Real Cédula de 16 de marzo de 1716. NUEVA PLANTA DE LA REAL AUDIENCIA DEL REYNO DE MALLORCA. Ed. Miquel Capó, Mallorca, 1716. Edición facsímil. 1<sup>a</sup> edición, Ed. Miquel Font, Palma de Mallorca, 1993.

183.- El mencionado documento dispone en su punto 8: “*En el modo de proceder en las causas civiles y criminales (...) se observarán todas las Pragmáticas y Estilos antiguos (con que se gobernava antiguamente la Isla y Reino de Mallorca) teniendo entendido que las apelaciones que antes se interponían al Consejo de Aragón, se interpondrán y admitirán en adelante para el Consejo de Castilla; y si sobre estas cosas antiguas huviere alguna que necesite reformación, me la consultará y propondrá la Audiencia.*”

normativa de Derecho mallorquín relativa a “*causas de sedición y crimen de lesa magestad*”, así como “*cosas y dependencias pertenecientes a guerra*”. Igualmente quedaron derogadas cuantas “*costumbres y leyes hablen de Extranjería*”<sup>184</sup>. Persistió la sociedad estamental y sus fueros, se mantuvieron las jurisdicciones señoriales y sus estructuras económicas pero la reforma profunda fue a nivel administrativo, y de Derecho público mallorquín, suprimiendo sus instituciones de gobierno autonómico y cegando los cauces de evolución de Derecho autóctono privado, penal y procesal.

Por tanto, tras la publicación del Decreto de Nueva Planta, las fuentes de Derecho en Mallorca quedarán de la siguiente manera: primero, se aplica el Decreto de Nueva Planta y Segundo, el Derecho peculiar de Mallorca. Como vemos, el Derecho Civil de Mallorca, siguió vigente sin ninguna alteración, y por tanto, la situación jurídica de la mujer balear en Mallorca no se vio afectada. Lo único que derogó de la normativa mallorquina, fue lo relativo a causas de sedición y crímenes de lesa majestad, así como cosas y dependencias pertenecientes a guerra, costumbres y leyes de extranjería. Por último el *Ius Commune* siguió llenando los vacíos legales del Derecho autóctono. Podemos concluir con PIÑA HOMS<sup>185</sup> que el Decreto de Nueva Planta y los demás Decretos que reestructuraron la administración de los reinos de la Corona de Aragón en el seno de la monarquía española, no implicó un cambio radical de los esquemas de comportamiento social y de gobierno del Reino. Ni la nueva administración borbónica, ni el florecimiento de la Ilustración, serán factores suficientes de auténtico cambio que permitan hacer del S.XVIII el inicio de una nueva etapa histórica. Para este cambio, España deberá esperar el proceso constitucional que se inicia en el S. XIX.

### 3. La aprobación del Código Civil de 1889

La publicación del Código Civil no alteró la situación jurídica de la mujer casada balear.

Por Real Decreto de fecha 20 de octubre de 1881, se presentó a las Cortes un Proyecto de Ley de Bases de un Código civil. En su Base 17 establecía. “Para aproximarse a la uniformidad de la legislación en todo el Reino, se trasladarán al Código civil en su esencia, las instituciones forales que por su índole puedan y deban constituir, con ventaja común, el Derecho general de todos los españoles.” En el párrafo penúltimo se establecía un derecho

---

184.- Real Cédula de 16 de marzo de 1716, *Ibidem*, punto. 11.

185.- PIÑA HOMS, Román, *II Jornades d'estudis històrics locals*”, Las Instituciones del Reino de Mallorca a raíz del Decreto de Nueva Planta: necesidades de investigación”, *Ibidem*, pág. 75.

de opción de los sujetos a la legislación foral entre ésta y el Código, en cuanto no perjudiquen los derechos de tercero. Este Proyecto de Bases no llegó a aprobarse. El Real Decreto de 7 de enero de 1835 autorizando al gobierno para que presentara un Proyecto de Ley de Bases, en su preámbulo y refiriéndose al Derecho foral se expresaba así: "...Se trata de un derecho difícil y oscuro aún para los que más se han dedicado a ese estudio, en el que conserva grandísima importancia el elemento consuetudinario, delicadísimo de tocar porque es el que más se enlaza con la vida (...) el Gobierno solicita de las Cortes una autorización reducida a la reforma del Derecho común de Castilla y todo lo que hoy es y se estima por los Tribunales Derecho foral queda en la misma situación que hoy tiene..."<sup>186</sup>

Tal como recoge FERRER VANRELL<sup>187</sup>, el art.5 del Proyecto de la Ley de Bases de 1885, incorporaba el mecanismo de supletoriedad del Código Civil de la siguiente manera: "En las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones forales, usos, costumbres y doctrina que en la actualidad constituyen excepción del Derecho común de Castilla, de suerte que no sufra alteración su régimen jurídico actual por la publicación del Código, teniendo esto tan solo el carácter de Derecho supletorio, en aquellas cuestiones en que no sean aplicables el Derecho Romano y el Canónico." Las normas o consuetudinarias vigentes en Baleares serían de aplicación cuando la aplicación del Código civil fuera *contra principia*. El Código civil será derecho supletorio, pero no excluirá el Derecho Romano ni el Canónico ni las costumbres, que vengan a completar las instituciones forales<sup>188</sup>.

Una vez promulgado el Código, quedarán subsistentes cuantas instituciones, leyes, *Usatjes*, recopilaciones, fueros y costumbres respetan y cumplen hoy los Tribunales como Derecho foral que cada Comunidad pueda tener reconocido.

La Ley de Bases de 1888, que sirvió para la confección del Código, dejó redactado el art. 5: "Las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración

---

186.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Derecho civil de Mallorca, ibídem*, pág. 46 y ss.

187.- FERRER VANREL, M<sup>a</sup> Pilar, *Lecciones de Derecho civil...ibídem*, pág. 104. La Ley de Bases de 11 de mayo del 1888 lo recogió y tan solo le añadió: "...en defecto del que lo sea -Derecho supletorio- en cada una de aquellas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del reino."

188.- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Ibídem*, pág. 47.

su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan solo como supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales. El Título Preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la Base 3ª, relativa a las formas de matrimonio<sup>189</sup>. El contenido de los arts. 5, 6 y 7 fueron recogidos por el texto del Código en sus arts. 12 y 13.

Tal como afirma CASTÁN, el art. 13 CC (antiguo art.7 de Ley de Bases) es “hijo del espíritu conciliador de los representantes de Aragón y Baleares que, sin sacrificar los más mínimo del Derecho foral, quisieron contribuir a la simplificación de nuestro Derecho y dar un paso de avance a la unidad legislativa<sup>190</sup>. En el orden de prelación de fuentes, se aplicará en primer lugar el Derecho foral escrito y consuetudinario, vigente en el momento de promulgación del mismo, y siempre que no se oponga al propio Código Civil, que se aplicará supletoriamente en aquellas materias no reguladas por el Derecho foral mallorquín, pues en la materia de sucesiones regulada se aplica supletoriamente el Derecho Romano; hecho éste que no se consignó en el Proyecto de Apéndice de 1903, donde se recogió un resumen del Derecho mallorquín, con el defecto además de prescindir de importantes instituciones forales (la sucesión testada, los hijos puestos en condición, la presunción *Muciana*...). No obstante podemos afirmar con PASCUAL Y GONZÁLEZ, que los proyectos de Apéndice de 1903, 1920 y 1949 recogieron un resumen del Derecho balear, ajustándose a normas estrechas, restringiendo su labor a la función puramente pericial, dictaminando acerca de la peculiaridades legislativas vigentes, pero no constituyen una obra completa del Derecho de Baleares como les hubiera gustado a los juristas de la comisión.

Hasta los inicios del siglo XX, el régimen económico más común en Baleares era el régimen dotal<sup>191</sup>, tal como expone la Conclusión VI de la Exposición elevada por el Colegio de Abogados de Palma al Exmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia, con motivo de la proyectada codificación de 1881, donde consignan las instituciones que deben mantenerse, dice: “*respecto al sistema dotal, rige*

---

189.- El art. 6 exponía: “El Gobierno...presentará...los Apéndices del Código Civil en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios que hoy existen. El art. 7 añadía: No obstante lo dispuesto en artículo anterior el Código civil empezará a regir en Aragón y en las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas... PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Ibidem*, pág. 48.

190.- CASTÁN, *Derecho civil*, 7ª edición, T.I, Pág. 93.

191.- Recoge FERRER VANREL, Mª Pilar, *Los efectos patrimoniales del...ibidem*, pág. 122 y ss.

y conviene que siga rigiendo el derecho romano”, y explica esta conclusión en estos términos: “el sistema dotal como el sucesorio afecta profundamente á la familia y á la propiedad y todo ataque a su actual constitución en esta Isla fuera ocasionado á graves males”. El régimen dotal también era régimen común en Cataluña<sup>192</sup>. Se pactaba en Capitulaciones matrimoniales, lo que suponía mitigar el régimen de separación mediante un equilibrio de contribuciones a través de la dote y del esponsalicio, que si bien tenían su misión constante matrimonio, al estar afectada al levantamiento de cargas matrimoniales, a la disolución del mismo, constituía una masa patrimonial, propiedad de la mujer, que permitía atender a la subsistencia de la viuda.

Las capitulaciones matrimoniales, históricamente y cuando era frecuente su otorgamiento, no se utilizaban como hoy en día para pactar un régimen económico distinto (salvo en Ibiza y Formentera que podía pactarse “el régimen del acogimiento en una cuarta parte de los *milloraments*”), sino que se utilizaba para pactar el régimen dotal, que era el régimen que tradicionalmente se aplicaba, y sobre todo era el documento de los Capítulos, la piedra angular para la organización familiar y sucesoria de la “casa”<sup>193</sup>. En todos los Proyectos de Apéndice al Código Civil, se regula el régimen de separación de bienes, como régimen legal supletorio a falta de Capítulos. La Exposición del Colegio de Abogados, elevada al Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia que acompaña a la Memoria de 1881 en su Conclusión VI decía que el régimen que regía en Mallorca era el dotal<sup>194</sup>. En Mallorca, las Capitulaciones matrimoniales se hacían en escritura pública, incluso las familias más modestas, “dada la importancia que tienen para la vida de la familia”<sup>195</sup>. En la tradición jurídica balear, la relación económica matrimonial no era el sistema de separación absoluta de bienes, sino corregido por la constitución de dote que mantenía los equilibrios, ya que al inicio de la convivencia matrimonial, se pactaba la situación económica mediante

---

192.- PUIG FERRIOL, Luis y ROCA TRIAS, Encarna, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, 5ª ed., Vol. II, Tirant lo Blanc, Valencia, 1998, pág. 324.

193.- FERRER VANREL, Mª Pilar, *Los efectos patrimoniales...Ibidem*, pág. 127.

194.- En estos términos: “Respecto al sistema dotal, rige y conviene que siga rigiendo el Derecho romano. El sistema dotal, como el sucesorio, afecta profundamente á la familia y á la propiedad. Y todo ataque á su actual constitución en esta Isla fuera ocasionado á graves males que prudentemente desean evitarse en el bien meditado preámbulo del citado Real Decreto de primero de febrero del año último. En su consecuencia, rigiendo desde siglos el derecho romano en cuanto atañe al sistema dotal en Mallorca no puede menos de interesarse el Colegio en que subsista su derecho histórico como fuero especial, digno de mayor respeto”. ROCA TRIAS, “Comentari al art. 10 “ en *Comentaris al Codi de família, a la Llei d’unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mutua*, Madrid, 2000, pág. 136.

195.- MUÑOZ LÓPEZ, Pilar, *Sangre, amor e interés. La familia en la España de la Restauración*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 137.

aportaciones compensatorias, dote y *escreix*. El sistema sucesorio colaboraba en este equilibrio. Por eso FERRER VANRELL afirma que, si bien el sistema de ganancialidad era desconocido y ajeno a la tradición jurídica balear, se encontró un sistema más perfecto, más autónomo, más avanzado, pero justo y equilibrado. Por esta razón, la misma autora defiende que el régimen de separación de bienes, constituye el sistema de organización económica del matrimonio más acorde con el principio de igualdad entre cónyuges; es un régimen en el que no existe comunicación entre patrimonios, por lo que debería ir unido a un sistema compensatorio y sucesorio justo y equilibrado, que sin menguar el principio de igualdad, compensará las desigualdades que hayan podido producirse, como consecuencia de la convivencia y la dedicación a la familia.

#### 4. El proceso compilador

Publicado el Código Civil, comienza la elaboración de los Apéndices, como sistema de conservación de las instituciones civiles forales. La Memoria redactada anteriormente por Ripoll y Palou sirvió como punto de partida y pieza fundamental para la elaboración de los Proyectos de Apéndice, y por tanto supuso el inicio del proceso compilador<sup>196</sup>.

La aprobación de la Compilación de Derecho Civil de Baleares por Ley 5/1961, de 19 de abril<sup>197</sup>, trajo como consecuencia la posterior reforma del Título preliminar del CC y la desaparición de la provisionalidad de los derechos civiles territoriales. No obstante, provisionales o no, la situación jurídica de la mujer casada en Baleares, cambió en asuntos puntuales. En lo que a la mujer afecta, el régimen económico matrimonial en la isla de Mallorca, era y sigue siendo hoy en día, el de separación de bienes, como régimen legal a falta de pacto en contrario, tal como lo recogió entonces la Compilación (art. 3.1 del Libro I de la Compilación de Derecho Civil de Baleares). Se proclama con mayor energía la autonomía patrimonial de ambos consortes en el régimen legal de separación de bienes; se omite la alusión al «*escreix*» como institución caída en evidente desuso en las Islas y se suprime, decididamente, la discutida *presunción muciana*, confiando la protección de los acreedores y legitimarios a las acciones normales de simulación del derecho común. En el régimen sucesorio, se avanza decididamente hacia las nuevas metas del Derecho familiar, aproximando al Código Civil, en todo lo que permite la elasticidad del sistema, los derechos sucesorios del cónyuge viudo y de la

---

196.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Lecciones...*, pág. 42.

197.- Ley 5/1961 de 19 de abril por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil especial de las Islas Baleares. BOE núm. 95 de 21 de abril de 1961.

prole ilegítima. Del estudio de la Disposición Final Primera del art. 2 de la Compilación de 1961, podemos deducir que el Derecho histórico no se derogó, sino que se mantuvo mediante la *iuris continuatio*<sup>198</sup>. Tal como afirman FERRER VANRELL y MUNAR BERNAT<sup>199</sup>, a lo largo de nuestra historia, y preferentemente durante el S.XX, el régimen de separación de bienes ha sido objeto de un perfeccionamiento progresivo que ha provocado la supresión de instituciones, que hoy se revelan como injustas y obsoletas, como es el caso de la *presunción muciana* y la *cuarta marital*, que serán eliminadas por los compiladores de 1961. No obstante, ambos autores afirman ser innegable que el régimen de separación de bienes, ha prestado un gran servicio a la sociedad mallorquina, ya que ha permitido el pleno reconocimiento de la capacidad de obrar de la mujer casada, en contraposición con lo que pasaba, hace pocos años, en la mayoría de las regiones españolas.

## 5. La aprobación de la Constitución española de 1978

La Constitución de 1978, ha supuesto el abandono definitivo del CC general en determinadas materias civiles forales, quedando apartada la idea de la uniformidad legislativa de tiempos pasados, dando paso a conceptos de diversidad legislativa civil y de coexistencia en plano de igualdad en materia civil, al reconocer la diversidad de ordenamientos civiles existentes en el territorio español. Consecuencia de ello fue la aprobación del el Estatuto de Autonomía de Les Illes Balears<sup>200</sup>.

La situación jurídica de la mujer casada balear ha ido mejorando a lo largo de los siglos, y no cabe duda que la aprobación de la Constitución española de 1978, constituye un importante punto de inflexión, a lo que debemos añadir, las sucesivas reformas legislativas del Estado, que mucho han influido en la mejora de la situación jurídica de la mujer casada, también para la mujer balear. La relación entre la consecución de la igualdad solemnemente proclamada por la Constitución española en diversos preceptos, que son claves de nuestro ordenamiento constitucional, y el mandato de los poderes públicos para que ejecuten políticas activas para obtenerla, dimana también de la Constitución, en especial de sus arts. 9.2 o 149.1CE, en éste último caso como atribución competencial concreta. Junto a ello, los Estatutos de

---

198.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Lecciones...*, pág. 65.

199.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar y MUNAR BERNAT, Pedro, "Compilació del Dret Civil de les Illes Balears i legislació sobre parelles estables" en *Legislació Civil Balear*, Universitat de ses Illes Balears, 2<sup>a</sup> Edició, Palma, 2005, pág. 17.

200.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Lecciones...* pág. 51 y ss. La Constitución del 78 se ha limitado a "reconocer" la diversidad de ordenamientos jurídicos existentes en el territorio español.

Autonomía han asumido para las correspondientes Comunidades Autónomas competencias relativas a la promoción de la igualdad de la mujer, algo que se ha efectuado de manera más enfatizada en los últimos Estatutos de Autonomía, entre los que basta citar como paradigmas en esta cuestión los de Cataluña, Valencia, Baleares, Andalucía o Aragón, normas que no se limitan a asumir determinadas competencias, sino que realizan una declaración de derechos ciudadanos en su territorio, entre los que citan los derechos específicos de las mujeres<sup>201</sup>.

Pero en lo que a este trabajo atañe, en cuanto a la peculiar situación jurídica de la mujer casada balear, algo se ha visto modificada por la aprobación de los Estatutos de Autonomía de Baleares, tanto el que aprobó por LO 2/1983<sup>202</sup>, como el que le reforma posteriormente por LO 1/2007 de 28 de febrero de reforma del Estatuto de Autonomía<sup>203</sup>. Cabe destacar, la declaración recogida en el art. 16 EA en el que se recoge una declaración de igualdad de derechos de hombres y mujeres en todos los ámbitos, en particular en las materias de empleo y trabajo, y la protección social contra la violencia, especialmente la violencia de género. Así mismo, el art.17 EA consagra la no discriminación por razón de sexo, garantizando por las Administraciones Públicas en su punto 2, la conciliación de la vida familiar y laboral, pues bien sabe el legislador que el origen de la discriminación actual de la mujer radica fundamentalmente, en la difícil conciliación de la vida familiar y social.

Tras la aprobación de la Constitución del 78, comienza el proceso de constitucionalización de la compilación de Derecho civil de Baleares. Para ello, una vez asumida por el art. 10.22 del EAIB la competencia legislativa en materia civil, se acuerda en el Consejo de Gobierno de la CAIB la elaboración de un proyecto de revisión de la Compilación de 1961, con el fin de adaptarla a la Constitución. Con la aprobación de la Compilación de Derecho Civil Balear de 1990<sup>204</sup>, aunque se mantiene el Derecho histórico balear, a través del

---

201.- CHAMORRO Y ZARZA, José Antonio, "Mujer, subvenciones e impuestos" en *La igualdad como compromiso. Estudios de género en homenaje a la profesora Ana Díaz Medina*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2007, pág. 130.

202.- Ley Orgánica 2/1983 de 25 de febrero de Estatuto de Autonomía de las Illes Balears. BOE 1/3/1983. El Estatuto de Autonomía en el art. 10.23 de la LO 3/1999 de 8 de enero de reforma de la LO 2/1983 de EAIB asume la competencia exclusiva en la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil de la Comunidad Autónoma.

203.- Ley Orgánica 1/2007 de 28 de febrero de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears. BOE núm. 52 de 1 de marzo de 2007.

204.- Decreto Legislativo 79/1990 de 6 de septiembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares. BOIB núm. 120 de 2 de octubre de 1990.

mecanismo de la *iuris continuatio*<sup>205</sup>, vino a modificar multitud de preceptos de la Compilación de Derecho Civil especial de Baleares aprobada por Ley 5/1961 de 19 de abril, tal como recoge su Título Preliminar. El art.1 CDCB establece que el Derecho civil de las Islas Baleares, regirá con preferencia al Código Civil y demás leyes estatales, de conformidad con lo establecido en la Constitución y el Estatuto de Autonomía.

La situación jurídica de la mujer balear, con la nueva regulación, ha sido sometida a cambios, propios de la llamada “metamorfosis”<sup>206</sup> de la institución matrimonial y la transformación de los valores sociales, desencadenantes de nuevos mecanismos jurídicos que den respuesta a las nuevas demandas.

En cuanto a los efectos personales del matrimonio, tras la aprobación de la CDCB de 1990, no se puede decir que afecte en algo a la mujer balear, puesto que los efectos personales del matrimonio se regulan en y por el Código Civil; no obstante la Compilación balear hace una referencia a los efectos personales del matrimonio incidentalmente en el art. 4.3.3, cuando trata los incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales, haciéndolos repercutir, no en el régimen económico, sino en los negocios patrimoniales.

Nuestra Compilación sí regula los efectos patrimoniales del matrimonio, en el Título Primero del Libro Primero (arts. 3 a 5) aplicables a Mallorca y Menorca (art. 65), y en el Título Primero del Libro Tercero (arts. 66 a 68), aplicables a Ibiza y Formentera. En Baleares, el régimen de separación de bienes –institución estrella del Derecho civil balear<sup>207</sup>- ha sufrido algunas modificaciones; particularmente, la Compilación de 1990 va a permitir las donaciones entre cónyuges, prohibidas en nuestro Derecho histórico y suprime la calificación de “absoluta” (art. 3.1 CDCB) que siempre ha acompañado al régimen de separación de bienes balear, pues dicho adjetivo impedía cualquier conexión entre los patrimonios de los cónyuges y garantizaba a su vez la total autonomía de gestión, administración y disposición de cada titular sobre su patrimonio (art. 3.2 y 67.1); por tanto, la situación prematrimonial no cambia por el matrimonio.

La aplicación del principio de igualdad entre el hombre y la mujer, ha traído como consecuencia el desarrollo del concepto de “cargas familiares”, que de-

---

205.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Lecciones...*, pág. 65 y 66. Disposición Final Primera de la Compilación de 1961, que sigue vigente en el texto refundido de nuestra Compilación de 1990. Además el art.2, párrafo segundo de Compilación de 1961, añade que la interpretación de las normas la Compilación deberá realizarse de acuerdo con la tradición jurídica balear.

206.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, *Lecciones...*, pág. 167.

207.- En palabras de MASOT MIQUEL, Miquel, *ibidem*.

ben levantar conjuntamente los esposos, forzando el legislador a introducir en el régimen de separación de bienes, elementos comunitarios que desvirtúan la separación absoluta entre ambos patrimonios. Estos elementos comunitarios, han sido calificados de “cuñas”<sup>208</sup>, pero debemos entenderlos como conceptos básicos, inderogables e inevitables, y cuya legislación se asienta en el principio de igualdad de los esposos en la convivencia, y que se produce como consecuencia del matrimonio y la vida en común. Esta participación se basa en el principio fundamental de afectación al levantamiento de las cargas del patrimonio de cada cónyuge (art. 4.1 CDCB), cuya proporción dependerá, en primer lugar de lo hubieren pactado las partes, y en segundo lugar y a falta de pacto, de manera supletoria la ley impone el criterio de proporcionalidad, según una jerarquía que nos proporciona la propia norma mencionada en su segundo inciso, que depende en primer lugar de los recursos o rendimientos económicos que genera cada cónyuge y, en su defecto, en proporción al capital. Este pacto entre cónyuges tiene unas limitaciones: el principio de igualdad (que no supone necesariamente aportaciones iguales), y consecuentemente, el deber imperativo de levantamiento de las cargas familiares, impuesto en el art.4 CDCB, en el sentido de que sería nulo un pacto entre cónyuges según el cual una de las partes se obliga a levantar todas las cargas matrimoniales, de cualquier tipo, tanto económicas como cuidado del hogar y la familia, mientras que la otra parte acuerda la desafectación de sus bienes al levantamiento de las cargas familiares, pues este caso, se entendería es un pacto contrario a Derecho<sup>209</sup>. Además, cualquiera que fuera el pacto entre las partes, los bienes propios de cada cónyuge están afectos al levantamiento de las cargas familiares, a tenor del art. 3 CDCB.

Pero nos planteamos, hasta qué punto podemos afirmar la libertad de pacto entre los cónyuges, si existe algún límite, a lo que tenemos que responder con rotundidad que existe un límite claro, consecuente con el principio de igualdad. Nos referimos a ese núcleo de deberes irrenunciables como son la obligación legal de alimentos, o la patria potestad sobre los hijos; sin embargo, entendemos con AMUNÁTEGUI<sup>210</sup> que sí son admisibles acuerdos o pactos que modalicen la obligación, incluyendo los pactos en que uno de los

---

208.- MASOT MIQUEL, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, vol. 1º, dirección Manuel Albadalejo y Silvia Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 2000, pág. 102 y ss.

209.- En el mismo sentido CLEMENTE MEORO, Mario Enrique, “El régimen económico matrimonial” en *Derecho de Familia*, Capítulo I, coordinado por Gema Díez-Picazo Giménez, Luís Díez-Picazo y Ponce de León, Dialnet, 2012, pág. 546.

210.- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “La libertad de pacto en régimen de separación de bienes”, en *Autonomía de voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, pág. 235. Resulta interesante la distinción entre las cargas familiares y las necesidades ordinarias de la familia, pues las segundas van referidas a gastos esenciales como educación, medicinas, alimentos y vestido, mientras que las primeras abarcan además otros gastos superfluos. También BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, distingue ambos conceptos en *Comentarios al Código Civil*, 3ª edición, Aranzadi, 2009, pág. 1671 y ss.

esposos quedara exonerado de contribuir. De esta manera, cabe entender que las posibilidades de exoneración de uno de los cónyuges, no puede alcanzar determinados gastos, siendo necesario proceder a su determinación. De esta misma manera, la libertad de pacto de los cónyuges en el régimen económico matrimonial balear, tampoco es ilimitada, y la separación absoluta de bienes, no impide la afección de los bienes a las cargas familiares.

Por otro lado, cabe destacar que el aumento de la problemática matrimonial, ha puesto de relieve el déficit de nuestra regulación en caso de crisis matrimonial, y es que estas situaciones demuestran el raquitismo jurídico de nuestra legislación, necesitado de reforma, tal como pone de relieve MASOT MIQUEL<sup>211</sup>.

La Comisión Asesora de Derecho civil del Gobierno balear, ha presentado recientemente<sup>212</sup> una propuesta de reforma de la Compilación de 1990, en puntos que afecta a la regulación del cónyuge viudo, necesitada de una normativa más amplia y detallada, pero solo aporta como punto aclaratorio hacia el cónyuge viudo, la imposibilidad de acceder a la sucesión intestada cuando el cónyuge viudo estuviera separado de hecho o legalmente (no recogido en el art. 84 CDCIB) y propone la eliminación de la causalidad culpable en la separación matrimonial, recogida en el art. 45 CDCIB, proponiendo solo el sistema consensual<sup>213</sup>, tal como recoge el Código Civil, de tal manera que el cónyuge superviviente separado judicialmente o de hecho, no será legitimario, y por tanto, no podrá invocar la culpabilidad del premuerto, para solicitar el derecho a la legítima del superviviente<sup>214</sup>.

La Comisión Asesora de Derecho Civil del Gobierno Balear, puso en marcha dos proyectos de reforma de Compilación vigente, en los años 2004 y 2007, pero las vicisitudes políticas les impidieron ver la luz. Una de las cuestiones que se abordaba, era llenar la laguna jurídica de nuestro Derecho, con respecto a la compensación económica a la mujer por el trabajo de la casa.

---

211.- MASOT MIQUEL, Miquel, *ibídem*, p.28.

212.- La Propuesta de Comisión Asesora de Derecho Civil de las Islas Baleares es de fecha 11 de septiembre de 2015.

213.- La Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, BOE núm. 163 de 9 de julio de 2005, abandona el sistema causal de separación de bienes y adopta el sistema consensual.

214.- Además el TSJIB ha establecido que la legítima viudal no puede tener otro fundamento que la convivencia entre los cónyuges; por tanto, si no se da esta convivencia en el momento del traspaso, no hay razón para mantener los derechos legitimarios del otro cónyuge. Exposición de Motivos III de la Propuesta de Comisión Asesora de Derecho Civil de las Islas Baleares de fecha 11 de septiembre de 2015.

## **6. Dos cuestiones pendientes de regular en el Derecho balear, cuya ausencia perjudica seriamente la situación jurídica de la mujer casada balear**

En el Código Civil, el deber de contribución al levantamiento de las cargas familiares, en lo que respecta al régimen de separación de bienes, se encuentra recogido en el art. 1318 CC, en cuanto determina la afección de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas familiares y también en el art. 1438 CC, estableciendo el sistema de compensación económica para el cónyuge que sin retribución, o con retribución insuficiente, ha trabajado para la casa o para el otro cónyuge, llegando a una situación de desigualdad que implique un enriquecimiento injusto.

La compensación económica está prevista en el art. 232.5.2 del Código Civil de Cataluña, según el cual, en los casos de separación judicial, divorcio o nulidad, el cónyuge que, sin retribución, o con retribución insuficiente ha trabajado para la casa o para el otro cónyuge, tiene derecho a recibir de éste una compensación económica, en caso de que se haya generado por este motivo, una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto. Este derecho es compatible con los demás derechos de carácter económico que correspondan al cónyuge beneficiario. La SAP de Barcelona de 19 de junio de 2000<sup>215</sup>, establece que dicha actividad laboral debe ser entendida en el sentido literal de ajenidad, prestando una colaboración directa en el negocio del otro cónyuge, que al no ser retribuida, ocasiona un enriquecimiento injusto. En Valencia también se recoge la regulación de esta indemnización en la Ley 10/2007 de 20 de marzo de régimen económico matrimonial valenciano en su art. 12.3.

En el Derecho Foral Balear, el art. 4.1 CDCB determina la afección de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas familiares. Sin embargo, queremos plantear dos cuestiones cuya ausencia regulatoria perjudica seriamente, a nuestro parecer, la situación jurídica de la mujer casada balear con respecto a la castellana y en general con respecto al resto de España. Vamos a comentar y diferenciar ambos artículos por cuanto entendemos que se trata de situaciones jurídicas formales distintas

---

215.- SAP de Barcelona de 19 de junio de 2000 (JUR 293314).

## 6.1. El contenido del art. 1320 CC

Desde la reforma de la Ley 11/1981 de 13 de mayo 1981<sup>216</sup>, el art. 1320 CC prohíbe la disposición del inmueble que constituya la vivienda habitual familiar, tanto si el derecho que ostenta es de naturaleza real (propiedad o usufructo) como si es de naturaleza obligacional (arrendamiento), sin la autorización del otro cónyuge, y ello, aunque solo uno de ellos sea el propietario y rijan su matrimonio por el régimen de separación de bienes.

La afección de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas familiares, recogido en el art. 4 CDCB, constituye el primer principio general que informa el régimen de separación de bienes balear<sup>217</sup>, dado que garantiza la estabilidad de la familia y principalmente de los menores. Si el cónyuge propietario de la vivienda familiar puede disponer libremente de la misma, podría dejar a la familia en la calle y sin vivienda. Por tanto, parece razonable que la vivienda familiar se encuentre afectada al levantamiento de las cargas familiares. Sin embargo, no existe un criterio uniforme en este punto por parte de la doctrina. Para FERRER VANRELL, la modificación de la Compilación no afectó a la adquisición de la vivienda familiar, porque a la vivienda familiar no se le atribuye el carácter de carga del matrimonio, sino que continúa siendo un gasto de inversión que es de total titularidad del adquirente, lo que implica el absoluto poder de disposición del propietario; además y acorde con el Auto del TC de 22 de marzo de 1999 inadmitiendo el Recurso de Casación contra la STSJIB de 3 de septiembre de 1998, la normativa balear no constituye una desigualdad contraria al art. 14 CE por estar admitida en el art. 149. 1.8 CE. La citada autora añade que el art. 1320 CC no añade una eficaz protección a la familia<sup>218</sup>.

Desde nuestro punto de vista, la autorización del cónyuge no propietario, para disponer de la vivienda familiar, en base a las razones expuestas, es muy necesaria para proteger la estabilidad familiar; en

---

216.- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981, páginas 10725 a 10735. En el mismo sentido el art. 9 del Código de Familia catalán aprobado por Ley 9/1998 de 15 de julio, los arts. 11 y 28 de la Ley de Parejas Estables 10/1998 de 15 de julio, el art. 8 de la Ley 2/2003 de 12 de febrero de Aragón y el art. 16 de la Ley 10/2007 de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana.

217.- MASOT MIQUEL, Miquel, *ibídem*, p.38.

218.- FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, "Las cargas del matrimonio como límite a la disposición y administración de los bienes de los casados en el Régimen económico de separación de bienes de la Compilación de Derecho Civil de Baleares", *Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras*, Aranzadi, Navarra, 2006, p.5 y p.36.

el mismo sentido se posicionan autores como MUNAR BERNAT<sup>219</sup> y MASOT MIQUEL<sup>220</sup>, entre otros; sin embargo, no ha sido incluido en la regulación de nuestra Compilación, no por un despiste del legislador, lo que constituiría una laguna legal, sino una falta de tipificación voluntaria del legislador autonómico que impidió dicha inclusión en su OJ, después de una discusión parlamentaria, por entender que se trata de un ataque al principio de separación absoluta de bienes que informa el régimen conyugal mallorquín y que tiene fuerza expansiva<sup>221</sup>. No es por tanto una laguna legal propiamente dicha, por lo que no cabe en este caso razonablemente la aplicación supletoria del art. 1320 CC, tal como expone la famosa Sentencia TSJB de 3 de septiembre de 1998<sup>222</sup>. Las propuestas de las Comisiones Asesoras de los años 2000 y 2007, planteaban posturas encontradas en la solución de éste problema. La Comisión Asesora de Derecho civil en documento de 26 de octubre de 2000, proponía muy acertadamente, desde nuestro punto de vista, la modificación del art. 3 CDCIB, añadiendo un cuarto apartado que exigiera en consentimiento de ambos cónyuges para los actos de disposición o gravamen de los derechos en cuya virtud se ocupa la vivienda constitutiva del hogar familiar<sup>223</sup>. Sin embargo, la propuesta de la Comisión Asesora de 27 de febrero de 2007, suprimía dicha propuesta y por el contrario afirmaba en su Exposición de Motivos que el régimen de separación de bienes se caracteriza por la independencia de patrimonios y la falta de comunicación entre ellos, así como la total autonomía de gestión, administración y disposición de cada

---

219.- MUNAR BERNAT, Pedro, “Disposición de la vivienda familiar y donaciones entre cónyuges. Algunas consideraciones críticas sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio de 2013”, en Boletín de Academia de Jurisprudencia y Legislación, XV, Premio Pascual González, Palma 2014, p. 222 y ss.

220.- MASOT MIQUEL, Miquel, “Cap a una nova relulació del règim econòmic del matrimoni”, Discurso apertura del curso académico 2012-2013 en *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares, XIV*, p. 38 y ss.

221.- Diario de Sesiones Nº 93 de 20 de junio de 1990 en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Institucionales y Generales sobre el Proyecto de Ley núm. 775/87 de Compilación del Derecho Civil Balear. Para más información consultar FERRER VANRELL, Mª Pilar, *El informe sobre la reforma de la Compilació de Dret Civil de Balears*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 2000, págs. 22 y ss y “Las cargas del matrimonio como límite a la disposición y administración de los bienes de los casados en el Régimen económico de separación de bienes de la Compilación de Derecho Civil de Baleares”, Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras, *ibidem*, p. 35 y ss.

222.- STSJIB de 3 de septiembre de 1998 (RJA 8505).

223.- Postura defendida entre otros por MASOT MIQUEL Miquel, “Artículo 3”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t.XXXI, V 1º, 2ª Ed., Edersa, Madrid, 2000, p.85.

titular<sup>224</sup>. El Anteproyecto de Ley de régimen patrimonial del matrimonio de 2013, volvía a introducir en su art. 15, la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para los actos de disposición de la vivienda familiar habitual, para Mallorca y Menorca (al art. 45 excluía Ibiza y Formentera). Además, cabe resaltar con MUNAR BERNAT<sup>225</sup>, el carácter imperativo de la exigencia del consentimiento de ambos, que la norma añadía en el ap. 3 del art. 15, despejando cualquier duda sobre la viabilidad para que los cónyuges pudieran acordar en capitulaciones o cualquier otro acuerdo de voluntades, la exoneración de esa exigencia de consentimiento, tal como lo viene recogiendo art. 231.9 del Código Civil Catalán.

El razonamiento planteado en la Comisión Asesora de 2007, entendemos que se trata de una visión simplista del problema, una tergiversación de la realidad, que se puso de manifiesto, cuando bajo los lemas de salvar el Derecho foral balear (se decía “*salvem el Dret foral, salvem la separació de bens*”) se impidió la aprobación de la necesidad de la autorización del cónyuge no propietario para la venta del inmueble familiar, tal como comenta MASOT MIQUEL<sup>226</sup>. Además, MUNAR BERNAT añade, debe contemplarse esa norma, porque es una regla que forma parte del régimen económico matrimonial primario, aplicable a cualquier régimen económico matrimonial. Así lo están regulando las diferentes Comunidades Autónomas, con Derecho civil propio o no<sup>227</sup>. Además, es una norma que protege la estabilidad familiar, y como comenta VILA RIBES<sup>228</sup>, el interés de la familia debe prevalecer sobre el interés particular. La finalidad protectora de la vivienda familiar, por encima de los intereses del cónyuge propietario, ha sido puesto de relieve por el Consejo de

---

224.- Postura defendida entre otros por FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, Informe sobre la Reforma de la Compilación de Dret Civil de Balears (Su origen y fundamento, La Sentencia del TSJIB de 3 de septiembre de 1998), Palma, 2000 y “Las cargas del matrimonio como límite a la disposición y administración de los bienes de los casados en el Régimen económico de separación de bienes de la Compilación de Derecho Civil de Balears”, Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras, *ibídem*.

225.- MUNAR BERNAT, Pedro, “Disposición de la vivienda familiar y donaciones entre cónyuges. Algunas consideraciones críticas sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio de 2013”, en *Boletín de Academia de Jurisprudencia y Legislación*, XV, Premio Pascual González, Palma 2014, p. 217.

226.- MASOT MIQUEL, Miquel, *ibídem*, pág. 38.

227.- Véase el profundo e interesante estudio al respecto de MUNAR BERNAT, Pedro, “Disposición de la vivienda familiar y donaciones entre cónyuges. Algunas consideraciones críticas sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio de 2013” en *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, XV, Trabajo ganador del Premio Pascual González, Palma, 2014, p. 191 y ss.

228.- VILA I RIBES, Carme, “El régimen económico en el proyecto de reforma de la Compilación de Derecho civil de Balears”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho* 16 (1987-1988), p. 175 y ss.

Europa ya desde el año 1981<sup>229</sup>. Mantenerlo como está, supone un desprestigio para la institución de la separación de bienes, pues supone que “el cònjuge propietari de la vivienda familiar en pugui disposar lliurement de la mateixa deixant la família al carrer i sense habitatge<sup>230</sup>”. Por tanto, creemos que la realidad social y las exigencias de protección a los integrantes de la familia, imponen el cambio que proponía el citado Anteproyecto de 2013.

La falta de regulación de esta materia en nuestro Derecho, pone en una situación de inferioridad a la mujer balear con respecto a las mujeres del resto del país, por cuanto suele ser la mujer la que menos ingresos recibe por su trabajo fuera del hogar<sup>231</sup> y por tanto, la privación del inmueble familiar perjudica siempre a la parte con menos recursos. En cualquier caso, no se trata de una defensa de los derechos de la mujer, sino defender la estabilidad familiar y de los menores, que pueden verse en una situación de gravedad en la calle, por una malentendida defensa de la privacidad de los bienes en el régimen de separación de bienes o por mantener una institución antigua. Cuestión distinta se podría plantear, para el caso en que ambos cónyuges posean un bien inmueble de titularidad propia, que pueda acoger a la familia. En este caso, no parece razonable castigar al cónyuge que generosamente puso a disposición de la familia su bien inmueble.

## 6.2. El contenido del art. 1438 CC

El art. 1438 CC regula el derecho a una compensación económica por razón del trabajo para la casa, bajo las reglas de proporcionalidad y en defecto de pacto, consiguiendo una corrección de las desigualdades que se pueden producir, al liquidar el régimen de separación de bienes. No existe en el Derecho propio balear sobre matrimonio, ningún precepto que contemple esta indemnización o compensación, por lo que sigue abierta la discusión

---

229.- Consejo de Ministros del Consejo de Europa de fecha 16 de octubre de 1981, Recomendación n.º R (81) 15.

230.- MASOT MIQUEL, Miquel, *ibídem*, pág. 38.

231.- Conocer la ganancia anual bruta de los trabajadores, hombres y mujeres, en función de las diferentes características como ocupación, actividad económica, edad, tipo de jornada, etc. constituye el primer paso para analizar la igualdad de mujeres y hombres en un aspecto tan relevante como es la actividad laboral y las retribuciones asociadas a dicha actividad. En el año 2012, el salario anual más frecuente en las mujeres (14.514,6 euros) representó el 87,9% del salario más frecuente en los hombres (16.510,1 euros). En el salario mediano este porcentaje fue del 77,1% y en el salario medio bruto del 76,1%. Para poner de manifiesto las diferencias salariales de género, es necesario considerar el salario por hora y distinguir el tipo de jornada. En el trabajo a tiempo completo, el salario por hora de las mujeres (13,8 euros) en el año 2012 alcanzaba el 85,9% del salario por hora de los hombres (16,1 euros). Al considerar la jornada a tiempo parcial, el porcentaje anterior alcanza un valor del 79,7%. (www.ine.es, actualizado 23 de marzo de 2015, consultado 25 de septiembre de 2015).

doctrinal acerca de la aplicación del art. 9 LPE por analogía o el art. 1438 CC de manera supletoria.

Autoras tan relevantes como FERRER VANRELL o VERDERA IZQUIERDO<sup>232</sup> entienden que, en este caso, no es posible la aplicación de manera supletoria del art. 1.438 CC, porque así lo interpretó en su día la jurisprudencia del TSJIB plasmada en la sentencia de 3 de septiembre de 1998, y posteriormente la Audiencia Provincial de Baleares en Sentencia 62/2005, de 18 de febrero. En efecto, según la SAP citada, “el régimen económico del matrimonio es completo, sin que quepa incorporar algunas previsiones del Código Civil, como pudiera ser el artículo 1320 o el ahora citado 1438 CC”. A ello queremos alegar que, entendemos poco acertada la solución del TSJIB. No puede afirmarse que el ordenamiento jurídico balear es completo en ninguno de sus dos sentidos.

1º- Afirmar la completud del Ordenamiento Jurídico balear es contrario al art. 1 CDCB. En efecto, la aplicación supletoria del Código Civil, está prevista cuando no ha sido posible dar una solución jurídica al caso, por la normativa propia por defecto de la Ley y costumbre del Derecho balear, ni aplicando la técnica de la auto integración; entonces, se aplicará supletoriamente el Código civil y demás leyes civiles estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento jurídico.

2º- Afirmar que un Derecho es completo, es una contradicción *in termino*, es partir de un axioma contrario a la propia naturaleza y concepto del Derecho. El ordenamiento jurídico constituye una totalidad textual en modificación constante. Nunca llega a ser completo, porque la realidad cambia constantemente. Es, por tanto, “un texto abierto”. La vida del Derecho fluye permanentemente y eso se manifiesta en la producción de nuevos textos jurídicos y en la desaparición de otros, es esa capacidad auto regenerativa o autopoiesis del Derecho, tal como afirma ROBLES<sup>233</sup>. La pretendida completud del Derecho en esta materia, supone un exceso conceptual y un alejamiento de la realidad de ese Derecho.

---

232.- FERRER VANRELL, Mª Pilar, *Comentarios a la Ley de Parejas Estables de las Illes Balears*, Coordina Mª Pilar Ferrer Vanrell, Instituto de Estudios Autonómicos, Colección L'Esperit de les Illes;6, Palma, 2007, p. 7 y ss. En el mismo sentido VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, “La compensación económica derivada del trabajo doméstico” en *Derecho Privado y Constitución*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Núm. 27, enero-diciembre 2013, p. 228, y “La compensación económica por trabajo para la casa en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares. Configuración y consecuencias”, en *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y legislación de las Islas Baleares, XIV*, Palma, 2013, p.266.

233.- ROBLES, Gregorio, *Teoría del Derecho. Fundamentos de la Teoría Comunicacional del Derecho*. Volúmen II, Cívitas, Pamplona, 2015, p. 564.

La ausencia de regulación de esta materia en nuestra Compilación, constituye una auténtica laguna legal. No podemos estar de acuerdo con VERDERA IZQUIERDO<sup>234</sup> cuando concluye que el Parlamento de las Islas Baleares no introdujo esta institución en la reforma de 1990 porque no quiso, ya que no nos consta ninguna discusión parlamentaria al respecto por aquellas fechas, en cuyo caso podríamos decir que no estamos ante una laguna legal propiamente dicha (como ocurre con el contenido del comentado art. 1320 CC). Prueba de que efectivamente, nos encontramos ante una auténtica laguna legal, es el intento de reforma del régimen económico matrimonial en Baleares que realizó la Comisión Asesora de Derecho Civil en el año 2007, en la que introducía en su art. 27 la regulación de la compensación económica por el trabajo para la casa, en caso de disolución del régimen económico de separación de bienes, que lamentablemente, no llegó a su total aprobación, por razones extrajurídicas.

Otra prueba de que realmente es una laguna legal, es la puesta en marcha por parte de nuestro TSJIB, con fecha 24 de marzo de 2010<sup>235</sup>, del mecanismo o técnica jurídica de la analogía *legis*, que presupone dicha laguna, tal como viene reconociendo reiterada Jurisprudencia del TS<sup>236</sup>. La Ley de Parejas Estables<sup>237</sup>, en el art. 9 sí tiene prevista la institución de la compensación económica comentada, pero entendemos con el TC que no se produce la “identidad de razón” que exige el art. 4 CC, o “similitud jurídica esencial” que exigen nuestra doctrina jurisprudencial, como ahora demostraremos.

Admitida la laguna legal por el propio Tribunal, analicemos la aplicación analógica de la Ley de Parejas Estables<sup>238</sup> en su art. 9 como hace TSJIB a la institución matrimonial y sus consecuencias. Entre ambos supuestos se afirma que se da la “identidad de razón” prevista en el artículo 4 del CC, para la aplicación analógica de las normas, cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante, de modo que ha de integrarse el artículo 4.1 de la CDCB, como posibilita su artículo 1, con el contenido del artículo 9.2 de la LPE. Afirma el TSJIB que, si así no se hiciera, el trato

---

234.- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, *ibidem*, p. 270.

235.- STSJIB de 24 de marzo de 2010 (JUR 4019).

236.- STS 30 de noviembre de 2011 (RJ2012/3516), STS de 2 de junio de 2009 (RJ 2009/3363).

237.- Ley 13/2001 de 19 de diciembre de Parejas Estables, BOE núm. 14, publicado 16 de enero de 2002.

238.- Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables (LPE) art. 9 se lee que “ El conviviente 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” y siempre que se haya dado uno de los casos legalmente previstos.

diferente de esta situación semejante y en la que existe identidad de razón por un mismo Ordenamiento Jurídico, conduciría al absurdo, vulneraría la técnica integradora de la analogía *legis* e implicaría, necesariamente, una discriminación proscrita por el artículo 14 de la Constitución Española<sup>239</sup>. Tal como interpreta el TSJB en la citada sentencia, el artículo 9 LPE, para que surja el derecho a la “compensación económica”, aplicable por analogía a los cónyuges, exige que al fin de la convivencia concurra, por no haber sido corregido de otro modo, el elemento objetivo de la “desigualdad patrimonial” entre los miembros de la pareja. Esta desigualdad ha de ser imputable a las circunstancias del desarrollo de la convivencia y ha de ser determinante de un enriquecimiento injusto. La Ley ha optado por la técnica del enriquecimiento injusto que, aún criticada por alguna doctrina, es la más utilizada por la Sala Primera del Tribunal Supremo<sup>240</sup> en materia de compensación económica no pactada, en la ruptura de las parejas de hecho y que, según Jurisprudencia constante, requiere: a) aumento del patrimonio del enriquecido; b) correlativo empobrecimiento del actor; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento; y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio.

---

239.- Si se estudia, por ejemplo, la Legislación Catalana se verá que, a diferencia de la nuestra, ha reconocido expresamente la “identidad de razón” entre estas situaciones semejantes y ha procedido con coherencia legislativa ya que tras haber introducido la “compensación económica” solo para los matrimonios por la Ley 8/1993, del Parlamento de Cataluña, que modificó el artículo 23 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, le dio, más tarde, nueva y detallada redacción en los artículos 41 y 42 del Codi de Família, aprobado<sup>14</sup> por Ley 9/1998 de 15 de julio, y el mismo día, por la Ley 10/1998 de Unions Estables de Parella, la extendió, con regulación idéntica, tanto a la unión estable heterosexual (arts.13 , 14.3 y 16.2) como a la homosexual (arts. 31 , 32.3 y 32.2).

240.- 27 de marzo de 2001 (RJ 2001/4770), “En este caso, y entendiéndose por el Juzgador que concurrían todos y cada uno de los requisitos que integran la figura del enriquecimiento sin causa, esto es, a) un enriquecimiento procurado a uno de los convivientes, b) un empobrecimiento sufrido por el otro conviviente, c) una relación de causalidad entre aquel enriquecimiento y este empobrecimiento y d) la falta de causa justificada del enriquecimiento, por cuanto es evidente que doña Lucinia ha sacrificado veinte años de su vida para atender al demandado e hijos, descuidando su formación laboral y sus expectativas personales en aras de dispensar un mejor cuidado y atención a la familia, de lo cual lógicamente se ha beneficiado el demandado, condujeron a éste a fijar en favor de la actora una indemnización de diez millones de pesetas, en la que prudencialmente se estimaron los perjuicios”, y STS 11 de diciembre de 1992 (1992/9733), 31 de marzo de 1992 (RJ 1992/834).

La Sala Primera del TS ha dictado una sentencia de fecha 26 de marzo de 2015<sup>241</sup>, en la que estima el recurso y reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente: “El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes, requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge”.

Visto de esta manera, podemos apreciar, que el TSJB no aplica el contenido recogido en el art. 1438 CC; de hecho, en la citada sentencia no lo aplica, pero podemos afirmar que en caso de que no se hubieran dado los requisitos a y b, es decir, que no se hubiera producido un desequilibrio económico, hubiera podido aplicarse supletoriamente el art. 1438 CC, para que se produjera la indemnización al trabajo del hogar, por corresponsabilidad en las tareas domésticas. Ciertamente, todavía no se ha pronunciado la Sala sobre este extremo, pero lo cierto es que en sentencia de AP de Palma de 17 de julio de 2012<sup>242</sup>, reconoce “que no existe unanimidad de criterios doctrinales ni Jurisprudencia en la fijación del proceso mediante el cual debe articularse la acción del art. 1.438 del Código Civil”.

Esta técnica (la aplicación analógica del art. 9 LPE, que prevé la compensación económica no prevista para la institución matrimonial en nuestra Compilación), ha sido criticada por COCA PAYERAS, al entender que

---

241.- STS 26 de marzo de 2015 (RJ 2015/1170) Entiende el tribunal que no hace una interpretación literal de la palabra SOLO sino sistemática y que, por tanto, el trabajo para la casa realizado mayoritariamente por uno de los cónyuges le otorga derecho a obtener una compensación por el concepto previsto en el artículo 1438, aunque ese cónyuge también haya trabajado fuera de casa. Y ello, dice, “por el motivo de que caso de no hacerlo así, se estaría dando pábulo a un enriquecimiento injustificado del cónyuge que no prestó ese trabajo doméstico o lo hizo en cuantía ínfima en proporción a su trabajo o actividad laboral extradoméstica (ha de partirse de que hoy en día nadie se desentiende absolutamente de su familia ni de su casa), actividad a la que pudo dedicar todo el tiempo que quiso debido a la salvaguarda que para él y para su estabilidad familiar otorgaba el hecho de que el otro cónyuge desarrollaba, supervisaba y dirigía la atención diaria de la familia, los hijos y la casa. Entendemos que la ratio del precepto no exige una contribución “exclusiva, excluyente y directa” sino que la desigualdad que se trata de corregir no sólo se da cuando el acreedor se dedica exclusivamente al hogar, sino también cuando lo hace en mayor medida, de ahí que tengan derecho a la compensación tanto los primeros como los que compatibilizan dicha actividad familiar con otra económica o laboral”. Sin que sea óbice para ello que en esa tarea se auxilie de terceras personas a su servicio ya que, por un lado, “el hecho de que se disponga de servicio doméstico, implica la dirección de la economía doméstica, el control del trabajo realizado por las empleadas de servicio doméstico y el pago de sus retribuciones, así como la labor de supervisar y dar instrucciones a éstas sobre la forma de realizar los cometidos que se les encomiendan, y por otro, que la crianza y educación de los hijos así como el cuidado del hogar implica un gran esfuerzo y dedicación”.

242.- AP de Palma de 17 de julio de 2012 (AC2012/1207) (FD 3).

se trata de una solución desafortunada<sup>243</sup> del problema, que en realidad, no era necesaria la aplicación analógica de este artículo, puesto que la propia Compilación exige la contribución de los cónyuges a las cargas familiares en proporción a sus recursos económicos, y que, “el art. 4.1 CDCIB contempla ese supuesto específico señalando que ese trabajo “será computado como contribución al levantamiento de las cargas”<sup>244</sup>. El autor entiende que dicha norma, que es de aplicación directa, nos da una solución jurídica al caso, sin necesidad de acudir a la técnica de la analogía, con los peligros que conlleva (aplicación analógica de dicho precepto a parejas de hecho no reguladas). Sin embargo, entendemos que no es esta la mejor solución jurídica al problema planteado. El contenido del art. 4.1 CDCIB, que admite el cómputo del trabajo para la casa como medio de aportación para el levantamiento de las cargas familiares, no da derecho, ni se infiere de su redacción, al derecho a obtener la compensación económica. En efecto, los derechos resarcitorios que fundamentan esta compensación se basan en la desigualdad patrimonial, puesto que lo que trata de compensar no es lo que podría haber costado dicho trabajo (como apunta el art. 4.1.CDCIB, el cómputo de dicho trabajo), sino que se trata de “mitigar la desigualdad patrimonial debido a la escrupulosa separación de bienes de patrimonios que se produce en el régimen de separación de bienes, que puede llevar a grandes diferencias a consecuencia de que uno de ellos se ha dedicado exclusivamente, o mayormente, a las tareas del hogar”<sup>245</sup>; se trata no solo de computar y pagar ese trabajo, sino de corregir los desequilibrios patrimoniales que puede provocar el régimen de separación de bienes, que la mujer participe en las ganancias que ha obtenido el marido durante todo ese tiempo, y compense así el estancamiento de su patrimonio y la pérdida de oportunidades profesionales, sus expectativas de futuro profesional, amén de sus dificultades para acceder al mercado laboral, la llamada “pérdida de oportunidad” por TS<sup>246</sup>. En la misma línea, las SAP de Valencia<sup>247</sup> afirma que no se trata aquí de indemnizar a uno de los cónyuges por haber desempeñado sin más las tareas del hogar, sino más bien de compensar a quien por razón de tan loables actividades en interés de la familia, compromete sus expectativas

---

243.- COCA PAYERAS, Miguel, “Elegía a nuestro Derecho Civil” en Intervención de Miguel Coca Payeras en el acto de entrega Premio Pascual González, en *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares XV*, Palma, 2014, p.279 y ss.

244.- COCA PAYERAS, Miguel, “Reflexiones sobre el trabajo para el hogar y la analogía *legis* en el Derecho Civil de Mallorca” en *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación*, XIV, Palma de Mallorca, 2013, p.311 y ss.

245.- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, *ibídem*, p. 282.

246.- STS de 12 de septiembre 2005 (RJA 7841).

247.- SAP de Valencia de 7 de julio de 2001 (JUR 274492).

de futuro profesional. Por tanto, no basta que se diga que dicho trabajo para la casa compute como levantamiento de las cargas familiares.

Estamos de acuerdo con COCA PAYERAS en que es absolutamente desafortunada y errónea la aplicación analógica del art. 9 LPE a la institución del matrimonio, pero nos basamos en razonamiento distinto. El TS ha sentado doctrina sobre los requisitos para la aplicación de la analogía *legis* en su sentencia de 30 de mayo de 2007, entre otras, y exige como requisitos: la existencia de una laguna legal respecto del caso contemplado, igualdad o similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, y que el legislador no haya prohibido la aplicación del método analógico. Tanto la doctrina constitucional<sup>248</sup>, como la jurisprudencia menor<sup>249</sup> o la del TS<sup>250</sup>, han venido declarando que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, sino realidades jurídicamente distintas que, como tales, posibilitan al legislador un tratamiento jurídico diferenciado y una diversa atribución de derechos y obligaciones. Como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1988<sup>251</sup> se trata de una operación jurídica delicada que exige mesura, ponderado, meditado y cuidado uso.

En cuanto a la doctrina legal, entendemos con ZARRALUQUI y TORRES LANA<sup>252</sup> que no es aplicable la analogía *legis* entre las uniones de hecho o parejas estables y las uniones conyugales, porque al no ser situaciones

---

248.- SS.TC 180/2001, de 17 septiembre (RTC 2001, 180), 184/1990, de 15 noviembre (RTC 1990, 184), 222/1992, de 11 diciembre (RTC 1992, 222) y 155/1998, de 13 julio (RTC 1998, 155).

249.- En el mismo sentido la jurisprudencia de Audiencias como la AP de Huesca en S 7/2011 de 19 de enero (AC 2011/365) donde también tienen reguladas las parejas estables y rechaza la aplicación de la analogía *legis* entre uniones extramatrimoniales y uniones matrimoniales. Y también el TSJ de Navarra que afirma “La Sala de instancia no afirma en ningún momento la identidad, semejanza o analogía entre parejas estables y matrimonios”, Sentencia 19/2006 de 8 de noviembre (RJ 2007/1666), AP Madrid 11 de junio de 2007 (AC2011/365), AP Castellón 10 de octubre de 2011 (JUR 2012/45132), AP Jaén 7 de mayo de 2014 (JUR 2014/195423), AP de Santa Cruz de Tenerife de 14 de febrero de 2014 (JUR 2014/231415), AP de Madrid 4 de mayo de 2015 (AC 2015/839).

250.- SSTS 6 de octubre de 2011 (RJ 2011/6708), STS 16 de julio de 2001 (RJ 2011/404), 22 julio 1993 (RJ 1993, 6274), 23 julio 1998 (RJ 1998, 6131), y 17 junio 2003 (RJ 2003, 4605).

251.- Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1988 (RTC 1988, 148).

252.- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARIAGA, Luís, “Las uniones de hecho. Una aproximación plural”, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1999, p.88. En el mismo sentido SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup> Eugenia, *Las parejas de hecho y su marco legal*, Reus, Zaragoza, 2014, p.276, donde afirma: “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, por ello, debe huírse de la aplicación por *analogía legis* de normas propias del matrimonio”. TORRES LANA, José Ángel, “Las parejas de hecho”, en *Los 25 temas más frecuentes en las prácticas del Derecho de familia*, tomo I, dirigen Francisco Lledó y Alicia Sánchez Sánchez, coordina Oscar Monje Balmaseda, Dykinson, p. 287 y ss, cuando afirma: “La doctrina de las sentencias mencionadas partía de una base innegable: la unión extramatrimonial no es equivalente al matrimonio y, por tanto, no pueden aplicarse a ellas por analogía las normas reguladoras del matrimonio”.

equivalentes, como determina el TC y el TS, no existe una similitud jurídica esencial. Tampoco puede interpretarse<sup>253</sup> que la jurisprudencia del TS ha cambiado el criterio sobre la aplicación analógica *legis* para estos casos en la STS de 27 de marzo de 2001<sup>254</sup>, pues en la misma, el TS afirma que debe rechazarse la aplicación analógica (refiriéndose a la analogía *legis*) de los regímenes matrimoniales a las parejas de hecho. No se trata de una operación de analogía *legis*, sino de una operación de auténtica «analogía iuris»; como dice la STS de 12 de septiembre de 2005<sup>255</sup>, es un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del Derecho. O, dicho con otras palabras, esta «analogía iuris» parte de un conjunto de preceptos, de los que extrae, por inducción, su principio inspirador y lo aplica al caso no regulado. La STS de 10 de marzo de 1998<sup>256</sup>, colma las lagunas legales existentes en relación con las uniones de hecho, conforme al principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado, en el caso concreto sobre la prestación referida a la atribución del uso de la vivienda familiar, muebles y plaza de garaje, asignado a la vivienda. Explicita, en este sentido, que se trata de una situación, de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley, ni desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código Civil y matiza el apartado 4 del mismo artículo. Tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: “no obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (artículo 10, principio de dignidad de la persona, artículo 14, principio de igualdad, artículo 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código Civil”.

Por las razones expuestas, parece razonable que, en caso de laguna legal, como es la materia que nos ocupa, no existiendo costumbre que pueda llenarla, ni pudiendo rellenarse por la técnica de auto integración, no debe quedar la

---

253.- FERRER VANRELL, “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 Díez Picazo*, coordinado por A. Cavanillas Sánchez, vol. 3, Cívitas, Madrid, 2003, p.4.597, pie de pág.2.

254.- SSTS 27/3/2001 (RJ 2001/4770) Ponente José Almagro Nosete. FD7.

255.- STS 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7148), ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

256.- STS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998/1272).

mujer balear desprotegida, o el cónyuge que generosamente sacrifique su vida en favor de los hijos o de las personas dependientes; podemos intentar resolver el problema mediante la técnica de la analogía *iuris*, pero no parece adecuada la analogía *legis* en base a las razones expuestas; no obstante, entendemos que la técnica que produce mayor seguridad jurídica a la mujer, por no quedar al arbitrio del razonamiento deductivo del juez de turno, es la aplicación supletoria del art. 1438 CC, tal como nos permite el art. 1 CDCB, y por no tratarse de un contenido contrario al derecho balear y tan solo, mientras el legislador balear se decide de una vez por todas a regular y llenar esta laguna legal.

No parece que sea esta la intención del legislador actual. Ni el Segundo borrador de Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears<sup>257</sup> menciona el tema, ni el Capítulo V del Borrador del Anteproyecto de Ley de igualdad de mujeres y hombres<sup>258</sup>; tan solo recoge una declaración de buenas intenciones sobre la corresponsabilidad en las tareas del hogar y cuidado de familiares; ni el art. 50 ni el 51 vienen a recoger la compensación económica que podría disuadir a los hombres que perezosamente dejan pasar la vida familiar sin colaborar en las tareas familiares y, como consecuencia, la mujer desarrolla un trabajo con resultados patrimoniales gananciales, mientras que su marido, genera unos bienes privativos y solo una parte se aportará al levantamiento de las cargas familiares; por tanto, se sigue situando a la mujer balear en una situación de desigualdad patrimonial si decide dedicarse al trabajo para la casa, como opción perfectamente libre y plausible, ya que aporta una gran felicidad y estabilidad familiar y un importante ahorro a las arcas públicas.

---

257.- Segundo borrador de Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Compilación de derecho civil de las Illes Balears ([www.caib.es/govern](http://www.caib.es/govern) consultado 1 de febrero 20016).

258.- Borrador del Anteproyecto de Ley de igualdad de mujeres y hombres, en tramitación en el Parlamento de las Islas Baleares ([www.caib.es](http://www.caib.es) consultado marzo 2016).

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLAMO MARTELL, M<sup>a</sup> Dolores, “La licencia marital y su supresión” en *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012.

ÁLVAREZ DE POSADILLA, Juan, *Comentarios a las Leyes de Toro según su espíritu y el de la legislación de España en que se tratan las cuestiones prácticas, arreglando sus decisiones á las leyes y resoluciones más modernas que en el día rigen*, I. Viuda de Ibarra, Madrid, 1804.

ARISTÓTELES, “La política”, Volumen 3, Libro I, Capítulo V, “Del poder doméstico”, *Obras completas de Aristóteles*, Traducida al español por Patricio de Azcárate, Madrid, 1873, págs. 38 a 42. <http://www.filosofia.org>. Facsímil del original impreso en formato PDF.

BACHOFEN, Johann Jakob, *El matriarcado*, Akal, Madrid, 1997.

BALLESTER. PONS, Pedro, “Las Instituciones forales de Menorca” en *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Volumen 107, Mahón, 1899.

-“La sucesión *abintestato* en Baleares”, *Revista de Menorca*, 5<sup>a</sup> Época, Tomo XIV, Mahón, 1919.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código Civil*, 3<sup>a</sup> edición, Aranzadi, 2009.

BERMEJO CASTRILLO, Miguel Ángel, “Transferencias patrimoniales entre los cónyuges por razón del matrimonio en el Derecho Medieval castellano”, *Semana de Estudios Medievales de Nájera. (1990-2004)*. XI semana, 2000. WWW. Dialnet. unirioja.es.

BORRELL Y SOLER, Antoni, *Dret Civil vigent a Catalunya*, I. de la Casa de la Caritat, Barcelona, 1923.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, común y foral*, Tomo V, Vol. 1<sup>o</sup>, 12<sup>a</sup> edición, Reus, Madrid, 1994.

CERDÁ GIMENO, José, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, 1<sup>a</sup> Edición, Edersa, Madrid, 1981.

CLEMENTE MEORO, Mario Enrique, “El régimen económico matrimonial” en *Derecho de Familia*, Capítulo I, coordinado por Gema Díez-Picazo Giménez, Luís Díez-Picazo y Ponce de León, Dialnet, 2012.

COCA PAYERAS, Miguel, “Reflexiones sobre el trabajo para el hogar y la analogía legis en el Derecho Civil de Mallorca” en *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación*, XIV, Palma de Mallorca, 2013.

-“Elegía a nuestro Derecho Civil” en Intervención de Miguel Coca Payeras en el acto de entrega Premio Pascual González, en *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares XV*, Palma, 2014.

COMES José, *Tratado Teórico-práctico del arte de Notaría*, Volumen I, I. J. Mayol, Barcelona, 1828.

CHAMORRO Y ZARZA, José Antonio, “Mujer, subvenciones e impuestos” en *La igualdad como compromiso. Estudios de género en homenaje a la profesora Ana Díaz Medina*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2007.

DAMETO Y COTONER, Juan, *Historia general del Reyno baleárico*, Segunda edición corregida por MORAGUES, Miguel y BOVER, Joaquín María, Juan Guasp y Pascual, Palma, 1840.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “La libertad de pacto en régimen de separación de bienes”, en *Autonomía de voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid.

DE FUENMAYOR, Amadeo, “La interpretación comparativa del Código y las Compilaciones civiles”, en *Estudios Homenaje al Profesor Castán Tobeñas*, Tomo IV, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.

DE HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo, *Condición de la mujer casada en la esfera del Derecho Civil*. Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en la recepción pública del Excmo. Señor Don Eduardo Hinojosa el día 26 de mayo de 1907, Madrid, 1907.

DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús y BAYOD LÓPEZ, Carmen, *El art. 13 Cc*, Universidad de Zaragoza, ([www.unizar.es](http://www.unizar.es)).

DEL VISO, Salvador, *Lecciones elementales de Historia y de Derecho civil, mercantil y penal de España*, Parte segunda, Tratado Primero, I. Sebastián de Lope, Valencia, 1859.

DÍEZ PICAZO, Luis, *La Constitución Española y Fuentes del Derecho*, Vol. I, Madrid, 1979.

D’ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 10ª ed., Eunsa, Navarra, 2004.

ESCUADERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho, Fuentes e instituciones político-administrativas*, (4ª edición), Autor-Editor, Madrid, 2012.

FAURÉ, Christine, *Enciclopedia histórica y política de las mujeres: Europa y América del Norte*. (Título original: *Encyclopédie Politique et Historique des femmes. Europe. Amérique du Nord*. Francia .1997), Akal, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino Y PARICIO, Javier, *Historia del Derecho romano y su recepción europea*. 9ª Edición, Dykinson, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio, *La Jurisdicción voluntaria*, Cívitas, Madrid, 2001.

FERRER VANRELL, Mª Pilar, - El informe sobre la reforma de la Compilació de Dret Civil de Balears, Universitat de les Illes Balears, Palma, 2000.

- Los efectos patrimoniales del matrimonio en el Derecho Civil de Baleares, Universidad de las Islas Baleares, Palma, 2002.

-*Comentarios a la Ley de Parejas Estables de las Illes Balears*, Coordina Mª Pilar Ferrer Vanrell, Instituto de Estudios Autonómicos, Palma, -*Lecciones de Derecho civil balear*, Universidad de las Islas Baleares, Palma, 2003.

-“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 Díez Picazo, coordinado por A. Cavanillas Sánchez, vol. 3, Cívitas, Madrid, 2003.

-“Las cargas del matrimonio como límite a la disposición y administración de los bienes de los casados en el Régimen económico de separación de bienes de la Compilación de Derecho Civil de Baleares”, *Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras*, Aranzadi, Navarra, 2006.

- Comentarios a la Ley de Parejas Estables de las Illes Balears, Coordina Mª Pilar Ferrer Vanrell, Instituto de Estudios Autonómicos, Colección L'Esperit de les lleis 6, Palma, 2007.

FERRER VANRELL, M Pilar y MUNAR BERNAT, Pedro, “Compilació del Dret Civil de les Illes Balears i legislació sobre parelles estables” en *Legislació Civil Balear*, Universitat de ses Illes Balears, 2ª Edició, Palma, 2005.

FRATICELLI TORRES, Migdalia, *La incidencia del régimen de gananciales en el contrato de seguro de vida*, Dykinson, Madrid, 2005.

GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio y GARCÍA MARÍN, José María, *Manual básico de historia del Derecho*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 4ª edición, Madrid, 2005.

GARCÍA GARRIDO, “*Ius uxorium*. El régimen patrimonial de la mujer casada en el Derecho romano”, *Cuadernos del Instituto Jurídico Español* N° 9, Roma-Madrid, CSIC, 1958.

- *Diccionario de jurisprudencia romana*, Tercera edición, Dykinson, Madrid, 1988.

- *Derecho privado romano*, 6ª Edición, Dykinson, Madrid, 1995.

GARCÍA ULECIA, Alberto, *El régimen económico del matrimonio en los derechos locales leoneses*. Índice n° 9, Universidad de Sevilla, 1982.

GAY ESCODA, Josep María, *El Corregidor a Catalunya*, Madrid, 1997.

GENÍS MAR, Daniel, “Historia de Cataluña compuesta por Bernardo Desclot: noticia d’una traducció castellana de la crònica de Bernard Desclot de l’any 1616”, en *Revista anual de la sociedad catalana de Llengua i Literatura*. N° 17, Barcelona, 2006.

GÓMEZ, Antonio, (Escrito por Nolasco de Llano), *Compendio de los Comentarios extendido por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*, I. Joseph Doblado, Madrid, 1785.

LALINDE ABADÍA, Jesús, *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán*, Revista jurídica de Cataluña, vol.64, n°3, 1965.

- *Iniciación histórica al Derecho español*, 3ª ed, Ariel, Barcelona, 1983.

LANGLE RUBIO, Emilio, *El usufructo viudal ante la ley española*, Edit. Hijos de Reus, Madrid, 1908, FRATICELLI TORRES, Migdalia, *La incidencia del régimen de gananciales en el contrato de seguro de vida*, Dykinson, Madrid, 2005.

LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *Comentario crítico jurídico literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, I. Gaspar y Roig, Madrid, 1827.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo, “Sobre el derecho consuetudinario balear como fuente y como tradición jurídica”, en *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*, Palma de Mallorca, 2010.

MASCARÓ ALBERTÍ, Matías, *Derecho Foral de Mallorca*, 3ª edición, Tip. de José Tous, Palma, 1904.

MASOT MIQUEL, MIGUEL *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, vol. 1º, dirección Manuel Albadalejo y Silvia Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 2000.

- “Artículo 3”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t.XXXI, V 1º, 2ª Ed., Edersa, Madrid, 2000.

- “Cap a una nova relulació del règim econòmic del matrimoni”, Discurso apertura del curso académico 2012-2013, en *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*, XIV, Palma 2013.

MAYNZ, Carlos, *Curso del Derecho Romano*, Traducción de Antonio Pou y Ordinas, I. Jaime Molina, Barcelona, 1888.

MONSERRAT QUINTANA, Antonio, *Lecciones de Derecho civil balear*, Lección 10, Universidad de las Islas Baleares, Palma, 2003.

-“Negocios de disposición patrimonial por razón o con ocasión del matrimonio”. Discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y legislación de Baleares pronunciado el 23 de noviembre de 2006. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y legislación de Baleares*, VIII, Mallorca, 2006.

MUNAR BERNAT, Pedro, “Disposición de la vivienda familiar y donaciones entre cónyuges. Algunas consideraciones críticas sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio de 2013”, en *Boletín de Academia de Jurisprudencia y Legislación*, XV, Premio Pascual González, Palma 2014.

MUÑOZ LÓPEZ, Pilar, *Sangre, amor e interés. La familia en la España de la Restauración*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia*, I. de M. Ginesta, Madrid, 1881.

PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Derecho civil de Mallorca. Herencias y otras especialidades forales*, Embat, Mallorca, 1979.

PASTOR, Reina, “Sombras y luces en la historia de las mujeres medievales”, en *Tópicos y realidades de la Edad Media*, Tomo II, Real Academia de la Historia, Madrid, 2000.

PELLA Y FORGAS, José, *El Código Civil de Cataluña. Exposición de Derecho catalán comparado con el Código Civil Español*, J. Horts, Barcelona, 1916.

PIFERRER Y FÁBREGAS, Pau, *Recuerdos y bellezas de España*, Impr. De Joaquín Verdaguer, Barcelona, 1839.

PIÑA HOMS, Román, *El Derecho histórico del Reino de Mallorca*, Ediciones Cort, Palma de Mallorca, 1993.

- “Las instituciones del Reino de Mallorca a raíz del Decreto de Nueva Planta: necesidades de investigación” en *II Jornades d’estudis històrics locals*, Instituto de Estudios Baleáricos, Palma de Mallorca, 1983.

PLANAS ROSELLÓ, Antonio, en *Recopilación de Franqueses i Dret municipal de Mallorca de 1622 por los doctores Pere Joan Canet, Antoni Mesquida y Jordi Zaforteza*, Colegio de Abogados de Baleares, Palma de Mallorca, 1996.

PONS, Félix, *Derecho Civil de Mallorca*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, 1950.

PUIG FERRIOL, Luis y ROCA TRIAS, Encarna, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, 5ª ed., Vol. II, Tirant lo Blanc, Valencia, 1998.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, “Evolución histórica de los derechos de la mujer”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de La Rioja*. Nº 12 y 13, 1994-1995, La Rioja, 1995.

RIPOLL Y PALOU, Pedro, *Memoria sobre las Instituciones del Derecho Civil de las Baleares*, I. Casa de Misericordia, Palma, 1885.

ROBLES, Gregorio, *Teoría del Derecho. Fundamentos de la Teoría Comunicacional del Derecho*. Volúmen II, Cívitas, Pamplona, 2015.

SALVÁ Y RIERA, Jaime, *Derecho de familia en Mallorca: un estudio histórico-bibliográfico de la legislación mallorquina*, Tipografía de Felipe Guasp. Palma de Mallorca, 1918.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Galo, “Para la historia de la redacción del antiguo derecho territorial castellano”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (AHDE), Tomo VI, Barcelona, 1929.

-*Libro de los Fueros de Castiella*, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, 1924. Biblioteca digital de Castilla y León.

SEGURA GRAÑO, Cristina, “Situación jurídica y realidad social de casadas y viudas en el medievo hispano (Andalucía)” en *La condición de la mujer en la Edad Media*, Universidad Complutense, Madrid, 1986.

- “Participación de la mujer en la repoblación de Andalucía en SXIII a XV. Ejemplo de una metodología.” En *Nuevas perspectivas sobre la mujer*, 1. (Índice Histórico Español Nº 80-13 del Centro de Estudios Históricos Internacionales), Facultad de Geografía e Historia de la Universidad de Barcelona, 1982.

- “La mujer en la repoblación de Sevilla en SXIII”, Comunicación recogida en Actas de las *II Jornadas de Metodología y Didáctica de la Historia*, 1981, Universidad de Extremadura, 1984.

SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup> Eugenia, *Las parejas de hecho y su marco legal*, Reus, Zaragoza, 2014

SUREDA, Enrique, “Existencia y fuentes de la legislación foral de Mallorca”, en *Revista de Derecho privado*, Tomo I. Nº2, Publicado 15 de noviembre de 1913, Mallorca, 1913.

TELLO LÁZARO, Juan Carlos, “Sobre la situación de la mujer en la antigüedad clásica”, *Revista de Aula de Letras, Humanidades y Enseñanza*. [www.auladeletras.net/revista/articulos/tello.pdf](http://www.auladeletras.net/revista/articulos/tello.pdf).

TORRES LANA, José Ángel, “Las parejas de hecho”, en *Los 25 temas más frecuentes en las prácticas del Derecho de familia*, tomo I, VLex.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, “La compensación económica por trabajo para la casa en la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares. Configuración y consecuencias”, Trabajo ganador del premio Pascual González, en *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, XIV, Palma de Mallorca, 2013.

- “La compensación económica derivada del trabajo doméstico” en *Derecho Privado y Constitución*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Núm. 27, enero-diciembre 2013.

VILA RIBES, Carme, “El régimen económico en el proyecto de reforma de la Compilación de Derecho civil de Baleares”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho* 16 (1987-1988).

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARIAGA, Luís, “Las uniones de hecho. Una aproximación plural”, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1999.

## VIII.- 2. LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL DERECHO CIVIL ESTATAL

**María Pilar Ferrer Vanrell**

Mi agradecimiento al Presidente y a mis compañeros Académicos, por el honor de haberme encargado la respuesta, en nombre de la Real Academia, al estudio galardonado con el Premio Pascual González en su décimo tercera edición.

Dividiré mi exposición, que será breve, en tres partes:

1) En primer lugar felicitar a la premiada, Sra. Mijancos, Doctora en Derecho y profesora asociada de la Universitat de les Illes Balears, donde imparte Derecho Civil y Teoría del Derecho desde el año 2007. Trabajo que compatibiliza con la Asesoría de Empresas.

De su curriculum académico y su trayectoria profesional se ha ocupado el Sr. Presidente; sólo destacaré que ha encauzado una de sus líneas de investigación hacia el estudio del *principio de igualdad*, tanto general, en el ámbito de la educación y en el ámbito de la familia; como específico, con respecto a la mujer. En esta línea se enmarca el trabajo premiado.

La relación con la Dra. Mijancos no es nueva; hace más de 10 años, en el año 2005, ya colaboramos en la organización de un ciclo de conferencias, que se impartieron en la Facultad de Derecho, sobre las últimas novedades legislativas en materia civil; como también cuando preparaba la Memoria de Investigación y su tesis doctoral.

2) En segundo lugar, del estudio premiado destacaré, porque la autora ya lo ha expuesto detenidamente, que el tema elegido me ha parecido muy sugestivo, no sólo por su importancia, sino también porque es una materia de mi interés a la que he dedicado algunos de mis estudios.

Su lectura presenta una cuestión colateral que comentaré, más detenidamente, en la tercera parte de esta exposición. Me refiero a la aplicación supletoria del artículo 1438 del Código civil; como plantea la autora.

La supletoriedad, en los derechos civiles territoriales ha sido cuestión importante a lo largo de la historia, porque permite la aplicación de un derecho no propio.

La supletoriedad significa que el ordenamiento sobre el que se debe actuar supletoriamente no es completo, por lo que en los supuestos de laguna o vacíos normativos se acude a otro derecho para completarlo.

La supletoriedad actúa por la fuerza de la norma general (art. 149.3 CE; art. 13.2 CC; art.1.1 CDCB) y por la propia vigencia territorial del derecho civil estatal. Acudir al Código civil, para llenar las lagunas, implica que el derecho civil estatal es derecho vigente en todo el territorio español y potencialmente aplicable cuando otro ordenamiento, que tiene sus propias fuentes productoras de normas, lo llama.

Esta potencial vigencia territorial expansiva no la tienen los derechos civiles autonómicos, que son exclusivamente vigentes en el ámbito de su territorio. En nuestro caso así lo determina el apartado 1 del art. 87 del Estatuto de autonomía de les Illes Balears.

Antes de pasar a desarrollar esta cuestión, e intentar esbozar el camino para llenar los vacíos normativos me referiré, brevemente, al método adoptado por la galardonada en el trabajo presentado.

El método, en el estudio del derecho, es imprescindible, tanto para la investigación, como para la enseñanza del derecho.

El método es el modo de proceder de una persona para obtener un resultado. Es la utilización de unos criterios que han sido base para la investigación de una determinada institución.

La autora utiliza el método histórico.

El conocimiento de las instituciones sólo es posible desde su evolución histórica. Se utiliza con criterios que parten del análisis comparativo del origen y la evolución de la institución en relación a la legislación vigente, utilizando técnicas documentales. En el estudio de los derechos civiles territoriales, los mal llamados derechos forales, el método histórico es imprescindible, como

se verá, especialmente a la hora de llenar lagunas normativas, así como para la interpretación de las instituciones.

La base histórica de todas las instituciones que conforman un derecho civil propio que se ha mantenido y ha llegado hasta nuestros días, es el fundamento de la atribución constitucional de la competencia legislativa (“allí donde existan”, regla 8ª del art.149,1 CE).

La Dra. Mijancos ha trazado un camino para poder entender la posición de la mujer, en el ámbito patrimonial del matrimonio, regulado en la Compilación.

Para interpretar las disposiciones reguladoras de la materia, parte de un estudio pormenorizado de la situación de la mujer, en concreto de la mujer casada; porque el hecho de contraer nupcias suponía una suerte de *capitis diminutio*, que ha llegado casi hasta nuestros días; sólo recordar que la licencia marital, en el Código civil, estuvo vigente hasta la modificación del Código por ley de 2 de mayo de 1975.

Esta situación no se dio en el Reino de Mallorca; a modo de ejemplo, el gobernador Arnau d’Erill en 1344, en el Stil 11 del Llibre de Stils, permite a la mujer casada, mayor de 25 años, afianzar a su marido.

Esta posición de la mujer casada balear, que contrasta con la falta de autonomía en el ámbito patrimonial que tenía la mujer castellana, llegó hasta la Compilación de 1961 que regulaba, en el párrafo 4ª de su artículo 4, la posibilidad de la mujer de afianzar a su marido. La modificación de la Compilación de 1990, con acierto, suprimió el citado párrafo 4º, porque se trataba de una norma meramente permisiva.

La autora analiza la evolución histórica de la mujer casada, en el ámbito de sus derechos personales y patrimoniales desde la época romana, con el estudio del *Ius Uxorium*, hasta la vigente Compilación.

Utiliza un criterio comparativo entre la mujer castellana y la balear, que le permite poner de relieve la mayor autonomía patrimonial de la que gozaba la mujer casada en Baleares.

3) En tercer lugar, retomando las cuestiones sobre la aplicación supletoria del derecho estatal, determinada en el apartado 3 del artículo 149 de la Constitución de 1978, que fue la constitucionalización del artículo 13.2 del Código civil; y más concretamente, en el apartado 3 del artículo 1 de la

Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears, a propósito de lo expuesto por la autora sobre la aplicación supletoria o no del artículo 1438 del Código civil al derecho balear, donde constata dos líneas de opinión jurisprudencial y doctrinal opuestas, expondré brevemente las técnicas o mecanismos para suplir las posibles insuficiencias normativas.

El apartado tercero del artículo 1 de la Compilación califica al Derecho civil propio de Baleares, de Ordenamiento jurídico; y como todo Ordenamiento tiene las notas de completitud, unicidad y creatividad. Aún así, existen insuficiencias normativas que requieren de unos mecanismos para su superación.

Ahora bien, no toda falta de regulación implica una laguna legal que deba suplirse, porque la falta de tipificación de un determinado supuesto de hecho puede resultar querido por el legislador autonómico; impidiendo la aplicación supletoria del Código civil.

Hoy, muchas de las lagunas normativas de los derechos civiles territoriales son insuficiencias provisionales, pendientes de desarrollo legislativo.

El punto de inflexión lo encontramos en relación a la actividad legislativa de los Parlamentos autonómicos (artículo 149.1.8 CE).

Los mecanismos para evitar las insuficiencias normativas, en el Código civil, se obtienen a través de su sistema de fuentes, enumeradas en su artículo 1.

Históricamente, los ordenamientos civiles territoriales (los *iura propria*), evitaban sus insuficiencias mediante la supletoriedad de un derecho extraño (en nuestro caso *el ius commune*).

En nuestro derecho civil, si se constata la insuficiencia se suple mediante los mecanismos que nos proporciona la Compilación, como son: 1) la autointegración; 2) en segundo lugar, y como cláusula de cierre, la supletoriedad del Código civil o heterointegración.

El *iter* para resolver y colmar las posibles insuficiencias consta de los siguientes pasos:

1º La previa labor del juez, que deberá constatar la existencia de una laguna normativa.

Para ello, el aplicador del derecho debe proceder a la previa interpretación siguiendo los criterios dispuestos en el párrafo 2º del artículo 1 de la Compilación.

Es decir, la interpretación debe realizarse bajo el prisma de los principios generales que informan el ordenamiento civil balear, los principios generales propios; y “tomando en consideración (...) la tradición jurídica balear” (párrafo 2 del artículo 1 CDCIB).

La norma dispone que esta interpretación sea histórica, porque es esencial conocer no sólo los principios que constituyen el sustrato de nuestro derecho, sino los precedentes del instituto objeto de interpretación.

2º En segundo lugar, antes de declarar la laguna normativa y poder proceder a colmar la insuficiencia mediante la aplicación defectiva del Código civil, es preceptivo intentar integrarla desde dentro de su propio sistema jurídico.

Es decir, no se dará entrada al derecho supletorio, sino después de haber “interpretado e integrado” nuestro derecho civil *secundum principia*; esto es “tomando en consideración los principios generales que lo informan”, porque estos principios son los que canalizan la “interpretación e integración” de las “leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina” de los doctores que conforman la tradición jurídica balear.

Significa que la insuficiencia de la regulación de la norma se debe integrar desde dentro del propio sistema jurídico, antes que acudir a un sistema jurídico externo, como es el Código civil, porque la heterointegración (art.1.3 CDCIB) es la última solución.

3º ¿Cómo funciona el sistema para autointegrar la norma, de acuerdo con el apartado 2 del art. 1 CDCIB?

Es necesario hacer una breve referencia a los antecedentes legislativos del mecanismo de la autointegración para acotar su ámbito.

Para entender el mandato del apartado 2 del art. 1, tenemos que interpretar el art.2 del Proyecto de Apéndice de 1949, que toma como base los Proyectos de 1903 y 1920, y dice que “ante el silencio o la insuficiencia de éstos (sus preceptos), se atenderá supletoriamente a la legislación escrita, sea romana o foral de donde dimanen aquellas, o al uso y a la costumbre cuando se trate de instituciones consuetudinarias”, por lo que es “obligada la observancia de dichas leyes y costumbres como fuente de derecho supletorio de este Apéndice para todas las materias en él recogidas o mencionadas”.

El mecanismo de la autointegración se circunscribe a las instituciones que regula o menciona la Compilación. Es decir, en los casos de lagunas normativas por una regulación parcial, insuficiente o incompleta de las instituciones, la Compilación llama a integrarlas, a efectos de su aplicación, mediante la “tradicón jurídica balear”; o lo que es lo mismo, el derecho que quedó “subsituído” por la Compilación (como establece la Disposición Final Primera).

Como decía la Exposición Motivos de la Compilación de Derecho civil especial de Baleares de 1961, en su párrafo noveno: “esta concentración operada..., en el texto de la Compilación, no significa la postergación absoluta de las fuentes históricas, a las cuales deberá remontarse el juzgador para la interpretación del Derecho civil especial para Baleares”.

Esto significa que no podemos integrar la ley y la costumbre (art. 1.3 CDCIB) mediante la aplicación directa de aquellas instituciones no reguladas en la Compilación, porque no es derecho vigente; sino que son objeto de autointegración las normas “recogidas y mencionadas” en la Compilación, pero insuficientemente reguladas.

Un ejemplo: La institución del acogimiento en la cuarta parte de los *milloraments*; o el *excreix*, son instituciones que tan sólo menciona y no regula el apartado 5 del artículo 66, en el Libro III de la Compilación, diciendo que se pueden pactar en espolits.

Significa que se tendrán que autointegrar con la tradición jurídica ibicenca. No se pueden integrar mediante la aplicación supletoria del Código civil, porque no sólo no las regula, sino que le son extrañas. Lo mismo ocurría con la *definición*, que regulaba de forma insuficiente la Compilación de 1961, ya que es una institución prohibida por el art. 816 del Código civil, por lo que sólo podía entenderse acudiendo a sus precedentes históricos.

En definitiva, la autointegración es una forma de aplicar las fuentes del derecho civil balear, como son la ley y la costumbre.

4º Si después de interpretar e integrar la norma, el aplicador del derecho constata que se mantiene la insuficiencia normativa, entrará la llamada al Código civil como sistema de heterointegrar la Compilación.

Consecuencia de la nueva estructura constitucional del ordenamiento civil, ha quedado determinado un nuevo concepto de supletoriedad; porque la entrada del Derecho civil estatal, como derecho supletorio, estará en función de la actividad legislativa del Parlamento Autonómico.

La aplicación supletoria del derecho civil estatal, hoy, está controlada desde dos ámbitos: o bien por una actividad legislativa autonómica que haga inútil la llamada al Código civil, porque el legislador autonómico ha llenado sus vacíos normativos (que no es nuestro caso, aunque sería deseable vista la actividad legislativa en el desarrollo de los demás derechos civiles autonómicos; y vista la urgente necesidad para el aplicador del derecho balear).

O bien, porque la falta de regulación de una determinada institución obedezca a razones de política legislativa, por esto la mera falta de norma civil autonómica no implica la existencia de una laguna normativa que deba dar entrada a la supletoriedad del Código civil.

La tipificación o no de un determinado supuesto de hecho, por parte del legislador autonómico, es una cuestión de política legislativa, que puede obedecer a dos causas:

1) bien a la inactividad del legislador autonómico; por no haber procedido a actuar la competencia legislativa que le atribuye la Constitución (en la regla 8ª del art. 149.1.), y el Estatuto de Autonomía (apartado 27 de su art. 30. EAIB); en cuyo caso estaremos ante una insuficiencia normativa temporal y si el aplicador del derecho no ha podido obtener solución dentro del propio sistema jurídico, se constatará la existencia de una laguna legal que deberá suplir acudiendo a un sistema foráneo, como es en nuestro caso, a las leyes civiles estatales.

2) o bien puede obedecer a que el legislador autonómico no ha regulado, voluntariamente, una determinada institución, sea porque no la quiere regular por cualquier razón de política legislativa; o bien porque la naturaleza de la institución que se pretende aplicar supletoriamente es extraña a nuestro sistema jurídico. En estos casos, no cabe la aplicación supletoria del Código civil, porque no estamos ante un supuesto de laguna legal. Son ausencias normativas que no son suplibles por voluntad expresa del legislador autonómico; no por insuficiencia normativa.

Si el vacío normativo persiste, al no haberse podido colmar con el sistema de fuentes interpretado e integrado según los criterios que establece la Compilación (en los apartados 3 y 2 del art. 1 CDCIB), acudiremos a la aplicación defectiva del Código civil, como paso último para completarlo.

La aplicación supletoria del derecho civil estatal, está condicionada a un doble requisito:

1º. En primer lugar, que la norma estatal, llamada a completar la insuficiencia normativa, debe pasar por el filtro de los principios generales del derecho civil balear, porque el párrafo tercero del artículo 1 no permite la aplicación de la norma estatal *contra principia*, esto es, contra los principios informadores de nuestro derecho, como declara el párrafo 3 del artículo 1.

2º En segundo lugar, la aplicación del derecho civil estatal debe ser dinámica, es decir, se aplicarán supletoriamente las normas del Código civil en la redacción actual al tiempo de la concreta aplicación.

Esta forma dinámica de aplicar el Código civil, en los casos de supletoriedad, es distinta a la establecida en la Disposición Final 2ª de la Compilación cuando lo manda aplicar por remisión, porque llama a una aplicación estática de la norma, es decir, a la redacción que tenía la norma al tiempo de entrar en vigor la DF 2ª de la Compilación. Porque, la remisión al Código civil, es una técnica legislativa que congela la redacción del texto de la norma estatal remitida, al tiempo que se manda la remisión.

Para concluir; esta disquisición conduce a formular tres afirmaciones:

1) En primer lugar destacar la dificultad en la que se encuentran los jueces a la hora de aplicar el derecho, porque no podemos olvidar que el derecho del territorio, y en consecuencia el derecho de aplicación preferente, es el derecho civil propio de Baleares, porque es el derecho vigente aunque, excepcionalmente, puede ceder ante los supuestos que por derecho interregional o internacional deban aplicarse otras normas.

Esta dificultad con la que topa el juzgador a la hora de administrar justicia podría tener fácil solución si el legislador autonómico actuara en el ejercicio de su competencia legislativa en derecho civil.

2) En segundo lugar, y en contraposición al merecido reconocimiento del esfuerzo de los jueces en la aplicación del derecho civil, no queda más que poner de manifiesto el descuido del legislador autonómico en el ejercicio de su competencia en legislación civil, asumida por el Estatuto de Autonomía (art. 30.27).

De esta inactividad, negligencia, tedio en legislar son corresponsables, por la falta de iniciativa legislativa, los distintos gobiernos autonómicos porque, desde 1990, momento que se procedió a la modificación de la Compilación y adaptación a la Constitución que debía ser el punto

de partida del desarrollo de nuestro derecho civil, se han mostrados inactivos.

3) Por último, afirmar que de todo ello, sólo existe un perjudicado, el ciudadano.



## **IX.- MESA DE DEBATE SOBRE “LA LEY 25/2015 DE SEGUNDA OPORTUNIDAD ¿LA SUPONE REALMENTE?”**

*Con el título de “La Ley 25/2015 de segunda oportunidad ¿la supone realmente?” se celebró el 25 de enero de 2016 una mesa de debate con ponencias de dos verdaderos maestros en la materia, ambos Magistrados especialistas en Derecho mercantil: María Arántzazu Ortiz González y José María Fernández Seijo.*

*En la ponencia de María Arántzazu Ortiz González se hace referencia a la aplicación práctica de esta ley, diciendo que, en Mallorca, su vigencia ha sido escasa. En realidad sólo 6 comunicaciones iniciadoras del procedimiento de empresarios y 2 de personas físicas no comerciantes en el último trimestre de 2015. Se pone en evidencia el retraso de la normativa española reguladora de la materia respecto de otras legislaciones, y se pasa revista a las instancias internacionales que reclamaban al Estado español la aprobación de una legislación destinada a solventar la problemática surgida de la insolvencia de la persona física. Es obvio que ésta venía necesitada urgentemente de protección, por encontrarse en una situación de inferioridad con las sociedades mercantiles; no tiene sentido, en efecto, que el principio de limitación de responsabilidad propio de éstas deje de existir en lo que respecta a la persona natural, que responde de las deudas contraídas con todos sus bienes presentes y futuros, según el artículo 1911 del Código civil. Dándose, además, la particularidad de que muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que*

*escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de las circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos. Ello sin olvidar la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los derechos del acreedor y teniendo en cuenta, asimismo, que el deudor que cumple siempre debe ser de mejor condición que el que no lo hace.*

*A continuación se expone el procedimiento a seguir –en el Derecho español– para la obtención del beneficio de exoneración definitiva de las deudas en sus diversas fases: una primera ante Notario para las personas físicas no empresarios y ante el Registro Mercantil o la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación para los empresarios, y una segunda fase, tras la solicitud de la declaración judicial de insolvencia, una vez tramitado el concurso y realizados todos los bienes o cuando se aprecia la insuficiencia de masa activa ex art. 176 bis de la Ley Concursal. En todo caso, la exoneración va ligada a la buena fe del deudor, deteniéndose especialmente la ponencia en este requisito.*

*Se finaliza la ponencia apostando por la nueva normativa. En todo caso –se dice– con todos los matices y prevenciones anunciadas, bienvenida sea la reforma aunque llegue con retraso.*

*En la ponencia de José María Fernández Seijo se abunda en esta consideración, señalando, de entrada, que España ha sido uno de los últimos países del ámbito europeo que se ha planteado la necesidad de establecer mecanismos de condonación de deuda a deudores de buena fe insolventes; quedando sólo Malta y Bulgaria por reformar sus normativas. La reforma española ha optado por articular la segunda oportunidad como una conclusión del procedimiento de liquidación del insolvente, apartándose de otras fórmulas jurídicas que habilitan comités administrativos de evaluación de insolvencia (Francia) o que remitían a procedimientos distintos de los mercantiles. En cambio, la opción del legislador español ha sido la de aprovechar los mimbres de la Ley Concursal para diseñar un sistema que puede considerarse un tanto tortuoso, porque primeramente exige un intento de acuerdo extrajudicial y, en caso de fracaso del mismo, obliga al deudor a iniciar un*

*procedimiento judicial en el que verá liquidado todo su patrimonio, tratando de justificarlo el legislador en la necesidad de evitar que el mecanismo de segunda oportunidad pueda usarse con propósitos fraudulentos.*

*En la ponencia se hace un análisis de la aplicación de los mecanismos de segunda oportunidad durante los primeros meses de vigencia de la ley, indicando que ha sido bastante escasa. En Barcelona, durante los primeros seis meses de vigencia de la Ley, apenas se han recibido 8 comunicaciones notariales de designación de mediador concursal y 42 comunicaciones de inicio genérico de negociaciones amparadas por el art. 5 bis de la Ley Concursal. En cuanto al perfil del deudor que acude a estos instrumentos, se trata generalmente de particulares que arrastran deudas de sociedades mercantiles, bien como avalistas o fiadores de las deudas de la empresa, bien como administradores condenados a responder personalmente de las deudas de la compañía. Pudiéndose asimismo apreciar que la inmensa mayoría de deudores consideran que el acuerdo extrajudicial de pagos es un mero trámite formal para obtener la exoneración, lo que ha determinado que las pocas comunicaciones de nombramiento de mediador se vean frustradas, sin posibilidad de proponer acuerdo ni de convocar junta, ya que el deudor inicia los trámites de la mediación con el objetivo casi exclusivo de poder disfrutar de los beneficios de la exoneración de deudas.*

*Se señala que es esencialmente complejo encajar dentro de las nuevas instituciones concursales y preconcursales los instrumentos de protección del consumidor ante las ejecuciones de garantías reales que afectan a la vivienda del deudor, dado que estos instrumentos de protección se han incluido básicamente en la ejecución singular.*

*Como en la anterior ponencia, se apuesta, a pesar de sus deficiencias, por la ley de segunda oportunidad*



## **IX.- 1. ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y SEGUNDA OPORTUNIDAD**

**José M<sup>a</sup> Fernández Seijo**

En el año 1596 William Shakespeare escribía una de sus comedias más renombradas, El Mercader de Venecia. La trama principal contaba la historia de un comerciante que se ve en la necesidad de solicitar 3000 ducados a un prestamista, Shylock, quien pone como condición que un avalista garantice la devolución de lo prestado, fijando una severa garantía consistente en que el fiador entregue una libra de su propia carne si el deudor principal no puede atender la deuda en el plazo de 3 meses. Transcurre el tiempo marcado y las previsiones del deudor principal y del avalista no se cumplen por lo que Shylock reclama la intervención de la autoridad, el Gran Duque de Venecia, para que se ejecute el contrato en sus propios términos. El Dux exige el cumplimiento íntegro y cabal del contrato, aunque pide al acreedor clemencia, el acreedor en modo alguno está dispuesto a aceptar las propuestas alternativas al contrato, de pago de hasta el triple de lo adeudado en un plazo mayor, sólo la intervención de una mujer disfrazada de abogado evita la ejecución. La comedia sirve para reflexionar si un Estado, concretamente un Estado Democrático de Derecho debe contentarse con ser instrumento para garantizar el pago de las deudas, o si este Estado dispone de mecanismos para mitigar el efecto del pago, incluso condonar en todo o en parte las deudas.

Las culturas jurídicas anglosajonas han sido más pragmáticas, las de raíz latina han tenido más dudas ya que el principio de responsabilidad universal y el respecto a lo pactado por las partes han determinado que, hasta la fecha, la legislación quede en segundo plano y que sólo se articulen paliativos cuando se producen riesgos de exclusión total.

España ha sido uno de los últimos países del ámbito europeo que se ha planteado la necesidad de plantear mecanismos de condonación de deudas a

deudores de buena fe insolventes, sólo queda Malta y Bulgaria por reformar sus normativas. La reforma española ha optado por articular la segunda oportunidad como una conclusión del procedimiento de liquidación del insolvente, se ha apartado de otras fórmulas jurídicas que habilitaban comités administrativos de evaluación de insolvencia (Francia), o que remitían a procedimientos civiles distintos en sus trámites y objetivos de los mercantiles.

El día 27 de febrero de 2015 el Consejo de Ministros aprobó por la vía del Real Decreto Ley el llamado de mecanismo de segunda oportunidad. Al día siguiente se publicó en el Boletín Oficial del Estado ese RDL con el número 1/2015 y el título de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (LSecOp). El día 2 de marzo entraba en vigor la norma con generoso régimen transitorio. El RDL se convierte en Ley 25/2015, de 28 de julio, publicada en el BOE de 29 de julio y con entrada en vigor al día siguiente.

Con la aprobación de este Real Decreto se daba por fin satisfacción a una amplia reivindicación social que reclamaba desde hacía años la necesidad de una legislación protectora de las personas físicas, de los particulares, que paliara de modo efectivo las consecuencias de la crisis económica en millares de familias españolas. Esta reivindicación también se había extendido a diversos sectores académicos y judiciales que consideraban que el ordenamiento jurídico español no disponía de mecanismos homologables a los de otros países de nuestro entorno que disponían desde hacía años de instrumentos jurídicos para la remisión o perdón de deudas de personas insolventes, la llamada segunda oportunidad.

La exposición de motivos del RDL 1/2015 y la de la Ley 25/2015, hacen referencia a la incidencia de la crisis económica: *«muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos. No puede olvidarse con ello que cualquier consideración ética a este respecto debe cohonestarse siempre con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los derechos del acreedor, así como con una premisa que aparece como difícilmente discutible: el deudor que cumple siempre debe ser de mejor condición que el que no lo hace»*.

Una vez convalidado el RDL, el gobierno decidió tramitarlo como proyecto de ley con el fin de poder realizar algunos ajustes o precisiones en el texto

originario. El 29 de julio de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Esta Ley, que supone un nuevo ajuste de la normativa concursal, no supone modificaciones sustanciales en el texto y estructura del RDL 1/2015, se realizan algunas matizaciones y correcciones gramaticales.

Mayor trascendencia práctica tendrá la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial – LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial -, que no modifica directamente la Ley Concursal, pero introduce una alteración sustancial en la competencia objetiva ya que se atribuye a los jueces de primera instancia, no a los mercantiles, el conocimiento y tramitación de los concursos de las personas naturales que no tengan la consideración de empresarios. Por lo tanto los juzgados mercantiles conocerán de los concursos de los empresarios – personas físicas o jurídicas – y los juzgados de primera instancia los de las personas físicas no empresarias; el mismo texto normativo, la Ley Concursal, será aplicada por juzgados distintos.

El término «Segunda Oportunidad» tiene una naturaleza más social que jurídica, sin embargo es lo suficientemente expresivo como para que haya sido adoptado por el ordenamiento jurídico español como un término más comprensible, más plástico, que el de remisión de deudas, exoneración o condonación de deudas.

El objetivo de la norma es sencillo, trata de establecer el marco jurídico y económico en el que una persona física insolvente, una persona física que no puede hacer frente a sus obligaciones ordinarias, pueda ver reducidas en todo o en parte sus deudas una vez ha finalizado el proceso de venta de todo su patrimonio. Hasta la entrada en vigor de la LSecOp un particular que no fuera comerciante si solicitaba un concurso voluntario y no conseguía aprobar un convenio se veía abocado a un doloroso proceso de liquidación de su patrimonio que finalizaba sin que se le condonaran o extinguieran las deudas no satisfechas.

El artículo 178.2 de la Ley Concursal (LC) era claro al advertir que el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes, por lo tanto los acreedores que no habían visto satisfecho su crédito en el ámbito del concurso podían iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acordara la reapertura del concurso o no se declara nuevamente. Este precepto no era sino una consecuencia lógica del artículo 1911 del Código civil, que establecía que el deudor respondía de sus obligaciones con

sus bienes presentes y futuros, era el reflejo de la llamada responsabilidad universal del deudor.

Este marco jurídico, enraizado en la tradición jurídica española, chocaba con el marco legal de las personas jurídicas insolventes; en el supuesto de que una sociedad mercantil fuera declarara en concurso y no alcanzara convenio con sus acreedores, la liquidación de la sociedad llevaba aparejada la extinción no sólo de su personalidad jurídica, sino también la extinción de todas sus deudas no satisfechas; solo en casos excepcionales de declaración de culpabilidad del concurso los administradores o liquidadores de la compañía podían ser declarados responsables total o parcialmente de las deudas no pagadas con la liquidación, eran los supuestos legales del artículo 172 bis de la LC. Así la exposición de motivos del RDL 1/2015 – y la de la Ley 25/2015, que reproduce literalmente el texto del RDL - indica que:

*«El concepto de persona jurídica es una de las creaciones más relevantes del Derecho. La ficción consistente en equiparar una organización de bienes y personas a la persona natural ha tenido importantes y beneficiosos efectos en la realidad jurídica y económica. Mediante dicha ficción, las personas jurídicas, al igual que las naturales, nacen, crecen y mueren. Además, el principio de limitación de responsabilidad inherente a determinadas sociedades de capital hace que éstas puedan liquidarse y disolverse (o morir en sentido metafórico), extinguiéndose las deudas que resultaren impagadas tras la liquidación, y sin que sus promotores o socios tengan que hacer frente a las eventuales deudas pendientes una vez liquidado todo el activo».*

Fueron los movimientos sociales generados como consecuencia del impacto de la crisis económica en España los que introdujeron entre sus reivindicaciones la necesidad de que hubiera una normativa de segunda oportunidad, esta reclamación entroncaba con las fórmulas que otros ordenamientos jurídicos habían habilitado para facilitar la recuperación económica de miles de familias que no podían arrastrar durante décadas deudas que en ningún caso podían satisfacer.

Estas situaciones conectaban con una permanente preocupación de la Unión Europea referida al sobreendeudamiento familiar y las circunstancias en las que muchos ciudadanos europeos habían accedido a fórmulas de crédito no siempre responsables; la sociedad europea es una sociedad sobreendeudada hasta extremos insospechados, sobre todo en los países de la cuenca del Mediterráneo, y esa exposición a las deudas no es exclusivamente imputable al deudor, de ahí que fuera necesario articular mecanismos de protección del deudor, sobre todo en el caso de consumidores, que permitieran su rescate

una vez constatada la insuficiencia de su patrimonio y se garantizara su comportamiento responsable<sup>1</sup>.

Es opinión común la que considera que sólo podrán disfrutar de una segunda oportunidad aquellos deudores en los que se haya constatado su buena fe, no se deben activar estos instrumentos de protección excepcional a quien haya cometido determinados delitos –normalmente de carácter económico–, ni a quienes puedan ser declarados culpables de su propia insolvencia.

Por otra parte las autoridades de la Unión Europea también habían considerado necesario habilitar estos instrumentos de exoneración de deuda a pequeños empresarios individuales, así lo expresaba la recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, una recomendación que ha sido tenida en cuenta a la hora de abordar la presente reforma. La exposición de motivos del RDL 1/2015 hace referencia al desincentivo que supone para el mercado que el deudor empresario no pueda exonerar los pasivos insatisfechos:

*«La experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros a acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía. Ello no favorece obviamente al propio deudor, pero tampoco a los acreedores ya sean públicos o privados. Al contrario, los mecanismos de segunda oportunidad son desincentivadores de la economía sumergida*

---

1.- En el RDL 1/2015 no se buscan antecedentes o referencias legislativas europeas, prefiere acudir a la tradición normativa española, concretamente a las Partidas; así la exposición de motivos indica que:» *la Ley de Partidas ya previó la liberación del deudor tras un proceso de liquidación de sus bienes (que no necesariamente de convenio con los acreedores) y además, en cierto modo, estableció una modulación de la mejor fortuna al no permitir que ésta pudiera jugar en perjuicio del deudor salvo cuando éste pudiese pagar todas sus deudas (o, en expresión ciertamente algo confusa, parte de ellas) sin perjuicio de sus propias condiciones de vida, todo ello relacionado con «tan gran ganancia» que en principio debiera considerarse atípica.*

*Se cumplen en el 2015 exactamente 750 años desde que terminó la redacción de la gran obra legislativa de Alfonso X el Sabio, que ha inspirado durante varios siglos los ordenamientos jurídicos hispanoamericanos, pero sorprende ver cómo en esta materia habían llegado en algunos aspectos a unos preceptos más avanzados que la codificación decimonónica.*

*La segunda oportunidad que recoge este real decreto-ley responde obviamente a una técnica legislativa más moderna pero se inspira de unos principios ya presentes, como se acaba de demostrar, en nuestro derecho histórico. Siempre debe constituir un motivo de confianza en las normas legales el que sus principios inspiradores no obedezcan a una improvisación, sino antes bien al resultado de muchos años o incluso siglos de reflexión sobre la materia. Es preciso que el legislador huya siempre de toda tentación demagógica que a la larga pueda volverse en contra de aquellos a quienes pretende beneficiar. Para que la economía crezca es preciso que fluya el crédito y que el marco jurídico aplicable dé confianza a los deudores; pero sin minar la de los acreedores, pues en tal caso se produciría precisamente el efecto contrario al pretendido: el retraimiento del crédito o, al menos, su encarecimiento». En idéntico sentido se expresa la Ley 25/2015 en su exposición de motivos.*

*y favorecedores de una cultura empresarial que siempre redundará en beneficio del empleo».*

Sin duda concurrían razones de urgencia que justificaran que el legislador acudiera a la técnica del Real Decreto para regular esta novedosa institución, razones de urgencia que tenían mucho que ver con el fracaso que hasta la fecha habían tenido otras iniciativas legislativas ensayadas durante la crisis económica referidas tanto a la implantación de códigos de buenas prácticas en materia bancaria y financiera, la adopción de medidas extraordinarias para deudores con riesgo de exclusión social, enfocadas básicamente a sofocar algunas situaciones de desasosiego generadas como consecuencia de la ejecución de garantías reales en préstamos hipotecarios; también asumía implícitamente el RDL 1/2015 el fracaso de la Ley Concursal para solventar de modo efectivo las insolvencias de los particulares, el fracaso de las distintas reformas de la normativa concursal para afrontar estos problemas, era especialmente llamativa la falta de operatividad de la Ley 14/2013 –de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización–, que ya habilitaba un procedimiento extrajudicial de pagos que permitía en circunstancias extraordinarias la exoneración o remisión de las deudas del concursado insolvente.

A nadie le debe escapar que al acudir al Real Decreto para regular estas materias hay cierto oportunismo por parte de quien ha impulsado la reforma ya que se aprueba en puertas del inicio de un ciclo electoral en el que muchos ciudadanos no tienen la percepción de que España haya salido de la crisis económica. Durante los últimos años la mayoría parlamentaria que sustenta al gobierno ha rechazado iniciativas similares, había proclamado que los españoles no necesitaban una normativa de segunda oportunidad; de hecho en el parlamento a través de los proyectos de ley generados como consecuencia de las reformas concursales llevada a efecto por los Reales Decretos 4/2014 y 11/2011, la mayoría de los partidos políticos de la oposición habían intentado introducir enmiendas que profundizaran en aspectos sociales de la normativa concursal; muchas de las aportaciones de estas iniciativas legislativas frustradas se han incorporado al texto del RDL 1/2015 y cristalizan en la Ley 25/2015, que reproduce de modo casi literal el texto del RDL.

A la hora de establecer un régimen jurídico que permitiera la segunda oportunidad se planteaban distintas posibilidades que pasaban desde la atribución de competencias a las autoridades administrativas –modelo francés–, hasta la redacción de una normativa específica e independiente que regulara los mecanismos de segunda oportunidad al margen del procedimiento ya consolidado de insolvencia, el procedimiento concursal.

Finalmente la opción del legislador ha sido la de aprovechar los mimbres de la Ley Concursal y de las sucesivas reformas que ha sufrido esta normativa desde su entrada en vigor en septiembre de 2004; a partir de la reforma de septiembre de 2013 se habían introducido ya las primeras fórmulas de exoneración o remisión de pagos en supuestos excepcionales, también se habían ensayado las experiencias de un proceso previo de mediación gestionado extramuros del juzgado, el acuerdo extrajudicial de pago. El sistema finalmente diseñado puede considerarse un tanto tortuoso porque primeramente exige un intento de acuerdo extrajudicial y solo en caso de fracaso obliga al deudor a iniciar un procedimiento judicial en el que verá liquidado todo su patrimonio; este modelo definido como tortuoso tiene su justificación en la necesidad de evitar que el beneficio de segunda oportunidad pueda usarse de modo fraudulento, así lo refiere la exposición de motivos de la Ley:

*«El mecanismo de segunda oportunidad diseñado por este real decreto-ley establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas. Se trata de permitir que aquél que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación. Y se trata igualmente de cuantificar la mejora de fortuna que, eventualmente, permitirá revocar dicho beneficio por las razones de justicia hacia los acreedores que tan acertadamente expusieron autores como Manresa.*

*Con ello se alcanza el debido equilibrio y la necesaria justicia que debe inspirar cualquier norma jurídica».*

Con estas bases el RDL ha hecho descansar el peso principal de la reforma en la normativa concursal, de hecho la remisión de deudas sólo se produce en el marco del proceso judicial de insolvencia como consecuencia de la conclusión de la sección de liquidación o como consecuencia de una manifiesta falta de patrimonio del deudor.

Pese a que el peso fundamental de la reforma recae sobre el procedimiento concursal, sin embargo el legislador parece que no quiere que la tramitación de los concursos de no empresarios sea competencia de los juzgados mercantiles, sólo así se entiende que con el proyecto de reforma de Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que aprobó el gobierno el mismo día que aprobaba el RDL 1/2015 se proponga que el conocimiento de los concursos sucesivos que afecten a particulares no comerciantes que hayan visto fracasar el acuerdo extrajudicial de pagos sea competencia de los juzgados de primera instancia

y no de los juzgados mercantiles. La LO 7/2015 consolida esta decisión legislativa, por lo que a partir del 1 de octubre de 2015 – fecha de entrada en vigor de la reforma – la competencia para el conocimiento de todos los procedimientos de insolvencia de personas naturales no empresarios será asumida por los juzgados de primera instancia.

Se dará la paradoja de que los juzgados mercantiles habrán de tramitar desde el 2 de marzo de 2015 todas las solicitudes de remisión de deudas generadas tras la inmediata entrada en vigor del RDL 1/2015 y, conseguido este rodaje inicial, si se aprueba finalmente la reforma de la LOPJ se asumirán las competencias por los juzgados de primera instancia, juzgados completamente ajenos a la aplicación de la normativa concursal que deberán asumir la concreta aplicación de las normas sobre concurso consecutivo y remisión de deudas teniendo en cuenta las reglas de aplicación general del concurso; debe tenerse en cuenta que en los concursos consecutivos habrán de aplicarse todas las normas referidas a la calificación del concurso, las normas referidas a los efectos de la declaración de concurso sobre la persona del deudor, sobre los contratos, sobre el patrimonio del deudor, las especialidades de la legislación concursal en materia de ejecución universal frente a las normas procesales de la ejecución singular... En definitiva la decisión del gobierno de atribuir estos concursos a los juzgados de instancia aunque nazca de la intención de descargar a los juzgados mercantiles de una importante carga de trabajo, sin embargo puede generar serias disfunciones que distorsionen los efectos que busca conseguir la nueva normativa.

Enlazando con lo referido en el párrafo anterior debe advertirse en el RDL 1/2015 no se hace mención alguna a la previsión de aplicación de la nueva normativa, no hay ni siquiera una primera aproximación que permita determinar el número de particulares que buscarán acogerse a estas nuevas y excepcionales medidas. Debe advertirse que la mayoría de los juzgados mercantiles se encuentran en una situación precaria, que asumen cargas de trabajo muy superiores al volumen de asuntos máximo para garantizar una correcta y efectiva aplicación de los términos y plazos procesales; en esta situación de colapso de la justicia mercantil, situación que no es ajena a otras jurisdicciones como la social o la civil ordinaria que han visto exponencialmente incrementados el número de procedimientos judiciales como consecuencia de la crisis, la inmediata entrada en vigor del RDL 1/2015 no se efectúa con un plan para incrementar el número de juzgados mercantiles o con un plan que permita un refuerzo efectivo de los medios materiales y profesionales de estos juzgados. Sirvan como referencia un dato sencillo en el año más duro de la crisis económica, en 2012, el número de concursos totales en toda España no superó los 12.000, en el año 2014 el número total de concursos es de poco

más de 6.800, de ellos 849 procedimientos fueron de personas físicas; 203 personas realizaban una actividad empresarial, 646 no realizaban actividades empresariales o comerciales. Como puede constatarse de este número total de concursos apenas un 14% se corresponde a concursos de particulares. Si se produjera un incremento sustancial de los procedimientos de insolvencia de particulares –hay más de 30.000 familias que podrían acogerse a estas medidas– las consecuencias para los juzgados que hubieran de tramitar los procedimientos serían irresolubles.

Sin embargo la aplicación de la norma en sus primeros meses de vigencia no es muy elevada, en ciudades como Barcelona apenas se han recibido 8 comunicaciones notariales de designa de mediador concursal en los 6 primeros meses de vigencia, aunque las comunicaciones de inicio genérico de negociaciones amparadas en el artículo 5 bis de la Ley Concursal si se han incrementado en el caso de personas naturales ya que se han recibido 42 comunicaciones en estos seis meses. Estos datos permiten concluir que el tráfico jurídico y económico ha recibido con cierta cautela la reforma, que se suscitan algunas dudas e inseguridades que hacen que pocas personas naturales se atrevan a activar estos mecanismos. Los datos de particulares que se sometieron a procedimientos concursales antes de la reforma y que ahora buscan la aplicación de la nueva normativa tampoco es significativa.

La experiencia de estos meses también permite sacar alguna conclusión sobre el perfil del deudor que acude a estos instrumentos, en la mayoría de los casos se trata de particulares – personas naturales en la terminología de la Ley – que arrastran deudas de sociedades mercantiles, bien como avalistas o fiadores de las deudas de una empresa, bien como administradores condenados a responder personalmente de las deudas de la compañía que administraban. Dentro del apartado de conclusiones provisionales advertir también que en la inmensa mayoría de deudores consideran que el acuerdo extrajudicial de pagos es un trámite formal para obtener la exoneración, lo que ha determinado que las pocas comunicaciones de nombramiento de mediador se vean frustradas sin posibilidad de proponer acuerdo ni de convocar junta; el deudor inicia los trámites de la mediación con el objetivo casi exclusivo de poder disfrutar de los beneficios de la exoneración en sede judicial.

Con referencia a los mecanismos de segunda oportunidad a los que pueden optar las personas naturales no empresarias debe advertirse que la reforma no incluye ningún instrumento específico destinado a la tutela de los consumidores frente a prácticas o cláusulas abusivas; ni en la regulación del acuerdo

extrajudicial de pagos ni en el concurso consecutivo se prevén mecanismos procesales a tal efecto. Resulta obvio que el consumidor ha de disfrutar en los procedimientos universales de instrumentos de protección equivalentes a los que pudiera articular en los procedimientos singulares, es una pena que el legislador concursal no haya habilitado cauces específicos de tutela en el marco de los procedimientos de insolvencia, el deudor podrá acudir a los procedimientos declarativos que considere oportunos para poder perfilar sus pasivos con exclusión de aquellos créditos que puedan reputarse abusivos, no se prevé, sin embargo, ningún papel específico en esta tutela ni al mediador concursal ni al notario que conoce del expediente extrajudicial. En el marco del concurso consecutivo no hay referencia alguna a las facultades que, de oficio, debe articular el juez para anular condiciones generales de la contratación abusivas<sup>2</sup>; esta falta de referencia no quiere decir que el juez mercantil tenga vedadas en el concurso consecutivo estas funciones de tutela, pero la falta de un trámite o cauce procesal específico generan cierta inseguridad respecto del momento en el que puede desarrollarse estas tareas y los trámites que deben establecerse.

Es especialmente complejo encajar dentro de las nuevas instituciones concursales y preconcursales los instrumentos de protección del consumidor ante las ejecuciones de garantías reales que afectan a la vivienda del deudor, estos instrumentos de protección se han incluido básicamente en la ejecución singular, quedan al margen de las peculiaridades de la realización de garantías en la LC, donde por medio de la dación en pago, dación para pago o la cesión de bienes pueden eludirse los mecanismos de depuración de los créditos y préstamos con garantía hipotecaria constituida sobre la vivienda habitual del deudor.

En todo caso, con todos los matices o prevenciones, bienvenida sea la reforma aunque llegue con retraso.

El legislador ha optado por modificar nuevamente la Ley Concursal, asumiendo con ello el fracaso de reformas anteriores, especial la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que habilitaba un procedimiento extrajudicial de pagos que permitía en circunstancias extraordinarias la exoneración o remisión de las deudas del concursado insolvente; esta norma ha sido ineficaz desde su entrada en vigor en octubre de 2013, sin embargo ha servido como base para la nueva reforma.

---

2.- Esta actuación de oficio del juez ha sido configurada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a partir de la sentencia dictada en el caso Océano Sentencia de 27 de junio de 2000– y reiterada en sentencias posteriores que han dado lugar a que la normativa española haya tenido que dar cabida a estas exigencias comunitarias en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

La normativa concursal desde su redacción originaria en 2003 establecía que era el convenio el modo normal en el que el deudor debía solventar sus problemas de insolvencia, por lo tanto el deudor podía obtener quitas de sus acreedores siempre y cuando gozara de su favor expresado a través del convenio concursal, inicialmente el convenio era el instrumento para que el insolvente pudiera disfrutar de quitas o esperas que atemperaran su situación; sin embargo desde antes del inicio de la crisis económica se evidenció que pocos deudores podían alcanzar un convenio y que un porcentaje abrumador de concursos se veía abocado a la liquidación, en muchas ocasiones sin abrirse la fase de convenio.

Por otra parte los costes del procedimiento concursal, la complejidad del procedimiento y el mantenimiento del principio de responsabilidad universal tanto en el concurso (artículo 178 LC), como fuera de él (artículo 1911 Código civil), hacía que el concurso fuera muy poco atractivo para los particulares, de ahí que durante estos años el número de concursos de personas físicas ha estado en el umbral del 10% del total de los concursos declarados.

El fracaso del concurso para los particulares se intentó paliar con la llamada Ley de Emprendedores que articuló el acuerdo extrajudicial de pagos valiéndose de la mediación concursal, que era un instrumento vedado a los particulares que no pudieran ser considerados empresarios o emprendedores; también se modificaba el artículo 178.2 LC, que permitía la remisión de deudas siempre y cuando se satisficieran determinados pasivos o porcentajes de pasivo (créditos contra la masa, crédito privilegiado tanto especial como general y un 25% del crédito ordinario) y se constatará que el deudor no podía ser calificado de mala fe; era remisión era más sencilla de obtener si se seguía la vía del acuerdo extrajudicial de pagos ya que era menor umbral de créditos a satisfacer (sólo los gastos del acuerdo extrajudicial de pagos y del concurso, el crédito público y el que gozara de garantías reales).

La Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad parte de lo avanzado ya con la Ley de emprendedores<sup>3</sup>, modificando sustancialmente los condicio-

---

3.- En la llamada Ley de emprendedores ya se modificó el artículo 178.2 LC, modificación que puede considerarse un antecedente directo de la actual regulación del artículo 178 bis. Este artículo 178.2 establecía:

*«La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados».*

nantes para poder acceder al acuerdo extrajudicial de pagos de modo que puedan acogerse al mismo toda persona física, y facilitando también la remisión de deudas primero disfrutando de una remisión provisional, que se convierte en remisión definitiva una vez se constata la buena fe del deudor y el cumplimiento de un plan de pagos.

La vía del convenio sigue estando abierta para cualquier deudor, un convenio cuyos límites han sido ampliamente modificados por el RDL 11/2014, de 7 de septiembre, que ha mejorado las posibilidades de quita y espera, que además permitirá la extensión de los efectos a los acreedores privilegiados siempre y cuando se obtengan mayorías cualificadas de cada una de las categorías de acreedores privilegiados (públicos, laborales, financieros o resto de ellos).

Debe tenerse en cuenta que la segunda oportunidad es una excepción a la regla general, que sigue siendo la responsabilidad universal. El artículo 178.2 LC sigue siendo contundente:

*«Fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme».*

La remisión de deudas funciona, por lo tanto, como una excepción que deberá cumplir los condicionantes que prevé el nuevo artículo 178 bis LC.

El redactado que la Ley SecOp da a la Ley Concursal establece un solo itinerario para la exoneración de pasivo concursal tanto para personas jurídicas como para personas físicas, empresarios o no ese itinerario le obliga a instar previamente un acuerdo extrajudicial de pagos que, si fracasa, determinará la apertura del concurso –el llamado concurso consecutivo– en el que, concluidas las operaciones de liquidación, permitirán al deudor pedir la remisión de las deudas concursales pendientes. El artículo 178 bis.3 sólo permite el beneficio de exoneración del pasivo *«a los deudores de buena fe. Se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 3º Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos»*. Sin embargo en la regla 4ª de este mismo artículo se reconoce la posibilidad de optar al beneficio sin haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos si en la liquidación concursal se han satisfechos determinados

umbrales de pasivo –crédito contra la masa y crédito privilegiado especial y general–, este régimen ya se preveía en la Ley 14/2013 como complemento a la exoneración alcanzada tras el fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos.

La exoneración debe solicitarla el deudor, no es una consecuencia automática de la liquidación concursal, y se habilita un régimen contradictorio de oposición en el que será necesario el informe de la administración concursal y en el que podrán intervenir los acreedores. Ese incidente contradictorio da lugar a que se dicte un auto de exoneración provisional durante el que el deudor podrá ver comprometida la exoneración si no cumple con el plan de pagos, actúa de mala fe, viene a mejor fortuna o incurre en alguno de los supuestos para ver rechazada la exoneración.

En conclusión la llamada segunda oportunidad, es decir, la posible aplicación de los mecanismos de exoneración de deuda, sólo puede darse en circunstancias excepcionales, los primeros remedios que habilita el legislador para el particular son los del convenio con sus acreedores y, si fracasa el convenio, la liquidación como norma general no lleva aparejada la remisión de deudas.

Por otra parte para acceder a los beneficios de remisión de deudas previstos en los artículos 178 bis y 176 bis de la LC como norma general será necesario haber intentado previamente un procedimiento extrajudicial de pagos en el que se habrán activado instrumentos de mediación con sus acreedores; sin este trámite previo del acuerdo extrajudicial de pagos no será posible acceder al concurso consecutivo en el que, tras la liquidación del patrimonio del deudor, se constatará si cumple con los requisitos para que se exonere el pasivo insatisfecho. Esa regla general es matizada por la propia norma en el artículo 178 bis 3.4º, incluso en el 178.bis.5º, que permitiría disfrutar del beneficio a quien no hubiera intentado el acuerdo extrajudicial y accediera directamente al concurso.

El exposición de motivos del RDL 1/2015 – reproducido en la Ley 25/2015 - hace implícitamente mención a las razones por las que España ha demorado la introducción de estos mecanismos, razones vinculadas al hecho de que nuestro sistema financiero no hubiera podido soportar las consecuencias de este beneficio sin haberse producido previamente un saneamiento de las entidades financieras. La exposición de motivos se inicia haciendo referencia a que:

*«La economía española lleva ya algunos meses dando signos esperanzadores de recuperación y consolidando un crecimiento económico que, merced a las reformas estructurales llevadas a cabo en los últimos años, está teniendo un*

*efecto beneficioso en el empleo y en la percepción general de la situación que tienen los ciudadanos, las empresas y las diferentes instituciones.*

*Pero ello no debe llevar a olvidar dos cosas: la primera es que la salida de la crisis es ante todo y sobre todo un éxito de la sociedad española en su conjunto, la cual ha dado una vez más muestras de su sobrada capacidad para sobreponerse a situaciones difíciles. La segunda es que todavía existen muchos españoles que siguen padeciendo los efectos de la recesión».*

El objetivo de la reforma es, en palabras de la exposición de motivos:

*«no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: el que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer».*

## **IX. 2. LOS PROCESOS PARA OBTENER LA SEGUNDA OPORTUNIDAD**

**María Arántzazu Ortiz González**

Como la convocatoria plantea una pregunta ¿la segunda oportunidad, lo es realmente? y los dos ponentes somos jueces, el principio de congruencia nos obliga a responder ¿La supone realmente? Ya les adelanto que sí.

Para resolver en derecho hacen falta los hechos y la norma aplicable.

De una parte, tenemos la insolvencia y en este caso lo que la ley llama “el deudor de buena fe” éste debe aportar los hechos: los admitidos, los hechos notorios y si hubiera alguno controvertido qué prueba podríamos practicar sobre ellos...

A la insolvencia de la personas físicas o naturales será aplicable ahora ley 25/2015.

Comparto con ustedes lo que he averiguado sobre la aplicación de la ley que regula el mecanismo de la segunda oportunidad en las Islas Baleares.

Como saben, entró en vigor el año pasado tras su publicación en el Boletín oficial del estado de 28 de julio y desde octubre de 2015 los juzgados de primera instancia tiene competencia para los concursos de persona física que no sean empresarios, en aplicación de la reforma sufrida por ley orgánica 7/2015.

Puesto en contacto con al Registro Mercantil de Mallorca, ([www.rmmallorca.com](http://www.rmmallorca.com)) nos informan de que en este periodo ha habido 2 solicitudes de mediador mercantil, una de las cuales ha concluido con éxito. En los juzgados de lo mercantil, los Letrados de la Administración de Justicia habrían recibido 2 comunicaciones de inicio de acuerdo extrajudicial de pagos (en lo sucesivo AEP) en cada uno.

El Juzgado de Primera Instancia N°4 de Palma: 2 comunicaciones, 1 de las cuales no llegó a acuerdo y se tramitará concurso de liquidación; así como un concurso de persona física sin AEP previo.

Así en conclusión tenemos constancia de 6 comunicaciones de empresarios 2 persona física no comerciante en el último trimestre del año 2015.

En los Juzgados de Primera Instancia de Inca, Manacor, Ibiza y Menorca después de haber indagado en el Decanato no tenemos constancia de que existan acuerdos en trámite. Tampoco tenemos evidencias de que la Cámara de comercio de Mallorca incremente ese dato.

Las comunicaciones recibidas en último trimestre no parecen indicar “el efecto llamada” pero el punto de partida de esta exposición es que la reforma propone un cierto cambio de cultura del pago y eso, necesariamente, necesita un tiempo.

En estos primeros meses de la vigencia de esta ley su aplicación es escasa. Esto no permite todavía concluir que vaya a ser ineficaz porque, como veremos, el objetivo de la reforma es introducir un mecanismo de exoneración de las deudas acorde con las respuesta ofrecen a la insolvencia de la persona física los países de nuestro entorno.

En el desarrollo de esta exposición además de las innovaciones de esta reforma y los antecedentes en otros países, apuntaré brevemente la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos.

Respecto al primer aspecto fijemos cual es propósito de esta reforma la propia exposición de motivos señala que:

Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer.

La experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros para acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía. Ello no favorece obviamente al propio deudor, pero tampoco a los acreedores ya sean públicos o privados.

Lo cierto es que España presentaba un retraso normativo intolerable y desde estancias internacionales se reclamó reiteradamente una modificación legal que instaurara un régimen de segunda oportunidad real y efectivo de forma que el deudor de buena fe pudiera ver condenado el pasivo pendiente tras la liquidación de su patrimonio para evitar su exclusión social.

Este retraso normativo ha venido precedido de una cierta “anemia” en lo doctrinal mientras que en otros países la insolvencia la persona física era objeto de numerosos estudios, aquí no.

Entre las instancias internacionales que reclamaban una respuesta por citar las más recientes cabe destacar:

**-La Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014** sobre el nuevo enfoque frente insolvencia el fracaso empresarial.

**-El informe del Fondo Monetario Internacional de 20 de julio 2014** que alude a la necesidad de establecer un régimen de segunda oportunidad para empresarios y también lo recomienda para consumidores.

**-El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo** sobre la protección de los consumidores y tratamiento adecuado el sobreendeudamiento para evitar la exclusión social **de abril de 2014** que propugna el régimen de segunda oportunidad para paliar el sufrimiento de los consumidores.

Por supuesto, **UNCITRAL** en la guía sobre la ley de la insolvencia del año 2005.

La ausencia de un efectivo régimen de segunda oportunidad estaba teniendo en España un impacto económico brutal porque desincentiva la iniciativa empresarial ya que el fracaso estaba penalizado y el sistema constituía un estímulo positivo a la economía sumergida.

La persona física, el autónomo, es la forma predominante en la constitución de una pequeña y mediana empresa. El trato que recibía el empresario que fracasaba tenía unas consecuencias negativas para el empleo y para las cuentas públicas.

Existen estudios empíricos que evidencian el incremento de iniciativa empresarial tras la implantación del régimen de exoneración de deudas, si bien son en otro país, no quiero dejar de citar a Fossen *Fm theory and evidence of the introduction of a fresh start* (enero 2011).

La doctora Matilde CUENA en su estudio sobre esta reforma recientemente publicado en el anuario de derecho concursal (enero, abril 2016) afirma que el deudor condenado a la exclusión se convierte en acreedor de recursos públicos por lo que el sistema de insolvencia personal en España agrava el déficit público.

Por otro lado, la vigencia indiscriminada del principio de responsabilidad patrimonial universal abocaba a la liquidación del patrimonio del concursado obstaculizando la salida convencional de la crisis: los acreedores no tenía ningún estímulo para negociar pues queda aparentemente abierta la puerta a la agresión/ejecución de los bienes futuros y sus balances contables no se ven afectados.

Desde este punto de vista, con un régimen de segunda oportunidad se estimula el acuerdo incluso fuera del proceso concursal porque el acreedor tiene “algo que perder” si se procede la liquidación del patrimonio del deudor de buena fe en el proceso concursal.

De ahí la conveniencia del establecimiento de un régimen de liberación de deudas que debe de ir acompañado de un sistema que favorezca la salida extrajudicial de la crisis, cómo puede ser una mediación previa, que evite el colapso judicial por el “efecto llamada” que una medida de esta naturaleza puede generar .

Este es el planteamiento de la nueva regulación que también modifica el régimen del acuerdo extrajudicial de pagos pero además no hay que olvidar que un adecuado régimen de segunda oportunidad juega un papel decisivo en el plano de la prevención del sobreendeudamiento privado en la medida en que estimula la concepción responsable de crédito cuya ausencia es precisamente la causa de esta crisis financiera.

Este aspecto ha sido resaltado por el Banco Mundial en el informe sobre insolvencia natural “los acreedores que saben que sus deudores tiene acceso a la salida de emergencia tienen también incentivos para adoptar prácticas más cuidadosos en la concesión del crédito” (JM Garrido Adco enero abril 2014)

Según los datos que publica el Instituto Nacional de Estadística, de los 51.917 concursos declarados en España en los últimos 10 años desde el año 2004 hasta el año 2014 inclusive, 44.086 han sido concursos de sociedades y 7.831 de personas físicas y de estos últimos 1.745 correspondían a personas que desarrollaban alguna actividad empresarial.

Siguiendo con la exposición de motivos de la Ley 25/2015: A esta finalidad responde la primera parte de esta Ley, por la que se regulan diversos mecanismos de mejora del Acuerdo Extrajudicial de Pagos, introducido en nuestra legislación concursal por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y se introduce un mecanismo efectivo de segunda oportunidad para las personas físicas destinado a modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 del Código Civil. Conviene explicar brevemente cuáles son los principios inspiradores de la regulación introducida a este respecto.

El concepto de persona jurídica es una de las creaciones más relevantes del Derecho. Las personas jurídicas, al igual que las naturales, nacen, crecen y mueren. Además, el principio de limitación de responsabilidad inherente a determinadas sociedades de capital hace que éstas puedan liquidarse y disolverse (o morir en sentido metafórico), extinguiéndose las deudas que resultaren impagadas tras la liquidación, y sin que sus promotores o socios tengan que hacer frente a las eventuales deudas pendientes una vez liquidado todo el activo.

Puede afirmarse que el principio de limitación de responsabilidad propio de las sociedades de capital está en buena medida en el origen del desarrollo económico de los tres últimos siglos. En el fondo, este principio de limitación de la responsabilidad se configuró como un incentivo a la actividad empresarial y a la inversión. El legislador incentivaba la puesta en riesgo de determinados capitales garantizando que dichos capitales serían la pérdida máxima del inversor, sin posibilidad de contagio a su patrimonio personal.

La cuestión que se plantea entonces es el fundamento último para el diferente régimen de responsabilidad que se produce cuando una persona natural decide acometer una actividad empresarial a través de una persona jurídica interpuesta y cuando esa misma persona natural contrae obligaciones de forma directa. Si en el primer caso podrá beneficiarse de una limitación de responsabilidad, en el segundo quedará sujeta al principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1911 del Código Civil. Además, muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos. No puede olvidarse con ello que cualquier consideración ética a este respecto debe cohonestarse siempre con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los derechos del acreedor, así como con una premisa

que aparece como difícilmente discutible: el deudor que cumple siempre debe ser de mejor condición que el que no lo hace.

Bien, estos son los principios pero ¿Cómo se hace?

## 1. REGULACIÓN EN DERECHO COMPARADO

Ya aconteció en Estados Unidos y se trasladó al Derecho Continental Europeo, en torno a los años 80/90 del pasado siglo. Se inició con una concepción que lo calificaba como un problema esencialmente contractual en el que habría de partirse, como se ha adelantado, de que las obligaciones han de ser cumplidas, pero evolucionó hacia planteamientos próximos al Derecho Norteamericano, introduciéndose en países como Alemania, Francia e Italia mecanismos concursales de exoneración del pasivo insatisfecho.

En **FRANCIA** el tratamiento del sobreendeudamiento del consumidor se articula en Derecho francés a través de dos piezas fundamentales reguladas en el marco del Derecho del Consumo y que operan escalonadamente, como de otro lado es habitual en el esquema preventivo francés: de un lado se regula, con finalidad esencialmente conservativa, un procedimiento ante la “*Commission de surendettement des particuliers*”, art. L 331-2 del Code de la Consommation, que puede dar lugar en supuestos en que no consiga cumplir su finalidad a un “*procédure de rétablissement personnel*” de naturaleza liquidativa, arts. L 332-5 a L 332-11 del Code de la Consommation francés.

Se introdujeron en la legislación francesa en 1989. El art. L330-1 del C. Consom. define la situación de sobreendeudamiento como aquella que: “se caracteriza por la imposibilidad manifiesta para el deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles y cumplir sus obligaciones, así como al compromiso que ha dado de prestar garantía o de pagar solidariamente la deuda de un empresario individual o de una sociedad cuando no hubiera asumido, de derecho o de hecho, funciones de dirección de la misma”.

Para estos casos prevé el art. L 330-1 C. Consom que siempre que los recursos o el activo realizable del deudor lo permitieran, se podrán adoptar medidas de tratamiento ante la Comisión de exceso de endeudamiento de los particulares, en las condiciones previstas en los artículos L331-6, L331-7 y L331-7-1. Cuando el deudor se encontrara en una situación irremediamente comprometida, caracterizada por la imposibilidad manifiesta de poner en práctica las medidas de tratamiento contempladas en el segundo apartado,

podrá solicitar la apertura de un procedimiento de saneamiento personal en las condiciones previstas en el presente título. El juez competente para la ejecución conocerá del procedimiento de tratamiento de las situaciones de exceso de endeudamiento ante la Comisión de exceso de endeudamiento de los particulares y del procedimiento de saneamiento personal.

Del procedimiento preventivo ante la “*comisión de surendettement des particuliers*” pueden beneficiarse las personas físicas, franceses residentes en Francia o en el extranjero y extranjeros residentes en Francia, respecto de deudas exigibles o pendientes de vencimiento no profesionales, incluidas las derivadas de la vida corriente, como el alquiler, con inclusión de deudores cuyo pasivo esté constituido por un compromiso de garantía de deuda profesional ajena, pero con exclusión de las personas jurídicas, así como quienes sean comerciantes, artesanos o agricultores (art. L 333-3) que resultarían sometidos a los procedimientos preventivos de “*sauvegarde*”, que se regularon en el marco de la Ley 2005/845 de 26 de julio, pudiendo los profesionales liberales o trabajadores autónomos acogerse al procedimiento siempre que el sobreendeudamiento no proceda de deudas profesionales.

No obstante constituye un presupuesto para poder beneficiarse del procedimiento la buena fe del deudor, no solo en el momento en el que se produjeron los hechos que dieron lugar al sobreendeudamiento, sino también en el momento de la solicitud y a lo largo de la tramitación del procedimiento, lo que se presume correspondiendo a los acreedores o a la comisión rectora del procedimiento la prueba de la mala fe.

En este ámbito es importante destacar que no solo se aprecia este requisito en quienes han incurrido en un sobreendeudamiento pasivo derivado de una incapacidad sobrevenida para hacer frente a las deudas por causas imprevistas como la enfermedad o el paro, sino que también podría verificarse en quienes han incurrido en un sobreendeudamiento activo por asunción excesiva de deudas, si esta situación no fue buscada conscientemente, esto es, si el deudor no fue consciente de agravar o crear su sobreendeudamiento, aspecto éste en el que podría incidir el nivel intelectual y preparación universitaria del deudor.

En **ALEMANIA** la entrada en vigor de la regulación sobre insolvencia de particulares tuvo lugar en día 1 de enero de 1999 ; supuso la incorporación al ordenamiento jurídico alemán de un mecanismo mediante el cual los consumidores y las personas naturales pueden solicitar y, en su caso, obtener, la liberación de las deudas. En su exposición de motivos se recoge como una declaración programática que “los deudores honestos deben tener la oportunidad de liberarse de las deudas pendientes”.

Para ello el legislador alemán utiliza tres mecanismos. Uno aplicable, por lo general, a las personas jurídicas dentro de un “*insolvenzplan*”; otro específico de los consumidores, que pueden acceder al mismo a través de un procedimiento concursal reservado a los mismos denominado “*Restschulddfreierung*”, regulado en los arts. 286 a 303 de la InsO; y un tercer mecanismo, de aplicación general, al que pueden acogerse todas las personas físicas tras liquidar su patrimonio.

La introducción del procedimiento de liberación de deudas en el derecho alemán, se enmarca en el movimiento legislativo de otros muchos países que, siguiendo el modelo norteamericano del *fresh start*, han introducido tal institución en sus ordenamientos. Como ha resaltado un relevante sector de la doctrina alemana *la principal ventaja de esta regulación se basa en el clima sociopolítico que la rodea. Antes de la promulgación de la Ordenanza de Insolvencias existía una discusión en la que se calificaba al procedimiento concursal como la “torre de los deudores” (Schuldturm), calificación que se basaba en que los acreedores seguían teniendo el derecho de exigir la parte impagada de su crédito una vez clausurado el concurso. La opinión pública entendía que la “torre de los deudores” (una prisión para los deudores insolventes) no había sido plenamente abolida, sino que, simplemente, se la había reemplazado con el Derecho concursal. La “liberación” de las deudas, por el contrario, daría a la persona física una auténtica esperanza de volver a la “existencia civil” corriente. Precisamente la introducción de esta institución ha supuesto la proliferación de los procedimientos concursales en los últimos años en Alemania ya que muchos consumidores están acudiendo masivamente a la posibilidad que les proporciona el nuevo Derecho de insolvencias de desprenderse de la carga que suponen las obligaciones que no pueden atender, así como el carácter prácticamente gratuito que, para ellos, tiene este procedimiento.*

El procedimiento ha sido modificado recientemente por la Ley para la reducción de la duración del procedimiento de liberación de deuda y para el fortalecimiento de los derechos de los acreedores de 15 de julio de 2013, (Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte Bundesgesetzblatt Teil I 2013 Nr. 38 18.07.2013 S. 2379) que entró en vigor el 1 de julio de 2014, para solicitudes posteriores a dicha fecha.

El denominado modelo de mercado propio de países anglosajones (**USA, Canadá, Inglaterra, Escocia, Gales, Australia y Nueva Zelanda**), que conceden una exoneración de deudas al deudor de buena fe insolvente, inmediata, sin plan de pagos.

El sistema de insolvencia es fruto del riesgo inherente al mercado crediticio, expandiendo a todos los acreedores los costes del incumplimiento de los deudores por razones de eficiencia del mercado.

Se trata de lograr la rápida rehabilitación del deudor para que inicie una actividad económica productiva y se parte del sobreendeudamiento como un fenómeno económico estructural propio del sistema capitalista.

En el caso de USA se recoge en el CHAPTER 7 y coexiste con otro modelo en el que se logra una exoneración tras el cumplimiento de un plan de pagos pero sin liquidación del patrimonio. En este sistema el cumplimiento del plan de pagos excluye el la liquidación del patrimonio.

En nuestro país, el debate se centra en si se debe “exonerar” al deudor de parte de sus deudas en un escenario concursal y cuál sería el fundamento de ese “perdón” que conculcaría un principio básico contractual y es que las obligaciones deben ser cumplidas ex art. 1.091 CC.

La insolvencia es una situación excepcional, la exoneración del pasivo insatisfecho es a su vez una excepción dentro del proceso de insolvencia porque los principios fundamentales son que las obligaciones deben ser cumplidas y que no se puede hacer de peor condición al deudor que paga respecto del incumplidor. Dicho lo cual, la realidad nos permite conocer situaciones en las que no perpetuar las deudas de las personas físicas en los supuestos de deudor de buena fe y con un estricto control de sus capacidades reales de pago, es beneficioso para la sociedad.

El legislador ha optado por modificar nuevamente la Ley Concursal, asumiendo con ello el poco éxito de reformas anteriores, en especial la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que habilitaba un procedimiento extrajudicial de pagos que permitía en circunstancias extraordinarias la exoneración o remisión de las deudas del concursado insolvente; esta norma ha sido ineficaz desde su entrada en vigor en octubre de 2013, sin embargo ha servido como base para la nueva reforma.

La normativa concursal desde su redacción originaria en 2003 establecía que era el convenio el modo normal en el que el deudor debía solventar sus problemas de insolvencia, por lo tanto el deudor podía obtener quitas de sus acreedores siempre y cuando gozara de su favor expresado a través del convenio concursal, inicialmente el convenio era el instrumento para que el insolvente pudiera disfrutar de quitas o esperas que atemperaran su situación.

El fracaso del concurso para los particulares se intentó paliar con la llamada Ley de Emprendedores que articuló el acuerdo extrajudicial de pagos valiéndose de la mediación concursal, sin embargo era un instrumento vedado a los particulares que no pudieran ser considerados empresarios o emprendedores.

La Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad parte de lo avanzado ya con la Ley de emprendedores, modificando sustancialmente los condicionantes para poder acceder al acuerdo extrajudicial de pagos de modo que puedan acogerse al mismo toda persona física, y facilitando también la remisión de deudas primero disfrutando de una remisión provisional, que se convierte en remisión definitiva una vez se constata la buena fe del deudor y el cumplimiento de un plan de pagos.

## **2. EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO**

La obtención del beneficio de la exoneración definitiva, con carácter general, necesita de varios trámites ante dos autoridades.

El primero fuera del juzgado:

-ante NOTARIO en el caso de personas físicas que no sean empresarios

-ante REGISTRO MERCANTIL o la Cámara oficial de Comercio, Industria y Navegación en el caso del comerciante.

La segunda fase, tras la solicitud de la declaración judicial de insolvencia, una vez tramitado el concurso y realizados todos los bienes o cuando se aprecia la insuficiencia de masa activa ex art 176 bis LC.

El deudor insolvente debe acudir primero al ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS(AEP) desde el 18 de enero de 2016 puede acudir al formulario publicado en el Boe de 29 de diciembre.

Las propuestas de AEP deben ser aceptadas por el deudor, de acuerdo con el art. 236 el plan de pagos se presenta:

.- Por el mediador concursal con el consentimiento del deudor.

.- Frente a esta propuesta pueden los acreedores en los diez días naturales posteriores presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación. Y

recibida ésta el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor.

Como se observa, en uno u otro caso, se requiere el consentimiento del deudor, y éste puede negarse a cualquier propuesta razonable del acuerdo con la única finalidad que se tenga por intentado. Pero de igual forma, su negativa puede venir motivada por lo irrealizable del convenio. De esta manera, resulta difícil determinar cuando el deudor puede estar actuando de manera simulada, habiendo instado el AEP sin ninguna intención de alcanzar el acuerdo, de cuando lo está haciendo de buena fe. Únicamente en los casos especialmente llamativos podrá revelarse esta simulación y entiendo que cuando así sea, no podrá tampoco considerarse como intentado el AEP a los efectos de la segunda oportunidad.

Si el acuerdo ha fracasado el deudor o el mediador puede solicitar el concurso que en caso de persona física no empresario será siempre de liquidación.

Ya hemos comentado, al hilo de los datos reales de la implantación del mecanismo, que desde el 1 de octubre los concursos de persona física no empresario son competencia de los juzgados de primera instancia si bien los recursos de apelación contra las decisiones derivadas de todos los concursos de acreedores los siguen conociendo las secciones especializadas, en nuestro territorio la sección quinta.

El deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos establecidos en este artículo 178 bis, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa.

El deudor deberá presentar su solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho ante el Juez del concurso dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido de conformidad con lo establecido en el artículo 152.3LC.

Dicho lo anterior, podríamos definir el acuerdo extrajudicial de pagos como un mecanismo extrajudicial (ya que se desarrolla fuera del Juzgado, sin las rigideces propias de los procedimientos judiciales), que adopta la forma de método conservativo de valor (pretende la continuidad de la actividad del deudor), con un pacto con los acreedores que puede ser impuesto a determinados grupos de entre ellos.

Sin pasar por el juzgado sin estar pendiente de si nos proveen o no la solicitud y con efectos como la suspensión de las ejecuciones en determinadas

condiciones o el cese del devengo de los intereses desde la aceptación del mediador concursal...

Mediante la intervención de un mediador se pretende la solución de la crisis de insolvencia del deudor (el artículo 231.1 de la LC exige este presupuesto para acudir al acuerdo). Para concluir este apunte inicial de la AEP, incidir en que es un acuerdo con parte de los acreedores porque el acuerdo no afectará en ningún caso a los acreedores públicos que tienen un régimen especial de aplazamientos que no se ve sometido al acuerdo extrajudicial y los acreedores con garantía real tampoco tienen porque verse afectados por el acuerdo extrajudicial.

### **En cuanto a los efectos del acuerdo extrajudicial de pagos aprobado**

a) Efectos sobre un posible y futuro concurso de acreedores.

El artículo 238.4 de la LC dispone que **“Los acuerdos extrajudiciales de pago adoptados por las mayorías y con los requisitos descritos en este Título no podrán ser objeto de rescisión concursal en un eventual concurso de acreedores posterior”**.

La primera cuestión que plantea este precepto, que sin duda pretende incentivar el recurso de los deudores a los acuerdos extrajudiciales de pago, y que equipara éstos a los acuerdos de refinanciación, no rescindibles conforme al artículo 71 bis a) de la LC, es el de si el término “rescisión concursal” incluye únicamente las acciones de reintegración contenidas en los artículos 71 a 73 de la LC, o, por el contrario, hace referencia también a las otras acciones a las que se refiere el artículo 71.6 de la LC. La propia contraposición que hace el artículo 71.6 de la LC entre “acciones rescisorias” y “acciones de impugnación de actos” nos da la respuesta de que la protección del artículo 238.4 de la LC lo es respecto de las acciones de reintegración. En este sentido, es llamativo que el artículo 73 de la LC hable de los efectos de la rescisión refiriéndose a las acciones de reintegración.

El objeto de protección frente a una acción de reintegración, son los acuerdos extrajudiciales de pagos adoptados por las mayorías y con los requisitos descritos en los artículos 231 y siguientes de la LC, pero no se protegen los actos de ejecución de dicho acuerdo, por lo que la conclusión 16ª de la Reunión de Jueces Mercantiles de Madrid entendió que los pagos realizados en cumplimiento del acuerdo sí pueden ser objeto de reintegración.

Esta argumentación puede tener el óbice del artículo 242.2.4º de la LC, cuando señala que **“El plazo de dos años para la determinación de los**

**actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil, notario o Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación**". Es decir, el propio legislador concursal introduce una limitación temporal que plantea la duda de si el término "desde la fecha de la solicitud" incluye los actos desde esa fecha en adelante, eliminando de la rescisión los actos anteriores, o hace referencia a los actos anteriores a la fecha de la solicitud. Lo cierto es que la primera opción es sumamente ventajosa para el deudor, ya que acudir al acuerdo extrajudicial de pagos puede convertirse en una vía extraordinaria para blindar de un futuro concurso todos aquellos actos perjudiciales para la masa activa que se realicen antes de la presentación de la solicitud. Pero también constituye un incentivo al acreedor, que puede ver cómo determinados actos de disposición anteriores a la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos, verdaderamente perjudiciales para la masa activa, resultan inatacables. Tiene sentido blindar el acuerdo respecto de las acciones de reintegración, precisamente porque el plazo de los 2 años del periodo sospechoso del artículo 71.1 de la LC, se ha de contar desde la fecha de presentación de la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos.

b) Efectos sobre los acreedores.

Suspensión definitiva de las ejecuciones.

La petición de alzamiento de los embargos la debe realizar el deudor, la dirigirá contra el juzgado o tribunal que hubiere acordado el embargo no ante el juzgado mercantil.

La novación voluntaria de los créditos afectados por el acuerdo.

La no extensión de los efectos a los avalistas o garantes.

Para que se pueda exonerar será necesario que el deudor lo sea de buena fe:

Se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable.

2.º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera

un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme.

3.º Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos. La persona física no comerciante prácticamente en todos los supuestos estará en situación de intentar un AEP, habrá supuestos excepcionales en los que no se podrá (por ejemplo que su pasivo alcance más de 5 millones de euros).

Y a continuación se exponen dos posibilidades:

4.º Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Debe tenerse en cuenta que respecto de los privilegios especiales se aplicarán las normas sobre valor razonable de las garantías y que la parte no satisfecha con cargo al privilegio especial tendrá la consideración de crédito que por su naturaleza corresponda.

Aquí hay una aparente contradicción, porque en principio nos dice que se tiene que someter a una AEP( art 178 bis 1.3LC ) y en el punto siguiente resulta que si no lo hubiera hecho, también se puede exonerar pero pagando el 25% de los créditos ordinarios. Podría solventarse interpretando que, ahora para la 2ª oportunidad, sólo se limita a quien fue condenado pues éste no podrá obtener 2ª oportunidad pero los demás si aunque pagando más.

Si el deudor no puede pagar ni ese umbral mínimo también puede tener derecho a la exoneración del pasivo insatisfecho

En algunos casos cabe la impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos. Ostenta la legitimación activa para instar la impugnación quien no hubiera sido convocado a la reunión o no hubiera votado a favor o hubiera manifestado su oposición al acuerdo con anterioridad

Y la legitimación pasiva el deudor que hace suya la propuesta del mediador.

De los preceptos que regulan esta materia podemos sistematizar que el beneficio de exoneración procede para:

1. El Deudor que no intenta previamente un acuerdo extrajudicial de pagos: solo se le puede reconocer el beneficio si satisface antes de concluir el concurso todo el crédito contra la masa, todo el crédito privilegiado–especial

y general– y un 25% del crédito ordinario. Este era el régimen que ya operaba tras la Ley 14/2013.

Difícilmente podrá acceder a este beneficio el deudor en los supuestos de conclusión por insuficiencia de masa activa previstos en el artículo 176 bis LC, dado que el deudor que no intenta previamente el acuerdo extrajudicial de pagos no puede optar a satisfacer el pasivo concluido el concurso por medio de un plan de pagos.

La exoneración de pasivos es en todo caso provisional, sujeto a un plazo de supervisión de 5 años.

2. El Deudor que intenta previamente un acuerdo extrajudicial de pagos: El intento no exige ni tan siquiera que se designe mediador concursal. Se abren, a su vez, dos posibles vías principales:

#### 2.1 Cumplir con los umbrales de pago previstos dentro del concurso.

Esto supone que ha satisfecho dentro del concurso todo el crédito contra la masa y todo el privilegio especial o general.

La exoneración de pasivos es provisional y queda, por lo tanto, sujeta a la posible revocación en los cinco años siguientes.

#### 2.2. No cumplir con los umbrales de pago mínimos previstos dentro del concurso.

En este caso el deudor tiene que cumplir o asumir una serie de requisitos complementarios entre los que se destaca la proposición y aprobación de un plan de pagos para satisfacer, concluido el concurso, el crédito no exonerable.

En los supuestos en los que el deudor se someta a este plan de pagos el deudor disfrutará mientras cumpla el mismo, de una exoneración provisional, que evitara las ejecuciones singulares de los deudores afectados por el plan.

Concluido el plazo de cumplimiento del plan de liquidación –5 años– el deudor puede encontrarse en una de las siguientes situaciones:

A) Ha cumplido completamente el plan y no se le ha revocado el beneficio.-El juez dicta auto acordando la exoneración definitiva del pasivo no satisfecho. Durante esos 5 años las deudas pendientes no podían devengar interés.

B) El deudor no ha cumplido completamente el plan pero acreditar haber aplicado al cumplimiento del mismo al menos la mitad de sus ingresos no embargables.-

El juez tiene la potestad de acordar la exoneración de todo el pasivo insatisfecho, tanto el exonerable como el no exonerable, de modo definitivo; en estos casos el juez constatando ese esfuerzo patrimonial del deudor, deberá valorar o ponderar los factores o circunstancias que concurran en el deudor para acordar o no la exoneración definitiva.

En un ejemplo sencillo, de una de las posibilidades que ofrece esta compleja tramitación sería:

Una persona que ahora es trabajadora por cuenta ajena y percibe un salario de 1.200 euros pero a la conclusión del concurso tiene deudas por importe de 80.000 euros -se concluye porque no tiene más activo realizable, no podemos vender nada más-, solicita el beneficio de la exoneración y es declarada deudora de buena fe....

... destinando, al menos la mitad de sus ingresos en la parte embargable, al pago de las deudas tras 5 años ....el juez- en un proceso contradictorio pero sin necesidad de acuerdo con los acreedores -puede condonar todas las deudas pendientes: las exonerables y las que no.

Esto es, a sus ingresos de 1.200 euros le restamos 648,60 del salario mínimo y quedarían 551,4 euros: debe destinar 275,7 euros cada mes y si no le toca la lotería o hereda una cuantía que permita pagar las deudas pendientes sin detrimento de la obligación de alimentos (art 178 bis 7) supuestos legales de revocación , el auto del juez acordando la exoneración provisional se tornará en definitivo. Y habrá abonado 16.500 euros, viviendo con 924 euros cada mes.

Si se tratara de una persona incluida entre las que la ley ya ha definido como en situación de especial vulnerabilidad en el Real decreto-ley 6/2012 bastará con que destine el 25% de sus ingresos.

Durante ese periodo no podrán devengarse intereses de las deudas provisionalmente condonadas ni iniciarse ejecuciones singulares.

Es cierto que la exoneración no afecta a las obligaciones de alimentos ni al crédito público y en cuanto a la vivienda adquirida con préstamo con garantía hipotecaria la exoneración pasa por la ejecución o dación en pago

de la misma .También quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida.

### 3. CONCLUSIÓN

A nivel estatal, la experiencia de estos meses desde marzo, fecha en que entró en vigor el Real decreto Ley 1/2105 del que resulta la aprobación de la ley 25/2015, informa sobre el perfil del deudor que acude a estos instrumentos:

En la mayoría de los casos se trata de particulares – personas naturales en la terminología de la Ley – que arrastran deudas de sociedades mercantiles, bien como avalistas o fiadores de las deudas de una empresa, bien como administradores condenados a responder personalmente de las deudas de la compañía que administraban.

Advertir también que en la inmensa mayoría de deudores consideran que el acuerdo extrajudicial de pagos es un trámite formal para obtener la exoneración, lo que ha determinado que las pocas comunicaciones de nombramiento de mediador se vean frustradas sin posibilidad de proponer acuerdo ni de convocar junta; el deudor inicia los trámites de la mediación con el objetivo casi exclusivo de poder disfrutar de los beneficios de la exoneración en sede judicial.

Por otro lado, la reforma no incluye ningún instrumento específico destinado a la tutela de los consumidores frente a prácticas o cláusulas abusivas; de momento el legislador concursal no ha habilitado cauces específicos de tutela en el marco de los procedimientos de insolvencia, el deudor podrá acudir a los procedimientos declarativos que considere oportunos para poder perfilar sus pasivos con exclusión de aquellos créditos que puedan reputarse abusivos, esta falta de referencia no quiere decir que el juez mercantil tenga vedadas en el concurso consecutivo estas funciones de tutela, pero la falta de un trámite o cauce procesal específico generan cierta inseguridad respecto del momento en el que puede desarrollar estas tareas y los trámites que deben establecerse.

A través de este nuevo procedimiento:

El deudor podrá ver exoneradas de forma automática sus deudas pendientes cuando haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, si no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25% de los créditos concursales ordinarios.

Si no ha podido satisfacer los anteriores créditos y siempre que acepte someterse a un plan de pagos durante los cinco años siguientes, el deudor podrá quedar exonerado provisionalmente de todos sus créditos, excepto los públicos y por alimentos, contra la masa y aquellos que gocen de privilegio general.

Para la liberación definitiva de deudas, el deudor deberá pagar las no exoneradas o realizar un esfuerzo sustancial para ello. Esfuerzo que se limita a destinar la mitad o la cuarta parte al pago de las mismas.

En todo caso, con todos los matices o prevenciones anunciados, bienvenida sea la reforma aunque llegue con retraso.

Como sucede con las leyes nuevas, estamos ante un desafío que iremos resolviendo, como tantas otras veces con la práctica, para prestar el mejor servicio a los ciudadanos.

Gracias por su atención.

## Bibliografía

CUENA CASAS, Matilde. -Nuevo régimen de la segunda oportunidad pocas luces y muchas sombras.- Anuario concursal núm 37 enero-abril 2016.

FERNÁNDEZ SEIJO, José María . -La reestructuración de las deudas en la ley de la segunda oportunidad. ED BOSCH 2015.

SENENT MARTÍNEZ, Santiago. -Exoneración de pasivo insatisfecho y concurso de acreedores. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE 2013.

## **X.- MESA DE DEBATE SOBRE “ASPECTOS DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO TRAS LA REFORMA DE 2015”**

*El día 22 de febrero de 2016 se celebró una animada mesa de debate sobre la nueva tipificación de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico tras las reformas penales realizadas a lo largo de 2015. Se recogen a continuación las tres ponencias que desarrollaron los intervinientes en dicha mesa redonda: el Presidente del TSJ de las Illes Balears Antonio J. Terrasa García, el Fiscal Anticorrupción Juan Carrau Mellado y el Profesor Titular de Derecho penal y Abogado penalista Gabriel Garcías Planas. Actuó como moderador de la mesa el conocido Abogado penalista Rafael Perera Mezquida.*

*En la ponencia del Presidente del TSJ Sr. Terrasa, se hace una primera referencia al proceso de reajuste punitivo entre las figuras de la apropiación indebida y la administración desleal, con el propósito, auspiciado por la LO 1/2015 de 30 de marzo de reforma del Código Penal, de devolverlas a sus genuinas dimensiones típicas. Se centra el autor, en primer lugar, en la apropiación indebida, remontándose a sus antecedentes históricos (llegando hasta el Derecho romano) y precedentes codificados, deteniéndose especialmente en cual haya sido históricamente el llamado tipo básico de la apropiación indebida y su distinción de otros tipos delictivos (hurto, estafa), señalando, en este sentido, que el tipo básico de la misma pasó del abuso de confianza al apoderamiento ilícito. Esta ilicitud del apoderamiento exigía que el objeto de la*

*apropiación fuera ajeno, y precisamente esta falta de ajenidad motivó que la doctrina y la jurisprudencia se mostraran contrarias a subsumir en la apropiación indebida algunos apoderamiento de dinero, como el recibido en préstamo (mutuo) y el depósito irregular en cuenta corriente. Se hace también especial referencia a los supuestos en que las apropiaciones indebidas se cometían en el seno de una sociedad.*

*Abordando ya la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, en la misma se ha mantenido la apropiación indebida en la órbita de los delitos contra la propiedad cuando medie obligación de entregar o devolver los bienes recibidos, construyendo, a su lado, una administración desleal (ya no estrictamente ligada a la esfera societaria), que abandona felizmente el terreno inherente a la apropiación indebida para recuperar su locus standi como delito contra el patrimonio, cuando se actúe perjudicialmente sin o contra las facultades inherentes a la administración de un patrimonio ajeno. Con la consecuencia de que no cabrá apropiación indebida del dinero o bienes administrados, sino que ello se enmarcará dentro de la administración desleal.*

*La ponencia del Fiscal Anticorrupción Juan Carrau se centra en el delito de malversación, y, en especial, en el cambio operado por la LO 1/2015 de 30 de marzo, que ha roto con una trayectoria invariable de más de dos mil años, pues, desde la lex julia peculatus et de sacrilegis et de residuis se había construido siempre la malversación como hurto o apropiación indebida de bienes públicos. En cambio, la propia ley reformadora proclama, en su Exposición de Motivos, que la malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal. Con la reforma se introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos, incluyéndose dentro de su ámbito, junto con las conductas de desviación y sustracción de fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público.*

*De esta manera se ha producido una correlación del delito de malversación con el delito de administración desleal, con la diferenciación derivada de la naturaleza pública de los caudales en la malversación y privados en la administración desleal. En*

*ambos casos se produce una despatrimonialización a partir de una disposición, o su consentimiento, fuera del ámbito autorizado. En la ponencia se analiza en profundidad el delito de malversación, exponiendo sus presupuestos, los elementos subjetivos del tipo, el bien jurídico protegido y los tipos agravados y atenuados.*

*El tercer turno de ponencia correspondió al Abogado penalista y Profesor Titular de Derecho penal de la UIB Gabriel Garcías, quien comienza por señalar que los delitos cuyas características se han venido glosando en esta mesa de debate, y también los que él va a tratar, tienen, como denominador común, la idea de corrupción. Concepto que, curiosamente, apenas aparece en el Código penal, aunque sí en el convenio contra la corrupción redactado en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999. Lo que sí existe es una evidente indignación ciudadana contra la corrupción, que se acuña en la expresión “contra la corrupción, tolerancia cero”. A un jurista –se sigue diciendo en la ponencia– le está vedado emplear dicha expresión, pues la intolerancia debe predicarse con relación a todos y cada uno de los delitos. E igualmente un jurista honesto debe mantener siempre los principios esenciales del Derecho penal –en especial los de legalidad y culpabilidad– en el enjuiciamiento de todos los delitos y, por tanto, también ante los relacionados con la corrupción. Se contienen en la ponencia referencias a las voces propugnadoras de excluir de posibles indultos estos delitos –lo cual técnicamente es incorrecto pues el indulto, que debe ser restrictivo y motivado, se aplica por razones de justicia material y no por el tipo de delito cometido– así como a las “imputaciones dormidas” –aquellos supuestos en que una persona es citada como testigo, pero se le advierte que, en cualquier momento podrá pasar a la condición de imputado, ahora investigado–, y al secreto de las actuaciones y sus respectivas prórrogas, medida excepcional que debe reducirse al tiempo indispensable, pues, de lo contrario, como ha manifestado el Tribunal Constitucional en su sentencia de 6 de mayo de 2002, se vulnera el derecho de defensa.*

*Tras este interesantísimo preámbulo la ponencia se centra en los tipos delictivos acuñados por la LO 1/2015 de 30 de marzo, cuya exposición le correspondía, que son los delitos de frustración en la ejecución (arts. 257 a 258 ter), que reprimen las conductas del deudor que persiguen mediante fraude dilatar, dificultar o impedir*

*el procedimiento civil de que el acreedor dispone para obtener la satisfacción de sus créditos; y los delitos de insolvencia punible (arts 259 a 261 bis), con los que se reprochan los comportamientos de defraudación de los intereses de los acreedores en el ámbito de los procedimientos concursales.*

*Sobre los mismos se plantea, en primer término, la cuestión de si esta división era necesaria, recordando que el Consejo General del Poder Judicial emitió, en 2012, un informe en el que consideraba que esta división podía ser “perturbadora”. Y, tras ello, se analizan las características de los dos indicados tipos delictivos.*

## **X.- 1. DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA A LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL**

**Antonio José Terrasa García**

*Abstract: La reforma del Código Penal resultante de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se inserta en el largo proceso de reajuste punitivo entre las figuras de apropiación indebida y administración desleal, con el propósito de devolverlas a sus genuinas dimensiones típicas.*

*La actual estructuración de la apropiación indebida registra el progreso del vector “apropiación”, consonante con el modelo alemán, frente al abuso de confianza inspirado en el modelo francés, con lo que esta figura cobra una dimensión axiológica que obligará a una esforzada delimitación frente a otros ilícitos civiles y penales en colindancia.*

*Se implanta una figura general de administración desleal, que acabará con desconciertos y desajustes por la secular intromisión de la distracción de dinero en el inadecuado ámbito de la apropiación indebida, y que bajo la modalidad de abuso de funciones alumbrará una figura de resultado lesivo con mayor amplitud del marco típico y equiparación punitiva a las demás figuras de similar carga antijurídica insertas en el Capítulo “De las defraudaciones”.*

## SUMARIO

**Antecedentes históricos y precedentes codificados.**

**El llamado tipo básico de la apropiación indebida.**

**Otras modalidades de apropiación indebida.**

**Del abuso de confianza al apoderamiento ilícito.**

**La distracción de dinero.**

**Elastificación e insuficiencia de la apropiación indebida.**

**La administración desleal societaria.**

**Deslinde entre apropiación indebida y administración desleal societaria.**

**La reforma del código penal (LO 1/2015, de 30 de marzo).**

**La nueva estructuración de la apropiación indebida.**

**Por fin la administración desleal como figura general autónoma.**

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PRECEDENTES CODIFICADOS.

El enfoque y tratamiento de las cuestiones relacionadas con la “administración desleal” se han visto ligados, con frecuencia y no sin razón, a una relativa sensación de desconcierto, por las dificultades de delimitación frente a otros tipos penales, especialmente la apropiación indebida, a falta de un perfil institucional claro que facilitase el deslinde entre ambas figuras jurídicas.

Con carácter general el entronque histórico suele hacerse pivotar en torno al hurto (*furtum*), que el derecho romano diferenció tanto del apoderamiento violento (*rapiña*) como del deterioro o la destrucción material de la cosa (*damnum iniuria datum*).

El delito de hurto no sólo contempló la básica sustracción de un bien mueble (*furtum rei*)<sup>1</sup> mediante una acción de desplazamiento material que implique cambiar de lugar, llevarse, o separar (*amotio, illatio, ablatio*), sino que la fórmula conceptual más versátil del “atraer hacia sí” (*contractatio*)<sup>2</sup> permitió amparar otras modalidades de apoderamiento (*furtum usus, furtum possessionis*) que incluían el simple uso ilícito, la intromisión no consentida, el cobro de una deuda pagada por error, o el apoderamiento doloso de cosas perdidas, sin olvidar que incluso abarcaba lo que en la actualidad se concibe como apropiación indebida, porque “*los comodatarios, acreedores pignoraticios, cometen una contractatio al negarse con animus furiandi a la devolución de las cosas que les están confiadas, y de este modo se hacen culpables de hurto*”<sup>3</sup>.

Durante la época medieval se acentuó la distinción entre el hurto propio (exigente de la “sustracción”) y el impropio, en aproximación gradual a las actuales figuras de la apropiación indebida y la estafa<sup>4</sup>, que fueron aquilatando un perfil más acusado a partir de la codificación.

El Código Penal de 1822 estrenó el capítulo VI dedicado a los abusos de confianza cuyo art. 777 se refería a: “*Cualquiera que teniendo confiado un depósito se lo hubiere apropiado en todo o en parte*”.

Sin embargo el Código Penal de 1848 volvió a colocar entre los hurtos la negativa de haber recibido dinero o cosa mueble (párrafo segundo del art. 426)<sup>5</sup>, y entre las estafas los comportamientos tanto de apropiación como de

---

1.- IGLESIAS SANTOS, JUAN. “*Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado*”. Ed. Ariel. Esplugues de Llobregat. Barcelona. 1972, pág. 477: “Cierto es que Sabino admitió que el objeto del hurto fuera también una cosa inmueble, pero tal opinión no llegó a prevalecer: *improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtivum fundum non committitur*”.

2.- IGLESIAS SANTOS, JUAN, op. cit., pág. 474: “*Comete hurto -furtum- nos dice Gayo, no sólo quien quita una cosa ajena para apropiársela, sino también quien trata la cosa como propia contra la voluntad de su dueño: furtum autem fit non solum cumquis interceptiendi causa rem alienam admovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contractat*”, nota 19: y también quien, conociendo el error del que paga indebidamente, recibe el dinero (*D. 13, 1, 18*)”.

3.- MAYNZ, CARLOS. “*Curso de Derecho Romano*”. Jaime Molinas, editor. Barcelona 1887, Tomo II, pág. 489, nota 6.

4.- FERRER SAMA, ANTONIO. “*El delito de apropiación indebida*.” Publicación del Seminario de la Universidad de Murcia. 1944 (<https://digitum.um.es>), pág. 411: “*Fue el Derecho penal canónico el primero en conocer el delito de apropiación indebida como distinto del hurto*”.

5.- **Código Penal de 1948**, art. 426: “*Los que con ánimo de lucrarse negaren haber recibido dinero u otra cosa mueble que se les hubiese entregado en préstamo, depósito ó por otro título que obligue a devolución o restitución*”, y art. 441.1: “*Son aplicables las penas señaladas en el art. 449: 1º A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubiesen recibido en depósito, comisión ó administración, ó por otro título, que produzca obligación de entregarla ó devolverla*”.

distracción (art. 441.1º), sistemática que fue seguida por los Códigos Penales de 1850 (art. 452.1º), de 1870 (art. 548-5º)<sup>6</sup>, de 1928 (art. 725.5º), y de 1932 (art. 523.5º).

El Código Penal de 1944 situó la apropiación indebida en un capítulo propio (siempre bajo el mismo Título “De las defraudaciones”), donde siguió durante el Código Penal de 1973 (art. 535), antecedente próximo de esa misma ubicación en el Código penal de 1995, mientras que la reforma dimanante de la LO 1/2015, de 30 de marzo (art. 253.1)<sup>7</sup>, ha alterado la construcción antecedente al eliminar de su ámbito la conducta de distracción, reasignándola más correctamente a la nueva figura general autónoma de administración desleal.

## EL LLAMADO TIPO BÁSICO DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA.

La apropiación indebida ha mantenido en nuestro derecho una configuración que inicialmente puso el acento en el “abuso de confianza”, conforme al modelo de inspiración napoleónica vinculado al modo en que se recibe el objeto apropiado<sup>8</sup>, siguiendo en esto la construcción introducida en Francia por la Ley de 29 de septiembre de 1791<sup>9</sup>.

La formulación típica alude, a modo de *numerus apertus*, al depósito, la comisión, la custodia, o cualquier otro título que produzca obligación de

---

6.- **Código Penal de 1870:** Art. 548. 5º: “*Los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubiesen recibido en depósito, comisión ó administración, ó por otro título que produzca obligación de entregarla ó devolverla, ó negaren haberla recibido*”.

7.- **Código Penal (Reforma LO 1/2015, de 30 de marzo) Art. 253.1:** “*Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido*”.

8.- **BACIGALUPO ZAPATER, E.** “Comentarios al Código Penal”. Ed. Bosch S.A., Sabadell 2007, pág.2019, alude a “...*la confianza especial propia de la celebración de tales negocios jurídicos, en los que el que recibe la cosa adquiere también una especial posición de custodia (...) un especial deber de lealtad respecto del titular, dado que debe comportarse siempre en beneficio del mismo*”.

9.- **Código Penal francés de 1791** (traducido por José Luis Guzmán Dalbora) UNED Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª. Época, nº. 1, 2009, pág. 514: “*29. Quien resultare convicto de haber distraído en su provecho, consumido o destruido maliciosamente y con el designio de dañar a otro, efectos, mercancías, dinero, títulos de propiedad u otros que importen una obligación o un descargo, y toda otra propiedad mobiliaria que le hubiere sido confiada gratuitamente, será castigado con la pena de degradación cívica*”.

entregar o devolver<sup>10</sup>, a lo que se asimila el comportamiento típico observado por quienes negaren haber recibido lo que sea objeto del apoderamiento<sup>11</sup>, siempre a consecuencia de negocios determinantes de una entrega basada en el mencionado “sustrato de confianza”, cuyo abuso a menudo se ha considerado axial.

Sin embargo, para diferenciarla del hurto no sólo cabe atender a la forma de obtención del objeto sobre el que se proyecta la acción delictiva (“tomar” en el hurto y “recibir” en la apropiación indebida<sup>12</sup>), sino a la presencia o ausencia de desplazamiento material, porque en el hurto se desapodera a un poseedor, y no necesariamente así en la apropiación indebida<sup>13</sup>.

Mientras que la diferencia con la estafa parece residir más bien en la presencia inicial de una maniobra engañosa, independientemente del tipo de negocio que formalmente haya propiciado la obtención del valor patrimonial, porque aun celebrando formalmente alguno de los negocios característicos de la apropiación indebida, lo determinante es siempre la maquinación antecedente<sup>14</sup>.

---

10.- Una referencia a los títulos aptos para determinar la existencia de apropiación indebida puede hallarse en la STS 2ª 1 Jul. 1997.

11.- STS 2ª 15 Nov. 1994: “...como ha puesto de manifiesto algún sector de la doctrina, en realidad con esta expresión no se añade un nuevo procedimiento de comisión de este delito, diferente de los de apropiación o distracción antes explicados, pues únicamente se quiere decir que, acreditado el extremo del presupuesto previo, esto es, la recepción de la cosa mueble a virtud de título que obliga a devolverla o entregarla, si entonces se niega haberla recibido, ha de entenderse probado que se ha realizado el acto de disposición.”

12.- STS 2ª 3 Feb. 1989: “fijando la atención en los vocablos legales «tomar» en el hurto y «recibir» en la apropiación indebida-”

13.- STS 2ª 23 Mar. 1990: “La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que se diferencia la apropiación indebida del hurto «por tratarse éste de un apoderamiento sin previa posesión legítima» -Vid. Sentencias de 9 de febrero de 1973 y 23 de septiembre de 1975-, y que se comete el delito de apropiación indebida -y no el de hurto- «si se incorpora al patrimonio lo que se recibió de alguna de las formas previstas en el artículo 535, aunque se trate de una posesión precaria, transitoria y en nombre ajeno» -Vid. Sentencias de 9 de marzo de 1971 y de 21 de junio de 1972-. La Sentencia de 5 de noviembre de 1979 dice que así como la dinámica del «modus operandi» en el delito de hurto está constituida por el tomar la cosa sin voluntad del titular dominical, en el de apropiación el traspaso del objeto de la figura punitiva se hace mediante apropiación, distracción o negación del «accipiens», que lo ha recibido sin traslación dominical.”

14.- STS 2ª 8 Mar. 1984: “contrariamente a lo que sucede en el delito de estafa, en el que el elemento del engaño resulta indispensable para configurar el tipo penal ya que es el que provoca dolosamente el desplazamiento de la cosa motivando por error la voluntad y actuación de la víctima que la entrega voluntariamente a causa de dicho engaño, en el delito de apropiación indebida tal engaño no resulta necesario y de existir aparece como subsiguiente a la entrega, ya que el propietario de ésta confía su posesión al apropiante por su libre voluntad y consentimiento no riciado, o sea legítimamente, aunque no la propiedad de la misma, que se reserva, con la obligación de emplearla en un fin determinado y luego devolverla, aunque después de recibirla el receptor quebrante la relación de confianza y el convenio establecido entre ambos por actos ilícitos unilaterales de propia autoridad, convirtiendo antijurídicamente tal posesión en propio y autónomo dominio o disponiendo de la misma como dueño para un destino distinto del pactado en provecho propio, o de otras personas, por lo que el engaño no puede reputarse como elemento constitutivo de este delito”

Tan es así que incluso puede apreciarse que, pese al característico abuso de confianza, en ocasiones se ha relacionado la apropiación indebida con el fraude, y desde luego el Código Penal la incluye en el capítulo: “*De las Defraudaciones*”, aunque parte de la doctrina niega que esta figura penal tenga relación con la fraudulencia (cuestión que para otros debe considerarse intrascendente<sup>15</sup>), mientras que la jurisprudencia las ha declarado heterogéneas<sup>16</sup>.

Y tampoco parece inobjetable que la atribución posesoria (meramente instrumental pero legítima, derivada del inicial sustrato de confianza) justifique un taxativo carácter de la apropiación indebida como delito especial propio, puesto que cualquier persona puede cometerla con tal de que se cumplan las exigencias normativas del tipo<sup>17</sup>.

En cualquier caso, y pese a lo importante de la confianza (piedra angular de la construcción francesa), parece ir ganando terreno el vector del desapoderamiento (elemento central de la construcción germana), porque no basta transgredir las facultades inherentes a la posesión recibida, incumplir las obligaciones inherentes al encargo determinante del estado posesorio, o

---

15.- **TOMÁS S. VIVES ANTÓN y otros.** “*Comentarios al Código penal de 1995*”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1996. Pág. 1251.

16.- **STS 2ª 28 Feb. 1990:** “*En el presente caso, y según al principio hemos enunciado, el término comparativo se concreta entre el delito de estafa objeto de acusación, y el de apropiación indebida, objeto de condena. Examinados ambos tipos delictivos, y no obstante estar los dos comprendidos dentro del mismo capítulo del Código Penal («De las Defraudaciones») y remitirse un precepto al otro en cuanto a la penalidad, entendemos que esas figuras delictivas tienen un carácter absolutamente heterogéneo en cuanto diferentes son los requisitos subjetivos que uno y otro requieren para su comisión; así tenemos que en la estafa (artículo 528) es imprescindible el requisito del «engaño», mientras que la apropiación indebida (artículo 535) se define más bien a través de lo que se podría llamar un «abuso de confianza», aspectos subjetivos de la acción perfectamente diferenciados y cuya acusación, y subsiguiente defensa, han de tener, en pura lógica, un tratamiento totalmente distinto.*” En el mismo sentido la **STS 5 Mar. 1990:** “*Los delitos de apropiación indebida y estafa no son homogéneos, ni generalmente homogéneos, con terminología del Tribunal Constitucional -véase ad exemplum, Sentencia de 17 de julio de 1986-, por lo que la acusación por uno de ellos y la condena por otro quebranta el principio acusatorio. Existe un elemento sustancial diferenciador entre uno y otro delito: la presencia de engaño; aún más: de engaño previo y causal respecto al acto de disposición del bien que en absoluto requiere la apropiación indebida. Imputar al acusado una conducta engañosa constituye un elemento nuevo del que no ha podido defenderse.*”

17.- Como delito especial propio es considerada en las **STS 2ª 14 May. 1998 y STS 2ª 12 Feb. 1992**, aunque en sentido diverso puede verse la **STS 2ª 23 Mar. 1988:** “*aunque este delito no es un delito especial en cuanto que puede ser cometido por cualquier persona, sin embargo tiene cierta similitud con tal clase de delitos llegando a decirse por algún sector de la doctrina que no pocos aspectos hacen afín este delito a los denominados de «propia mano», en cuanto que, si bien la condición de sujeto activo no está vinculada a ninguna condición personal, sin embargo, por exigencias normativas del tipo, tan sólo puede ser cometido por quienes se hallen respecto a los bienes objeto del apoderamiento en una de las relaciones posesorias expresamente previstas y determinadas en el artículo 535 del Código Penal*”.

traicionar la finalidad con que se recibió la posesión; sino que la apropiación indebida requiere que la confianza resulte ulteriormente afectada por la apropiación<sup>18</sup> (antijurídica), que supone no tanto disponer materialmente cuanto actuar como dueño (*se ut dominum gerere*), o hacerlo como si la cosa fuese propia (*uti dominus*), pero no exactamente en el sentido de privar materialmente de la cosa al propietario<sup>19</sup>, cuanto en el de hacer suyas las facultades dominicales ajenas<sup>20</sup> para aprovecharse del valor patrimonial inherente<sup>21</sup>, siquiera sea de forma transitoria, e incluso tras la devolución de la cosa al propietario siempre que hubiera sido desapoderado de su valor, porque desde la perspectiva penal lo que interesa no son las titularidades formales sino la capacidad de acción inherente a la cualidad de propietario<sup>22</sup>.

Por el contrario, resultarán atípicas las utilizaciones provisionales inocuas, lo que se conoce como usos ilícitos<sup>23</sup>, que no implican una genuina apropiación (las impropriadamente designadas como “*apropiaciones indebidas de uso*”)<sup>24</sup>.

---

18.- **DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO.** “*Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida.*” PPU Barcelona 1944, pág. 128, se refiere a la apropiación en estos términos: “*Como resultado típico constituye un elemento del tipo objetivo de los delitos de apropiación que refleja el proceso de incorporación patrimonial al ámbito de dominio del sujeto activo. Como conducta refiere la dinámica comisiva que produce materialmente dicha incorporación.*”

19.- Aunque con relativa frecuencia se emplee el término “*expropiación*”.

20.- **STS 2ª 13 Nov. 2010:** “*En el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones ínsitas en el título de recepción, establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron (tam-bién STS 2339/2001 de 7-12; 1566/2001 de 4-9; 477/2003 de 5-4; 18/2005 de 15-1; 923/2006 de 29-9; 1261/2006 de 20-12; 669/2007 de 17-7).*”

21.- **STS 2ª 24 Dic. 1986:** “*siendo de observar, que cuando de dinero se trata, dado el carácter de cosa fungible que le caracteriza, la posesión, salvo excepciones, recae sobre un valor y no sobre una cosa concreta y tangible.*”

22.- **DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO.** Op.cit., pág. 85, distingue la “*mera atribución formal o relación estática entre bienes y titular de los mismos*” frente a “*las posibilidades de actuación que esa relación concede a su titular y que fluyen de la función que el objeto de la misma cumple para su propietario.*”

23.- **JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ.** “*Comentarios al nuevo Código Penal.*” Ed. Aranzadi. Pamplona 1996, pág. 1165: “*Los usos ilícitos de lo administrado o poseído, pero compatible con el cumplimiento de las obligaciones citadas no integran el contenido material de la prohibición del art. 252 CP.*”

24.- **STS 2ª 16 Oct. 1979:** “*...la teoría de «los usos ilícitos no dominicales» se basa en una sutil distinción que, de un lado, destipifica, respecto al delito de apropiación indebida, la simple retención sin propósito de apoderamiento definitivo, y, de otro, trata de aproximar dicha infracción al delito de malversación de caudales públicos, creando una figura semejante a la descrita en el art. 396 del C. P. -aplicación a usos propios o ajenos- en la que el «accipiens» no se propone hacer suyas o distraer definitivamente las cosas muebles recibidas sino que las aplica a la satisfacción de una necesidad preteritoria y fugaz, propia o ajena, hallándose dispuesto a reintegrar prontamente lo indebidamente aplicado.*”

Sea como fuere, el aprovechamiento está vinculado:

1.- Al ánimo de lucro (*lucri faciendi causa*)<sup>25</sup>, que permite:

a) distinguirla del delito de daños, donde el apoderamiento estaría guiado por un designio puramente destructivo; y

b) matizar en cuanto al delito de hurto que la “*sustracción*” (el desplazamiento posesorio) patentiza *per se* el elemento subjetivo del tipo (el ánimo de apoderamiento ilícito), mientras que -a falta de esa sustracción- la apropiación indebida requiere alguna manifestación objetiva que exteriorice la intención.

2.- A un resultado de perjuicio patrimonial, incluso sin un correlativo enriquecimiento.<sup>26</sup>

## OTRAS MODALIDADES DE APROPIACIÓN INDEBIDA.

Nótese además que el componente del abuso de confianza, predominante en la construcción francesa, tampoco resulta común a todas las variedades típicas de la apropiación indebida.

Con la reforma del Código Penal de 1973 (derivada de la L.O. 8/1983, de 25 de junio) se incorporó al ámbito de la apropiación indebida el apoderamiento con ánimo de lucro de un bien perdido, conducta que hasta

---

25.- STS 2ª 27 May. 1980: “*Ánimo de lucro o propósito de obtener un beneficio propio o ajeno, elemento éste esencial de la culpabilidad -SS. de 30 junio 1970, 20 enero 1971, 15 junio 1972, 7 noviembre 1973, 20 marzo y 6 mayo 1974, 15 enero, 6 febrero, 14 octubre y 10 noviembre 1975, 13 diciembre 1976, 25 marzo, 12 y 17 mayo y 11 octubre 1977, 14 octubre 1978, 23 febrero y 15 junio 1979 entre otras muchas.*” STS 2ª 19 Ene. 1990: “*Como ha dicho reiteradamente esta Sala y así lo recoge la de instancia, el ánimo de lucro es compatible con el móvil o fin mediato del agente que puede ser incluso benéfico -Sentencias de 6 y 17 de febrero y 25 de marzo de 1981; 2 y 29 de abril y 27 de octubre de 1982, 16 de febrero y 13 de febrero de 1983, 19 de abril de 1985 y 5 de junio de 1987 entre otras-*” STS 2ª 20 Dic. 1985 y 24 Mar. 1987: “*puede consistir en cualquier ventaja, utilidad o beneficio, incluso de finalidad meramente contemplativa o de ulterior beneficencia o liberalidad*”.

26.- STS 2ª 8 Feb. 1990: “*tanto si se entiende conforme a algún criterio doctrinal que por ser el delito de apropiación indebida un delito de resultado patrimonial lesivo no se consuma hasta que se produce el perjuicio, como si, por el contrario se admite, como opinan otros, que el perjuicio no puede entenderse comprendido en la descripción típica en cuanto que no es menester que se haya producido un enriquecimiento del sujeto activo con el consiguiente empobrecimiento del sujeto pasivo, por el que el delito se consuma por la lesión del bien jurídico protegido que se produce con el «adueñamiento»*”.

esa fecha continuaba todavía situada entre los hurtos pese a no responder a un supuesto de sustracción<sup>27</sup>, pero que asimismo carece de algún acto o negocio previos que atribuyan la posesión<sup>28</sup>, a la vez que se suprimió la agravante específica de abuso de confianza para el delito de hurto<sup>29</sup>.

A lo que el vigente Código Penal de 1995 añadió la apropiación de dinero o cosa mueble recibida indebidamente por error del transmitente, supuesto donde asimismo falta una atribución posesoria legítima, y cuya supresión tras la reforma del Código Penal (LO 1/2015, de 30 de marzo) reavivará la

---

27.- **STS 2ª 13 Jul. 1985**: “*que la vieja polémica suscitada en torno al número 2.º del artículo 514 del anterior Código Penal, al enjuiciarse como hurto la apropiación de una cosa perdida con ánimo de lucro, a continuación del hurto propio, fue duramente criticada por la doctrina en tanto en cuanto el ataque al derecho de propiedad se produce aquí sin lesión alguna del estado posesorio, lo que demandaba, en su orden sistemático, el transferir el tipo al de la apropiación indebida, título jurídico aquél que, como apunta la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, sobre Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, obliga a desplazar tal hecho a la esfera de la apropiación indebida, a cuyo fin se introduce la oportuna ampliación en la formulación que el artículo 535 hace de dicho delito, siquiera sea de destacar el error material padecido en la transcripción de los ordinales en la propia Exposición de Motivos, fácilmente salvables por su notoriedad y fácil comprensión, aunque sin merma en la redacción del tipo que ahora sufre su traslado en aras de una mejor y adecuada sistematización.*”

28.- En palabras de **FERRER SAMA ANTONIO**. Op. cit. “*una cosa que no encontrándose en la posesión material de nadie, sigue perteneciendo a algún sujeto*”. En este aspecto la **STS 2ª 8 Feb. 1989** señala: “*Es indudable que un cheque al portador que se encuentra, como dice el recurrente, en un buzón, es una cosa perdida en el sentido del art. 535,2.º párrafo, CP. Por el contrario, el recurrente sostiene en apoyo de su punto de vista que el tipo penal de apropiación indebida contenido en el segundo párrafo del art. 535 CP requiere que se trate de un objeto que «esté perdido por haber perdido el propietario la posesión», lo que no habría ocurrido en el caso que ahora se juzga. Este punto de vista es erróneo. No es necesario discutir aquí si se perdió o no la posesión anterior sobre el cheque, dado que en la interpretación de los delitos de apropiación no es decisivo el carácter jurídico-civil de las cosas. En verdad, el carácter de cosa perdida no depende sólo de la situación de la cosa, como parece sostenerlo el recurrente, sino de consideraciones que rigen el tráfico social con las cosas. De la misma manera que no se puede poner en duda que el dueño de una tienda tiene «en su poder» las mercancías que le ha dejado delante de su puerta el repartidor de las mismas antes de la apertura de aquélla, en el caso del cheque que motiva este proceso tampoco es problemático que se trate de una cosa perdida. Ello es consecuencia del criterio jurídico con el que se determina si una cosa está o no bajo el poder de otro. Tal criterio como se lo señala en la doctrina, es el «concepto cotidiano de la vida social». Según este concepto un cheque al portador que no está bajo el poder efectivo de una persona, sino prácticamente a disposición de cualquiera, es una cosa que no se puede considerar dentro de la esfera de poder de alguien, y por lo tanto perdida. La circunstancia de que los cheques hubieran sido previamente sustraídos no afecta esta conclusión, toda vez que ello no justificaría una reducción del fin de protección de la norma cuya lesión se sanciona en el art. 535, 2.º párrafo del Código Penal. Con respecto al dueño por otra parte, la sustracción sufrida es, en realidad, sólo la causa de la pérdida.*”

29.- **STS 2ª 18 May. 1994**: “*En cuanto al primer aspecto del motivo, la «vexata quaestio» de la distinción entre el hurto (con la agravante específica de abuso de confianza) y la apropiación indebida ha perdido gran parte de su virulencia tras la reforma de 1983 que tras suprimir en el hurto la agravante específica del abuso de confianza, remite las penas de la apropiación indebida a las de la estafa las que, a su vez, se parigualan con las del hurto (artículos 515, 528 y 535 del Código Penal). Este proceso fagocitario del hurto por la apropiación se consuma con el traslado a la misma, del hurto de cosa perdida.*”

polémica porque había sido considerado jurisprudencialmente atípico, y en otras punible como delito de estafa o hurto<sup>30</sup>.

## DEL ABUSO DE CONFIANZA AL APODERAMIENTO ILÍCITO.

A partir de ello el “abuso de confianza” (apto para caracterizar el tipo básico) parece claudicante -o al menos decadente- como catalizador de las diversas modalidades de apropiación indebida, porque la apropiación de cosas perdidas -o la disposición de un cobro indebido- responden a una simple “tenencia” o a la mera “detentación”<sup>31</sup> antes que a una genuina posesión civil<sup>32</sup>.

---

30.- STS 2ª 19 Jun. 2015: “Y con similar criterio se pronuncia nuestra Sentencia 1416/2004, de 2 de diciembre, en la que se expresa que el tipo penal del art. 254 del Código Penal recoge una modalidad de apropiación de dinero u otra cosa mueble entregada por error del transmitente que negare haberlo recibido o advertido el error no proceda a su devolución. Con anterioridad a la promulgación del tipo penal, la conducta descrita fue considerada atípica, no sin antes algún pronunciamiento jurisprudencial declarar su punición en la apropiación indebida, en la estafa o en el hurto, pues el dinero había sido recibido sin título que legitimara la posesión o en virtud de una artimaña típica de la estafa. Tampoco se tomaba lo ajeno, pues estaba a disposición de quien lo tomaba. El tipo del art. 254 resuelve la anterior laguna con la tipificación expresa de la conducta. La figura penal guarda estrecha relación con el cuasicontrato de los arts. 1895 y siguientes del Código civil, siendo preciso delimitar el contenido del injusto correspondiente al tipo penal que permita la delimitación del cuasicontrato y de la figura penal. Este radica en la voluntad de apropiación, en la voluntad de haberlo como propio, el dinero o bien mueble erróneamente recibido, en definitiva de incorporarlo al patrimonio de forma definitiva. Como delito patrimonial la consumación del delito se produce en el momento de la incorporación al patrimonio, pero como el tipo penal admite la posibilidad de que el ingreso pueda ser inadvertido por el titular de la cuenta, en el supuesto de ingresos erróneos en cuenta corriente, la consumación se produce cuando se niega a devolverlo o cuando, advertido del error existente no procede a su devolución.”

31.- ÁNGEL CALDERÓN Y JOSÉ ANTONIO CHOCLÁN MONTALVO. Código Penal Comentado. Ed. Deusto. Bilbao. 2005., pág. 566: “No basta la mera detentación de los bienes que se reciben con destino predeterminado (v.gr. el cajero que recibe el dinero para atender a los pagos diarios del banco, o el empleado doméstico a quien se entrega el dinero para la compra o efectuar un pago determinado, quienes cometerán delito de hurto)”.

32.- STS 2ª 18 May. 1994: “Sólo queremos recordar que si se dijo en tiempos pasados: «¡Hurta el que toma, estafa (o se apropia) el que recibe!», hoy día viene a coincidirse con tal comparación de los verbos nucleares de ambos delitos por camino más técnico, pues si el «quid» de la apropiación está en el ataque a la propiedad del «dominius», puesto que la posesión de la «res furtiva» ya se tenía, en tanto que el hurto ataca de modo plenario ambas facultades dominicales, bastará reconocer esa previa posesión de la cosa por el «accipiens» para decretar la apropiación indebida. No hay dificultad cuando el agente tiene la posesión material de la cosa, pero puede haberla cuando el sujeto activo no tiene esa inmediatividad sobre la cosa. Entonces el criterio decisorio es el de si existe posesión autónoma concedida por el dueño que rebasa la simple condición de servidor de la posesión, tal como sucede en las empresas de tipo complejo en su administración como las bancarias.” Sobre la misma cuestión: FERRER SAMA, ANTONIO. Op. Cit. pág. 412: “El hecho fundamental que al penalista interesa es la distinción que se marca entre posesión y detentación.”, aunque citando a Giurati (Trattato con Babboni, Florián, etc., 1913, pág. 367) destaca que: “...la ley penal se preocupa principalmente del hecho material de que para apropiarse de la cosa el agente no haya tenido necesidad de extender la mano codiciosa sobre lo ajeno”.

E incluso más allá de la debilitación de su núcleo aglutinante (constituido por la confianza defraudada), se ha planteado<sup>33</sup> que la previa tenencia o posesión de la cosa actúa como componente común de todos los delitos patrimoniales (incluyendo el hurto y el robo, además de las defraudaciones), pero sin ser determinante de esa categoría delictual:

a) porque las diferentes modalidades de acceso a la disponibilidad del objeto sólo reflejarían una distinta antijuridicidad en orden a modular la pena correspondiente;

b) porque el verdadero elemento característico ya no residiría en el modo de apoderamiento antecedente (violencia, intimidación, sustracción, abuso de confianza, engaño) sino en la ilegitimidad del desapoderamiento subsecuente: la apropiación ilícita<sup>34</sup>.

En cualquier caso puede comprobarse que, incluso en un sistema -como el nuestro- de construcción francesa apoyada tradicionalmente sobre el abuso de confianza, el vector del apoderamiento ilícito ha ido ganando terreno doctrinal y jurisprudencial: *“la moderna doctrina científica, seguida ya por esta Sala SS. de 30 noviembre 1956, 3 y 16 octubre 1972, entre otras-, ya no ve en el abuso de confianza el dolo específico del delito de apropiación indebida (...) de suerte que basta el dolo de apropiación o ánimo de haber la cosa como propia”*<sup>35</sup>.

---

33.- **SIMONS VALLEJO, RAFAEL.** *“Sobre el contenido del injusto de los delitos de apropiación indebida (reflexiones a propósito de los arts. 252 y siguientes del Código Penal español)”* Revista Penal.com, Nº. 15 (2005) considera que: *“la presencia de una relación posesoria así definida, en el seno de la estructura de este delito, no constituye, en absoluto, una característica derivada de la misma naturaleza o esencia de la apropiación indebida (...) sino que por el contrario es el resultado de la construcción de la misma sobre la idea de apropiación, que requiere conceptualmente de aquélla como condición de existencia, y por ende, es una consecuencia de su inclusión dentro de la categoría más general de los delitos de apropiación. (...) En el StGB, la sanción de las conductas apropiatorias que tengan por objeto cosas no poseídas por otro sujeto, es de carácter general; el § 246 de ese cuerpo normativo funda, en efecto, una regla general que permite sancionar cualquier hipótesis imaginable de apropiación”*.

34.- El **parágrafo 246 del Código penal alemán** sanciona a: *“Quien se apropie antijurídicamente de una cosa mueble ajena o la adjudique a otro”*, tipo básico con referencia al que se aumenta la sanción aplicable a comportamientos agravados por el desvalor de la conducta, como la apropiación indebida de cosa confiada (ex parágrafo 246.2 StGB) que en nuestro derecho actúa a modo de eje en torno al que se aglutinan los restantes tipos sancionados con menor pena.

35.- **STS 2ª 8 Jun. 1979:** *“Que la moderna doctrina científica seguida ya por esta Sala SS. de 30 noviembre 1956, 3 y 16 octubre 1972, entre otras-, ya no ve en el abuso de confianza el dolo específico del delito de apropiación indebida, con el consiguiente quebranto de previos vínculos de lealtad que ello comportaría, sino que la existencia de fiducia es más bien elemento objetivo de la acción, en cuanto inherente al título (depósito, comisión, administración o análogo) que obliga a entregar o devolver la cosa (res comendata o cosa confiada), elemento fiduciario, de corte objetivo, que aún en ocasiones llega*

## LA DISTRACCIÓN DE DINERO.

Una mención específica merece el dinero como objeto sobre el que recae la acción en la apropiación indebida, en cuyo marco típico debutó cuando los tipos referentes a la administración desleal (previstos en el Código Penal de 1822<sup>36</sup>) fueron suprimidos por el Código Penal de 1848, de modo que aquella distinción -ahora crucial- entre apropiación y deslealtad en la administración, ya no se mantuvo, “*cabe suponer, por haber supuesto que al incluir en el art. 452 la distracción de dinero las figuras del Código Penal de 1922 se tornaban innecesarias*”<sup>37</sup>.

A partir de ello, la distracción de dinero ha venido siendo doctrinalmente controvertida, sin que se hayan ahorrado críticas a esta dificultad metodológica, que alumbró una interpretación (de la regulación típica) infelizmente abocada -desde ese instante- a cubrir supuestos de más que dudosa apropiación<sup>38</sup>.

Dado que la apropiación envuelve una conducta de disposición en el sentido antes apuntado (es decir actos de desapoderamiento de un valor

---

*a faltar como acontece en el depósito miserable o necesario, expresamente mentado por el art. 535 del C. P. en su párr. 2.º para castigar el hecho más gravemente, de suerte que basta el dolo de apropiación o ánimo de haber la cosa como propia por parte del accipiens una vez que ya le fue otorgada la posesión de aquélla por el tradens, correlativamente con la acción apropiadora que quebranta la propiedad ajena pero no la posesión que ya se tenía (lo que diferencia este delito del hurto), como tampoco es necesario que la entrega de la cosa se haga por parte del dueño con voluntad viciada por el engaño (a diferencia de la estafa).”*

36.- **Código Penal de 1822.** Capítulo VI sobre los abusos de confianza, art. 778: “*El administrador o el encargado de bienes o de negocios, que faltando á la lealtad que debe á su principal, descubriere en perjuicio del mismo los secretos del patrimonio, administración o cargo que tuviere confiado, o estraviare fraudulentamente los instrumentos que se le hubieren entregado, ó en otra manera se hubiere portado con dolo en su encargo ó administración, sufrirá la pena de reclusión de tres meses á un año, y una multa de cincuenta á sesenta duros*”.

37.- **BACIGALUPO ZAPATER, E.** Op. cit, pág. 2025.

38.- La **STS 2ª 24 Abr. 1973** refleja una amalgama viscosa entre apropiación indebida, administración desleal, y malversación de caudales públicos: “*Uno de los títulos fiduciarios frecuentes que nutren la transferencia posesoria primaria es el de administración, señalado por el artículo 535, entre otros, en una enumeración exhaustiva, no concretándose dicho título a la institución contractual del derecho privado, ya que abarca situaciones jurídicas de cualquier condición, incluso las públicas, debiendo acogerse tanto el cuidado de intereses y bienes ajenos como toda gestión, gerencia, dirección, gobierno, regencia para otro, gobernando, rigiendo, cuidando, sirviendo o tutelando derechos ajenos por su encargo o delegación. Por consiguiente, entra dentro de tan amplio concepto el desempeño de la organización comercial de una empresa ajena y la tutela de sus intereses, rindiendo cuentas de la gestión*”.

patrimonial, que afectan a la propiedad), parece lógica la exigencia de que el objeto apropiado sea ajeno<sup>39</sup>.

Precisamente por falta de ajenidad, doctrina y jurisprudencia se han venido mostrando contrarias a subsumir en la apropiación indebida algunos apoderamientos de dinero:

- el recibido en préstamo (mutuo), ya que el prestatario queda investido como propietario y (según el art. 1.753 del Código Civil) sujeto a la simple obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

- el depósito irregular en cuenta corriente<sup>40</sup>.

En los demás casos (depósito, comisión, custodia) cuando el incumplimiento de la obligación de entregar o devolver el dinero implica destinarlo o aplicarlo a finalidades para las que no se recibió, constituye una conducta de “distracción” que se alinea mejor con la administración desleal, una infracción contra el patrimonio<sup>41</sup> que no requiere *animus rem sibi habendi*.

Sin embargo la jurisprudencia, para no dejar impune el desvío de dinero hacia un destino indebido o con una finalidad ilícita, acabó subsumiendo estos casos (de administración desleal de dinero) en la apropiación indebida, y para ello formuló la distinción entre “*distracción de dinero*” y “*apropiación*”

---

39.- STS 2ª 5 Mar. 1990: “*el objeto jurídico del delito de apropiación indebida es la propiedad. Y mal puede lesionar el bien jurídico de la propiedad en cuanto tal, quien es propietario. Apropiación de lo que es propio es una contradicción in adjecto. Presupuesto del injusto típico es la ajenidad de la cosa. Y en la prenda sin desplazamiento el depositario es dueño del objeto. El depositario y dueño podía, por lo demás, vender la totalidad o parte de los bienes pignoralados, bajo ciertas condiciones, el incumplimiento de las cuales al efectuar la venta no cumple el elemento subjetivo del tipo de apropiarse o distraer, es decir, de apoderarse de tal bien; por la razón expuesta de que nadie puede apoderarse de lo que es suyo.”*

40.- FERRER SAMA. Op. cit., pág 426, señala que el depósito irregular de dinero constituiría un préstamo o comodato conforme al art. 1768 Código Civil, salvo que se entregase de forma cerrada o sellada (art. 1769 Código Civil).

41.- Según la opinión doctrinal mayoritaria, en el caso de los delitos contra la propiedad, la conducta delictiva implica un ataque contra elementos concretos del patrimonio, tales como el derecho de propiedad, la posesión o los derechos de crédito; por el contrario, cuando se trata de definir los delitos contra el patrimonio, la opinión doctrinal es divergente: a) ataque general (al patrimonio en su totalidad); b) ataque difuso (agresiones dirigidas a elementos patrimoniales, pero sin concretar la agresión en un determinado).

de bienes<sup>742</sup>, a pesar de lo discutible<sup>43</sup> y hasta confuso de esta solución<sup>44</sup>, cuestión sobre la que han abundado matizaciones de fondo, sin faltar las críticas doctrinales<sup>45</sup>.

---

42.- STS 2ª 31 May. 1993: “Ambas expresiones, *apropiar* o *distraer*, tienen una significación similar, pues se refieren a la realización de uno de los actos de disposición antes referidos (...) cuando tiene por objeto el dinero u otra cosa fungible el delito se comete cuando a la cosa, que ya se ha adquirido en propiedad, se le da un destino distinto del pactado (...) Parece que para estos últimos supuestos encaja mejor el término *distraer*...” También la STS 2ª 14 Mar. 1994: “el artículo 535 CP no sólo contiene el tipo clásico de apropiación indebida de cosas, sino también en cuanto se refiere al dinero, un tipo de gestión desleal, de alcances limitados, que se comete cuando el administrador o el comisionista perjudican patrimonialmente a su principal en la medida en la que, habiendo recibido sumas de dinero para ser entregados a dicho principal no lo hacen distraiendo el dinero de cualquier manera. (...) Por lo tanto, en esta hipótesis típica en la que no se da una verdadera acción de apropiación, el «*animus rem sibi habendi*» es totalmente innecesario. El autor sólo debe haber tenido conocimiento de producir el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo.” Y en este mismo sentido la STS 2ª 12 Dic. 2002: “El término empleado por el tipo penal, «*distraer*» no se refiere a una «*apropiación taimada*» en contraposición al término «*apropiarse*» que indicaría una apropiación directa del bien. La diferenciación entre ambos términos sugiere, de una parte, una modalidad de apropiación en la que el recurrente incorpora a su patrimonio el bien y, de otra, la conducta de quien gestiona un patrimonio ajeno y lo dispone en perjuicio de la persona física o jurídica (...) Es una interpretación que surge de la propia literalidad del precepto penal, del art. 535 del Código Penal 1973, que hoy se corresponden con los arts. 252 y 295 del Código Penal de 1995, y resultante de analizar el precepto desde la perspectiva de la reforma operada en el Año 1983 en los delitos recogidos bajo la rúbrica «*De las defraudaciones*». La jurisprudencia de esta Sala así lo ha entendido (cfr. STS 224/1998, de 26 de febrero, 1965/2000, de 15 de diciembre, 253/2001, de 16 de febrero, 1040/2001, de 29 de mayo y 125/2002, de 31 de enero) de forma constante al interpretar el tipo penal de la apropiación indebida..”

43.- BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL considera que: “*siendo el dinero el bien fungible por excelencia, su propiedad se transmite con la simple traditio, de modo que no habría nunca apropiación indebida de dinero ni siquiera el recibido por administración depósito o comisión, sino simple gestión contraria al deber de fidelidad*” (<https://repositorio.uam.es>).

44.- STS 2ª 23 Jun. 1973: “*El verbo «distraer» no es sinónimo del de apropiar -ambos integrantes del núcleo del tipo-, ya que acoge el mero apartamiento del dinero del fin determinado, aunque se confunden, si a ello se agrega el apoderamiento por el administrador*”.

45.- Para Muñoz Conde la distracción envuelve un propósito de devolución o de aprovechamiento temporal, a diferencia de la apropiación (MUÑOZ CONDE, F. “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 13ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. Pág. 425.), aunque parte de la doctrina niega una diferencia categórica entre ambos términos.

Sobre la misma cuestión:

-DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO. “*Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*”. Ed. PPU. Barcelona, 1993.

-GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. “De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal”, pág. 2.

-CHOCLÁN MONTALVÓ, J. A.: “*Acerca de la mal llamada “apropiación indebida” de dinero*”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º. 335, 26 Mar. 1998, pág. 2.

## ELASTIFICACIÓN E INSUFICIENCIA DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA.

Además se fueron acumulando las dificultades para subsumir en el seno de la apropiación indebida los apoderamientos de títulos no mobiliarios, ineptos típicamente para su reconducción al cauce -cada vez más estrecho- de esta figura penal<sup>46</sup>, gradualmente forzada a una elastificación desde que el Código Penal de 1973 -además del dinero- incluyó la referencia a los “efectos”, y en el Código Penal de 1995 a los “valores” y a los “activos patrimoniales”<sup>47</sup>, lo que supuso incluso prescindir de la tradicional y taxativa exigencia (que históricamente compartía con el hurto) de que el objeto apropiado fuese un bien mueble, siempre a cuenta de procurar la respuesta penal más adecuada a una conflictividad paulatinamente excedente de los relativos márgenes que la apropiación indebida podía ofrecer con arreglo a su genuina naturaleza.

### LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL SOCIETARIA.

Tan es así que hasta ese momento los apoderamientos, e incluso algunas distracciones de dinero cometidos en el seno de una sociedad, resultaban incriminables como apropiación indebida<sup>48</sup> o estafa, pero quedaban impunes

---

46.- STS 9 Feb. 1989: *“La doctrina y la jurisprudencia subrayan que el concepto general de cosa mueble no coincide con el civil, pues aquel tiene un sentido funcional, en cuanto solamente abarca los objetos materiales susceptibles de aprehensión y transporte. Tal noción, a la vez que se aparta de las previsiones del Código Civil, se aproxima al entendimiento común y realista. Consecuentemente, no merecen la consideración de cosas muebles las de carácter incorporal, sean derechos o energías (recuérdese la tipificación expresa de las defraudaciones del fluido eléctrico y análogas), pero si, por el contrario, la estatua incorporada a un edificio (bien inmueble para el derecho civil). En la línea indicada pueden verse las Sentencias de 30 de mayo de 1890, 15 de octubre de 1898, 20 de mayo de 1983 y 4 de julio de 1986, perteneciendo a esta última la declaración de que debe entenderse por cosa mueble en derecho penal «todo objeto del mundo exterior susceptible de apoderamiento material y de desplazamiento, concepto funcional a efectos penales no necesariamente coincidente con el de cosa mueble en el orden civil». La aplicación de la anterior exégesis al caso objeto de autos impide la calificación a tenor del artículo 535 del Código Penal, porque las parcelas compradas para el nuevo colegio son bienes inmuebles, mientras que los derechos o participaciones correspondientes a la sociedad formada por querellante y querellado se mantienen en el ámbito de lo incorporal.”*

47.- ÁNGEL CALDERÓN Y JOSÉ ANTONIO CHOCLÁN MONTALVO. *“Código Penal Comentado”*. Ed. Deusto. Bilbao. 2005, pág. 566: *“El objeto material está representado tanto por los bienes muebles como los inmuebles (...) la inclusión de los inmuebles se deriva de la expresión típica en los activos patrimoniales”*. También BACIGALUPO ZAPATER, E., op. cit, pág.2018: *“Es sin embargo evidente que activos patrimoniales no son sólo los inmuebles, o que estos lo son tanto como los muebles o los valores de otra naturaleza”*.

48.- STS 2ª 4 Jul. 1980: *“Que entre los títulos aptos e idóneos para generar el delito estudiado que no menciona «nominatim» el art. 535 del C. P. figura el contrato de sociedad (...) se puede construir el delito de apropiación indebida en los casos de contrato de sociedad, bien sobre la base de la distinta personalidad de los socios y de la sociedad, bien con apoyo en el fundamento de que quien se apropia de bienes sociales está perjudicando a los demás socios y privándoles de parte o de todo su patrimonio*

los comportamientos carentes tanto de apropiación como de engaño<sup>49</sup>:

- Aseguramiento de obligaciones ajenas a los intereses sociales con garantías reales sobre bienes de la sociedad.
- Empleo de cantidades en beneficio de los administradores.
- Adquisición de bienes por precio diferente al formalmente documentado.
- Obtención de comisiones por los administradores, directamente o a través de otras sociedades que controladas por ellos.
- Pago de gastos personales de los administradores con cargo a la sociedad.
- Pago de dividendos ficticios o no distribuibles.

Por ello, desde el Proyecto de Código Penal de 1980 en adelante, los textos prelegislativos tuvieron en cuenta el problema, aunque no fue hasta la LO 10/1995, de 23 de noviembre que el Código Penal incorporó una figura de administración desleal (bien que limitada a la gestión/administración “societaria”) a modo de reacción frente a situaciones antes excluidas de la

---

*(...); por ello, la doctrina ha entendido que comete este delito el administrador o gerente de una sociedad que recibiendo, con destino social, dinero o cosa mueble, lejos de ingresarlo en el acervo social lo toma para sí en beneficio exclusivo, y también lo perpetra si tomando del caudal social dinero o cosas muebles, los incorpora a su patrimonio, o los hace suyos, o les da un destino distinto al convenido o adecuado, y, finalmente, que lo mismo puede predicarse de cualquier socio, que aun no siendo administrador, obre de idéntico modo al señalado; y por su parte la jurisprudencia, en SS. de 26 enero 1905, 2 octubre del mismo año, 9 febrero 1912, 7 noviembre 1914, 3 y 17 marzo 1927, 14 junio y 8 julio 1935, 3 abril 1946, 28 febrero 1951, 16 febrero 1954, 20 octubre del mismo año, 22 octubre 1960, 17 octubre 1964, 21 noviembre 1966, 5 diciembre 1967, 23 diciembre 1968, 2 mayo 1969, 20 abril 1970, 12 febrero 1971, 28 septiembre 1973, 25 marzo 1974, 27 junio 1975 y 14 enero 1976, ha sentado que, para que se cometa el delito de apropiación indebida en sociedades, es preciso: 1.º) que en poder del socio se halle el dinero o la cosa mueble, objeto del adueñamiento; 2.º) que dicha posesión lo sea con titularidad superpuesta a la propiamente de socio, es decir, en calidad de administrador, depositario, representante, director o gerente de la sociedad; 3.º) obligación de entrega o devolución; 4.º) que no exista tal indeterminación de derechos, complejidad, confusión o iliquidación que sea imposible percibir y distinguir lo que a cada uno corresponde y dónde acaba el derecho propio y comienza el común o el de los demás socios; y 5.º) que concurra y se constate intención o propósito de incorporación al patrimonio propio de lo que consta es ajeno, quedando excluida dicha intención cuando se obra con propósito no lucrativo de realización del propio derecho, de cautela, de garantía u otro semejante.”*

49.- SEQUEROS SAZATORNIL, F., “Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores.” Madrid, La Ley, 2006, pág. 972, en GÁLVEZ JIMÉNEZ, A. “Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta.” Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología (en línea). 2015 n.º. 17-0), pág. 7.

estafa y la apropiación indebida<sup>50</sup>, que dio pie a una criticada coexistencia de dos figuras (y ambas limitadas) de administración desleal: 1.- la distracción de dinero (castigada como apropiación indebida); 2.- la administración desleal en el ámbito exclusivamente societario.

La administración desleal societaria del antiguo art. 295<sup>51</sup>, quedó supeditada a que el administrador hubiese incurrido en “*abuso de las funciones propias de su cargo*”, lo que -en suma- guardaba correspondencia con una de las dos variedades de administración desleal prevista en el párrafo 266 del Código Penal alemán (StGB)<sup>52</sup>: la modalidad de abuso: disponer, o contratar, abusando de las facultades, por lo que se configuró al margen tanto del deber de velar por el patrimonio ajeno, como de la figura conocida como “infidelidad” en el Código Penal alemán.

Bajo dicho presupuesto se perfilaron dos comportamientos típicos para la administración desleal societaria: a) la disposición fraudulenta de bienes pertenecientes a la sociedad y, b) la contracción de obligaciones a cargo de ésta que resultasen perjudiciales para los socios, depositarios, cuenta-partícipes, o titulares de los bienes, derechos, o acciones, en administración.

Desde luego fue mayoritaria la opinión doctrinal en torno a su calificación como delito de resultado lesivo, especialmente ante la exigencia de que se cause “*directamente un perjuicio económicamente evaluable*”, exigencia que parte de la doctrina entendió aplicable a las dos modalidades comisivas (y no sólo a la contracción de obligaciones)<sup>53</sup>.

---

50.- **BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL.** “*Administración desleal y apropiación indebida*”. La Ley nº. 5229. 19 Ene. 2001. Entiende que el tipo objetivo alcanza, en cuanto a la disposición fraudulenta, la concesión no autorizada de créditos sin garantías, el préstamo perjudicial a favor del propio administrador no facultado para obtenerlo, el pago por servicios no prestados a la sociedad, o por un precio superior al valor de mercado, el cobro por el administrador de comisiones no debidas o su pago a terceros, así como la falta de cobro de los créditos vencidos.

51.- **Art. 295 Código Penal (redactado por LO 10/1995, de 23 de noviembre):** “*Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta-partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido.*”

52.- **Art. 266.1 StGB:** “*Quien abuse de las facultades que se le otorgan por medio de la ley o por un cargo de autoridad o por el negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro;*”

53.- Dir. **QUINTERO OLIVARES, GONZALO;** Coord. **MORALES PRATS, FERMÍN,** “*Comentarios a la Parte Especial*”, 8ª ed., 2009, pág. 921 y ss.

En orden a la determinación del perjuicio, parte de la doctrina adoptó el criterio “jurídico-económico” (personal/individual) de patrimonio<sup>54</sup>, y la jurisprudencia ha acabado optando por un concepto objetivo-individual del patrimonio<sup>55</sup>, que va más allá del no incremento o decremento puramente patrimonial o contable e involucra la finalidad económica propuesta por el titular del patrimonio.

## DESLINDE ENTRE APROPIACIÓN INDEBIDA Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL SOCIETARIA.

Pero lo que importa destacar ahora son las dificultades que surgieron para discriminar entre la apropiación indebida (como administración desleal derivada de la distracción dineraria) y la disposición fraudulenta de bienes (como administración desleal societaria), cuestión que -con carácter general- se resolvió:

- a) reservando el marco típico de la disposición fraudulenta de bienes societarios para los usos o aprovechamientos en beneficio del administrador o de tercero sin correlativa contraprestación para la sociedad;
- b) manteniendo los casos de distracción de dinero en la órbita de la apropiación indebida.

---

54.- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socio-económico en el nuevo Código Penal de 1995”. Jornadas sobre el nuevo Código Penal. Asua Batarrita, A. Bilbao. 1998, pág. 133 y ss.

55.- Como delito de resultado que exige daño patrimonial lo señala la STS 2ª 17 Jul. 2006: “Desde luego, que no es posible una simple identificación de perjuicio, como un parámetro exclusivamente contable, bajo el prisma de saldo contable negativo, pues en tal caso, perjuicio típico podría ser parificable con un gasto que disminuya el activo social contable, o bien con una disminución patrimonial originada por una operación inmersa en una dificultosa coyuntura económica. El criterio más seguro para determinar cuándo nos encontramos con su presencia como elemento típico, es la sustracción de todo criterio contable para su enunciación, poniendo el acento en el origen de su causación, en vez de la simple constatación de su mera existencia contable. (...) En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada. En términos de la Sentencia de 23 de abril de 1992, «el juicio sobre el daño debe hacer referencia también a los componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual». En el mismo sentido, la Sentencia de 4 de marzo de 1996 refiere que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida. La jurisprudencia ha analizado casos de inexistencia de perjuicio típico en Sentencias 915/2005, de 11 de julio, 402/2005, de 10 de marzo, y 554/2003, de 14 de abril.” Y en este mismo sentido las STS 13 Jul. y 29 Nov. 2010.

El posicionamiento doctrinal fue abundante<sup>56</sup>, aunque no pacífico<sup>57</sup>, y la jurisprudencia -asumiendo la heterogeneidad entre ambas figuras- fue tratando de cimentar sus diferencias con un marcado carácter evolutivo:

Para la **Sentencia del Tribunal Supremo dictada el 26 de febrero de 1998** (Caso Argentinia Trust) “*El artículo 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan”.*

La solución pasaba entonces por un concurso de normas en relación de alternatividad, a resolver aplicando la figura con pena más grave (apropiación indebida)<sup>58</sup>.

En sentido diferente, la **Sentencia del Tribunal Supremo dictada el 29 de julio de 2002** (Caso Banesto) señaló: “*Adhiriéndonos, por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida, resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes. (...) Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaliéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio*

---

56.- GÓMEZ JARA, CARLOS. “La administración desleal de los órganos societarios”. Barcelona. Atelier, 2008. Pág. 181 y ss. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS. “El delito societario de administración desleal. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. Pág. 46.

57.- LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS. “La administración desleal societaria en el derecho penal español” InDret. Barcelona, abril 2010. Pág. 11: “*las actuaciones de apropiación o distracción de bienes sociales que, siendo de carácter dominical y teniendo una apariencia de legitimidad y regularidad, implican un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, son apropiaciones indebidas, pero también simultáneamente administraciones desleales societarias, pues implican eo ipso un acto de disposición fraudulenta de bienes.*”

En sentido bien diferente puede verse BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. *Op. cit.* Distinguió entre *acto ilícito dominical*: actos de disposición en concepto de dueño con incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver y con el ánimo de no entregar ni devolver (apropiación indebida), y *uso ilícito no dominical*: actos de disposición, no en concepto de dueño, sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver o, en todo caso, con ánimo de entregar o devolver (administración desleal).

58.- En el mismo sentido las STS 2ª 15 Dic. 2000, 3 Feb. 2002, 29 Sep. 2002, 7 Nov. 2002, 7 Jun. 2005, 25 Ene. 2006, 11 Abr. 2007, 15 Sep. 2010, 18 Dic. 2013.

*o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal.*“

La sentencia en cuestión se vio obligada a precisar que -como administración desleal- cabía englobar “*el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares.*”, porque la figura del cohecho entre particulares fue introducida con posterioridad mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, y últimamente reformada por la LO 1/2015, de 30 de marzo con nueva redacción del art 286 bis del Código Penal.

Sin embargo la **Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2005** propició un nuevo posicionamiento, en tanto la administración desleal supondría un exceso “*intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida (...) supone una disposición de los bienes (...) que supera las facultades del administrador.*”

Las oscilaciones jurisprudenciales descritas son fiel reflejo, y muestra viva, del desajuste institucional generado por la inestable convivencia entre una administración desleal sancionable como apropiación indebida (forzada a partir de aquella fórmula jurisdiccional interpretativa aplicada a la “*distracción*” del dinero), y la administración desleal societaria (nacida del Código Penal de 1995), a lo que añadir la injustificada diferencia penológica con que se favoreció a esta última<sup>59</sup>.

En suma, una sistemática deficiente que condujo a un deslinde jurisprudencial sinuoso entre ambas figuras, sobre cuya insostenibilidad ha venido alertando la doctrina en pos de una solución congruente<sup>60</sup>.

---

59.- GÓMEZ JARA, CARLOS. “*Crisis financiera y retribución de directivos*” InDret. Barcelona Mayo 2009. Pág. 23: “*El Legislador de 1995 no parece haberse percatado de la gravedad de las conductas de administración desleal societaria y de la necesidad de un plus punitivo.*”

60.- GÁLVEZ JIMÉNEZ, A. “*Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta.*” Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología (en línea). 2015 n°. 17-0), pág. 14: “*El legislador necesita abordar con carácter urgente el tema planteado, en el sentido de incorporar a nuestra normativa un precepto que sancione la administración desleal de forma amplia. Además, debería tomar la decisión de eliminar el artículo que reduce su aplicación al ámbito societario; o bien, dotarlo de autonomía propia, de forma que persistiera en nuestra normativa conjuntamente con la figura genérica de administración fraudulenta, como delito contra el patrimonio.*”

## LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL (LO 1/2015, de 30 de marzo).

La reforma del Código Penal (LO 1/2015, de 30 de marzo) ha tratado de dar respuesta a ese dilema al reestructurar las figuras correspondientes, manteniendo la apropiación indebida en la órbita de los delitos contra la propiedad cuando medie obligación de entregar o devolver los bienes recibidos, y construyendo una administración desleal (ya no estrictamente ligada a la esfera societaria) que abandona felizmente el terreno inherente a la apropiación indebida para recuperar su *locus standi* como delito contra el patrimonio cuando se actúe perjudicialmente sin o contra las facultades inherentes a la administración de un patrimonio ajeno.

## LA NUEVA ESTRUCTURACIÓN DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA.

El resultado de la última reforma se atiene -en principio- a la tradicional fórmula francesa en el art. 253, es decir una apropiación derivada del abuso de confianza (pero que sólo podría seguir considerándose como tipo básico en atención a que la pena de la apropiación indebida por abuso de confianza se equipara a la administración desleal y la estafa), donde se mantiene la referencia al “dinero” como objeto de apropiación sobre el patrimonio ajeno, aunque se elimina la antecedente referencia típica a la “*distracción*”, ahora subsumible en la esfera de la administración desleal, tal cual se manifiesta en la Exposición de Motivos de la reforma en vigor<sup>61</sup> y se deduce de haberse eliminado la referencia a la recepción del objeto en “administración”, que se ha sustituido por la de “*custodia*”. Por el contrario se ha recuperado la antigua nota identitaria común con el hurto, que es la de proyectarse sobre un bien de naturaleza mueble, aspecto ya comentado anteriormente en relación con la elastificación de esta figura penal que, para permitir la punición de conductas no encajables en la estafa ni en la apropiación indebida, incluyó en ésta sucesivamente alusiones a los “efectos” y los “valores”, y finalmente los “activos patrimoniales” cuya referencia ahora desaparece.

---

61.- **Exposición de Motivos de la reforma del Código Penal por LO 1/2015, de 30 de marzo:** *“La reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal. Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación..”*

Merece recordarse que el Tribunal Supremo señaló que la apropiación indebida no requería necesariamente el enriquecimiento del sujeto activo<sup>62</sup>, pero distinguiendo entre el apoderamiento de “cosas” que sí exigía *animus rem sibi habendi* (en ocasiones apreciado como elemento subjetivo del injusto<sup>63</sup>, y en otras tratado como dolo específico para la apropiación indebida), mientras que la distracción de “dinero” no lo necesitaba: “*el tipo no conlleva necesariamente el “animus rem sibi habendi”, sino que solo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasional al principal (...) distraendo el dinero o bienes de la sociedad cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que dichos efectos han quedado incorporados a su particular patrimonio, bastando la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a donde se han dirigido, esto es la despatrimonialización de la sociedad*”<sup>64</sup>, lo que debe ser puesto en relación con la referencia al apoderamiento “*para sí o para tercero*” que ahora figura -tras la reforma- en el art. 253 para la apropiación indebida, porque los actos de apropiación indebida abarcan no sólo el apoderamiento para sí (resultado que antaño fue doctrinalmente presentada como elemento distintivo frente a los actos de distracción<sup>65</sup>) sino también para un tercero.

Pero el art. 254 se aproxima sin excesivo disimulo a la construcción alemana (en principio plausiblemente, en tanto que abandona la metodología tópica y tiende a sustituirla por otra axiomática) cuando reconduce a un tipo único cualquier apropiación de cosa ajena, sancionándola con menor pena por estar desprovista del abuso de confianza; pero a diferencia del art. 246 Código Penal alemán (que ya se ha citado antes), nuestro nuevo art. 254.1 CP<sup>66</sup> elude la referencia explícita a la antijuridicidad, tal vez por tratarse de un elemento ineludible para la dimensión criminal de cualquier conducta; la mayor dificultad que presenta esta nueva figura radicará seguramente en su problemática delimitación típica (frente a comportamientos ilícitos

---

62.- Véanse la nota 25 y la **STS 12 Jul. 2000**: “*Reiteradamente nuestros precedentes han puesto de manifiesto que el delito del art. 535 CP/1973 (art. 250 CP) no requiere enriquecimiento del sujeto activo, sino perjuicio del sujeto pasivo. Ello rige tanto en el supuesto de apropiación de cosas, donde se requiere sólo el «animus rem sibi habendi», como en el de administración desleal consistente en la distracción de dinero. Por lo tanto, carece de toda significación que el acusado haya desviado el dinero al pago de deudas de la empresa que administraba, toda vez que, de todos modos, el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo resultaba precisamente de que su mandatario no le entregó el dinero recibido para él*”.

63.- **LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS**. Op. cit. Pág. 25.

64.- **STS 2ª 13 Jul. 2010**, y del mismo modo sus antecedentes pronunciamientos en **STS 2ª 14 Mar. 1994 y 30 Oct. 1997**.

65.- **GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.**, Op. cit., pág. 194.

66.- “*Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena*”.

meramente civiles, e incluso penales como el hurto impropio) dada la amplitud descriptiva que surge al categorizar la apropiación indebida estrictamente en base a la ilicitud del apoderamiento.

## **POR FIN LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO FIGURA GENERAL AUTÓNOMA.**

Para empezar conviene reseñar que no fue unánimemente defendida la supresión de la administración desleal en el ámbito estrictamente societario<sup>67</sup>, sino su conjugación con una figura más amplia, aunque tampoco cabe dudar de que la implantación de una única figura (general, en este sentido) de administración desleal proporcionará su clarificación institucional y fomentará una nitidez conceptual largamente demandada<sup>68</sup>.

Tras el resultado de la última reforma, la administración será desleal cuando se perjudique el patrimonio ajeno a consecuencia de una gerencia o administración ejercitada sin respetar o sin sujetarse (es decir infringiendo) las debidas facultades, del modo que viene recogido en el nuevo art. 252 del Código Penal<sup>69</sup>.

La más reciente **Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2015**, de acuerdo con los precedentes mencionados (más los sentados en STS 17 Jun. y 22 Jul. 2013 que cita), confirma el distingo entre actos delictivos de distracción (cuando son abusivos y desleales), y apropiación indebida (cuando conllevan expropiación correlativa: adueñamiento de bienes en beneficio propio o de un tercero, o bien distracción con pérdida definitiva), pero alerta de que -tras la reforma llevada a cabo por LO 1/2015, de 30 de marzo- desaparecen las diferencias ya que no permanece más que un delito patrimonial genérico de administración desleal, mientras que la

---

67.- **Informe del Consejo General del Poder Judicial** al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: *“La creación de un tipo genérico de administración desleal no debería llevar a la supresión del tipo específicamente societario, pues bien podría quedar éste como tipo agravado del genérico de administración desleal, en atención a la importancia de las sociedades en el tráfico económico.”*

68.- **RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS.** *“La administración desleal”*. Consejo General del Poder Judicial, 1999. pág. 35 y ss.

69.- **Art. 252 del Código Penal:** *“1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”*

apropiación indebida surge cuando las cosas o el dinero se reciben por título que obliga a entregar o devolver lo recibido (en lugar de responder a una administración), por lo que ya no cabrá apropiación indebida del dinero o bienes administrados.

Quizá no esté de más empezar por recordar la distinta naturaleza o las diferentes modalidades posibles de administración desleal, conforme se expuso en la STS 2ª 14 Nov. 2006: *“Es sabido que sobre la esencia del delito de administración desleal la doctrina ha dado tres respuestas diferentes. La primera considera que la esencia del delito es el abuso del poder de disposición sobre el patrimonio ajeno. La segunda estima que se trata de la infracción de deber de velar por el patrimonio ajeno. Y la tercera se basa en el quebrantamiento de una relación de confianza, aunque ello no tenga base en la infracción de deberes emergentes de una relación jurídica concreta. En el derecho comparado europeo unas legislaciones (Austria/Suiza) admiten sólo la primera respuesta, mientras que otras (Alemania desde 1933, BGBI, 295 [297]) han configurado dos tipos penales que se apoyan en la primera y en la tercera respuesta. Si bien en todos los casos existe una defraudación de los intereses del administrado, en la práctica las respuestas conducen a configuraciones del tipo más cerradas o más abiertas.”*

1.- Por lo que concierne a la antigua *“distracción de dinero”* incluida en el ámbito típico de la apropiación indebida, el Tribunal Supremo concluyó:

a) Inicialmente, en su STS 2ª 26 Feb. 1998, que la administración desleal societaria no encajaba en la modalidad de “abuso”, sino en la de “infidelidad”: *“...uno de los actos más característicos de la forma de administración desleal que la doctrina más reciente denomina “tipo de infidelidad”. La finalidad de su punición es proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador, frente a los perjuicios que se deriven para el primero de la infracción de los deberes que incumben al segundo.”*

b) Mientras que la posterior STS 2ª 14 Nov. 2006 afirmó lo contrario: *“la expresión “distracción de dinero” debe ser entendida en el sentido tradicional de la noción de abuso de poderes otorgados por Ley o por un negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno.”*

2.- Y por lo que atañe a la derogada administración desleal societaria, como ya se ha adelantado, se articuló ésta indiscutiblemente bajo la modalidad de abuso: disponer, o contratar, abusando de las facultades, por lo que se configuró al margen tanto del deber de velar por el patrimonio ajeno, como

de la figura conocida como “infidelidad” en el Código Penal alemán<sup>70</sup>.

3.- En cuanto a la situación actual resultante de la reforma:

Incriminar al administrador que, actuando dentro del ámbito de sus facultades, perjudique el patrimonio administrado por una simple quiebra genérica del principio de lealtad:

a) afectaría exclusivamente al ámbito de relaciones internas entre administrador y administrado;

b) abocaría a una holgura descriptiva excesivamente amplia e inclinada al rebosamiento de su continente típico por la simple infracción del deber “genérico” de fidelidad o lealtad;

c) inclinaría a enfocar la protección del bien jurídico con relación a unos deberes de los administradores societarios (diligente administración, fidelidad, lealtad y secreto), que de por sí ya establecen las normas mercantiles.

Pero la nueva redacción típica de la administración desleal, pese a su taxativa referencia a que el perjuicio al patrimonio administrado necesita producirse literalmente “*de esa manera*”, no es un dechado de precisión, máxime teniendo en cuenta sus antecedentes legislativos, puesto que incrimina a quienes “infrinjan” las facultades para administrar un patrimonio ajeno “excediéndose” en su ejercicio.

A partir de ello podría pensarse que sólo es típico un ejercicio inadecuado, indebido, o desviado de las facultades adquiridas o existentes (exceso intensivo) y, correlativamente, considerar atípicas las actuaciones para las que el administrador carecía de facultades (exceso extensivo).

---

70.- GÓMEZ JARA, CARLOS. Op. cit. pág. 23. Es más, en su opinión (Op. Cit. págs. 20 y 22): “*el único delito de administración desleal que tiene cabida en un ordenamiento jurídico-penal respetuoso de los principios fundamentales del Estado de Derecho es el tipo de abuso. En este sentido, no ya sólo la amplia discusión alemana respecto de los dos tipos existentes –abuso e infidelidad– da muestra de la inadecuación del segundo de ellos, sino que el propio Tribunal Supremo español ha tenido que dar “marcha atrás” en su primera introducción del tipo de infidelidad. La sabiduría de esta experiencia tanto europea como nacional, no puede ser obviada a la hora de proponer una interpretación conforme a la Constitución” (...)* “*Por ello, y pese a que estas palabras fueron pronunciadas hace más de un siglo, la defensa a ultranza del denominado tipo de abuso –en contra del tipo de infidelidad que ha defendido el Tribunal Supremo español en su primera línea jurisprudencial– por parte de BINDING indicando que la administración desleal consiste en el ejercicio abusivo de la capacidad de disposición por parte de la persona a quien el propietario ha facultado para disponer de su patrimonio, sigue estando plenamente vigente*”.

Aunque en realidad el término abuso<sup>71</sup>: a) incluye también los supuestos de “exceso”; b) en su primera acepción significa pasar más allá de la medida o de la regla; c) pero en su segunda acepción supone salir de los límites de lo ordinario “*o de lo lícito*”; d) aparte de que en su cuarta acepción el exceso equivale a abuso.

De modo que -terminológicamente- no parece concurrir base concluyente para excluir como comportamiento desleal típico los casos en que el administrador haya actuado careciendo de facultades, puesto que cabe una infracción por exceso.

Además conviene no olvidar que la distinción entre exceso intensivo y extensivo vino propiciada por la necesidad histórica de independizar la distracción de dinero de la administración desleal societaria, y que liquidar ese distingo concreto ha sido propósito manifiesto de la reforma en vigor, según pone de relieve su exposición de Motivos al equiparar la conducta del administrador desleal con las “*actuaciones para las que no había sido autorizado*”, ergo se incluye el exceso extensivo.

Lo importante es que esta nueva formulación típica exhibe unos contornos de holgura superior a la antecedente administración desleal societaria, cuyo ámbito tipológico quedaba constreñido a la disposición fraudulenta o la contracción de obligaciones perjudiciales.

La cuestión será determinar el alcance típico de la infracción, aclarando si tan amplios contornos contienen una figura puramente negativa de “*abuso*”, o si el ensanchamiento del tipo abarca la modalidad positiva de “*velar por el interés*”, opción (esta última) que ha empezado a defenderse partiendo de la referencia típica a la *infracción de facultades*:

a) bien sea por considerarla ambigua: “*la ambigua expresión **infrinjan facultades para administrar**, lo que, siendo que en principio se infringen deberes (y se abusa de facultades) puede llevar a ensanchar la tipicidad a supuestos en los que, más allá de los dos señalados, se desatienden también los deberes de velar por el interés del administrado*”<sup>72</sup>.

b) bien sea por entenderla más precisa: “*la **infracción de facultades** mediante el exceso en su ejercicio es más precisa que la mera **infracción del***

---

71.- **Diccionario de la Real Academia de la Lengua**: En su primera acepción, abusar es usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien.

72.- GILI PASCUAL, ANTONIO. “*Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*”. Pag. 739.

*deber* (...) “El art. 252 CP recoge, pues, un ejercicio de las facultades de administración no adecuado a los fines para los que estas fueron concedidas, lo cual equivale a un ejercicio de la posición de administrador infringiendo el deber asumido de velar por los intereses patrimoniales administrados”<sup>73</sup>.

La amplitud del tipo permite ahora abarcar todos los supuestos en que el sujeto activo ejercite las facultades propias de un administrador, tanto de hecho como de derecho: así en los supuestos de sociedades regulares, irregulares y en formación, tutorías y el albaceazgos (como se ha dicho preexistentes en el Código Penal de 1822), contrato de agencia, en general la gestión de negocios ajenos con o sin mandato.

En cambio, por no responder a un patrimonio íntegramente ajeno, cabrá plantearse la tipicidad inherente a una administración de bienes o derechos en cotitularidad (comunidades de bienes), que podría resultar desleal y perjudicial para los restantes cotitulares no administradores; sin olvidar que la situación de cuentas en participación, ha sido entendida por el Tribunal Supremo<sup>74</sup> como un acuerdo cuyo título de transmisión de la propiedad no es equiparable al préstamo ni al depósito, sino al de administración, conforme a la calificación de “gestor” que el Código de Comercio atribuye a quien las administra, teniendo como fuente la obligación de lealtad.

Pero la transgresión, aun entrañando desvalor de la acción, requiere -además- que concurra el desvalor del resultado, pues nótese que el intento de configurar la administración desleal como tipo de peligro en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012<sup>75</sup> (abiertamente criticado en el Informe emitido por el Consejo Fiscal<sup>76</sup>) fue posteriormente rectificado en el Proyecto.

---

73.- PASTOR MUÑOZ, NURIA y COCA VILA, IVÓ. “EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del código penal”. Atelier. 2016. Págs. 26 y 121.

74.- STS 2ª 23 Dic. 2009, 2 Abr. 2012, 30 May. 2012.

75.- **Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma del Código Penal** (16 de Julio de 2012): “La norma precisa que el perjuicio patrimonial existe tanto cuando se causa una disminución del patrimonio; cuando el acto de gestión desleal determina una falta de incremento del patrimonio administrado; o cuando se crea una situación de peligro de pérdida del mismo, pues el valor económico del patrimonio se ve disminuido cuando la integridad patrimonial está expuesta a una situación relevante de peligro”.

76.- **Informe del Consejo Fiscal** al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, pág. 230: “es una interpretación surgida en los tribunales alemanes, muy criticada por sectores cualificados de la doctrina germana y que surge de una peculiaridad del Código penal alemán como es la necesidad, para el castigo de la tentativa, de una previsión expresa en el tipo, previsión que no existe en concreto en el párrafo 266 y que hace que la tentativa de administración desleal no sea punible en aquel país.”

de reforma del CP de 2013<sup>77</sup>, que además se adhirió explícitamente a la línea marcada por el Tribunal Supremo en cuanto al criterio mixto “objetivo-individual” para la determinación del perjuicio, mientras que la Exposición de Motivos de la reforma en vigor guarda silencio sobre este último extremo.

Además se ha excluido la anterior mención al beneficio propio o de tercero que contemplaba el derogado art. 295 del Código Penal al regular la administración desleal societaria, pues la conciencia del perjuicio es el vector que rige los designios del sujeto activo para esta figura penal. En cualquier caso, la anterior exigencia (en la administración desleal societaria) de que el perjuicio al patrimonio administrado sea causada “directamente” o de modo directo (daño emergente) ha sido suprimida, lo que conducirá a tener que plantear -desde esta nueva perspectiva- la posible inclusión del lucro cesante como perjuicio indirecto.

Para finalizar, la debatida cuestión doctrinal en torno al bien jurídico protegido fue jurisprudencialmente abordada, respecto del derogado art. 295 del Código Penal, a partir de que su explícita referencia a los sujetos perjudicados (“*socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital*”) no incluía a la “sociedad”, defecto que no impidió considerarla necesariamente comprendida: “*Tanto desde el plano del delito societario, como desde la estructura genérica de la administración desleal, como faceta pluriforme del delito de apropiación indebida, ambos comportamientos punibles requieren la existencia de un perjuicio a la sociedad, que en el caso del primero, se ha de añadir la nota (que siempre fue sobreentendida así), de un perjuicio económicamente evaluable a los socios o a los terceros comprendidos en la norma penal.*” (STS 2<sup>a</sup> 17 Jul. 2006), doble lesión que asimismo llegó a ser entendida como posible incluso de forma alternativa y no necesariamente cumulativa o conjunta: “*El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio (...) resultando paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues **el perjuicio** resultado del mismo, ha de afectar en régimen alternativo **a sus socios, depositarios (parece que debiera decir "depositantes"), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre***”, aunque en sentido distinto se entendió inevitablemente concurrente ese doble perjuicio porque

---

77.- **Exposición de Motivos del Proyecto de reforma del Código Penal** (4 Octubre 2013): “*La reforma supera además la referencia a un «perjuicio económicamente evaluable» que contenía el derogado artículo 295 CP, y que había sido en ocasiones interpretada en el sentido propio de un concepto económico de patrimonio: lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorados los fines personales a que el mismo está orientado. Existe perjuicio patrimonial, no solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo*”.

*“no puede comprenderse un perjuicio social que no abarque a los intereses individuales de los socios que conforman la masa en coparticipación”*<sup>78</sup>.

El nuevo art. 252 del Código Penal señala que el perjuicio habrá de recaer sobre *“el patrimonio administrado”*, y con ello parece relegar como sujetos pasivos a terceros perjudicados que no sean titulares de ese patrimonio administrado, lo que quizá no permita resolver -al menos en cuanto al ámbito estrictamente societario- si el bien jurídico protegido por el delito de administración desleal es el patrimonio exclusivamente, o si además se tutela algún otro aspecto (del modo señalado por la precedente jurisprudencia) cuando la administración desleal tenga lugar en -precisamente- ese ámbito societario: *“es posible distinguir dentro de esta figura penal, a su vez, dos bienes jurídicos especialmente protegidos: el individual, formado por el concreto patrimonio social, y el colectivo, dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico.”*<sup>79</sup>.

---

78.- STS 2ª 15 Feb. 2010.

79.- STS 2ª 7 Jun. 2006, 11 Abr. 2007 y 3 Nov. 2015.



## **X.- 2. LA MALVERSACION**

**Juan Carrau Mellado**

### **1. ANTECEDENTES.**

La Ley Orgánica 1/2015 ha modificado de forma sustancial el delito de malversación.

Hay que recordar que este delito no se había modificado en los últimos 20 años, pues la redacción del Código Penal de 1995 (L.O. 10/1995) se había mantenido inalterada y que la reforma de 2003 (L.O. 15/2003) únicamente sustituyó la cantidad de 500.000 pesetas por la de 4.000 euros.

La malversación se había construido siempre como hurto o apropiación indebida de bienes públicos.

Retrocediendo en el tiempo, se comprueba que el Código Penal de 1973 o más bien de 1971 (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el texto refundido del Código Penal, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre) mantenía el mismo tipo penal siendo idéntica la conducta que se sancionaba.

En realidad la conducta típica (en relación con el hurto o apropiación indebida) se había mantenido inalterable en la ley española desde la primera codificación penal en España (1822).

En efecto, el capítulo III de ese Código (artículos 463 a 467) marcaba tipos similares a los vigentes hasta ahora aunque distinguía malversación impropia/propia, negligente/dolosa y temporal o de uso/definitiva. Así, la conducta típica se describía en el artículo 463 (referida a la malversación de uso) del siguiente modo:

*Del extravío , usurpación y malversación de caudales y efectos públicos por los que los tienen á su cargo.*

*ART. 463. Cualquier funcionario público que teniendo como tal á su cargo de cualquier modo la recaudación, administración, depósito, intervención ó distribución de caudales ó efectos pertenecientes al Estado, ó á la comunidad de una provincia ó pueblo, ó á algún establecimiento publico, extravié á sabiendas algunos de dichos caudales ó efectos, pero en términos de poder reemplazarlos inmediatamente que sean necesarios, y sin que hayan hecho falta para las atenciones del instituto, perderá su empleo, y pagará una multa de diez al veinte per ciento del importe de lo extraviado, y será apercibido. Si por este extravío hubiere dejado de pagar indebidamente alguna de las atenciones del instituto respectivo, se le impondrá además otra multa del diez al veinte por ciento de lo que haya dejado de pagar, y resarcirá los perjuicios que haya causado.*

Pero para valorar adecuadamente la trascendencia del cambio, hay que observar que desde las normas más antiguas de la época romana (*lex iulia peculatus et de sacrilegis et de residuis*) hasta el año 2015, el tipo penal había permanecido invariable.

El cambio legal del 2015 rompe por tanto con una trayectoria invariable de más de 2000 años.

## 2. EL CAMBIO.

La Ley Orgánica 1/2015 resalta precisamente este cambio sustancial.

Así en la propia Exposición de Motivos de la ley se señala:

**La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos** y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos. La reforma introduce **una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos**. De este modo **se incluyen** dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, **otros supuestos de gestión desleal** con perjuicio para el patrimonio público. Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal.

*Se incluye un supuesto agravado que es aplicable en todos los casos de causación de un perjuicio al patrimonio público superior a 50.000 euros, y se prevé una agravación mayor de la pena (que permite alcanzar penas de hasta doce años de prisión), en los casos de especial gravedad.*

*Para los casos de menor gravedad, en los que la entidad del perjuicio patrimonial no exceda de 4.000 euros, se mantiene un tipo atenuado para el que está previsto un marco penal amplio que permita a los tribunales ajustar la pena a las circunstancias del caso y, en cualquier caso, la imposición de penas superiores a las actualmente previstas.*

Pero el cambio introducido es doble porque de un lado la malversación se construye en relación a la administración desleal y a la apropiación indebida pero por otra parte, tanto la administración desleal como la apropiación indebida son ampliamente reformadas.

A pesar de lo novedoso de la modificación, es posible rastrear un precedente.

En efecto, en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Mayo de 2014 (ponente Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta) en su fundamento jurídico décimo se dice:

*(...) “En este sentido, **podemos señalar la correlación del delito de malversación con el delito de administración desleal**, con la diferenciación derivada de la naturaleza pública de los caudales en la malversación y privados en la administración desleal. En ambos se produce una despatrimonialización a partir de una disposición, o su consentimiento, fuera del ámbito autorizado.” (...)*

Este pronunciamiento anticipa, parcialmente, el cambio legal que se haría un año más tarde.

### **3. ANÁLISIS DEL DELITO.**

**a.- Bien jurídico protegido**

**b.- Presupuestos**

**c.- Sujeto Activo**

**d.- Conducta**

**e.- Objeto**

**f.- Elementos subjetivos**

**g.- Tipos agravados**

**h.- Tipo atenuado**

**i.- Atenuación genérica.**

**a.- El bien jurídico protegido** permanece inalterable. La doctrina habla de la doble naturaleza del delito. Por un lado es un **delito contra la Administración Pública** y por otro, es un **delito económico o contra el patrimonio**. El tipo penal está destinado a proteger el correcto funcionamiento de la administración por una parte y, por otra, la integridad patrimonial.

Estos valores protegidos se mantienen con la reforma.

**b.-** Requería la ley y la jurisprudencia unos **presupuestos** para la existencia del delito que, parcialmente, se han alterado tras la reforma:

- La cualidad de funcionario del sujeto activo que con la reforma se mantiene.
- El poder de disposición del funcionario sobre los bienes que ahora debe ser interpretado como capacidad de administrar o decidir sobre ellos.
- El carácter público de los caudales que en la nueva ley se mantiene con la denominación de patrimonio público. Se abandona el término caudales y por tanto la consideración de bienes muebles.

Este cambio supone ampliar el objeto del delito a inmuebles, derechos expectantes, derechos de crédito, activos, etc...cuando hasta ahora estaba claramente vedado por la jurisprudencia. Así, entre otras, la sentencia 986/05 de 21 de Julio o la sentencia de 238/2010 del TS de 17 de Marzo o las sentencias de *14.3.95, 5.3.90, 27.9.91, 5.5.93, 18.3.94, 7.2.94, 19.5.2004, 20.12.2000 o 21.7. 2005.*

- Si antes era necesaria la presencia de un dolo y un ánimo de beneficio económico propio o de tercero, ahora debe traducirse en dolo de perjudicar en patrimonio administrado en beneficio propio o de terceros.

**c.-** Como hemos indicado, no se aprecia modificación en **el sujeto activo del delito** que debe ser un funcionario en los términos que la

jurisprudencia considera a los efectos penales y sin perjuicio de la intervención del *extraneus*.

**d.- La conducta** típica ha cambiado de manera radical, no se contiene ningún verbo en el precepto y ahora se remite a la acción de la administración desleal y a la de la apropiación indebida.

**e.-** Ya se ha señalado que **el objeto del delito** se amplía de manera clara pudiendo ser objeto de este delito todo lo que integra el patrimonio público.

Patrimonio público que debe ser interpretado conforme la jurisprudencia anterior en relación a la naturaleza pública (por pertenencia, incorporación, destino, etc...)

**f.-** En cuanto a los **elementos subjetivos** del tipo se mantiene la exigencia de dolo, si bien este podría ser directo o eventual (la sentencia del TS de 26-9-2013 parece referirse a ello).

**g.-** El número 3 del artículo 432 establece un **tipo agravado** de manera alternativa *cuando se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros* añadiendo un párrafo final que permite llegar a una pena de 12 años de prisión:

*Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.*

**h.-** El artículo 433 establece un **tipo atenuado** cuando el perjuicio ocasionado es inferior a 4.000 euros.

**i.-** Es muy novedosa la introducción en el artículo 434 de una **atenuación genérica muy cualificada** en relación a quienes hubieren *reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.*

En este caso parece que es imperativa la obligación de atenuar en un grado la pena.

#### 4. PROBLEMAS CONCURSALES Y SUPUESTOS DIVERSOS.

La nueva redacción del artículo 432 va a suponer ahora una multiplicación de los supuestos de colisión entre la malversación y el fraude a la administración.

Si malversación es cuando el funcionario administra de manera desleal, parece evidente que cuando se concierta con un tercero para defraudar (fraude del 436) malversa al tiempo que defrauda.

Las únicas diferencias ahora entre el 436 y el 432 es que el primero se consume desde el concierto mismo (consumación anticipada) y que no precisa de obtener un resultado lesivo (se puede sancionar aunque no ocasiones perjuicio al patrimonio público).

Estos problemas concursales ya existían en la anterior redacción.

Las más modernas y razonadas sentencias del Tribunal Supremo se decantaban por sancionar ambos delitos si bien en ocasiones uno de ellos (fraude) podía estar en concurso medial con el otro (malversación).

La sentencia del Tribunal Supremo de 28-2-2014 siendo ponente el Excmo. Sr. Antonio del Moral tras relatar los diversos criterios sobre los concursos delictivos entre fraude y malversación optaba por sancionar ambos delitos sin perjuicio de aplicar la relación medial de uno respecto de otro.

En idéntico sentido la, ya citada, sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Mayo de 2014 en la que se sancionan ambos delitos como concurso de delitos y no de normas.

Línea jurisprudencial que se había iniciado con la sentencia del Tribunal Supremo de 27-9-2002 siendo ponente el Excmo. Sr. Cándido Conde Pumpido.

La anterior polémica sobre si existía malversación en aquellos casos en que la administración había recibido un servicio o contraprestación por los fondos públicos aunque estos fueran desproporcionadamente elevados en relación al lo recibido, parece que puede tenerse por decaída.

Anteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de 5-4-2002 siendo ponente el Excmo. Sr. Enrique Abad Fernández consideró que no existía delito del malversación por el pago (elevadísimo) de una Administración para que

las camisetas de un club de futbol hicieran publicidad. Ello parecía chocar radicalmente con la nueva dirección de la sentencia del Tribunal Supremo de 18-11-2013 (ponente el Excmo. Sr. José Ramón Soriano Soriano) en la que se consideró que sí que existía delito de malversación al pagar una minutas de abogado desproporcionadas por unos servicios de asistencia jurídica.

La nueva redacción parece resolver el problema ya que administrar deslealmente es pagar un precio superior y desproporcionado por unos servicios perjudicando así el patrimonio público que se administra. No habría duda de que se cometería delito de malversación.



## **X.- 3. INSOLVENCIAS PUNIBLES Y CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS**

**Gabriel Garcías Planas**

Los delitos que han expuesto mis compañeros de mesa, “Delitos societarios, apropiación indebida, y malversación de caudales públicos” y los expuestos por mí “La corrupción en los negocios e las insolvencias punibles”, tienen como denominador común, en muchas ocasiones, la idea de “corrupción”. Y es sobre ello, con carácter previo a tratar brevemente de los delitos a mí asignados, que voy hacer unas reflexiones o consideraciones.

El Código Penal de 2015, creo que ha perdido la oportunidad de dedicar un Capítulo relativo a los delitos de “Corrupción”. Pues sabido es, que ahora básicamente son delitos de corrupción los que figuran bajo el Título “De los delitos contra la Administración Pública”.

Hay que decir que el verbo corromper es una voz polisémica y que según el Diccionario de la Real Academia Española tiene varios significados, a saber, “Alterar y trastocar la forma de alguna cosa”, “Echar a perder, depravar, dañar, sobornar” etc. Sin embargo debemos considerar corrupción a tenor de la idea que late en el Código Penal como perversión de algo. El Convenio contra la corrupción redactado en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999, en su Preámbulo dice textualmente “la corrupción constituye una amenaza para la primacía del derecho, de la democracia y los derechos humanos, que la misma socava los principios de una buena Administración, de la equidad y de la justicia social, que falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad”.

Una vez sentado cuanto acabamos de manifestar se ha venido comentando, muchas veces con razón que el Derecho Penal y Procesal Penal en su lucha contra la corrupción limitan las garantías y la proporcionalidad de las

sanciones, lo que ha hecho que se utilice la expresión “del nuevo Derecho Penal del enemigo”.

Así a la hora de aplicar las penas en el artículo 66.6 del Código Penal, si no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes los Tribunales atenderan a las circunstancias personales del autor y a la mayor gravedad del hecho. Quiero decir con ello, que no se debe atender sino mas bien al contrario, de este concepto inconcreto denominado alarma social.

A un Jurista le está vedado emplear la expresión “tolerancia cero”. Pues la intolerancia debe predicarse de todos y cada uno de los delitos. Pero hay que mantenerse en los principios, en el de legalidad y en el de culpabilidad y a mi juicio los operadores jurídicos no deben salirse de ahí.

En el ánimo de la lucha contra la corrupción, se oyen voces, creo que poco afortunadas, en el sentido de que el Indulto está vedado a este tipo de delitos. Creo que ello no se sostiene jurídicamente, por cuanto el Indulto, que debe ser restrictivo y motivado, se aplica por razones de justicia material. Nunca por el tipo de delito cometido.

Otra cuestión, que se da en demasiadas ocasiones, básicamente en los denominados delitos de corrupción, es lo que algún penalista de gran prestigio, ha denominado “imputaciones dormidas”, es decir, aquellos supuestos en que una persona es citada como testigo, pero se le advierte que en cualquier momento, podrá pasar a la condición de imputado, ahora investigado. Considero que si de manera consciente el testigo no dice la verdad, debe deducirse testimonio por si los hechos constituyen un delito de falso testimonio, pero no pasar a la condición de imputado.

Igual ocurre con la declaración de secreto de las actuaciones y sus respectivas prórrogas.

De la lectura del Preámbulo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impulsada por Alonso Martínez, se desprende claramente que esta medida excepcional debe reducirse al tiempo indispensable, pues de lo contrario, como ha manifestado el Tribunal Constitucional en una Sentencia de 6 de mayo de 2002, vulnera el Derecho de defensa.

La formación de piezas separadas, aún cuando el Tribunal Supremo haya perfilado con justeza los efectos de las penas para que no supongan un perjuicio mayor al enjuiciado que si se le juzgase en una sola causa, vienen también a complicar y hacer mas gravoso para el acusado su situación procesal.

Finalmente, la proliferación de acusaciones particulares y la intervención de las comunicaciones; en mi opinión pueden afectar en mayor o menor medida al Derecho de defensa y por supuesto, a mi entender jamás deben intervenir las conversaciones del presunto delincuente por corrupción, con su defensa letrada.

Concluyo estas reflexiones, manifestando que ante cualquier delito tolerancia cero, pero manteniéndose en los principios.

Pasando ya a la “frustración en la ejecución y las insolvencias punibles” a raíz de la Reforma de 2015 debemos manifestar que se han configurado en dos modalidades perfectamente diferenciadas: por un lado los delitos de frustración en la ejecución (arts. 257 a 258 ter del Código), así denominados por cuanto reprimen las conductas del deudor que persiguen mediante fraude, dilatar, dificultar o impedir el procedimiento civil de que el acreedor dispone para obtener la satisfacción de sus créditos; y por otro, los delitos de insolvencia punible (art. 259 a 261 bis), con los que se reprochan los comportamientos de defraudación de los intereses de los acreedores en el ámbito de los procedimientos concursales. Ambas figuras delictivas parten, de este modo de un mismo presupuesto, pero contemplan fórmulas diversas de la defraudación de los derechos de crédito de terceros, que justifican suficientemente la pluralidad legal de infracciones tipificadas a tal fin. Este presupuesto común es el que conforme establece el artículo 1911 del Código Civil, el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes o futuros.

Debemos plantearnos si esta división que ya se enuncia en la Exposición de Motivos, era o no necesaria. En nuestra opinión es bastante dudoso; pues recuérdese que el Consejo General del Poder Judicial el 2012 emitió un informe en que consideraba el hecho de esta división como “perturbador”; ya que en el primer capítulo los delitos pueden cometerse sin haber empezado la ejecución. Fuese necesario o no en la actualidad en el primer capítulo se ubican las tres formas de alzamiento, una básica y dos específicas (art. 257.1.1º, 1.2º y 2). Precisamente en este último se ha producido el cambio mas relevante ya que se ha incluido en este apartado del artículo 257 la que antes se hallaba en el artículo 258 referida a la responsabilidad civil ex delicto.

El artículo 257.3 contiene ahora los créditos protegidos por los delitos cometidos. Manteniéndose en dicho apartado el tipo agravado por la naturaleza pública de la deuda eludida.

Otras agravaciones similares a las del 250.1.5º y 6º de la estafa, se mantiene en el artículo 257.4 . Y finalmente para concluir el contenido del artículo 257 en su nº 5 se establece que la perseguibilidad del delito se hará aun cuando se hubiese iniciado su ejecución concursal.

Pero lo dicho hasta ahora obedece mas que a otra cosa a cambios de ubicación del contenido de los preceptos. Sin embargo, la novedad mas importante, se dan en los artículos 258 y 258 bis.

En cuanto al primero se sanciona a quien la conducta en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo presente a la autoridad o funcionario encargado de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor.

La relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta, cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes titularidad de tercero y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que esta sujeto.

Finalmente, en el apartado 3º del artículo 258, aparece una excusa absoluta, si el sujeto antes de ser descubierto por la autoridad, comparece y presenta una declaración de bienes o patrimonio veraz y completa.

Para concluir, la segunda novedad es la que aparece en el artículo 258 bis, es decir, “hacer uso de bienes embargados por autoridad pública, que hubieran sido constituidos en deposito, sin estar autorizados para ello”. Según la Doctrina es una figura parecida a la malversación impropia del artículo 435.3, la única diferencia es que en este precepto -258 bis- el sujeto activo tiene que ser el deudor.

Respecto a las insolvencias punibles –art. 259 a 261 bis–, se amplían conductas, creándose incluso una conducta imprudente, sin precedentes hasta ahora.

El Preámbulo de la Ley justifica la Reforma en base a: 1- perseguir penalmente a las actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y que ponen en peligro los intereses de los acreedores; y 2- concretar con seguridad las conductas punibles. Así el artículo 259 se configura como un delito especial cuyo sujeto –el deudor– se halle en situación de crisis económica o insolvencia; de mera actividad, pues no exige resultado, y de conducta plural y abierta. Lo que se castiga en el artículo 259 es que el deudor reduzca indebidamente el patrimonio, que es garantía

del cumplimiento o dificulte o imposibilite, el conocimiento de la verdadera situación económica del deudor.

Por otra parte en su apartado 4º el artículo 259 establece dos condiciones objetivas de punibilidad, a saber: a- el incumplimiento del deudor de sus obligaciones exigibles; y b- la declaración judicial de concurso. De lo contrario la conducta devendrá atípica.

Se establecen en el artículo 259 bis unas agravaciones para aquellos supuestos en que se produzca o pueda producirse un perjuicio para una generalidad de personas; cuando se cause a los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros; y finalmente cuando al menos la mitad de créditos tenga como titulares ha Hacienda y a la Seguridad Social.

Los artículos 260 y 261 contemplan conductas dolosas; tipificándose en el primero el favorecimiento a alguno de los acreedores por parte del deudor en insolvencia actual o inminente, pagando créditos no exigibles o facilitando garantías sin justificación empresarial. Para este precepto no rigen las condiciones objetivas de punibilidad del artículo 254.4.

En el párrafo 1º de este artículo la finalidad es pagar un crédito no exigible. Y, en el párrafo 2º, pagar a uno o varios acreedores privilegiados o no, con posposición del resto.

Para concluir este breve comentario en el artículo 261, la conducta consiste en la presentación de datos falsos con la finalidad de lograr la indebida declaración del estado concursal. Cabrán formas imperfectas de ejecución.

Finalmente, la Ley 1/2015, ha reformado el Título y el contenido del artículo 286 bis, antes “corrupción entre particulares” y ahora denominado “corrupción en los negocios”, dicho precepto tiene su origen en la Ley Orgánica 5/2010, y la razón de la introducción, se le atribuye a la necesaria trasposición de la decisión marco 568/2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Llama la atención que a los cinco años de su aparición se reforma un precepto, sin que, haya habido una sola resolución judicial. Sin embargo, en la actualidad, parece que existen en periodo de instrucción algunas diligencias por este delito.

El bien jurídico protegido en estos delitos es la competencia justa y honesta en el ámbito de los negocios privados, como medio para preservar las reglas de buen funcionamiento en el mercado, así como la competencia justa y honesta de las competiciones deportivas de carácter profesional.

El delito que comentamos tiene una gran similitud con el delito de cohecho. Y de igual forma que sucede con el mismo, en función de quien tome la iniciativa en la actividad de corrupción, se puede distinguir entre corrupción privada activa y pasiva. Esta última la encontramos en el apartado primero del artículo 286 bis, y el activa en el apartado segundo.

Pero si nos fijamos no es exactamente igual que la figura de cohecho por cuanto la conducta de solicitar o aceptar, se lleva a cabo con el fin ulterior de favorecer a alguien. Por tanto, si un sujeto lo solicita después del favorecimiento la conducta no es típica. Podemos afirmar pues que no existe conducta equivalente a la del artículo 421.

En la Ley 1/2015 desaparece la expresión “incumplimiento de obligaciones” que aparecía en la Ley 2010 y en la Decisión Marco 568/2003 de 22 de julio.

Ni en la Ley de 2010 –cuando aparece el delito–, ni en la Reforma actual aparece el término “empresario”, se sigue dejando fuera pues, como sujeto de la conducta. En la Ley 2010 y refiriéndose a los sujetos se hacía expresa mención a “empresa mercantil, asociaciones, fundaciones y organización” y con la reforma de 2015 se utiliza la expresión “sociedad”, siendo aplicable a tales efectos lo dispuesto en el artículo 297 del Código Penal, pues así lo indica el artículo 286 bis 5º.

Se mantiene en la Reforma de 2015 el 286 bis apartado 3º; se trata de una figura atenuada, criticada por un importante sector de la Doctrina, por cuanto se considera inadecuada en los criterios en que se fundamenta y porque se teme que sea la norma general. Sin embargo se crea el artículo 286 quater como tipo agravado; de este modo cuando se de una especial gravedad la pena se impondrá en su mitad superior o incluso superior en grado. Y se considerará que existe especial gravedad en cuatro supuestos: a-cuando el beneficio o ventaja sea elevado; b-cuando la acción del autor no sea ocasional, c-cuando los hechos se hayan cometido en el seno de una organización o grupo criminal y d- que afecten a servicios humanitarios o de primera necesidad.

Considerándose también de especial gravedad, según se establece en el artículo 286 quater in fine “cuando los hechos tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas o cuando sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional”. Protegiendo en el primer supuesto de manera privilegiada al apostante. Mientras que en el segundo se

incluye la agravación que se conforma como una norma penal en blanco y como un tipo mixto alternativo.

Es una novedad en la Reforma de 2015, la aparición del artículo 286 ter, que lleva aparejada prisión de 3 a 6 años, es la llamada “corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. Llama la atención el adelanto que la barrera de lo punitivo al mero intento al igual que ocurre en el cohecho activo; sin embargo se excluyen “conductas por un acto ya realizado” pues deben realizarse con una finalidad posterior y únicamente al funcionario en relación a su función.

No se ha pretendido con ese corto tiempo de intervención en esta mesa, que otra cosa, que no sea hacer una reflexión y un brevísimo comentario a los aspectos de la Reforma previamente asignados.



## XI.- MESA DE DEBATE SOBRE “LA COORDINACIÓN ENTRE CATASTRO Y REGISTRO ¿MISIÓN IMPOSIBLE?”

*Las ponencias que siguen corresponden a la mesa de debate que, con este sugestivo título, tuvo lugar el 25 de abril de 2016.*

*La primera ponencia corresponde a la Abogado del Estado-Jefe en las Illes Balears María Dolores Ripoll Martínez de Bedoya. Arranca la misma del art. 1261 del Código civil, en cuanto exige, entre los requisitos del contrato, un objeto cierto, lo cual hasta ahora distaba mucho de conseguirse, dado que el instrumento dirigido a la consecución de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario –el Registro de la Propiedad– no es un registro de inmuebles sino que proclama titularidades y derechos sobre los inmuebles, pero no da fe de las características físicas de las fincas sobre las que recaen estas titularidades y derechos. Precisamente, la reforma legal que se ha introducido en la legislación hipotecaria y catastral trata de resolver la cuestión, previendo la extensión de la presunción de legitimación del art. 38 de la Ley Hipotecaria a los datos físicos de la finca cuando la representación gráfica de la misma, previa calificación registral, quede incorporada al folio de la finca. Así, el art. 10.5 de la LH establece que, alcanzada la coordinación, se presumirá a todos los efectos que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y la delimitación geográfica expresada en el representación geográfica catastral.*

*Se exponen a continuación los supuestos en que la incorporación al folio registral de la representación gráfica georeferenciada de la finca tendrá carácter obligatorio y aquellos otros en que será simplemente voluntario. Pero como Registro y Catastro no solamente han de estar coordinados entre sí, sino que es fundamental su adecuación a la realidad física, se prevé la aportación de una gráfica alternativa en aquellos casos en que el Catastro pueda no reflejar en debida forma la realidad. Se expone, a continuación, cuando serán admisibles dichas gráficas alternativas así como sus requisitos técnicos. Se finaliza la ponencia diciendo que la coordinación era una vieja aspiración que ya se recogía en la Ley del Catastro Topográfico y Parcelario de 1906, siendo evidente que para que la misma sea una realidad queda mucho camino por recorrer, al existir más de cuarenta millones de parcelas rústicas y más de treinta y ocho millones de urbanas en el parcelario catastral a lo largo y ancho de la península, islas y ciudades autónomas; pero, como dice un refrán japonés, “la más larga caminata comienza por un paso”.*

*En la ponencia de Francisco Javier Misas Tomás, Registrador de la Propiedad número Uno y Mercantil de Eivissa, se comienza haciendo una referencia al sistema de identificación de las fincas que se ha venido siguiendo desde la implantación del sistema registral, que era la descripción literaria de la finca, con expresión de su naturaleza, situación y linderos. Es evidente que ello ha quedado hoy obsoleto al disponerse de procedimientos informáticos que permiten la descripción gráfica de la finca a través del contorno que forman sus vértices, de posible y certera identificación geográfica. Así se llega al concepto esencial de base gráfica, que podría definirse como traducción gráfica de la descripción de una finca con expresión de las coordenadas georeferenciadas de sus vértices. Se exponen después los dos tipos de representaciones gráficas de las que trata el art. 9 de la Ley Hipotecaria: la representación gráfica catastral y la representación gráfica alternativa, las cuales son alternativas y no subsidiarias, con excepción de la inmatriculación de fincas por la vía de los arts. 201 o 205 LH, donde únicamente podrá utilizarse la catastral. Se refiere la ponencia especialmente a la representación gráfica alternativa, exponiendo la competencia para su emisión (la puede realizar un técnico competente, no definiéndose la clase de competencia requerida), su formato y su validación.*

*Se contesta a la pregunta contenida en el título de la mesa redonda, sobre si era una misión imposible la coordinación entre Catastro y Registro, señalando agudamente que no era posible, en efecto, una coordinación plena por las siguientes razones: porque no todas las fincas catastrales han accedido al Registro; por la falta de obligatoriedad de inscripción de la representación gráfica, salvo ciertos supuestos; por la posibilidad de emplear una representación gráfica alternativa; y por la posibilidad de discordancia sobrevenida, dado que, en todo caso, la coordinación ha de entenderse referida a una fecha determinada, sin que pueda presumirse con posterioridad a la misma. Se hace después un recorrido por los mecanismos de coordinación establecidos en los diversos países, destacando el hecho de que los países de la Europa del Este, que han tenido que establecer ex novo o restablecer un sistema registral de bienes inmuebles, han optado por unificar Catastro y Registro en una única institución; habiendo optado también por esta sistema, aunque de manera diferida, otros países que tradicionalmente tenían dos instituciones separadas, como es el caso de Finlandia, Suecia y Eslovenia. Por lo que respecta a nuestro país, la ley española 13/2015 de 24 de junio hizo suyas las conclusiones del Seminario internacional de Registros de la Propiedad celebrado en Cartagena de Indias, entre el 21 y el 25 de abril de 2014, que hablan de “mantener la dualidad de instituciones, en relación de equilibrio entre las mismas”*

*La última de las ponencias la dictó el Notario de Palma y Académico Carlos Jiménez Gallego, centrándose en la actuación notarial en lo que afecta al Catastro. Comenzó recordando que la referencia catastral de los inmuebles tiene que constar en todo instrumento público relativo a hechos, actos o negocios relativos al dominio y demás derechos reales y en los contratos de arrendamiento o de cesión por cualquier título del uso del inmueble, salvo en las cancelaciones de derechos reales de garantía. Sin embargo, la no constancia de la referencia catastral en casos excepcionales no impide el otorgamiento de la escritura ni la inscripción en el Registro, salvo en los supuestos en que la ley 13/2015 obliga a inscribir la representación gráfica georreferenciada; pero el Notario tiene que advertir de forma expresa en la escritura que se ha incumplido la obligación de aportar la referencia catastral.*

*En la ponencia se analizan diversas cuestiones centradas en la actuación del Notario en estos temas y se concluye señalando que la coordinación entre realidad, Catastro y Registro viene dificultada por diversos fallos del sistema, entre los que pueden apreciarse los siguientes: hay casos en que no puede obtenerse la referencia catastral ni, por tanto, la certificación descriptiva; la descripción catastral se da legalmente por buena y en muchos casos no lo es, especialmente en fincas rústicas, sin imponer ninguna verificación; el Catastro puede deshacer la coordinación sin ni siquiera comunicarlo al Registro de la Propiedad; el procedimiento de subsanación de discrepancias catastrales que se tramita ante Notario está legalmente desincentivado; sigue sin haber, a pesar del transcurso de más de 5 años, un cauce telemático de comunicación individualizada entre cada Notario y Catastro; una misma referencia catastral puede seguir accediendo al Registro de la Propiedad identificando fincas distintas; se ha dificultado el aumento y, más aún, la disminución de la superficie de fincas registrales, aún cuando fuera para adaptar la superficie registral a la catastral. Y, sobre todo, está la evidente cuestión de que la modificación de la descripción de las fincas registrales sólo puede irse haciendo a medida que cada propietario quiera, no pudiendo el Notario imponer a los otorgantes ni la coordinación realidad-Catastro ni, salvo casos excepcionales, la coordinación Catastro-Registro; y es que obligar legalmente a rectificar las descripciones de fincas registrales motivaría, hoy por hoy, un gran rechazo social. La coordinación Catastro-Registro necesita su tiempo.*

## **XI.- 1. LA COORDINACIÓN ENTRE CATASTRO Y REGISTRO ¿MISIÓN IMPOSIBLE?**

**María Dolores Ripoll Martínez de Bedoya**

Dice el artículo 1261 del CC que no hay contrato sin objeto cierto, regla que también es aplicable a las transacciones inmobiliarias, si bien en este caso la certeza del objeto requiere no sólo su definición jurídica, sino también su representación geográfica, puesto que los bienes inmuebles constituyen entidades físicas que forman parte de un territorio.

Parece obvio que no se puede operar en el mercado inmobiliario de espaldas al territorio, sin embargo ésta ha sido una de las carencias endémicas y características de la información territorial en nuestro ordenamiento jurídico con su gestión fragmentada y repartida entre dos sistemas independientes: el Catastro y el Registro de la Propiedad.

Pues bien, una de las principales novedades de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por RDL 1/2004, de 5 de marzo, es la concepción del territorio y los bienes inmuebles como un entramado inseparable de datos físicos y jurídicos y, así, ello se puede apreciar cuando da una nueva redacción al artículo 198 de la LH, artículo que se refiere a la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral y no sólo a la realidad jurídica extrarregistral como decía su anterior redacción.

La Ley 13/2015 parte de la base de la diferente configuración institucional del Catastro y del Registro de la Propiedad, instituciones de naturaleza y competencia diferenciada dice el Preámbulo de la Ley, que, no obstante, se refieren a un mismo ámbito, el territorio, el cual constituye su punto de conexión.

Sin embargo, pese a este punto de conexión, sus estructuras como bases de datos difieren significativamente y no se pueden confundir:

- El Catastro es un registro de inmuebles.
- Y el Registro de la Propiedad es un registro de titularidades o derechos sobre bienes inmuebles.

Para el primero la titularidad, que no el título, es un atributo del inmueble, mientras que para el Registro de la Propiedad el sistema se articula precisamente sobre el título de adquisición del que la finca constituye el objeto del derecho que se adquiere y se inscribe.

Ciertamente, la misión del Catastro no es la de señalar efectos jurídicos sustantivos a las titularidades inmobiliarias; esto es la misión del Registro de la Propiedad. Pero el Catastro sí que puede suministrar al Registro una exacta descripción de las fincas que constituyen la base física de los derechos. Para ello, es obvio, era, es y será necesaria una perfecta coordinación entre el Registro y el Catastro.

Por lo tanto, como se ve, Catastro y Registro son instituciones bien distintas, pero es necesario que estén coordinadas. Puede afirmarse, así, que una y otra institución se necesitan.

Sin embargo, una de las carencias del Registro de la Propiedad, pese a sus fuertes efectos jurídicos, ha sido tradicionalmente la definición física del objeto de la titularidad inscrita. Muchas veces, la descripción contenida en el folio del Registro (a veces puramente literaria con referencia a linderos fijos, o linderos personales) no permitía localizar adecuadamente el inmueble, con el perverso efecto que ello produce al paralizar los efectos del sistema. Esto llevó a la jurisprudencia a negar eficacia legitimadora al Registro de la Propiedad en relación a los datos descriptivos contenidos en el folio; llegándose a afirmar en alguna sentencia incluso que el Registro ni siquiera podía responder de que la finca existiese físicamente.

En este punto, y como muestra, podemos citar la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sentencia número 24, de 4 de febrero de 2016, la cual cita la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2015 de conformidad con la cual la fe pública registral no cubre los datos de hecho con los que la finca figura en el Registro de la Propiedad. Asimismo cita la sentencia de 27 de mayo de 2015, también del Tribunal Supremo, la cual señala expresivamente, y con relación a la

superficie de las fincas que sobre ella “*el propietario puede actuar en nuestro sistema inmobiliario fijándola a su antojo, rectificando su título*”. Las dos sentencias del Tribunal Supremo, muy gráficas del problema planteado en esta mesa redonda, son anteriores a la Ley 13/2015, sin embargo la sentencia de la Audiencia es posterior a su entrada en vigor.

Esta problemática queda definitivamente zanjada con la nueva reforma legal, la cual prevé la extensión de la presunción de legitimación del artículo 38 de la LH a los datos físicos de la finca cuando la representación gráfica, previa calificación registral, quede incorporada al folio de la finca. Así, el artículo 10.5 de la LH establece que, alcanzada la coordinación, se presumirá a todos los efectos que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y la delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral. Con ello se produce una modificación fundamental, siendo este aspecto, el más importante o trascendente de la nueva Ley.

Entrando ya en un análisis de las novedades de la Ley 13/2015, puede señalarse que la reforma piloto sobre dos ejes básicos:

- 1- El primer eje es la incorporación al folio registral de la representación gráfica georreferenciada de la finca con carácter obligatorio, no sólo en el caso de inmatriculación de fincas sino además en toda operación que suponga una reordenación de los terrenos (artículo 9-b de la Ley Hipotecaria, LH): reparcelaciones y actos de gestión urbanística, concentraciones parcelarias, actos de expropiación forzosa y deslinde, así como actos de parcelación (segregación, división, agrupación y agregación de fincas). Además esta representación podrá incorporarse con carácter potestativo al tiempo de formalizarse cualquier otro acto inscribible, o como operación registral específica. Este carácter potestativo ha sido objeto de crítica, pues, en definitiva, pretendiendo acabar con la indefinición geográfica de las fincas, no hay restricción a que se puedan seguir inscribiendo ventas o hipotecas de fincas respecto de las que ni el Registrador ni los terceros saben ubicarlas sobre el terreno. Ante esta crítica puede oponerse que, la propia bondad del sistema debe ir erradicando estas actuaciones perversas al sistema ante la seguridad jurídica que otorga la coordinación.
- 2- El segundo es que la base de la representación gráfica de las fincas pasa a ser la cartografía catastral (artículo 10.1 LH). Para describir la forma de un bien inmueble, el sistema más eficaz es, sin duda, su representación gráfica, mediante puntos, líneas y polígonos, que delimitan un recinto cerrado. Si dotamos a cada punto de ese perímetro

con sus correspondientes coordenadas geográfica será posible, además, colocar esa forma o perímetro en lugar determinado. Y del mismo modo ya no será posible ocupar, total o parcialmente, dicho espacio con otro inmueble diferente. Éste es el sentido que hay que dar a la Ley 13/2015 LRHC cuando habla de la utilización como base de la cartografía catastral. Si se permitiese representaciones gráficas con un sistema cartográfico o geodésico diferente, que establecieran linderos fijos y georreferenciados, podrían llegarse a inscribir fincas superpuestas sobre un mismo territorio, vulnerando derechos de terceros y provocando asientos contradictorios en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, el objetivo de la reforma no es tanto que coincidan la descripción catastral y registral de las fincas, sino que la descripción de las fincas sea concordante con la realidad. Es por ello que la Ley prevé la posibilidad de aportación de una gráfica alternativa en aquellos casos en los que el Catastro pueda no reflejar en debida forma la realidad.

En concreto son admisibles bases gráficas no catastrales:

1. En los procedimientos de concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral del Título VI de la Ley, en los que expresamente se admite una representación gráfica alternativa.
2. Cuando el acto inscribible consista en una parcelación, reparcelación, segregación, división, agrupación, agregación o deslinde judicial, que determinen una reordenación de los terrenos (artículo 10.3).

Ahora bien, las bases gráficas alternativas “*deberán cumplir con los requisitos técnicos que permitan su incorporación al Catastro una vez practicada la operación registral*” (artículo 9.b párrafo 4), requisitos que serán fijados mediante una resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro. Una vez inscrita, el Registrador remitirá la información al Catastro (artículo 10.3.b). Mientras el Catastro no haya incorporado la base registral, la publicidad formal del Registro deberá advertirlo (artículo 9.b último párrafo) y hasta que no hayan transcurrido seis meses sin que Catastro manifieste su oposición por motivos estrictamente técnicos, no se aplica la presunción del artículo 38.

Si el Catastro finalmente incorpora como propia la base registral no catastral, la Dirección General del Catastro lo trasladará al Registro de la Propiedad, a efectos de que el Registrador haga constar las referencias

catastrales correspondientes, así como la circunstancia de la coordinación, e incorpore al folio real la representación gráfica catastral (artículo 10.3.b).

De esta forma, puede afirmarse que, si bien la Ley prevé la posibilidad de aportación al Registro de una base gráfica alternativa a la catastral, lo cierto es que esta representación gráfica está llamada a ser la catastral, motivo por el cual tendrá un carácter transitorio o provisional hasta que esa asunción tenga lugar.

Una vez lograda la coordinación, tanto el Registro de la Propiedad como el Catastro deberán hacer constar en toda forma de publicidad que expidan la circunstancia de la coordinación (artículo 10.4 de la LH y artículo 3.3 de la Ley del Catastro).

En esta nueva etapa de coordinación, Catastro y Registro no pierden su identidad, sino que ambas instituciones deben salir reforzadas. Para poder respetar la autonomía de ambas la Ley de reforma establece que:

1. En el Registro, la circunstancia de la coordinación o descoordinación se hará constar en cada asiento y previa calificación del Registrador (artículos 9.a, 10.2 y 10.3 de la LH).
2. Y en el Catastro, se tomará la descripción gráfica de las fincas coordinadas salvo que la fecha del documento por el que se produce la incorporación sea posterior a la de la coordinación (artículo 11.3 de la LCI).

De esta forma se pretende el respeto mutuo y no injerencia en el desarrollo de las funciones de cada una de las instituciones, la catastral y la registral. Si bien es cierto que ello abre la puerta a la descoordinación, siendo ésta una de las críticas que se han hecho a la Ley (concretamente el que siendo una ley que pretende conseguir la coordinación entre el Registro y el Catastro, no ponga restricción alguna a que, una vez alcanzada la coordinación Catastro-Registro respecto de una fina concreta, se pueda perder fácilmente y por cualquier causa tal coordinación, bastando, como se ha visto, que el documento que se incorpora al Catastro sea de fecha posterior a la de la coordinación).

Lo cierto es que fue muy discutido durante la tramitación parlamentaria de la Ley si, alcanzada la coordinación Catastro-Registro, debería o no permitirse la descoordinación. No obstante, desde un punto de vista registral, imponer la coordinación posterior sin admitir la descoordinación por título no inscrito (documento privado, escritura pública no inscrita o expropiación

no registrada) hubiera significado introducir en el Derecho registral español la inscripción constitutiva. De ahí que finalmente se admitiera la descoordinación posterior no inscrita.

Ahora bien, como se ha visto, el que deberá advertir la descoordinación es el Catastro, pues mientras no se inscriba el título que motivó la descoordinación, el tercer adquirente de la finca registral debe quedar y quedará protegido por el principio de legitimación registral. Cualquier otra solución que pase porque el Registro informase de la descoordinación posterior en virtud de título no inscrito, hubiera afectado a todo el sistema de inoponibilidad de lo no inscrito (artículo 32 de la LH) y de prioridad de lo inscrito (artículo 17 de la LH y 1473 del CC).

Otra de las novedades de la Ley 13/2015 es que desjudicializa los procedimientos de concordancia del Registro con la realidad extrarregistral cuando no exista contienda ni oposición entre las partes (Título VI). Ello en consonancia con la Ley de Jurisdicción Voluntaria aprobada el 18 de junio de 2015.

Para ello se encomienda a los Notarios la competencia para tramitar el expediente de dominio para la inmatriculación de fincas o reanudación del tracto, así como las rectificaciones descriptivas, y deslindes, y a los Registradores los relativos a la liberación de cargas y gravámenes y subsanación de la doble inmatriculación. La intervención judicial queda, así, relegada a los casos de oposición de los interesados.

En relación con el papel de los Notarios, debe así mismo señalarse que tienen un importante papel en la coordinación. La Ley determina que en los documentos públicos por ellos autorizados en los que se incorporen actos, hechos o negocios susceptibles de producir una modificación en Catastro, debe incluirse la certificación catastral descriptiva y gráfica del inmueble tal y como dispone el artículo 3.2 de la LCI. Al efecto, y de acuerdo con el artículo 18.2 de la LCI, el Notario deberá solicitar a los otorgantes que manifiesten si la descripción gráfica de dicha certificación se corresponde con la realidad física del inmueble, previendo en caso negativo, un procedimiento específico para subsanar las discrepancias y procurar que en el documento público conste la certificación registral con la descripción rectificada de la finca.

Para poner en marcha este nuevo sistema de coordinación ha sido necesario aprobar previamente una Resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y el Notariado y de la Dirección General del Catastro que regula el intercambio de información entre ambas instituciones, así como

la interoperabilidad entre sus sistemas de información. Esta Resolución es de fecha 26 de octubre de 2015, publicada en el BOE en fecha 30 de octubre de 2015, entrando en vigor el 1 de noviembre de 2015. El intercambio se realiza telemáticamente a través de los servicios web de la Sede Electrónica del Catastro y la del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Simultáneamente, la Ley exige un gran desarrollo informático que haga posible la coordinación. Este desarrollo se puede apreciar en la página web del Catastro donde ya están los siguientes servicios informáticos a disposición de los ciudadanos:

1. Servicio de consulta a los datos catastrales de un inmueble (acceso libre, excepto para los datos de titularidad y valor, que requieren autenticación como titular catastral).
2. Obtención de la certificación catastral descriptiva y gráfica, con coordenadas georreferenciadas de los vértices de la parcela (requiere autenticación como titular catastral).
3. Obtención de la información georreferenciada de los límites de la parcela catastral (acceso libre).
4. Comprobación de la vigencia gráfica de las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas (acceso libre).
5. Informe de validación de una representación gráfica alternativa (requiere autenticación). Ayuda del informe de validación gráfica
6. Ejemplos de informe de validación gráfica
7. Video explicativo del servicio de validación gráfica
8. Obtención de la información georreferenciada de un edificio presente en una parcela catastral (acceso libre).

Otras novedades de la Ley son:

1. Hasta ahora, la protección registral al dominio público dependía casi por completo de que constara previamente inmatriculado. La Ley potencia la protección registral del dominio público. Para ello, sin merma del mantenimiento de la obligatoriedad legal de la

inscripción de los bienes de las administraciones públicas, se prevé que el Registrador habrá de velar por la protección del dominio incluso no inmatriculado si su existencia extrarregistral pudiera apreciarse a través de la interoperabilidad de sistemas de información geográfica oficiales (artículos 203 y 205 de la LH).

2. Igualmente, hasta la Ley, era muy reducida la posibilidad efectiva de que el Registrador pudiera conocer, para aplicarlo en su calificación registral, en qué medida el planeamiento urbanístico afectaba a una finca concreta. La disposición adicional quinta de la Ley establece que *“los municipios, en el plazo de tres meses desde la publicación de esta Ley, pondrán a disposición de los Registradores, para su incorporación a la aplicación informática auxiliar a que se refiere el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, un acceso mediante servicio de mapas web a todos los planes urbanísticos generales y de desarrollo, debidamente georreferenciados y metadatos, así como sus modificaciones aprobadas definitivamente y en vigor”*. Y se ofrece una alternativa a los municipios que no puedan hacerlo así por falta de disponibilidad técnica o presupuestaria.

En definitiva, la nueva Ley 13/2015 constituye un paso decidido en la coordinación entre Catastro y Registro. Es cierto que la coordinación es una vieja aspiración que ya se recogía en la Ley del Catastro Topográfico y Parcelario de 1906, y que, la misma no se alcanzará hasta que todas las fincas cuenten con una representación gráfica coordinada. Mucho camino queda por delante, pues son un total de 40.000.000 de parcelas rústicas y casi 38.000.000 de bienes inmuebles urbanos representados sin solución de continuidad en el parcelario catastral a lo largo y ancho de la península, islas y ciudades autónomas. Pero, como dice un refrán japonés *“la más larga caminata comienza por un paso”*.

## BIBLIOGRAFÍA

1. “*Una reforma muy esperada*”. Belén Navarro Heras, Directora General del Catastro. *Monográfico coordinación Catastro y Registro de la Propiedad, CT número 84*.

2. “*Grandes expectativas derivadas de la Ley 13/2015, de 24 de junio en relación a la coordinación del Registro de la Propiedad y del Catastro*”. Javier Gómez Gállico, Director General de los Registros y del Notariado. *Monográfico coordinación Catastro y Registro de la Propiedad, CT número 84*.

3. “*Perfiles de la coordinación territorial gráfica, en la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria y de la Ley de Catastro Inmobiliario*”. Antonio J. Jiménez Clar, Notario, Profesor Asociado de Derecho Civil de la Universidad de Alicante. *Monográfico coordinación Catastro y Registro de la Propiedad, CT número 84*.

4. “*Las claves prácticas de la Ley 13/2015 de reforma de la Ley Hipotecaria y de la del Catastro*”. Joaquín Delgado. *Notarios y registradores.com*.



## **XI.- 2. COORDINACIÓN CATASTRO- REGISTRO DE LA PROPIEDAD**

**Javier Misas Tomás**

A la hora de abordar el estudio de la Ley 13/2015, y partiendo desde una perspectiva exclusivamente registral, son dos las principales novedades de la ley en la pretendida coordinación entre Catastro y Registro de la Propiedad: la incorporación de la base o representación gráfica a la inscripción de la descripción de la finca registral y, consecuencia de ello, la modificación de los procedimientos de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica registral.

### **REPRESENTACIÓN GRÁFICA**

#### **Sistema tradicional**

Desde la implantación del sistema registral se optó como medio para identificar las fincas el de la descripción literaria. Así, señalaba el artículo 9 Ley Hipotecaria, vigente hasta el día 1 de noviembre de 2015 que “toda inscripción que se haga en el Registro expresará... la naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción, o a los cuales afecte el derecho que deba inscribirse, y su medida superficial, nombre y número, si constaren, del título”. El artículo 51 del Reglamento Hipotecaria desarrollaba cada uno de estos puntos.

Esta descripción literaria consistía en una narración escrita de un conjunto de datos que servían para identificar la finca.

El legislador optó por este sistema, evidentemente por la imposibilidad de utilizar bases gráficas y por la inexistencia de medios técnicos para hacer cualquier otro tipo de descripción, y porque en un primer momento

la descripción de la finca era accesorio al Registro, utilizándose únicamente como medio identificador pero que carecía de valor en sí mismo.

Este sistema de identificación, no obstante sus ventajas iniciales, se fue mostrando obsoleto con el paso del tiempo. Como ejemplo, la utilización de linderos personales o por manifestaciones de los propios interesados.

Por eso, las reformas posteriores se encaminaron hacia la necesidad de completar la descripción literaria con otros medios identificadores digamos “más gráficos”:

-Ley 13/1996, de 30 de diciembre, introdujo la referencia catastral como elemento de identificación e intercambio de información e incorporó la certificación catastral descriptiva y gráfica como requisito indispensable para la inmatriculación de fincas en el Registro.

-RD 1093/1997 exigió para la inscripción de los proyectos de equidistribución la incorporación al título de un plano con las fincas de resultado.

-Y la Ley 24/2001 introdujo los párrafos 2º,3º y 4º de la regla 1ª del artículo 9 Ley Hipotecaria e introdujo la posibilidad de incorporar bases gráficas para completar la identificación de las fincas, y abriendo la posibilidad de utilizar aplicaciones informáticas para coordinar las bases gráficas.

De forma paralela, la Dirección General de los Registros y Notariado dictó la Instrucción de 2 de marzo de 2000, sobre implantación de la base cartográfica en los Registros de la Propiedad, origen de un programa informático auxiliar desarrollado por el Colegio de Registradores para la identificación de las fincas conocido como GEOBASE: no obstante este sistema era imperfecto, porque se solapaba con las bases gráficas de Catastro y aunque era una herramienta auxiliar, carecía de reconocimiento en la LH y no podía servir de base para fundamentar una calificación.

La conclusión es que el sistema de descripción literaria, aunque aderezado con ciertos complementos gráficos, era insuficiente por las siguientes razones:

- Causaba incertidumbre en la identificación de las fincas
- No daba una cobertura plena en los supuestos de inmatriculación o acceso de las fincas al Registro por primera vez.

- No ofrecía una respuesta satisfactoria en excesos de cabida, dobles inmatriculaciones, segregaciones, divisiones...

En definitiva, el sistema hasta ahora empleado era insuficiente principalmente porque causaba INSEGURIDAD JURÍDICA.

### **Sistema actual**

La respuesta a estas demandas es la Ley 13/2015, que mantiene el sistema de descripción literaria y lo complementa con el descripción gráfica (incorporando la representación o base gráfica de la finca), exigiéndolo como obligatorio en unos casos, o como mera posibilidad en otros, pero en ambos con plenas garantías legales y amparando los derechos de los colindantes, como veremos.

### **Regulación**

Se encuentra contenida en los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria, complementada por la Resolución de 29 de octubre de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad e interpretada por la Resolución Circular de la DGRN de 3 de noviembre de 2015 sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados por la reforma Ley 13/2015.

### **Base Gráfica**

La primera duda que surge en la lectura del artículo 9 y 10 de la Ley Hipotecaria es que entendemos por base gráfica. Se podría definir como la “traducción gráfica de la descripción de una finca con expresión de las coordenadas georreferenciadas de sus vértices”. Son, por tanto, tres los requisitos que ha de contener:

- una traducción gráfica de una finca o, lo que es lo mismo, un plano de la finca
- expresión de coordenadas georreferenciadas, no bastando simples linderos o través de un sistema que no permita su identificación mediante una superposición en otro tipo de planos que utilicen sistemas de referencia geodésicos

- expresión de vértices, no bastando la identificación por meros puntos cardinales

## Clases

El artículo 9 LH habla de dos tipos de representaciones gráficas: “para la incorporación de la representación gráfica de la finca al folio real, deberá aportarse junto con el título inscribible la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, salvo que se trate de uno de los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa”.

Por tanto, hay dos posibilidades: la representación gráfica catastral y la alternativa.

**-Representación Gráfica Catastral (RGC):** es la certificación catastral descriptiva y gráfica emitida por la Dirección General del Catastro que contiene los datos catastrales básicos que describen un bien inmueble, gráficos y alfanuméricos, a una fecha determinada.

**-Representación gráfica alternativa (RGA):** es un plano georreferenciado, que delimita de manera precisa la parcela en que se ubica, mediante la expresión de las coordenadas geográficas correspondientes a cada uno de sus vértices, referidas al sistema geodésico oficial y que debe elaborarse en formato informático.

Son alternativas y no subsidiarias, con excepción de la inmatriculación por la vía del art 201 ó 205 LH, dónde únicamente podrá utilizarse la catastral, como veremos.

## Requisitos

**RGC:** deberá estar firmado electrónicamente mediante el Código Seguro de Verificación (CSV) de la Dirección General del Catastro y deberá contener, junto a la información tradicional, las coordenadas georreferenciadas de la parcela en formato GML.

**RGA:** conforme a la Resolución conjunta Catastro y Dirección General Registros y Notariado

**-Competencia:** la puede realizar un **técnico competente**, no definiéndose la clase de competencia requerida. Tratándose de expedientes de concentración parcelaria, transformación o equidistribución urbanística, expropiación

forzosa o deslinde administrativo bastará que haya sido aprobada por la **autoridad pública**. Por último, **el propietario de la finca** podrá elaborar y aportar una representación gráfica. El **Notario** o **Registrador**, aunque no están expresamente previstos, y tan sólo se les hace referencia como colaboradores, también podrán tramitarla.

-Formato: Deberá contenerse en un fichero informático, en formato GML, cuyos datos deberán corresponderse con los datos descriptivos y de superficie de la parcela o parcelas resultantes cuya inscripción se solicita y deberá estar representada sobre la cartografía catastral. El citado fichero habrá de estar firmado electrónicamente, en su caso, por el técnico que haya intervenido en su elaboración, y autenticado con firma electrónica o por otros medios fehacientes por el propietario o autoridad competente según proceda.

-Validación: conforme al artículo 9 LH la RGA deberá cumplir con los requisitos técnicos que permitan su incorporación al Catastro una vez practicada la operación registral. El artículo 10 señala que mediante resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, se regularán los requisitos que deben cumplir la RGA, y así aparece regulado en los apartados segundo y séptimo de la Resolución conjunta de fecha 29 de octubre de 2015, que exigen que se aporte un informe de validación técnica del Catastro. Este informe técnico puede ser previo al otorgamiento del documento, en cuyo caso se agilizan trámites y facilita la calificación registral o posterior, y el resultado del informe puede ser positivo o negativo:

- Si el informe de validación fuera **positivo** contendrá la representación gráfica catastral que resultaría de la hipotética alteración catastral de las parcelas, un listado de coordenadas de sus vértices, la superficie obtenida, y, en los supuestos previstos en el artículo 204 de la Ley Hipotecaria o cuando se haya realizado la inscripción, las nuevas referencias catastrales asignadas.
- Cuando el resultado de la validación fuera **negativo**, el informe, además de los errores o defectos advertidos, expresará, en su caso, las parcelas catastrales afectadas no incluidas en la representación gráfica remitida.

Advertir que no es lo mismo validación y coordinación, a pesar de lo confuso de la ley. No obstante, un informe de validación técnico positivo si implicará automáticamente la coordinación, mientras que uno negativo implica descoordinación en ese momento, sin perjuicio de que, en su caso, Catastro pueda coordinar posteriormente.

## Supuestos de incorporación de RG Obligatorios y Voluntarios

El artículo 9b LH señala que deberá inscribirse la representación gráfica georreferenciada de la finca siempre que se inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. Son, por tanto, supuestos **OBLIGATORIOS** de inscripción de la representación gráfica.

Para el resto de supuestos, la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca tendrá carácter **POTESTATIVO**.

Un supuesto específico es el de las **OBRAS NUEVAS**. El artículo 202 LH, tras la reforma de la Ley 13/2015 exigió que la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica.

Este artículo fue interpretado por la regla octava de la Resolución Circular de 3 de noviembre de 2015, que pareció exigir la georreferenciación de la porción de suelo ocupada por cualquier edificación y también la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique.

Finalmente, la RDGRN de 8 de febrero de 2016 matiza la interpretación de la Resolución Circular y señala que para *inscribir cualquier edificación, nueva o antigua*, cuya declaración documental y solicitud de inscripción *se presente* en el Registro de la Propiedad *a partir del 1 de noviembre de 2015*, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que *la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica*”, sin que se exija necesariamente el formato GML (a diferencia del resto de supuestos de incorporación de RGA), no siendo necesario la de la finca, salvo que el Registrador tenga dudas fundadas de que la obra se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, en cuyo caso podrá pedir que se acredite mediante la aportación de un plano, no siendo necesarias las coordenadas concretas de la finca en cuestión.

Como curiosidad, señalar que en estos casos de aportación de RGA sin utilizar el formato GML, necesariamente no se podrá exigir el informe de validación de Catastro.

Hasta aquí, hemos visto que es una representación gráfica, los tipos que hay, los requisitos y que efectos produce en el Registro. La segunda gran reforma que la Ley 13/2015 ha realizado ha sido la de la **CONCORDANCIA DEL REGISTRO Y LA REALIDAD JURÍDICA EXTRARREGISTRAL**, partiendo para ello de la base gráfica.

### **INCORPORACIÓN DE BASE GRÁFICA AL REGISTRO EN SUPUESTOS DE CONCORDANCIA PLENA ENTRE REGISTRO Y LA REALIDAD JURÍDICA EXTRARREGISTRAL**

Aunque el artículo 9 LH se remite al procedimiento del artículo 199 en los supuestos en los que la aportación para inscripción de la representación gráfica sea meramente potestativa, del propio tenor del artículo 9 Ley Hipotecaria se deduce la posibilidad de inscripción de representación gráfica sin tramitación previa del procedimiento del 199, al no resultar afectado ningún colindante (RDGRN 12 febrero 2016).

### **INCORPORACIÓN DE BASE GRÁFICA AL REGISTRO EN SUPUESTOS DE DISCONCORDANCIA ENTRE REGISTRO Y LA REALIDAD JURÍDICA EXTRARREGISTRAL**

**Primero. Inmatriculación o acceso de las fincas por primera vez al Registro.** Son dos las vías que, con carácter general, permiten el Acceso de una finca por primera vez al Registro de la Propiedad, fuera de las especialidades de los artículos 204 y 206:

**-Expediente de dominio para la inmatriculación por la vía del artículo 203 LH** (expediente exclusivamente notariales, enmarcado dentro de los expedientes de jurisdicción voluntaria).

**-Inmatriculación por la vía del doble título traslativo conforme el artículo 205 LH.**

Con carácter general, respecto a las inmatriculaciones cabe hacer una serie de precisiones:

**BASE GRÁFICA:** como requisito obligatorio para inmatricular se exige la aportación de la base gráfica, que en los casos de inmatriculación siempre habrá de ser la CATASTRAL, no admitiéndose la posibilidad de aportar una alternativa, salvo los supuestos excepcionales de los artículos 204 y

206. Por tanto, en la inmatriculación la finca nace forzosamente coordinada con Catastro. No obstante, esta certificación catastral presenta una serie de novedades respecto de la legislación anterior:

1. El artículo 199 habla de correspondencia entre la certificación catastral descriptiva y gráfica y la descripción literaria de la finca cuya inmatriculación se solicita, mientras que el artículo 298 RH exige coincidencia total entre la certificación catastral descriptiva y gráfica y la descripción de la finca en dicho título. Por tanto, y aunque una interpretación literal del precepto nos lleve a pensar que se han suavizado los requisitos, ya que correspondencia no significa coincidencia, el propio espíritu de la ley (que quiere en estos casos la coordinación automática con Catastro) y las diferentes resoluciones de la DG lleva a la conclusión de que no hay variación respecto al sistema anterior.
2. Ya no se exige que la finca este previamente catastrada en favor del transmitente o adquirente.
3. En cuanto a la fecha de la certificación catastral, la Resolución conjunta señala que el registrador deberá tener en cuenta la descripción catastral vigente en el momento de la inscripción, a cuyo fin podrá consultar en Catastro. Puede ocurrir y ocurre que a la hora de inscribir haya variado la certificación catastral, siendo calificable esta discrepancia por el Registrador.
4. Aunque el artículo 199 exige que la certificación exprese los titulares catastrales de dichas parcelas y sus colindantes (así como sus respectivos domicilios), esta exigencia no implica que sea necesaria la coincidencia con los mencionados en la descripción de la finca en el título inmatriculador. (RDGRN: 5-8-2014: para inmatricular una finca no es necesario ni conveniente mencionar los nombres de los colindantes, ni es necesario que coincidan con los colindantes catastrales).

**NOTIFICACIONES:** la reforma parte de un principio de tutela a los derechos de los colindantes, y lo hace a través de las notificaciones. Si se tramita un expediente, esas notificaciones las practica el Notario durante la tramitación del mismo, y el Registrador podrá calificar el cumplimiento efectivo de las mismas. Si no hay expediente ni, por tanto, notificación previa, es el Registrador quien ha de practicar esas notificaciones una vez inscrita la finca.

1. Las notificaciones notariales se han de hacer “en la forma prevenida reglamentariamente”. Esta mención remite al artículo 202 del Regla-

mento Notarial. Este precepto regula las actas de notificaciones previendo que la notificación se hace mediante personación del notario en el domicilio o lugar de la notificación, si bien el notario discrecionalmente puede efectuar la notificación enviando al destinatario cédula, copia o carta por correo certificado con aviso de recibo.

2. Las notificaciones registrales habrán de realizarse de conformidad con lo dispuesto en la legislación de procedimiento administrativo común, acudiendo a la publicación en BOE cuando, conforme a la disposición adicional segunda de la ley 13/2015 “los interesados sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o, tras dos intentos, hubiera resultado infructuosa la notificación personal”. Cabría aplicar analógicamente lo dispuesto en la Resolución circular de la DGRN de 3.11.2015, para el caso del artículo 199, cuando dice que “Las notificaciones personales que el registrador haya de efectuar se realizarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria”.

**PROPIEDADES ESPECIALES:** por último, y aunque la nueva redacción hace expresa mención a la protección del dominio público para los casos de posible invasión de fincas colindantes a la hora de inmatricular, la tramitación de este procedimiento no significa que no haya que cumplir los requisitos establecidos en leyes especiales, como Costas, Montes, Carreteras, Ferrocarriles, Vías Pecuarias...

**Segundo. Rectificaciones de cabida.** La RDGRN 17 noviembre de 2015 ha realizado una esquematización de los procedimientos a los que se puede acudir para rectificar la superficie de una finca previamente inscrita, y distingue:

**-Rectificaciones de cabida inferiores al 5% de la cabida inscrita:** conforme al artículo 201.3 LH, se podrá inscribir la rectificación SIN necesidad de presentar la REPRESENTACIÓN GRÁFICA de la finca. En estos casos, la nota de despacho del Registrador deberá motivar el hecho de la rectificación y el Registrador deberá notificar la rectificación a los titulares registrales de las fincas colindantes.

**-Rectificaciones de cabida superiores al 5%, pero inferiores al 10% de la cabida inscrita:** se puede acudir a la vía del ARTÍCULO 201.3 LH, que exige CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA, siempre que de los datos descriptivos respectivos se desprenda la plena coincidencia entre la parcela objeto del certificado y la finca inscrita; o a la vía del ARTÍCULO 9, letra b), que entiende que hay correspondencia entre la

representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando las diferencias de cabida no excedan del 10%, en cuyo caso una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria (por tanto, se refiere a los supuestos en los que se utiliza la REPRESENTACIÓN GRÁFICA ALTERNATIVA, no la RGC). Para este último caso, la ley habla de notificación a los titulares de derechos inscritos, entendiéndose por éstos también a los colindantes. Y en ambos, en la nota de despacho el Registrador deberá motivar el hecho de la rectificación

### **-Rectificaciones de cabida superiores al 10% de la cabida inscrita**

1. Expediente notarial de rectificación de cabida del ARTÍCULO 201 LH (a través de este expediente se podrá rectificar descripción, superficie y linderos), que exigirá CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA de la finca, salvo que el promotor manifieste que la representación gráfica catastral no coincide con la rectificación solicitada, en cuyo caso deberá aportar la ALTERNATIVA. Una vez realizada la operación registral, el registrador la notificará a los titulares registrales de las fincas colindantes y publicar edictos.
2. Expediente registral del ARTÍCULO 199 LH (conforme a la RDGRN 21 de octubre de 2015 a través de este expediente se podrá rectificar descripción, superficie y linderos): que se inicia a solicitud del titular registral del dominio o de cualquier derecho real sobre finca inscrita, que exige notificación al resto de los titulares registrales del dominio de la finca si los hubiera y a los de las fincas registrales colindantes afectadas, a los que se les dará trámite de audiencia, sin que la mera oposición sin fundamentación sea suficiente.

En estos casos se exige certificación catastral descriptiva y gráfica, salvo que el titular manifieste expresamente que la descripción catastral no se corresponde con la realidad física de su finca, deberá aportar, además de la certificación catastral descriptiva y gráfica, una representación gráfica alternativa, en cuyo caso además se deberá notificar a los titulares catastrales colindantes afectados.

Analizada la base gráfica y los procedimientos de coordinación entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, veamos cómo se produce la efectiva **COORDINACIÓN ENTRE REGISTRO Y CATASTRO:**

-En los supuestos en los que se utilice la **RGC**, según el artículo 10.2 LH se hará constar expresamente en el asiento que en la fecha correspondiente la finca ha quedado coordinada gráficamente con el Catastro. Es decir, si la base gráfica utilizada es la catastral, la finca registral esté forzosamente coordinada con Catastro. Puede producir problemas en los casos en los que la RGC sea obligatoria (como en la inmatriculación), pero no sea correcta: se obliga al interesado, bien a tener que tramitar previamente y obtener una alteración catastral en un procedimiento no sólo largo, sino de resultado incierto, o bien, a solicitar la inmatriculación del inmueble catastral a sabiendas de que su delimitación no es correcta, con lo que, o resulta abocado a pecar por exceso (inscribiendo porciones de terreno que sabe que no son suyas) o por defecto (resignándose a inscribir menos terreno del que le pertenece).

-No obstante, si se utiliza una **RGA**, conforme al párrafo 3º el Registrador remitirá la información al Catastro, de acuerdo con su normativa reguladora, para que este practique, *en su caso*, la alteración que corresponda. Parece que la utilización por el artículo de la expresión “en su caso” implica que Catastro no está obligado a coordinar, pudiendo no alterar el Catastro:

- De practicarse la alteración, la Dirección General del Catastro lo trasladará al Registro de la Propiedad, a efectos de que el Registrador haga constar las referencias catastrales correspondientes, así como la circunstancia de la coordinación, e incorpore al folio real la representación gráfica catastral.”
- Si no se practica dicha alteración porque Catastro no lo estima conveniente, se hará constancia de la falta de coordinación.

**¿CUÁLES SON LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA?** Aunque pudiese parecer una discusión meramente terminológica no es baladí optar por uno u otro término, utilizado indistintamente por el artículo 9 Ley Hipotecaria, porque los efectos que desplieguen serán diferentes. A tenor de lo dispuesto en el párrafo inicial del artículo 9, del apartado 5 del artículo 10, del 198.1 LH y la Resolución Circular de la DGRN de 3 de noviembre de 2015, podemos concluir que se trata de una verdadera inscripción.

Además, la inscripción de dicha base gráfica implica una labor calificadora por parte del Registrador. Así, el artículo 9 habla de correspondencia entre descripción literaria y base gráfica para que acceda al Registro, y la determinación de esa correspondencia es competencia del Registrador.

Por tanto, calificada la correspondencia e inscrita la base gráfica, forma parte de la inscripción, desplegando los efectos propios del sistema registral, sobre todos los de salvaguarda por los Tribunales y fe pública registral.

No obstante, estos efectos parecen contradichos por el artículo 10.5, la inscripción de la coordinación otorgará *una presunción “iuris tantum” de que la representación gráfica inscrita y coordinada se corresponde con la Catastral en la fecha indicada en la misma inscripción.*

No obstante, y bajo mi opinión personal, la presunción iuris tantum de validez y exactitud de la representación gráfica la otorga el hecho de inscribirla, con independencia de que esté coordinada, mientras que la presunción del 10.5 es de coordinación a una fecha determinada. Y lo considero así por dos hechos:

-La Ley Catastro no restringe las posibilidades de descoordinación sobrevenida catastral.

-Catastro y Registro son dos instituciones diferentes con diversa naturaleza jurídica, desplegando cada una sus efectos en un ámbito distinto. Y así, la Ley del Catastro, respetuosa con el reconocimiento de esa diferencia, sigue proclamando que todo lo dispuesto en ella “se entenderá sin perjuicio de las competencias y funciones del Registro de la Propiedad y de los efectos jurídicos sustantivos derivados de la inscripción de los inmuebles en dicho registro” (ARTÍCULO 2.2) y que, aunque los datos contenidos en el Catastro Inmobiliario se presumen ciertos, salvo prueba en contrario, ello lo será “sin perjuicio del Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecerán” (ARTÍCULO 3).

Analizadas estas cuestiones, es hora de plantearnos la respuesta la pregunta propuesta en el título de la conferencia: **¿ES UNA MISIÓN IMPOSIBLE LA COORDINACIÓN ENTRE el REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL CATASTRO?**

Mi respuesta es que NO es posible esa coordinación, al menos no de una manera plena o completa y, además, la ley lo ha querido así por diferentes razones:

**Primero.** Falta de correlación entre finca registral y parcela catastral. Así, pueden haber parcelas catastrales que no tengan su correlativo registral porque no ha accedido nunca al Registro. Incluso, accediendo al Registro, una finca registral puede estar formada por varias parcelas catastrales.

**Segundo.** Falta de obligatoriedad de inscripción de la representación gráfica, salvo ciertos supuestos. Por tanto, en la mayoría de los casos no será obligatoria acompañar una representación gráfica, y en todos aquellos supuestos en los que no se acompañe no podrá haber coordinación.

**Tercero.** Incorporación o inscripción no significa coordinación. Aún en los casos en que sea obligatoria, y salvo en la inmatriculación donde sólo se puede utilizar como representación gráfica la catastral, el hecho de que se incorpore una representación gráfica no implica necesariamente coordinación. Así, puede inscribirse una representación gráfica, remitirse a Catastro y que éste lo declare no coordinado.

**Cuarto.** Posibilidad de descoordinación sobrevenida. Incluso en aquellos supuestos en que se logre la coordinación, la expresión de la coordinación debe entenderse referida exclusivamente a una fecha determinada, sin que, en principio, pueda presumirse con posterioridad a la misma. Por tanto, los efectos de la coordinación no son permanentes, sino que se refieren a una fecha concreta, de tal modo que pueden quebrarse con posterioridad por cualquier acto que no acceda a Registro o Catastro. Esto puede generar un problema, ya que la descoordinación sobrevenida no altera, suspende ni compromete la eficacia legitimadora de la representación gráfica en el Registro, inscripción que queda bajo la salvaguarda de los Tribunales y que sólo podrá alterarse con el consentimiento del titular inscrito o resolución judicial.

## ¿CUÁLES PODRÍAN SER LAS POSIBLES SOLUCIONES?.

A la hora de abordar una solución satisfactoria a los problemas de descoordinación entre Registro y Catastro existían diferentes opciones: coordinación/ integración.

**-Sistema de unificación/integración:** esta postura propone la unificación de Catastro y Registro de la Propiedad y considera que desde la perspectiva económica resulta ineficiente la existencia separada de dos instituciones que proyectan su actividad sobre el territorio, ya que aumenta los costes para el usuario y perjudica la seguridad jurídica.

**-Sistema de coordinación:** esta postura parte de la coordinación entre ambos institutos, entendiéndose por tal no sólo un intercambio de datos entre ambas instituciones (doble suministro), sino una toma en consideración de los datos de cada una por la otra, conservando cada institución su autonomía y funciones específicas.

**-¿Cuál ha sido la solución de los países de nuestro entorno?** No existe una corriente única que permita optar por uno u otro sistema. Así, los países de Europa del Este que han tenido que establecer *ex novo* o reestablecer un sistema registral de Bienes Inmueble han consolidado el Catastro y el Registro en una única institución (solución de integración), ya sea desde el origen como Lituania, Letonia, Chipre, República Checa y Eslovaquia, o posteriormente como Hungría, Rumania y actualmente Bulgaria.

También han optado por este sistema, aunque de un modo diferido, otros países que tradicionalmente tenían dos instituciones separadas, como es el caso de Finlandia, Suecia y Eslovenia.

Por último, hay una tercera vía que ha optado por compartir una única base de datos o desarrollar sistemas para intercambiar periódicamente los datos entre ambas instituciones, optando por un sistema de coordinación. Así lo han establecido ya Austria, Finlandia, Suecia, Estonia y Eslovenia y están trabajando en ello Dinamarca, Portugal y Alemania, en base a los consejos de la Comisión Económica para Europa de la ONU en su “*Guidelines on Land Administration*” (1996), “*El Catastro 2014-una visión para el futuro del sistema catastral*” (FIG Comisión 7 (1998) y el e-Government concept de la UE (2005 y 2007) y lo propicia el desarrollo espectacular en los últimos años de las nuevas tecnologías, los Sistemas de Información Territorial o Internet y las Oficinas Virtuales del Catastro y del Registro.

**-¿Cuál ha sido la solución propuesta en España?:** las conclusiones del Seminario Internacional de Registros de la Propiedad celebrado en *Cartagena de Indias (Colombia)* entre el 21 y 25 de abril de 2014 parten de “mantener la dualidad de instituciones, en relación de equilibrio entre las mismas, por medio de un intercambio de información constante a través de una herramienta territorial gráfica que permita el intercambio de la misma de forma ágil y directa, pues el estado actual de la tecnología así lo permite, permitiendo a cada una de estas instituciones mejorar su técnica de trabajo diario, sin injerencia externa alguna en el funcionamiento de las mismas, en un marco de colaboración y mutuo respeto”, y así se ha plasmado en la **Ley 13/2015, de 24 de junio**.

Ahora bien, partiendo del respeto mutuo a ambas instituciones y del reconocimiento de la naturaleza diferente de cada una de ellas, es necesario seguir avanzando en la coordinación. Y así, para concluir, son dos las **PROPUESTAS** que hago:

1. Reconocimiento del carácter preferente de la base gráfica catastral, que produce una coordinación automática.
2. Imposibilidad de descoordinación sobrevenida sin respeto a ciertos procedimientos, con trámite de audiencia y consentimiento de los interesados o resolución judicial, y notificación al Registro de que analizaremos.
3. En los casos de utilización de representación gráfica alternativa, obligatoriedad de coordinación con Catastro a través de un sistema de anotación preventiva de la base gráfica, con conversión en inscripción una vez coordinada y con cancelación en caso de descoordinación.



## **XI.- 3. LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN LA COORDINACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN CATASTRAL Y REGISTRAL DE FINCAS**

**Carlos Jiménez Gallego**

La Ley 13/2015 de 24 de junio, “de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo” ha creado una nueva regulación relativa a la incorporación de datos catastrales a las descripciones de las fincas, ha impuesto, en ciertos casos, la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de las fincas (que en los casos en que no es obligatoria también se puede realizar), y ha establecido una regulación nueva y completa de los procedimientos de inmatriculación, por particulares y por Administraciones Públicas, así como también de las rectificaciones de cabida, de los deslindes y de los demás procedimientos que se regulaban en el título VI de la Ley Hipotecaria, o sea, la reanudación del tracto sucesivo interrumpido y la liberación de cargas y gravámenes. También ha realizado una modificación de numerosos artículos de la Ley del Catastro Inmobiliario (R.D. Legislativo 1/2004, de 5 de marzo), aunque de menor calado de lo que a primera vista parece. Lo referente al Catastro entró en vigor inmediatamente, el 26 de junio de 2015. La reforma de la Ley hipotecaria entró en vigor el 1 de noviembre de 2015.

En este breve trabajo se comenta la actuación notarial tendente a la coordinación entre realidad, Catastro y Registro en lo que se refiere a la descripción de las fincas. Es decir, nos limitamos a la fase de elaboración de los títulos y dejamos para otros ponentes el comentario de la actuación del Catastro y del Registro de la Propiedad.

## **LA COORDINACIÓN ENTRE LA REALIDAD Y EL CATASTRO, O SEA, LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN LO QUE AFECTA AL CATASTRO.**

La referencia catastral de los inmuebles tiene que constar en todo instrumento público relativo a hechos, actos o negocios relativos al dominio y demás derechos reales, contratos de arrendamiento o de cesión por cualquier título del uso del inmueble, salvo en las cancelaciones de derechos reales de garantía. Así lo dispone el artículo 38 del texto refundido de la Ley del Catastro (LCI), que se limitó a copiar, en su versión inicial de 2004, que no ha sido modificada por la Ley 13/2015, lo que ya exigió la Ley 13/1996 de 30 de diciembre.

La referencia catastral puede ser obtenida por el notario mismo por medios telemáticos, accediendo a la sede electrónica del Catastro. En tal caso, cesa la obligación de los contratantes de aportar la referencia al notario (art. 41.1 LCI). El notario obtiene por vía electrónica la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, salvo en casos excepcionales en que esa información aún no se encuentre digitalizada y disponible por internet. Desde entró en vigor la Ley de economía sostenible (Ley 2/2001, de 4 de marzo), o sea desde el 6 de marzo de 2011, es obligatorio protocolizar el documento del que resulta la referencia catastral, que en la inmensa mayoría de casos es dicha certificación.

La no constancia de la referencia catastral en esos casos excepcionales no impide el otorgamiento de la escritura ni la inscripción en el Registro, según dispone el artículo 44.2 LCI, salvo en los casos en que la Ley 13/2015 obliga a inscribir la representación gráfica georreferenciada, en cuyo supuesto no habría más remedio que obtenerla correctamente del Catastro. Pero en los casos de no constancia, el notario tiene que advertir de forma expresa en la escritura que se ha incumplido la obligación de aportar la referencia catastral (art. 43.2 LCI). Este hecho es constitutivo de infracción y puede sancionarse en los términos que fija el artículo 71 LCI. En caso de falta de aportación de la referencia, los interesados tienen obligación de formalizar las declaraciones conducentes a la incorporación en el Catastro del inmueble de que se trate o de la alteración de éste que se ha formalizado en la escritura (art. 13.2 LCI). Como se ve, en estos casos, la coordinación Catastro-realidad queda frustrada, salvo que el interesado voluntariamente aporte la información correspondiente al Catastro o éste actúe de oficio, una vez recibida del notario la información del incumplimiento.

Nos referimos a continuación al supuesto, usual, en que sí se ha obtenido certificación catastral descriptiva y gráfica.

El primer paso para toda coordinación es la pregunta que el notario hace a los otorgantes para que manifiesten, a la vista de la certificación catastral si la finca que aparece en ésta es la finca objeto de la escritura. El otorgamiento sólo puede hacerse si la respuesta es afirmativa o, si en caso de ser negativa, no se puede identificar la finca en el Catastro, hecha la busca correspondiente, que el notario puede realizar en la sede electrónica del Catastro con arreglo a diferentes criterios como DNI o NIE del interesado o acceso a los planos de la zona de que se trate. Si la finca no puede identificarse de ninguna manera en el Catastro, el notario puede autorizar la escritura con la advertencia antes citada. La práctica nos ha demostrado que estos supuestos son absolutamente excepcionales.

Si la respuesta es afirmativa, el siguiente paso es confrontar la descripción que aparece en la gráfica catastral con la descripción registral que el notario habrá obtenido por medio de la nota informativa que habrá solicitado. Hay que tener en cuenta que la declaración de los otorgantes de que la descripción gráfica catastral que el notario les muestra se corresponde con la finca objeto del contrato es una declaración poco precisa, pues salvo casos excepcionales no se realizan mediciones técnicas de las fincas a efectos de otorgar escrituras. Por ello, los interesados no suelen estar en condiciones de manifestar si la superficie catastral es exactamente la superficie real de la finca. Su manifestación sólo será aproximada. Algunas veces, aunque no es lo más frecuente, se da el caso de que los interesados identifican la parcela catastral pero señalan que hay diferencias considerables de superficie entre la realidad, que más o menos les conste, y el Catastro. En ciertos casos estas diferencias superan el 50%.

Hay un criterio legal para apreciar la correspondencia entre la descripción catastral y lo que la LCI denomina la “identidad de la finca”. Se contiene en el art. 45 LCI, cuya redacción vigente se fijó en la versión inicial de la LCI. Hay correspondencia cuando los datos de situación, denominación y superficie, si constara ésta última, coincidan con los del título y en caso con los del Registro de la Propiedad. Y si hay diferencias de superficie, hay igualmente correspondencia si no exceden, en más o en menos, del 10% siempre que además no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos. El cambio de nombre de la calle o del número de policía del edificio deben acreditarse, salvo que le conste al notario. Obsérvese que el artículo 45 no obliga a comparar la descripción catastral con la realidad, sino con el título o con el Registro. Es lógico que así sea pues el notario no tiene información sobre la superficie real de la finca, salvo que los interesados aporten una medición.

En consecuencia: la correspondencia entre realidad y Catastro se basa en la declaración de los otorgantes y en la verificación -y, en su caso, busca- que realiza el notario, teniendo en cuenta los criterios del artículo 45 LCI, a la vista de la documentación aportada y obtenida y de tales declaraciones. Pero la coordinación realidad-Catastro no puede imponerse por el notario a los otorgantes, salvo en lo relativo a la aportación de la referencia catastral, con la salvedad de que ésta no pueda obtenerse ni por los interesados ni por el notario.

Queda por responder la pregunta de si el notario puede autorizar la escritura en el caso de que los interesados aleguen que la superficie de la finca excede en más o en menos del 10% de la superficie real. La cuestión es discutible. Entendemos que el notario debe autorizar la escritura. Es cierto que este supuesto no está contemplado en la Ley. El art. 44 LCI se refiere al supuesto de que no se aporte la referencia catastral, no al supuesto de que se aporte pero haya diferencias entre la descripción catastral y la realidad. Y el artículo 49 LCI tampoco se refiere a este supuesto, pues presupone que puede establecerse la correspondencia entre la realidad y la descripción catastral aplicando los criterios del art. 45 LCI. Nosotros entendemos que, por lógica, si la escritura puede autorizarse sin referencia catastral, también podrá autorizarse si resulta que hay diferencias de superficie entre la realidad y el Catastro, siempre que quede todo claramente explicado en la escritura. Ello quedará no obstante, como manifestación de las partes, sin que obligue a tramitar el expediente de subsanación de discrepancias del art. 18.2 LCI, al que ahora nos referiremos. De todas formas, si la diferencia es tan grande que al notario no queda claro si la finca objeto del contrato es la que aparece en la certificación catastral obtenida, lo procedente será actuar como si no se hubiera aportado la referencia catastral, sin perjuicio de hacer constar las manifestaciones de parte a que nos acabamos de referir.

La práctica de los últimos 20 años nos ha mostrado:

Que en las fincas urbanas puede fijarse fácilmente la correspondencia en muchos casos entre la realidad y el Catastro. Si se trata de solares, no es usual que la superficie sea idéntica pero las diferencias no exceden del 10%, salvo en casos aislados. Si se trata de edificios, o de partes determinadas, las diferencias suelen ser pequeñas. A veces han cambiado los nombres de las calles o la numeración de los edificios pero esto se puede acabar explicando de forma satisfactoria. En consecuencia, en estos casos, la referencia catastral suele identificar la finca de forma bastante satisfactoria para los interesados.

Cuando se trata de fincas rústicas, los datos de situación y denominación del paraje no plantean grandes dificultades, pero sí la superficie. La coincidencia de

superficie entre la real, cuando se ha realizado medición reciente, y la catastral es algo que no se da prácticamente nunca. Incluso es usual que la diferencia supere el 10%. Lo que ocurre es que en la mayoría de casos los interesados no han realizado medición y dan por buena la superficie que consta en el Catastro. En este caso, la superficie catastral que se ha dado por buena será la base de la coordinación Catastro-Registro, en los casos en que tal coordinación deba hacerse, aunque quizá no sea la superficie real. Esto no es bueno desde el punto de vista de la coordinación con la realidad, pero no se ha impuesto por la Ley aportar mediciones de las fincas con ocasión de cada contrato. La Ley ha sido realista y no lo ha impuesto. Hubiera sido excesivo, porque la práctica no pide tanta precisión en la descripción de las fincas, salvo en contados casos.

En los casos en que no se haga la completa coordinación Catastro-Registro, por no ser obligatoria o ser voluntaria y no solicitarse, la información que publicará el Registro sobre la descripción física finca será, por tanto, por un lado la descripción que ya conste en la hoja registral y por otro, la que conste en el Catastro, a que el Registro se remitirá por constar en la hoja registral la referencia catastral. No hay igualdad de descripciones, pero al menos sí queda establecida una relación entre Catastro-Registro. Este es el sistema que comenzó con la Ley 13/1996, que se pudo conseguir en fincas rústicas a partir del año 2003. Pero por lo que se refiere a la actuación notarial, no vemos inconveniente en que se autorice la escritura aunque las diferencias de superficie excedan del 10% entre la real y la catastral, en los términos que acabamos de decir. Así es como se ha estado funcionando en la práctica. A nuestro juicio, la Ley 13/2015 no obliga a modificar esta forma de actuar.

La Ley del Catastro tiene un procedimiento para los casos en que, a pesar de que se podría apreciar correspondencia entre realidad y Catastro en aplicación de los criterios del artículo 45 LCI, el notario considere que la referencia catastral aportada pueda no ser la correspondiente al inmueble objeto de la escritura. Se regula brevemente por el artículo 49 LCI. Consiste en que el notario comunique al Catastro su duda y solicite certificación o documento informativo, que le será remitido por cualquier medio que permita su constancia, en el plazo más breve posible, y siempre dentro de los cinco días hábiles siguientes al de recepción de la solicitud. Este procedimiento existía con anterioridad a la Ley 13/2015. No se ha utilizado en la práctica. Ha faltado crear un medio de comunicación telemático entre notario y Catastro que permitiera resolver estas consultas con facilidad.

No obstante la duda que pueda surgir al notario, la LCI permite en su artículo 49.3 que en caso de urgencia alegada por los otorgantes pueda autorizarse el documento haciendo constar el notario la duda acerca de

la referencia catastral. Esta información se comunica al Catastro por medio del índice quincenal de escrituras, que el Consejo General del Notariado hace llegar al Catastro en los 20 días del mes natural siguiente, en cumplimiento del artículo 36.3 LCI. Esto es lo que se ha hecho y se sigue haciendo en la práctica. No obstante, el caso que contemplamos es muy poco frecuente.

La modificación de la descripción de fincas en el Catastro para adecuarla a la realidad es obligatoria para el interesado, según dispone el artículo 13 LCI. Sin perjuicio de ello, la Ley del Catastro regula un procedimiento con el mismo objeto, que se inicia de oficio cuando la Administración tenga conocimiento por cualquier medio de la falta de concordancia entre la descripción catastral de los inmuebles y la realidad. Se refiere a ello el artículo 18 en sus párrafos primero y tercero. Excede de nuestro trabajo comentarlos. Baste señalar que este procedimiento puede tramitarse, incluso de oficio, aunque previamente se haya realizado la completa coordinación Catastro-Registro, lo cual es un defecto del nuevo diseño legal que debiera corregirse cuanto antes mediante modificación de la Ley.

La LCI también regula un expediente cuya tramitación puede encargarse por los interesados al notario. Se regula en el párrafo segundo del artículo 18. Fue creado el año 2011 por la Ley de economía sostenible y ha sido modificado por la Ley 13/2015. Es el llamado procedimiento de subsanación de discrepancias.

Esta tramitación es algo potestativo para los interesados. Es decir, no se trata de algo que el notario tiene que realizar siempre que aparezcan discrepancias entre la realidad y la descripción catastral. Y sólo puede encargarse “con ocasión de hecho, acto o negocio en un documento público”, por lo que no parece posible un requerimiento para tramitar este procedimiento si no se ha encargado una escritura a ese mismo notario.

A consecuencia de la norma del artículo 18.2 LCI, siempre que los otorgantes manifiesten que no hay discrepancia entre lo que resulta de la certificación y la realidad, o que la discrepancia la consideran irrelevante (no hay diferencia de más del 10%), el notario tiene que hacer constar expresamente en la escritura la descripción que resulte de la certificación, aunque sea diferente que la registral, además de reseñar la descripción que constaba en el título previo (esto último, porque lo exige la normativa del Registro de la Propiedad) y también tiene que hacer constar que las partes manifiestan que hay coincidencia entre esa descripción de la certificación catastral y la realidad física.

Si manifiestan que hay discrepancia, los otorgantes podrán (no “deberán”) requerir al notario para que tramite el procedimiento de subsanación de discrepancias del art. 18.2 de la Ley. Si no lo hacen, podrán tramitar este procedimiento ante el Catastro o bien podrán dejar las cosas como están.

La tramitación del procedimiento por notario es sencilla. Debiera haberse regulado un poco más.

El requirente tiene que aportar al notario las pruebas que justifiquen la nueva descripción pretendida. Lo procedente será aportar un plano de un técnico que pueda ser validado posteriormente por el Catastro. La falta de regulación de esto es otro de los problemas del expediente. Ni siquiera se exige un plano. Pero si no se aporta plano o si el plano aportado no puede ser utilizado luego por el Catastro, el procedimiento no tiene ninguna eficacia.

A continuación el notario tiene que notificar a los colindantes afectados. Los colindantes serán en principio los que resulten del Catastro pero creemos que el notario tiene que pedir información de cuáles son en la realidad, no sólo los que resulten del Catastro.

Todos los colindantes afectados tienen que comparecer y consentir. Si falta el consentimiento de alguno, el procedimiento tiene que concluir. Esta norma fue por sí sola para hacer fracasar este expediente o para disuadir de su uso. Compárese con el procedimiento que tramita el propio Catastro (artículo 18.1), en el que se exige notificación pero no consentimiento.

Si todos los interesados afectados dan su consentimiento, el notario comunicará al Catastro el resultado del expediente en el plazo de 5 días. Se trata de una comunicación individualizada. El problema es la imposibilidad, hoy por hoy, de comunicación por vía electrónica. Esta imposibilidad es otra de las causas que, a nuestro juicio, ha convertido en letra muerta a este procedimiento del artículo 18.2 LCI.

El plazo para que el Catastro rectifique la descripción es de 5 días desde su conocimiento, pero este plazo sólo regía si el Notario enviaba al Catastro un plano. Si no se enviaba un plano, realmente la rectificación catastral es difícil. La viabilidad de esta comunicación también exigía la posibilidad de una buena comunicación telemática.

La Ley 13/2015 ha eliminado la necesidad de consentimiento de los colindantes afectados. Ahora, el notario sólo tiene que notificar y conceder un plazo de 20 días para realizar alegaciones. Transcurrido el plazo sin

oposición, el notario incorporará la nueva descripción al mismo documento público o a otro posterior autorizado al efecto. Subsiste el problema de la falta de procedimiento telemático de comunicación.

En principio, la nueva descripción acreditada de conformidad con este art. 18, que ya será la nueva descripción catastral, accedería al Registro de la Propiedad, pero la LCI decía, antes de la Ley 13/2015 “sin perjuicio de las funciones que correspondan al registrador en el ejercicio de sus competencias”. Parece que esto significaba que el Registrador puede alegar dudas sobre la identidad de la finca. Pero también podía interpretarse en el sentido de que el Registrador sólo podía modificar la descripción registral en los términos que resultaban de la legislación hipotecaria o de la Ley 13/1996 y exigir por tanto todo lo que exigían estas normas. Este problema hoy ya no se plantea, porque la Ley 13/2015 ha derogado los párrafos del artículo 18 que se referían a la inscripción registral. Ahora, el procedimiento del artículo 18 no tiene ninguna consecuencia para el Registro de la Propiedad. Cualquier modificación del Registro tiene que ir por los cauces previstos en la normativa hipotecaria, que básicamente son los artículos 199 LH y 201 LH. Ello cuestiona la utilidad de este procedimiento de modificación catastral, pues no se entiende bien por qué se va a tramitar un procedimiento para modificar el Catastro y después otro para modificar el Registro de la Propiedad cuando se puede llegar a conseguir lo mismo mediante la modificación en primer lugar del Registro, que va a ocasionar una modificación del Catastro realizada de oficio con base en lo que ya ha accedido al Registro (nuevo artículo 18.3 LCI).

Finalmente diremos, para concluir este apartado que en los casos de modificaciones de fincas por agrupación, agregación, segregación, división o constitución de división horizontal de construcciones la LCI impone al notario la obligación de comunicarlo en un plazo de 5 días (art. 47 LCI, que no ha sido modificado por la Ley 13/2015). Esto tampoco se ha podido cumplir hasta ahora por falta de un procedimiento telemático adecuado.

### **LA COORDINACIÓN ENTRE REALIDAD, CATASTRO Y REGISTRO, EN ESPECIAL, LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN LO QUE AFECTA AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.**

La exigencia de la constancia de la referencia catastral en las inscripciones registrales fue creada por la Ley 13/1996, como ya hemos dicho. Desde la Ley 13/2015 se menciona esta obligación también en el artículo artículo 9.a LH.

Al igual que en el caso de los notarios, esto exige una actividad del registrador. Consiste en comprobar que la referencia catastral que se ha reseñado en el título se corresponde, no ya con la realidad, porque esta información no consta al registrador, sino con la descripción de la finca que consta en el Registro. Para ello, el registrador ha podido aplicar hasta ahora los criterios del artículo 45 LCI, antes vistos,

A partir de ahora hay que distinguir, por un lado, los casos en que procede realizar la coordinación completa entre Catastro-Registro, ya sea impuesta por la Ley o solicitada por los interesados, en los que se debe calificar la certificación catastral descriptiva y gráfica, o la certificación expedida por un técnico, en los casos en que ésta se admite, y por otro lado, los casos en que no procede tal coordinación completa y sólo se debe calificar la referencia catastral. La actuación notarial, a estos efectos, es la misma que antes hemos explicado, tanto en uno como en otro caso.

En el primer grupo de supuestos, el registrador tiene que aplicar el art. 9.b LH, en la redacción que le ha dado la Ley 13/2015, que ha dado su propia definición de “correspondencia”, si bien se trata básicamente de los mismos criterios del art. 45 LCI. Según este art. 9.b LH hay correspondencia cuando ambos recintos, el de la representación gráfica aportada y el de la descripción registral se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del 10% de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes.

Si la calificación del registrador es positiva, resulta que la superficie que consta en el Catastro pasa a ser la nueva superficie registral. Y esta modificación obliga al registrador a notificar este hecho a los titulares de derecho inscritos sobre la finca, salvo que del documento presentado resulte que ello ya se ha realizado previamente.

Si es negativa, se suspenderá la inscripción del título.

Para los casos en que no proceda realizar la completa coordinación Catastro-Registro, o sea, a efectos de calificar sólo la referencia catastral, la Ley 13/2015 no ha fijado, de forma expresa, criterios. Pero siempre queda acudir al artículo 45 LCI. No nos parece excesivamente incorrecto aplicar el art. 9.b LH por analogía, pero lo consideramos innecesario puesto que ya tenemos el art. 45 LCI.

Si la calificación del registrador es positiva, se practicará la inscripción, pero no se modificará la descripción de la finca registral. La LH no se refiere expresamente a este supuesto.

Si el registrador no aprecia correspondencia, la respuesta no está clara. La LH no regula esto expresamente. Puede defenderse que el registrador debe practicar igualmente la inscripción, pues el artículo 44.3 LCI permite inscribir en los casos en que no se aporte la referencia catastral. Cabe cuestionar si el nuevo artículo 9.a LH, en la redacción que le ha dado la Ley 13/2015, ha derogado el art. 44.3 LCI. Entendemos que no, porque el artículo 44.3 sigue teniendo sentido: hay casos en que hoy por hoy no resulta posible obtener la referencia catastral y ello no puede ser obstáculo para transmitir y adquirir la propiedad. Si se puede inscribir sin hacer constar la referencia catastral en esos casos excepcionales, se debe poder inscribir aunque resulte dudoso al registrador que la referencia catastral se refiera de verdad a la finca porque no hay correspondencia en los términos del artículo 45 LCI. La cuestión es discutible.

El registrador también puede utilizar el procedimiento del artículo 49 LCI, antes reseñado. Recordamos que sólo procede cuando se pueda apreciar correspondencia en los términos del artículo 45 LVCI. No nos consta que haya sido utilizado.

La práctica nos ha enseñado:

Respecto de fincas urbanas, edificadas o no edificadas, la correspondencia puede establecerse fácilmente y las referencias catastrales se están haciendo constar en las hojas registrales desde que entró en vigor la Ley 13/1996.

Cuando se trata de fincas rústicas, la coincidencia entre superficie catastral y registral es algo que no se da prácticamente nunca. Incluso en un porcentaje significativo de casos, que podemos fijar en torno al 25-30%, las diferencias de superficie, en más o en menos, exceden del 10%. La práctica está siendo dispar. Nosotros entendemos que la inscripción debe practicarse pero el registrador debe proceder como si la referencia catastral no se hubiera acreditado. Es decir, no hará constar la referencia catastral en el asiento. La denegación, y la consiguiente exigencia de rectificar el Catastro o el Registro tiene sentido sólo en los casos en que sobre la finca haya que declarar construcciones, porque la Ley 13/2015 exige la constancia registral de las coordenadas de referenciación geográfica y no parece posible calificar éstas si no hay una parcela catastral cierta, que exige como mínimo una referencia catastral.

Tanto en caso de fincas urbanas como rústicas, no ha habido manera de evitar que una referencia catastral accediera más de una vez al Registro de la Propiedad en hojas de distintas fincas. Esto no se producirá a partir de ahora respecto de los casos en que se haya realizado la plena coordinación Catastro-Registro, por inscripción de la representación gráfica georreferenciada.

La modificación de la descripción de fincas registrales no es algo obligatorio para los interesados, a diferencia de lo que ocurre con el Catastro. Pero la Ley 13/2015 ha establecido excepciones a esta regla. El art. 9.b LH impone la inscripción de la representación gráfica georreferenciada en una serie de supuestos: parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación, agregación, expropiación forzosa o deslinde.

Para estos casos, y para todos los demás casos en que los interesados lo deseen, hay procedimientos de rectificación. Se trata de los regulados por los artículos 199 LH y 201 LH. El primero es un expediente registral y por tanto no nos vamos a referir a él, por corresponder a otro ponente. El artículo 201 regula varios expedientes que se tramitan ante notario, que ahora comentamos brevemente.

En el art. 201 se regulan hasta cuatro supuestos distintos de modificación de la descripción de fincas registrales:

1ª-La rectificación de superficie “cuando la diferencia alegada no exceda del cinco por ciento de la cabida que conste inscrita”. En este caso no hace falta nada. Sólo declararlo y se hará constar en el Registro siempre que el Registrador no tenga dudas sobre “la realidad de la modificación solicitada”. Se regula en el art. 201.3.b).

Como se ve, la diferencia puede ser en más o en menos de la superficie inscrita. Y la norma se refiere sólo a la superficie, no a otros datos descriptivos de la finca.

2ª-La rectificación de superficie cuando las diferencias de cabida no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y se base en certificación catastral descriptiva y gráfica. En este caso sólo se exige declaración por el interesado y aportación de la certificación catastral, y se hará constar en el Registro siempre que así se pida y haya plena coincidencia entre la parcela objeto del certificado y la finca inscrita. Se regula en el art. 201.3.a).

Esta manera de rectificar se refiere sólo a la superficie, no a otros datos descriptivos de la finca. Al igual que en la letra b), la diferencia puede ser

en más o en menos de la superficie inscrita. Y también rige la regla de que el Registrador no tenga dudas sobre “la realidad de la modificación solicitada”.

3ª-Rectificación de la calificación o clasificación, destino, características físicas distintas de la superficie o linderos o datos de localización o identificación, tales como el nombre por el que fuere conocida la finca, o el número o denominación de la calle, lugar o sitio en que se encuentre. En estos casos hay que acreditar la modificación de modo suficiente “en la forma que se determine reglamentariamente”. Se regula en el art. 201.2, que se limita a decir lo que acabamos de reseñar. Mientras no haya norma reglamentaria, y a día de hoy no la hay, la aplicación de esta regla va a quedar al “buen criterio” de notarios y registradores.

4ª-La modificación de la descripción, superficie o linderos, en supuestos distintos de los tres apartados anteriores. Este es el expediente que regula el art. 201.1 LH, que se basa en el expediente de dominio del art. 203 y que no puede utilizarse para encubrir negocios traslativos o negocios de modificación de fincas (agrupaciones, divisiones, etc.).

Por otro lado, entendemos que la Ley 13/2015 ha derogado el art. 298 RH en todo lo que resulte incompatible con aquélla, por lo que la inscripción de excesos de cabida por la vía de título público complementado por acta de notoriedad, que ha sido un procedimiento habitual, no es posible desde el 1 de noviembre de 2015.

El esquema del procedimiento es el siguiente:

Comienza por el requerimiento del interesado, que debe aportar la certificación catastral o, si el Catastro no coincide con la realidad, la certificación expedida por un técnico con los requisitos del art. 10 LH. En este último caso, la LH obliga al notario a tramitar también el expediente del artículo 18.2 LCI.

Entendemos que debe haber coincidencia total entre descripción catastral –o de la representación alternativa– y la nueva descripción de la finca.

En todos los casos, el notario solicita certificación al Registro y realiza notificaciones a los interesados. No queda claro en la Ley a cuántas categorías de interesados hay que notificar. Hay un plazo de un mes para realizar alegaciones. Transcurrido el plazo, el notario cerrará el expediente, teniendo en cuenta todo lo practicado. En caso de oposición de cualquier interesado, el notario está obligado a cerrar el expediente. En este caso, el requirente tendrá

que demandar en juicio declarativo a todos los que se hubieran opuesto.

A consecuencia de este expediente, se conseguirá la completa coordinación entre Catastro y Registro, aunque ello se produce de rebote, porque la principal finalidad del artículo 201.1 es regular un cauce para la rectificación de las descripciones registrales.

### **PARA CONCLUIR:**

Como hemos ido indicando a lo largo de este comentario, diversos fallos del sistema dificultan o impiden la coordinación entre realidad, Catastro y Registro. Reiteramos los más importantes: hay casos en que no puede obtenerse la referencia catastral ni por tanto la certificación descriptiva, lo que impide ab initio cualquier coordinación; la descripción catastral se da legalmente por buena, cuando en muchos casos no lo es, especialmente en fincas rústicas, sin imponer ninguna verificación; el Catastro puede deshacer la coordinación sin ni siquiera comunicarlo al Registro de la Propiedad; el procedimiento de subsanación de discrepancias catastrales que se tramita ante notario está legalmente desincentivado; sigue sin haber, a pesar del transcurso de más de 5 años, un cauce telemático de comunicación individualizada entre cada notario y el Catastro; una misma referencia catastral puede seguir accediendo al Registro de la propiedad identificando a distintas fincas; se ha dificultado el aumento y más aún la disminución de la superficie de fincas registrales, aun cuando fuera para adaptar la superficie registral a la catastral.

Ello debería seguir impulsando una mejora del Catastro, además de una nueva actuación legislativa, que hoy, sin embargo, intuimos muy lejana.

Por otro lado, es cierto que la modificación de la descripción de fincas registrales sólo puede irse haciendo a medida que cada propietario quiera y que el notario no puede imponer a los otorgantes ni la coordinación realidad-Catastro ni, salvo casos excepcionales, la coordinación Catastro-Registro. Sin embargo, estimamos que obligar legalmente a rectificar las descripciones de fincas registrales motivaría hoy por hoy un gran rechazo social. La coordinación Catastro-Registro necesita su tiempo.



## XII.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PÚBLICO

*En el pasado curso académico los trabajos científicos de los Académicos se han dirigido especialmente al Derecho privado; pero siempre está la dedicación de un Académico ilustre –Tomás Mir de la Fuente– quien año tras año viene produciendo luminosos artículos sobre interesantes temas de Derecho público. Y, en la presente ocasión, el tema elegido no puede ser más actual: las leyes meramente derogatorias, leyes que, en muchas ocasiones, obedecen a evidentes compromisos políticos contraídos con el electorado, por cuya razón las encontramos especialmente aquí y ahora, y, por la misma razón, es evidente que las vamos a encontrar siempre.*

*El extenso trabajo que se dedica al tema comienza por señalar el sector doctrinal que actualmente se ocupa del estudio de esta materia –la norma jurídica–, que antaño era dominio de los civilistas, que la estudiaban dentro de la Parte General del Derecho civil, pero que hoy en día ha pasado a ser analizada también por los administrativistas y constitucionalistas. En un estudio tan exhaustivo como son los del Académico Sr. Mir de la Fuente, es natural que se comience por analizar el significado gramatical de las palabras relacionados con el tema tratado –derogar, abrogar, abolir, vigente, vigencia, vigor, desuso, obsoleto...– y se pase después revista a los latinismos existentes sobre la derogación. El siguiente paso es la exposición de las normas hoy en día vigentes sobre la derogación, tanto las del bloque constitucional (Constitución Española y Estatuto de Autonomía de las Illes Balears) como las*

*de legislación ordinaria (Código civil y Compilación de Derecho civil de las Illes Balears), seguido de las corrientes doctrinales que se han pronunciado sobre la cesación de vigencia de las leyes y derogación, en sus conocidas formulas de expresa y tácita. Se pasa revista a continuación a las diversas formulas derogatorias empleadas por las principales leyes, tanto históricas como actuales y tanto del bloque constitucional como de la legislación ordinaria.*

*De verdadero interés son las consideraciones que se hacen sobre la inderogabilidad de las leyes, que, en la actualidad, tiene tan sólo como vestigio el hecho de que el legislador, en ocasiones, ha creído que ciertas leyes –las superlegales, las fundamentales o la Constitución– merecen una vigencia prolongada estableciendo para su reforma unos requisitos más exigentes que para las leyes ordinarias o elevando los derechos que en las mismas se proclaman a principios o valores superiores del ordenamiento jurídico. Se recuerda que la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958 disponía que los doce principios promulgados son, por su propia naturaleza, permanentes e inalterables. Lo cual no evitó su absoluta derogación. La derogabilidad, esencial al propio concepto de ley, no impide el hecho de que en las mismas se puedan proclamar derechos y libertades fundamentales, cual ocurre en la propia Constitución Española, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de noviembre de 1948 y en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950.*

*Se entra después en el análisis de tres disposiciones legislativas de alcance meramente derogatorio dictadas por el Parlament de nuestra Comunidad Autónoma. La primera de ellas es la ley 5/2015 de 23 de marzo de racionalización y simplificación del ordenamiento legal y reglamentario de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, absolutamente necesaria si se tiene en cuenta que, en la Exposición de Motivos de la misma, se dice que, desde 1983, la CAIB ha promulgado más de 350 leyes y 4000 decretos que, además, han de convivir con los ordenamientos jurídicos estatal y europeo. Se analiza después la ley 8/2015 de 16 de octubre, que deroga la 9/2013 de 23 de diciembre sobre uso de los símbolos institucionales de las Illes Balears. Se trata de una derogación de rechazo, sin sustitución; como tantas ha habido y habrá, inmediatamente después de la formación de gobiernos con nuevas mayorías*

*parlamentarias para cumplir promesas electorales al respecto o pactos de legislatura o coalición postelectoral. Y, finalmente, se analiza el entonces proyecto de ley de derogación de la ley 9/2014 de 29 de septiembre de protección a la maternidad en las Illes Balears –hoy ley 6/2016 de 22 de abril–, respecto de la cual se decía en un comunicado de la Consellería de Serveis Socials i Cooperació que la ley derogada era innecesaria, vacía de contenido y que tenía un carácter claramente ideológico, ello sin tener en cuenta que derogar es legislar, por lo que la ley derogatoria de una ley ideológica o ideologizada lo es igualmente.*

*En definitiva, el fundamento constitucional de la facultas abrogandi se vincula al carácter inagotable de las fuentes (la facultad normativa otorgada por las normas sobre producción de normas no es para un determinado número de actos, sino para una serie indefinida de ellos, pues de lo contrario se petrifica) y, por esto mismo, ningún poder constituido puede decretar la inderogabilidad de alguna de sus normas por futuras manifestaciones de este mismo poder, ya que en este caso estará ejerciendo una función propiamente constituyente que no le corresponde.*



# LAS LEYES MERAMENTE DEROGATORIAS, *HIC ET NUNC (... ET SEMPER)*

Tomás Mir de la Fuente

*...in XII tabulae legem esse, ut quodcumque postrennum populus iussisset, id ius ratumque esset. Tabula XII. 5. Lex duodecim tabulae. Liv. 7. 17. 2.*

*...en las XII tablas está la ley, pero lo que el pueblo ha decidido al final es lo únicamente válido y anula todas las disposiciones anteriores. Ley de las XII Tablas. Tabla XII. 5. Liv. 7.17. 2.*

## SUMARIO:

### I. SEDIS MATERIAE

### II. HIC ET NUNC

### III. CONSIDERACIONES PREVIAS:

1. El significado de las palabras.
2. Los latinismos sobre la derogación.
3. Normas vigentes sobre derogación.
4. Algunas fórmulas de especial interés.
5. Algunas normas derogatorias.
6. Sobre la inderogabilidad de las leyes.

### IV. LA LEY BALEAR 5/2015, DE 23 DE MARZO, DE RACIONALIZACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN DEL ORDENAMIENTO LEGAL Y REGLAMENTARIO, COMO LEY MERAMENTE DEROGATORIA:

1. La contaminación legislativa como marco.
2. Algunas cuestiones sobre competencia y eficacia.

## **V. LA DEROGACIÓN DE LA LEY 9/2013, DE 23 DE DICIEMBRE, SOBRE USO DE LOS SÍMBOLOS INSTITUCIONALES DE LAS ILLES BALEARS POR LA 8/2015, DE 16 DE OCTUBRE:**

1. Las derogaciones debidas o prometidas.
2. Las derogaciones por razones políticas.

## **VI. EL FUNDAMENTO DE LA FACULTAS ABROGANDI:**

1. En general.
2. En particular, de las leyes estudiadas.

## **VII. EL FUTURO DE LAS LEYES DEROGATORIAS EXPRESAS POR RAZONES TÉCNICAS U OTRAS.**

## **VIII. ADDENDA COMO EPÍLOGO: SUMA Y SIGUE. EL PROYECTO DE LEY DE DEROGACIÓN DE LA LEY 9/2014, DE 29 DE SEPTIEMBRE POR LA QUE SE ESTABLECE Y REGULA LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS.**

### ***I. SEDIS MATERIAE***

El presente estudio se inscribe dentro de los trabajos del Curso 2014-2015, realizados en el seno de la Comisión Académica de Derecho Público de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Lo que justifica el hecho de que la Teoría de la norma jurídica y las fuentes del Derecho, al menos el español, han dejado de ser, hace tiempo, un *huerto* cerrado de especialistas. Sobre todo de civilistas y filósofos del Derecho.

Unos y otros lo aceptan. Jesús DELGADO ECHEVARRÍA<sup>1</sup>, después de reconocer que, aunque hace pocos decenios, se consideraban los civilistas, depositarios de la teoría de la norma jurídica, y la explicaban en la Parte General, de su asignatura -sobre todo porque esta materia la recogía el legislador en el Título preliminar de Código civil, y los pronunciamientos de la Sala 1<sup>a</sup>, de lo civil, del Tribunal Supremo eran los de mayor interés-, hoy las cosas han cambiado. Administrativistas, constitucionalistas y filósofos del Derecho entienden la materia

---

1.- *Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad.* Derecho Privado y Constitución nº 17/2003. Monográfico en homenaje del profesor Javier SALAS HERNANDEZ.

como parte integrante de sus saberes específicos. Ya no son las sentencias de la Sala 1ª del TS las únicas, ni las mejores (sorprende la elementalidad y conservadurismo de aquéllas sobre derecho intertemporal y aplicación retroactiva), sino que otras Salas están atentas y abiertas a la realidad y el Tribunal Constitucional refleja en sus decisiones un *ethos* nuevo. Sin nostalgia sobre el viejo monopolio gremial y sin interés en una guerra de áreas, proclama ese autor, que es especialmente útil el diálogo entre todos los juristas *cultivadores del huerto*<sup>2</sup>, y en este espíritu el autor de la cita pone en relación algunos fenómenos observados en el Derecho español relativos a las normas derogadas con la teoría de las normas, de algunos filósofos, cultivadores de la teoría analítica, sobre todo.

Los administrativistas hace tiempo que se aplican al estudio de la materia, por causa sobre todo de la potestad reglamentaria de la Administración pública y los actos del Ejecutivo con fuerza de ley, y, más aún, la jerarquía normativa, en función del órgano estatal que dicta la disposición de carácter general. Decía GARRIDO FALLA<sup>3</sup> que, aún concediendo que la teoría de las Fuentes del Derecho debe resolverse por la Parte General del Derecho y por el Derecho Constitucional, existen aspectos de la cuestión que tienen su sede propia en el Derecho Administrativo. ENTRENA CUESTA<sup>4</sup>, después de la Constitución, dijo que es en ella donde radican las piedras fundamentales sobre las que se asienta cada una de las ramas del Derecho, incluido el Civil y no sólo el Derecho civil constitucional<sup>5</sup>. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ<sup>6</sup> apreciaron en el sistema normativo del Derecho Administrativo una *suerte de tercera dimensión*, pues, en el Derecho Civil, se habla de la Ley, como equivalente de toda norma escrita (en una concepción plana, donde se perpetúan dogmas tan antiguos como el de la ley en sentido material), mientras que en el Derecho Administrativo se diferencia entre las distintas normas

---

2.- Se refiere al huerto cerrado de especialistas, de que hablan Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MARNERO, en la presentación del Libro *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel. Barcelona 1996, en perjuicio de la comprensión, mejora y crítica del Derecho, la dogmática y de las diversas prácticas jurídicas. Como a la mutua incompreensión, de que habla Josep. M. VILAJOSANA en *Dinámica de sistemas y persistencia de las normas jurídicas*. DOXA 21 I 1988 págs. 49 y ss.

3.- Fernando GARRIDO-FALLA *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I (Parte General) 2ª ed. Madrid 1961, pág. 198.

4.- Rafael ENTRENA CUESTA *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. Tecnos Madrid. 1983.

5.- Joaquín ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS *El Derecho civil constitucional*. Cuadernos Civitas. 1986, dice que el contenido jurídico-civil, que se ha venido considerando como residual o impropio, encuentra asiento constitucional porque, en buena medida, el lugar más adecuado de regulación es la Constitución, o porque su carácter es cuasiconstitucional o jurídicamente introductorio.

6.- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Civitas Madrid 1974, pág. 61.

escritas, con la perspectiva de profundidad que proporciona la acumulación sobre un mismo problema de normas de muy distinta procedencia. Convergiendo sobre el mismo objeto, leyes y reglamentos.

Los constitucionalistas han de reconocer que la CE, si bien establece, como competencia exclusiva del Estado, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, no ha convertido estas cuestiones en un tema constitucional. Por lo que DÍEZ-PICAZO<sup>7</sup>, civilista, advirtió enseguida que, en el Derecho vigente en estos momentos, parece que el desarrollo se lleva a cabo a través del artículo 1 del Código Civil, mientras que otra cosa no se establezca. Artículo que no ha sido derogado por la CE<sup>8</sup>. Afirmando que la determinación de las fuentes del Derecho no es un tema constitucional sino un tema en el que la exclusiva competencia corresponde al Estado y se desarrolla por medio de la legislación ordinaria. Y lo mismo habría que decir -en lo que nos importa ahora- de las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas.

GIANNINI<sup>9</sup> había dicho que en los ordenamientos estatales modernos la normación sobre las fuentes (normación sobre normación) es única y está regulada por completo por rígidas normas estatales. El estudio de las fuentes forma parte, por ello, del Derecho Constitucional.

PEDIERI<sup>10</sup> dijo que el artículo 149.1.8ª CE, que reserva a la ley estatal la determinación del sistema de fuentes del Derecho (como propia de la legislación civil), no dice ni qué ni cuáles son, de lo que resulta que, respecto de la ley ordinaria (artículo 1.1 del CC), el ordenamiento constitucional introduce normas jerárquicamente supraordenadas a las primeras, es decir a las propias normas constitucionales, distingue entre leyes orgánicas y no orgánicas e introduce la legislación regional, pero, por lo que resta, deja inalterada la situación derivada del CC y, en consecuencia, el estado de la doctrina y de la jurisprudencia elaboradas, en base a la normativa existente a la entrada en vigor de la CE. La ley ordinaria regula legítimamente (ya en su formulación actual ya en las que eventualmente le sucedan) la materia no regulada por

---

7.- Luís DÍEZ-PICAZO *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, en la obra colectiva *Constitución y Fuentes del Derecho*. Instituto de Estudios Fiscales (D.G. de lo Contencioso del Estado). Madrid. 1979, Vol. I pág. 658.

8.- La Disposición derogatoria 3ª sólo derogó (expresa, pero genéricamente, o, si se quiere, tácitamente) cuantas disposiciones se opongán a lo establecido en esta Constitución.

9.- *Lezioni di diritto amministrativo*. Milán 1950.

10.- Alberto PEDIERI *El sistema de las fuentes del Derecho. La Constitución española de 1978*. Estudio sistemático dirigido por A. Pedieri y E. García de Enterría. Ed. Civitas 1980. 2ª ed. Pág. 168.

la propia Constitución. De ello se deduce que una nueva ley ordinaria que sustituya el artículo 1 del Título preliminar del CC podrá excluir de la lista algunas fuentes o añadir otras.

## II. *HIC ET NUNC*

Aquí y ahora, las consideraciones que siguen, sobre derogación de las leyes en general, y, en particular, sobre las leyes meramente derogatorias, responden a un doble estímulo reciente y próximo.

El primer estímulo, cronológicamente, ha sido la promulgación de la **Ley 5/2015, de 23 de marzo, de Racionalización y simplificación del ordenamiento legal y reglamentario de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears**, publicada en el B.O.I.B, nº 44 de 28 de marzo de 2015, que, para conseguir su finalidad simplificadora del ordenamiento jurídico autonómico balear desde el punto de vista formal, dotándolo de más coherencia interna y facilitando el conocimiento más cierto y claro de las normas que lo componen y están vigentes actualmente, tiene por objeto (junto a otros dos: facultar al Gobierno de las Illes Balears para elaborar y aprobar los textos refundidos de las leyes que se han modificado de manera sucesiva y dispersa o sustancialmente, e instar al mismo Gobierno que elabore y apruebe las versiones consolidadas de las normas reglamentarias que se han modificado varias veces o de manera sustancial, mediante un procedimiento específico simplificado) *derogar expresamente*, según dispone el artículo 1.2 c) de la Ley, *las normas obsoletas o que han perdido el objeto o la finalidad, a causa del contexto político, social o normativo o del simple transcurso del tiempo*. Lo que hace, en el artículo 4, rubricado Derogaciones, disponiendo que *se derogan las normas que constan en el anexo 3 de esta ley*.

El segundo estímulo, la aprobación, por Acuerdo del Consejo de Gobierno, del Gobierno de las Illes Balears, de fecha 3 de julio de 2015, del Proyecto de ley por la que se deroga la Ley 9/2013, de 23 de diciembre, cuyo artículo único propuso disponer *Se deroga la ley 9/2013, de 23 de diciembre, sobre el uso de los símbolos institucionales de las Illes Balears*. Y, seguidamente, la aprobación de tal proyecto por el Parlamento de las Illes Balears en sesión de 16 de octubre de 2015, que lo ha convertido en **Ley 8/2015, de 16 de octubre, por la que se deroga la ley 9/3013, de 23 de diciembre sobre el uso de los símbolos institucionales de las Illes Balears**, publicada en el Boletín Oficial de las Illes Balears número 156 de 27 de octubre de 2015, cuyo artículo único dispone lo que decía el proyecto.

Estudiar la derogación de las leyes, con la vista puesta, en la ley primeramente citada<sup>11</sup>, nos obligará a hablar de la contaminación legislativa. Que todos denuncian, de una u otra forma, y con diversas expresiones, para describir la situación<sup>12</sup>, enfatizando en la necesidad depuradora en aras a la seguridad jurídica y la solución de los problemas que causan las derogaciones tácitas o expresas genéricas. Y, de las tablas de vigencias y los remedios y paliativos de las previsiones técnicas, sobre los proyectos de ley y disposiciones generales, de la Administración pública, que no obligan al Poder legislativo, pero que conoce y tiene en cuenta.

El estudio de la ley derogatoria de la llamada Ley de Símbolos de las Illes Balears, nos servirá para constatar que, en un Estado democrático, la voluntad popular, expresada directa o indirectamente en las normas, carecería de viabilidad práctica si no se reconociera que éstas pueden ser modificadas, y que el pluralismo político<sup>13</sup> quedaría vacío de contenido si no admitiese que una eventual mayoría política diferente a otra anterior puede cambiar las normas dictadas<sup>14</sup> por esa.

Ambas manifestaciones de la derogación expresa pura y simple confirman, como veremos, que es un instrumento capital de la seguridad jurídica, que, si responde primariamente a la idea de participación popular en la elaboración de las leyes, comprende, necesariamente, la exigencia del conocimiento certero de cuáles son las normas que en cada momento están en vigor<sup>15</sup>, pues lo contrario no deja de ser un vaciamiento del primer sentido.

---

11.- En línea con las recomendaciones de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeos, de 16 de marzo de 2005, *sobre Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en Europa*, y, particularmente, la de que los Estados miembros establezcan estrategias para legislar mejor y, en concreto, sistemas nacionales de evaluación de impacto, que permitan determinar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de una norma, así como las estructuras de apoyo adaptadas a sus circunstancias nacionales. Que ha llevado a la aprobación del RD. 1033/2009, de 3 de julio, por el que se regula la Memoria del análisis de impacto normativo (que incluye una jurídica, y ha de contener el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la norma).

12.- Selva, inflación, saturación, motorización, dinamitación, pulverización, frenesí, laberinto o riada legislativa, entropía, caos, desorganización, sin vivir o dédalo de callejas confusamente delineadas sin hilos de Ariadna. Todo esto, cada uno en su sitio, he leído.

13.- Del que habla el artículo 1.1 CE, como valor superior del ordenamiento jurídico de España, constituida en un Estado social y democrático de Derecho.

14.- La ley 7/2003, de 22 de octubre derogó la 7/2001, de 23 de abril, del Impuesto de estancias turísticas de alojamiento, destinado a la dotación del Fondo para la mejora de la actividad turística y la preservación del medio ambiente, según su Exposición de Motivos, *tras la celebración de las últimas elecciones generales autonómicas*.

15.- Marina F. GASCÓN ABELLÁN *Cuestiones sobre la derogación DOXA* Cuadernos de Filosofía del Derecho nº 15-16 1994 págs. 845 a 859.

### III. CONSIDERACIONES PREVIAS

Antes de comentar los dos textos sugerentes, conviene recordar o revisar algunos conceptos.

#### 1. El significado de las palabras.

El Derecho es, en primer lugar, lenguaje. Por ello nos importa el significado de las palabras que más repetiremos. En algún caso, en la lengua que, además del castellano, es oficial en la CAIB, cuyo Parlamento y Gobierno los han producido.

##### 1.1 Derogar, abrogar, abolir.

###### a) En el Diccionario de la Lengua española.

Derogar (Del lat. *derogare*<sup>16</sup>). Abolir, anular una norma establecida, como una ley o una costumbre.

Abrogar (Del lat. *abrogare*). Der. Abolir, derogar. *Abrogar una ley; un código.*

Abolir. Derogar, dejar sin vigencia una ley, precepto, costumbre, etc.

###### b) En el Diccionario de uso del español de María Moliner.

Derogar. Abolir, dejar sin validez una ley o disposición.

Abrogar. Abolir o derogar una ley.

Abolir. Declarar mediante una ley, una disposición legal, que se suspende, cierta costumbre o práctica, o el uso de cierta cosa.

###### c) En el Diccionari de la Llengua catalana del Institut d'Estudis Catalans

Derogar. Revocar o modificar (una disposició o una llei) amb una nova disposició o llei. *Derogar una llei.*

Abrogar. Abolir o revocar. *Abrogar una llei, un decret, un reglament.*

Abolir. Destruir, anul·lar (esp. costums, usos, lleis, institucions). *Abolir l'esclavitut. Abolir la pena de mort. Abolir els convents.*

---

16.- *Rogo-are*. Promulgar. *Rogatio-onis*. Ley propuesta al pueblo.

d) En el Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia de Joaquín Escriche, de 1848.

Derogación. La abolición, anulación o revocación parcial de una cosa establecida como ley o costumbre. Pero, aunque la derogación no es más que una abolición parcial, se usa esta palabra para denotar la abolición entera y total de una ley.

Abrogación La anulación o revocación de lo que en la ley o privilegio se hallaba establecido. La abrogación de la ley se diferencia de la derogación, en que aquélla consiste en la abolición o anulación total de la ley, y ésta en la abolición o anulación sólo de una parte de ella: *abrogatur cum prorsus tollitur, derogatur legis cum pars detrahitur*.

La abrogación es expresa o tácita: es expresa cuando una nueva ley revoca formalmente la antigua; es tácita cuando contiene disposiciones contrarias a la anterior sin decir que la revoca, o cuando los motivos de una ley han cesado enteramente; o en fin cuando se ha establecido una costumbre contraria a la ley, o cuando ésta ha caído en desuso.

Abolición. La anulación, extinción, abrogación o anodamiento de una cosa, especialmente de una ley, uso o costumbre. Se dice por ejemplo que una ley queda abolida cuando se promulga otra ley que la destruye o revoca expresa o tácitamente cuando existe una costumbre legítima que le es contraria.

e) En el Diccionari jurídic català del Colegio de Abogados de Barcelona.

Derogar. Deixar sense efecte, d'una manera total o parcial, tácita o expresamenmt, una norma jurídica per mitjà d'una altra de contingut normatiu o **simplement derogatoria**.

Abrogar. Abolir o revocar una llei, un dret, un reglament.

Abolir. Derogar, deixar sense força ni vigor per a l'esdevenidor una disposició legal o un costum.

1.2 Vigente, vigencia, vigor.

a) En el Diccionario de la Lengua española.

Vigente (Del lat. *vigens-entis*, part. act. de *vigere*)<sup>17</sup> adj. Dicho de una ley, de una ordenanza, de un estilo o de una costumbre, que está en vigor y observancia.

Vigencia. Cualidad de lo vigente.

Vigor (Del lat. *Vigor-óris*<sup>18</sup>). Fuerza o actividad notable de las cosas animadas o inanimadas. 2. Viveza o eficacia de las acciones en la ejecución de las cosas. 3. Fuerza de obligar en las leyes u ordenanzas. 4. Duración en las costumbres y estilos.

b) En el Diccionario de uso del español de María Moliner.

Vigente. Se aplica a leyes, disposiciones, costumbre, modas, etc. Que rigen, se usan o son válidas en el momento de que se trata.

Vigencia. Cualidad o estado de lo vigente.

Vigor. *En vigor* (en referencia a disposiciones): Estar o poner en estado de tener efecto.

c) En el Diccionari de la Llengua Catalana del Institut d'Estudis Catalans.

Vigent. Que vigeix<sup>19</sup>.

Vigència. Qualitat de vigent. Temps en que una cosa és vigent.

Vigor. Força activa del cos, de l'esperit. *En vigor*. En estat de tenir efecte, en força per actuar. *Estar, posar una llei en vigor. El conveni estarà en vigor el mes vinent.*

d) En el Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia de Joaquín Escriche.

Vigente. Dícese de las leyes, ordenanzas, estilos y costumbres que están en vigor y observancia.

---

17.- *Vigeo-ere* (de *vi et ago*) Tener vigor, ser robusto, fuerte, gallardo, florecer, hallarse en propiedad o fecundidad, tener fama, opinión, buen nombre.

18.- *Vigor-oris* (de *vigeo*) Vigor, fuerza, robustez, fuerza del vino.

19.- Vigir. Estar en vigor. *Vigir una llei, un costum, etc. Aquest decret no vigeix.*

e) En el Diccionari jurídic català del Colegio de Abogados de Barcelona.

Vigent<sup>20</sup>. Dit de les lleis o altres normes jurídiques, que no han estat derogades (o, en el cas del costum, quant no han caigut en desús).

1.3 Desuso, obsoleto.

a) En el DREA.

Desuso. Falta de uso (o ejercicio de algo). Der. Falta de aplicación o inobservancia de una ley, que, sin embargo, no implica su derogación.

Obsoleto. Poco usado. Anticuado, inadecuado a las circunstancias actuales.

b) En el Diccionario de uso del español de María Moliner.

Desuso. Circunstancia de no usarse o haber dejado de usarse algo, o de llevar considerable tiempo sin usarse. Falta de aplicación o inobservación de una ley, lo cual no implica su derogación.

c) En el Diccionari del Institut d'Estudis Catalans.

Desús. Cessació d'ús, desuetud<sup>21</sup>, fet de no fer-se servir alguna cosa.

Obsolet. Antiquat, poc usat.

d) En el Diccionari jurídic català del Colegio de Abogados de Barcelona.

Desús. Manca d'aplicació o inobservança d'una llei o lleis essent vigents.

## **2. Los latinismos o dichos, en latín o no, sobre la derogación<sup>22</sup>.**

2.1. Recogidos por Gerardo PEREIRA-MENAUT<sup>23</sup>.

*Cessante ratione legis cessat ipsa lex.* Cuando cesa la razón de la ley cesa la ley misma.

---

20.- Vigir. Estar en vigor, esser vigent una llei, un costum, etc.

21.- Abandó en que cau una cosa que deixa de posarse en pràctica, d'usarse.

22.- Javier JIMÉNEZ CAMPO, recensionando, en la Revista Española de Derecho Constitucional, la obra de Luís María Díez-Picazo Giménez *La derogación de las leyes*, dice que, hasta la fecha, estudiosos y aplicadores del Derecho acuden al saber congelado en los viejos brocados, olvidando que los dilemas teóricos no pueden ser zanjados a base de proverbios y aforismos, asumiendo la crítica del recensionado de los *topoi* tradicionales sobre la derogación.

23.- *Tópica. Principios de Derecho y máximas jurídicas latinas*. Rasche editorial. Madrid 2010.

*Cuius est condere legem eius est abrogare.* El que puede instituir puede también abrogar.

*Nos qui veritatem colimus, ea tantummodo volumus in nostris esse legibus, quae re ipsa obtinent.* Nosotros que celebramos la verdad, queremos que nuestras leyes sean sólo aquellas que responden a la realidad práctica<sup>24</sup>.

*Posterior leges ad priores pertinent nisi contrarias.* Las leyes posteriores derogan las anteriores a no ser que sean contrarias a éstas.

2.2. Recopilados por Jaime MANS PUIGARNAU<sup>25</sup>.

*Posteriora prioribus derogant.*

*Leges posteriores priores contrarias abrogant.*

*Priores leges abrogantur in omnibus quibus differunt a nova lege.*

*Derogatur legi aut abrogatur, derogatur legi quum pars detrahitur, abrogatur legi quum prorsus tollitur*<sup>26</sup>.

*Leges posterioris priores contrariae abrogant.*

*Lex posterior derogat priori.*

*Priores leges nihil hominum stabat quantum presenti legis non contradicent.*

*Constitutiones tempore posterioris prioribus.*

*Lex posterior generalis non derogat priori speciali.*

*Lex specialis derogat generalis.*

*Leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensus omnium per desuetudinem abrogantur.*

---

24.- Cod. Iust. 7.5. Así justifica el emperador Justiniano la superación de las leyes aplicadas a los bárbaros asentados en el Imperio, porque no se usan en la práctica.

25.- *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del T.S.J.* Ed. Bosch. Barcelona 1979.

26.- Se deroga una ley o se abroga. Derogar una ley es disponer alguna cosa que sea contraria a ella, abrogarla es destruirla enteramente.

*Consuetudine non derogat priori iuri naturali seu divino cuius transgressio peccatum inducit; nec positivo nisi sit rationalibilis et praescrita naturali iuri consuetudine derogari non potest.*

*Privatorum conventio iuri publico non derogat.*

*Statuto potest iuri publico derogari.*

*Generali per speciali procul dubio derogatur.*

*In toto iure generi per speciem derogatur et illum potissimum habetur quod ad speciem.*

*Arrogata lege abrogante non reviviscit lex abrogata.*

*Quod príncipe placuit leges habet vigor.*

Al establecerse cosas nuevas, debe ser evidente la utilidad de separarse de aquel derecho que por mucho tiempo pareció justo

En las cosas que se hacen de nuevo debe ser catado la pro dellas. Ante que se parta de las otras que fueron antiguamente tenidas por buenas, o por derechas.

### **3. Normas sobre derogación, vigentes hoy.**

#### 3.1 Del bloque de la constitucionalidad.

##### a) Constitución española.

Artículo 9.3 La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Artículo 149.1 El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8ª Legislación civil, sin perjuicio... En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

b) Estatuto de Autonomía para las islas Baleares (hoy, de las Illes Balears).

Artículo 10. Las nomas, disposiciones y el derecho civil de la CA tienen eficacia territorial, sin perjuicio de...

Artículo 27. La CA tiene la competencia exclusiva en las materias siguientes, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 149.1 de la CE: conservación del derecho civil propio de las Illes Balears, incluida la determinación de su sistema de fuentes, exceptuando las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas... las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del derecho de competencia estatal.

Artículo 37. El ejercicio de todas las competencias de la Comunidad Autónoma se realizará de acuerdo con los términos que se dispone en la CE.

Artículo 38. En el ámbito de las competencias que en el presente Estatuto se le atribuyen corresponden a las Illes Balears, además de las facultades expresamente previstas, todas las que resulten inherentes a su pleno ejercicio.

Artículo 48.

1. El Parlamento, mediante la elaboración de leyes, ejerce la potestad legislativa...

2. Las leyes<sup>27</sup> del Parlamento serán promulgadas en nombre del Rey por el Presidente de la CA, quien ordenará la publicación en el BOIB... en el término de 15 días siguientes a su aprobación, así como en el BOE. Al efecto de la entrada en vigor de las mismas regirá la fecha de publicación en el BOIB. La versión oficial castellana será la que la Presidencia de la CA remitirá<sup>28</sup>.

---

27.- Para los reglamentos, el artículo 41 de la Ley del Gobierno de las Illes Balears 4/2001, de 14 de marzo, dispone que, para que produzcan efectos jurídicos, las disposiciones administrativas se han de publicar íntegramente en el BOIB, y entran en vigor a los 20 días de su publicación, a menos que se establezca un plazo distinto.

28.- Santiago MUÑOZ MACHADO, en *Derecho público de las Comunidades Autónomas* Ed. Civitas 1982, pág. 395, dice que los Estatutos de Autonomía han determinado la eficacia de la publicación en el BO de la CA "a los efectos de la entrada en vigor" y el retraso en la publicación en BOE hace discutible que su texto sea de general conocimiento, razón por la cual puede pretenderse su exclusión del principio *iura novit curia* y postular la necesaria probación de su contenido y existencia ante el Tribunal en que se invocan, al menos cuando éste extienda su competencia sobre un territorio más amplio que el de una sola Comunidad. Pablo SALVADOR CODERCH, *Comentario del CC*. Ministerio de Justicia 1991, I pág. 13, dice que la publicación, a que se refiere el artículo 2.1 CC, ha de ser precisamente en el BOE (y, para las leyes autonómicas, en el correspondiente diario oficial sin perjuicio de su obligada segunda publicación en el BOE), aunque esta exigencia es legal, no constitucional, y nada impide que la ley establezca un modo distinto de publicación, que deberá respetar los principios de formalidad (art. 91 CE) y publicación (art. 9.3 CE). Fernando SÁINZ MORENO, en *La publicidad de las normas. La protección jurídica del ciudadano* (pro-

Artículo 60. Todas las normas, disposiciones y actos emanados del Gobierno y la Administración de la CA que lo requieran se han de publicar en el BOIB.

Artículo 83. *Ámbito territorial (del régimen jurídico de la CAIB)* Las competencias establecidas en este Estatuto se consideran referidas al ámbito territorial de la CAIB.

Artículo 87. *Derecho propio.* 2. En la determinación de las fuentes del derecho civil de las Illes Balears se respetarán las normas que en el mismo se establezcan.

### 3.2 De la legislación ordinaria.

#### a) El Código Civil.

El artículo 1<sup>29</sup> dispone, en su apartado 1, que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Y, en el apartado 2, que carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

---

*cedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje al profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, en contemplación de la STC 179/1989, de 32 de noviembre (que dijo, FJ 2 y 3, que la CE reserva al Estado la emisión de las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, lo que es, evidentemente, aplicable a los requisitos referidos a su publicación, sin embargo la estructura del Estado prevista en la CE ha supuesto, lógicamente, una alteración en el esquema tradicional referido a los instrumentos oficiales de publicación de las normas jurídicas, debido a la efectiva asunción de competencias por parte de la CCAA, y mediante sus respectivos Estatutos de Autonomía, que, han venido a disponer la publicación de las respectivas normas autonómicas en sus propios Boletines Oficiales), deduce que los requisitos que debe cumplir la publicación de las normas es materia que puede -y, a mi juicio, debe- regular el Estado, sin perjuicio de que la organización interna de los boletines sea competencia del Estado o de las CC AA.*

En relación con las Illes Balears: Lluís SEGURA GINARD, en *Comentaris a l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears*. (dir) Avel·lí BLASCO ESTEVE Thompson-Civitas Aranzadi 2008 pág.714, dice que, en virtud de la aplicación supletoria del artículo 2.1 CC, entrarán en vigor a los 20 días de su completa publicación en este (BOIB) diario oficial, a no ser que en la misma se disponga otra cosa. Opinan lo mismo Avel·lí BLASCO ESTEVE, en *Manual de dret públic de les Illes Balears*.I.E.A. 2012, pág. 107 y Vicenç CALAFELL FERRÀ y Esperança MUNAR PASCUAL ibíd., pág. 197, dicen que la llei entrarà en vigor la data de la publicació en el BOIB, sin más precisión.

29.- En el Título preliminar, De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia, y su Capítulo 1, Fuentes del derecho, resultante del Decreto 1836, de 31 de mayo de 1974 (BOE n° 163 de 9 de julio) por el que se sanciona con fuerza de ley dicho Título preliminar. Sustitutivo del anterior, De las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación.

Antes se disponía, en el artículo 1, que las leyes obligarán en la península, islas adyacentes, Canarias..... a los veinte días de su promulgación (que se entiende hecha el día en que termine la inserción de la Ley en el Boletín Oficial del Estado, Gaceta de Madrid), si en ellas no se dispusiere otra cosa. Y, en el artículo 5, que las Leyes sólo se derogan por otras Leyes posteriores y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario.

El artículo 2 dice que las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa<sup>30</sup>. Y, en el apartado 2, que las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.

b) La Compilación de Derecho civil de las Illes Balears.

El artículo 1 dice: En defecto de la ley y costumbre del Derecho balear se aplicará supletoriamente el Código civil y demás... cuando sus normas no se opongan a los principios de su ordenamiento jurídico.

El 2 que las normas del derecho civil tendrán eficacia en el territorio de la CA. Se exceptúan los casos en que, conforme al derecho interregional o internacional privado, deban aplicarse otras normas.

c) La doctrina.

c) 1. Cesación de la vigencia y derogación.

La primera es el género, de la que la segunda es una especie.

CASTAN TOBEÑAS, DE CASTRO Y BRAVO, ALBALADEJO GARCÍA, por todos, en síntesis, antes de la reforma de 1974, distinguen la cesación, temporal (suspensión) o definitiva (ex tunc), por causas internas o intrínsecas (caducidad) y la derogación (en virtud de otra nueva); que puede ser expresa (resultante de una disposición especial de la nueva ley, bien concreta, bien genérica o indeterminada) y tácita (por incompatibilidad con la nueva).

La incompatibilidad con la ley posterior basta para derogar la anterior, pero frecuentemente se cierran las leyes con declaraciones del tipo: quedan derogadas todas las leyes que se opongan a la presente; por más que tal

---

30.- El 2 de octubre de 2016 entrará en vigor la disposición final primera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que modifica el artículo 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y dirá: Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2.1 del Código Civil, las disposiciones de entrada en vigor de las leyes y reglamentos, cuya aprobación o propuesta corresponda al Gobierno o a sus miembros, y que impongan nuevas obligaciones a las personas físicas o jurídicas que desempeñen una actividad económica o profesional como consecuencia del ejercicio de éste, preverán el comienzo de su vigencia el 2 de enero o el 1 de julio siguientes a su aprobación. Lo previsto en este artículo no será de aplicación a los reales decretos-leyes, ni cuando el cumplimiento del plazo de trasposición de directivas europeas u otras razones justificadas así lo aconsejen, debiendo quedar este hecho debidamente acreditado en la respectiva Memoria.

declaración huelga porque no añade fuerza derogatoria a la que tiene la incompatibilidad misma, y no sirve para aclarar posibles dudas sobre cuáles son las derogadas.

c) 2. Una breve y autorizada exposición posterior a 1974 (de Pablo SALVADOR CODERCH<sup>31</sup>), en síntesis.

c) 2.1. Derogación de las leyes.

En un sentido muy amplio, la doctrina entiende por derogación la cesación de la vigencia de una ley por efecto de lo dispuesto en otra posterior. Más estrictamente se habla de disposición derogatoria para referirse a la que tiene específicamente como objeto declarar excluida del conjunto de disposiciones del ordenamiento jurídico español a alguna de las que históricamente formaban parte de él. La derogación en el primer sentido no siempre es consecuencia de la aprobación de una disposición derogatoria. Cuando lo es, se habla de derogación expresa. Un tanto impropia se usa la expresión derogación tácita para referirse a la que produce una ley respecto de las normas o disposiciones anteriores de rango igual o inferior que tiene un contenido incompatible con ella (derogación por incompatibilidad) o que regulan parcialmente la materia reglada con pretensiones de globalidad por la nueva ley (derogación por absorción). Además de todo esto, la cesación de la vigencia de las leyes puede deberse a otras razones, así las leyes temporales dejan de estar en vigor cuando concluye el tiempo para el que fueron dictadas, y las puestas para regular una situación dada, lo hacen cuando ésta desaparece. Mas el texto comentado (el nuevo artículo 2 CC) establece un criterio contrario a la regla conforme a la cual cuando cesa la razón de la ley, ésta también cesa. Al decir que las leyes *sólo* se derogan por otras posteriores, niega en principio eficacia extintiva, no sólo al desuso, costumbre o práctica en contrario, a las que se refería el artículo 5 modificado del CC de 1889, sino a cualquier otro fenómeno no consistente en otras leyes posteriores (y, como veremos, de superior o igual rango jerárquico). Por así decirlo, la apreciación de la derogación, en caso de duda, es ciertamente una cuestión de interpretación pero que involucra al menos dos leyes, la que se entiende derogada y la que lleva a cabo la derogación, no basta la comparación de la ley que se estima derogada con la realidad del tiempo en que haya de ser aplicada (art. 3 CC). El texto comentado establece una fuerte presunción, contraria a la denominada fuerza normativa de los hechos. En todo caso, la apreciación de la derogación corresponde a los jueces y tribunales, con inclusión del caso en que aquélla hubiera tenido lugar como consecuencia de la promulgación de

---

31.- Loc. cit. en nota 28, págs. 14 a 16.

la Constitución española (y sin perjuicio de la posibilidad de que el propio TC dicte una sentencia sobre la denominada inconstitucionalidad sobrevenida de la ley preconstitucional derogada por la CE).

### c) 2.2. La derogación expresa.

Puede ser formal o material. En el primer caso, la disposición explicita las reglas de derecho que quedan derogadas. En el segundo, se limita a establecer que quedan derogadas todas cuantas disposiciones se opongan a aquella en la que se contiene la disposición derogatoria. Desde un punto de vista técnico, la derogación formal es preferible a la material (y de ello se hace eco una norma sistemáticamente ignorada por la práctica legislativa: art. 129.3 LPA sobre la elaboración de tablas de vigencia y derogación, que habrán de acompañar a las propuestas de nuevas disposiciones); mas, en la realidad, la derogación material se considera inevitable por causa de la necesidad de obviar omisiones involuntarias. En ese caso la disposición (o, en su defecto el intérprete, con base en el art. 2.2 CC misma materia) ha de contemplar, por lo menos, la materia común a las leyes vieja y nueva.

No resulta técnicamente correcto hablar de derogación en los casos en que se lleva a cabo una modificación del Derecho preexistente, que se refiere sólo al ámbito de los hechos o de las consecuencias de derecho de la normativa que se dice derogada, aunque, en todo caso, es conveniente especificar que la modificación afecta a unos u otros.

La modificación del Derecho existente puede limitarse a los aspectos temporales, materiales o personales de una determinada regulación en cuyo caso, se entenderá que los no aludidos siguen en vigor. En estos supuestos tampoco hay derogación en sentido propio, sino modificación de la regulación preexistente, y, por ello, resulta siempre preferible desdoblar la regulación derogando la ley en su totalidad y dictando una nueva norma para el ámbito de aplicación que se pretende dejar subsistente.

Las disposiciones derogatorias bien construidas especifican el momento en que las reglas a que se refieren quedan derogadas; en defecto de la indicación al respecto, el intérprete habrá de estar a la fecha de entrada en vigor de la regulación que incluye las disposiciones derogatorias de que se trate.

### c) 2.3. Derogación tácita.

La doctrina recoge la triple exigencia de que, entre las leyes vieja y nueva, haya: igualdad de materia, identidad de destinatarios y contradicción

e incompatibilidad entre los fines de los preceptos. Naturalmente habrán de respetarse las reglas generales sobre fuentes del derecho, fundamentalmente los principios de jerarquía y competencia. La doctrina alude en esta sede a los problemas que resultan en algunos tipos de disposiciones, como las leyes de bases, que no tienen virtualidad derogatoria antes de su articulación o desarrollo por los Gobiernos, los Decretos Legislativos, dentro de los que hay que distinguir los textos articulados, que tienen la fuerza derogatoria normal en relación con las normas que regulan la delegación, y los refundidos, que carecen de ella, pues, en caso de conflicto, prevalece la norma que hay que refundir sobre el texto refundido, y, aún, los Decretos-Leyes, que no sean luego convalidados, que deberían carecer de efectos derogatorios.

#### c) 2.4. La simple derogación.

El artículo 2.2 establece que la simple derogación de una ley no hace recobrar vigencia a las derogadas por ella. La derogación no es un procedimiento para establecer o restablecer nuevo Derecho sino para excluir a una o más disposiciones del ordenamiento vigente; agota sus efectos, por así decirlo, con la exclusión de la norma derogada del ordenamiento jurídico. Derogación simple quiere decir sin composición, es decir, no acompañada de disposición que restaure la anteriormente derogada; indicativamente, ello viene a querer decir que el intérprete deberá poner de manifiesto cuáles son los elementos normativos adicionales a la disposición meramente derogatoria en los que base su opinión favorable a la restauración de la disposición de que se trate. Análogamente, pero, desde luego con mayor dificultad, sucederá en los casos de la llamada derogación tácita.

### **4. Algunas fórmulas derogatorias de interés.**

#### 4.1. Anteriores a la CE.

##### a) Anteriores al Código Civil.

Ley de Enjuiciamiento Criminal RD aprobatorio de 14 de septiembre de 1881.

Disposición Final 1ª. Quedan derogadas todas las Leyes, Reales decretos, Reglamentos, Órdenes y Fueros anteriores en cuanto contengan reglas de enjuiciamiento criminal para los Jueces y Tribunales de fuero común. Se exceptúan:..... y demás disposiciones vigentes sobre procedimiento por delitos de contrabando y defraudación.

Ley de Enjuiciamiento Civil RD aprobatorio de 3 de febrero de 1881.

Artículo 2182. Disposición Final. Quedan derogadas todas la Leyes, Reales decretos, Reglamentos, Órdenes y Fueros en que se hayan dictado reglas para el enjuiciamiento civil. Se exceptúan las reglas de procedimiento civil establecidas por la Ley Hipotecaria y demás Leyes especiales.

b) Del Código Civil.

Disposición Final. Artículo 1976. Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable a las leyes que en este Código se declaran subsistentes<sup>32</sup>.

c) Del Decreto-Ley de 23 de junio de 1937, que dejó sin efecto en las provincias de Vizcaya y Guipúzcoa el régimen concertado con sus Diputaciones en materia económica aprobado por Decreto de 9 de junio de 1925, y de otras normas relacionadas con él.

Dicho Decreto-Ley, dispuso en su artículo 1º: Desde el primero de julio próximo, la gestión y recaudación de todas las contribuciones, rentas e impuestos ordinarios y extraordinarios del Estado, se realizará en las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya, con arreglo al régimen común vigente y en la forma que establecen las disposiciones de la Hacienda pública que constituye la norma general de la Administración nacional. Queda, por tanto, *sin efecto en aquellas provincias*, desde la indicada fecha, el régimen concertado con sus Diputaciones que en materia económica estaba vigente en la actualidad. En el artículo 4º: El Concierto económico aprobado por Decreto de 9 de junio de 1925, y reglamentado por el de 24 de diciembre de 1926, subsistirá en toda su integridad para la provincia de Álava, continuando, por tanto, la Diputación de la misma investida de las facultades que aquél *la* reconoce. El artículo 6º: *Quedan derogadas todas las disposiciones, cualesquiera que sea su carácter, que se opongan a las contenidas en el presente Decreto-Ley.*

---

32.- El artículo 8 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 había dispuesto que, tanto el Gobierno como la Comisión, se acomodarán, en la redacción del Código Civil, a las siguientes Bases: Base 27ª. La Disposición final derogatoria será general para todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho Civil llamado de Castilla, en todas las materias que son objeto del Código, y *aunque no sean contrarias a él*, y quedarán sin fuerza legal alguna, así en concepto de Leyes directamente aplicables como en el de Derecho supletorio.

El Decreto-Ley 6/1968, de 6 de junio, por el que se modifica el Preámbulo<sup>33</sup> del de 23 de junio de 1937, dispuso, en su artículo 1º: Sin perjuicio de la subsistencia del articulado del Decreto-ley de 23 de junio de 1937, *se declaran suprimidos* los párrafos segundo al quinto, ambos inclusive, del preámbulo de dicha disposición legal, los cuales -en su consecuencia- no se reproducirán como parte integrante del texto de la misma en las publicaciones oficiales que en lo sucesivo se verifiquen<sup>34</sup>.

El artículo 1º del Real Decreto-ley 20/1976, de 30 de octubre dispuso: Se deroga el Decreto-ley de 23 de junio de 1937, modificado por el de 6 de junio de 1968, por el que se dejó sin efecto el régimen concertado de las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya. El artículo 2º: Subsistirá en las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya la legalidad común vigente para el resto de las provincias españolas, que continuará íntegramente en vigor en tanto no resulte modificada por los regímenes administrativos especiales que en lo sucesivo se acuerden por los cauces legalmente procedentes.

d) De la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

Disposición Final tercera. Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en la misma y autorizado el Gobierno para que, a propuesta de una Comisión designada por el Ministro de Justicia, determine mediante Decreto, cuáles de las disposiciones vigentes sobre expropiación forzosa habrán de continuar en vigor.

4.2. De la Constitución Española de 1978.

Disposición derogatoria. 1. Queda derogada la Ley 1/1997 de 4 de enero, para la Reforma Política, así como, en tanto no estuvieran ya derogadas por la anteriormente mencionada Ley, la...

---

33.- En el Preámbulo del Decreto-ley se dice que, aún no constituyendo las exposiciones de motivos normas jurídicas propiamente dichas, parece oportuno que el Poder público adopte las medidas necesarias, superando posibles consideraciones de técnica legislativa, en atención a la finalidad que se persigue, que no es sino la de suprimir las expresiones que no se corresponden con el noble esfuerzo y laboriosidad que han caracterizado siempre a dichas provincias dentro de la unidad nacional.

34.- LA STC 31/2010, de 28 de junio (BOE nº 172, de 16 de julio de 2010), en recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña, declaró que *carecen de eficacia jurídica interpretativa las reflexiones del Preámbulo relativas a Cataluña como nación y a la realidad nacional de Cataluña*. En su FJ 7, de los Preámbulos y Exposiciones de Motivos de las leyes, dice que, sin prescribir efectos jurídicos obligatorios, y carecer, por ello, del valor preceptivo propio de las normas de Derecho, tienen un valor jurídico cualificado, como pauta de interpretación de tales normas. *El valor jurídico de los Preámbulos de las leyes se agota en su cualificada condición como criterio hermenéutico*.

2. En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839 en lo que pueda afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876.

3. Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongán a lo establecido en esta Constitución.

#### 4.3. Posteriores a la Constitución.

##### a) Del bloque de la constitucionalidad.

- Estatuto de Autonomía de Cataluña. Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio.

Disposición derogatoria. Queda derogada la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de Diciembre de Estatuto de Autonomía de Cataluña.

- Estatuto de Autonomía de Andalucía. Ley Orgánica 2/2007, de 18 de diciembre.

Disposición derogatoria. Queda derogada la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Andalucía.

- Estatuto de Autonomía de Aragón. LO 5/2007, de 29 de abril, de reforma.

Disposición derogatoria. Queda derogada la Ley Orgánica 8/1982 de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón, modificada por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo y por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre.

- Estatuto de Autonomía de Extremadura. LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura.

Disposición derogatoria. A la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica quedarán derogadas cuantas disposiciones de rango igual o inferior se opongán a la misma.

- Estatuto de Autonomía de Castilla y León. LO 14/2007, de 20 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

Disposición derogatoria. A la entrada en vigor del presente Estatuto de Autonomía quedarán derogadas cuantas disposiciones de rango igual o inferior se opongán al mismo.

- Estatuto de Autonomía de las Illes Balears. Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.

No tiene Disposición derogatoria. La Disposición final<sup>35</sup>. Vigencia., dice: Esta ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado<sup>36</sup>.

- Estatuto de Autonomía del País Vasco. Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre del Estatuto de autonomía para el País Vasco.

No tiene Disposición derogatoria. Pero sí, una Adicional: La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca ordenamiento jurídico<sup>37</sup>.

- Ley Orgánica 13/1982, de 19 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

No tiene Disposición derogatoria. Pero, según la Exposición de Motivos, la CE, en el párrafo 1º de la Disposición Adicional 1ª, afirma y respeta los derechos históricos de Navarra, y, en el apartado 2 de su Disposición Derogatoria mantiene la vigencia en dicho territorio de la Ley de 25 de octubre de 1839, de ahí que, recién entrada en vigor la CE, se promulgara, previo acuerdo con la Diputación Foral, el RD de 26 de enero de 1979, con el que se inició el proceso de reintegración y mejoramiento del Fuero de Navarra. Y el artículo 2.1 dispone que los derechos originarios e históricos de la Comunidad Foral de Navarra serán respetados y amparados por los

---

35.- Del Estatuto reformado, no, de la Ley de reforma.

36.- Antes, la Disposición Final, sin rúbrica alguna, decía que El presente Estatuto entrará en vigor el mismo día en que se publique la Ley de su aprobación por las Cortes Generales en el Boletín Oficial del Estado. José Ángel TORRES LANA, en *Comentaris a l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears*, pág. 1482 dice: La Ley Orgánica 1/2007 no aprueba un nuevo Estatuto. No es una Ley de Estatuto de Autonomía, sino una simple ley de reforma del vigente, pero una reforma tan profunda que alcanza, según su artículo único, nuevas redacciones, denominaciones de todos los artículos y algunos capítulos y títulos, incorporación de disposiciones y reenumeración de todo el texto. *De facto* se trata de un nuevo Estatuto, pero la más que discutible técnica legislativa empleada ha sido la de proceder a una reforma del Estatuto vigente a través de una ley del mismo rango que la que la aprueba. Lo que suscita la duda de a qué ley se refiere la expresión *aquesta llei* usada en la Disposición final, cuya respuesta clara y rotunda ha de ser la ley 1/2007. Lo que pasa es que el legislador balear no cayó en ello y adicionó a la norma un *titolet* que confunde, ya que lo tienen las normas del Estatuto, y no el artículo único de la ley que aprueba la reforma: una especie de *publicidad engañosa*.

37.- La Disposición Adicional 1ª CE dispone: La Constitución ampara los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

poderes públicos con arreglo a la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841 y disposiciones complementarias, a la presente Ley Orgánica y a la CE, de conformidad con lo previsto en el párrafo 1º de su Disposición adicional 1ª.

b) De la legislación ordinaria.

- Ley 3/71992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Disposición derogatoria. 1. Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley. 2. Quedan derogadas expresamente las siguientes disposiciones: ... 3. Se declaran expresamente en vigor las normas, cualquiera que sea su rango, que regulen el procedimiento de las Administraciones Públicas en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley. 4. Las referencias contenidas en normas vigentes a las disposiciones que se derogan expresamente deberán entenderse efectuadas a las disposiciones de esta Ley que regulan la misma materia que aquéllas.

- Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Disposición derogatoria 1ª. Cláusula general de derogación. Quedan derogadas todas las normas vigentes de igual o inferior rango que se opongan a la presente Ley.

Disposición derogatoria 2ª. Quedan derogadas las siguientes disposiciones:...

- Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil.

Disposición derogatoria. 1ª Se derogan la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por RD. de 3 de febrero de 1881, con las excepciones siguientes; ... 2ª Quedan también derogadas los siguientes preceptos, leyes y disposiciones: ... 3ª Asimismo, se consideran derogadas, conforme al apartado segundo del artículo 2 del CC, cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley. Se considera en vigor la Ley 25/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

- Real Decreto-ley 2/2000, de 11 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que se inserta a continuación.

Disposición derogatoria. Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la presente Ley, y, en particular, las siguientes: 1. La Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas. 2...

- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Disposición derogatoria única. Tabla de vigencias y disposiciones que se derogan. 1. En las materias reguladas por el Reglamento, en cuanto no resulten modificadas por el mismo, conservan su vigencia las siguientes disposiciones:... 2. Quedan derogadas<sup>38</sup> las siguientes disposiciones: a) El Reglamento General de Contratos del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre. 3. Quedan asimismo derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango en cuanto se opongan a este Reglamento y no lo hayan sido por la Ley.

## **5. Algunas normas sobre la derogación**

### 5.1. De rango legal.

a) Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

Artículo 129.3. No podrá formularse ninguna propuesta de nueva disposición sin incorporación al proyecto de la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia, y sin que en la nueva disposición se consignen expresamente las anteriores que hayan de quedar total o parcialmente derogadas.

b) Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Disposición derogatoria única. Normas objeto de derogación y reducción a rango reglamentario. 1. Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan, contradigan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley, y, en especial: ... b) La Ley de Procedimiento

---

38.- La Exposición de Motivos *in fine*, dice... todo ello ha determinado la necesidad de promulgar un Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, superando el carácter formal del RD. 390/1991, de 1 de marzo, permita, como se anticipaba en el preámbulo, la derogación del Reglamento General del año 1975 y de la mayor parte de las disposiciones reglamentarias vigentes, precisamente por su incorporación al mismo Reglamento.

Administrativo de 1 de julio de 1958, salvo el Capítulo I<sup>39</sup> del Título VI, con excepción del apartado 2 del artículo 130.

c) Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Dedica el Título V a Iniciativa legislativa, potestad reglamentaria y control de los actos del Gobierno, regulando aquélla, en los artículos 22 y siguientes.

Artículo 22.2 El procedimiento de elaboración de los proyectos de ley se iniciará... mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado, por lo menos, de los estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

Artículo 24.1 b), sobre el procedimiento para la elaboración de los reglamentos. Contempla que, al proyecto, se le acompañara un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, Así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

Las previsiones contenidas en los artículos 22.2 y 24.1 a) y b) de la Ley del Gobierno han sido desarrolladas por el RD 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la *memoria del análisis de impacto normativo*, derogando expresamente la Orden de la Presidencia del Gobierno de 4 de febrero de 1980 sobre normas para la elaboración de la memoria económica justificativa de los proyectos de leyes y disposiciones administrativas.

El artículo 1.2 se refiere a la “Memoria del análisis de impacto normativo”, inclusivo de las memorias, estudios e informes contemplados en los artículos 22 y 24 de la Ley del Gobierno, que deberá redactar el órgano o centro directivo proponente del proyecto normativo, de forma simultánea a la elaboración de éste.

El artículo 2, sobre estructura y contenido, exige un apartado de contenido y análisis jurídico, que incluirá el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la norma. Que se contempla, en el artículo 3, incluso para la Memoria abreviada, para cuando se estime que no se derivarán impactos apreciables en alguno de los ámbitos (por razón de género y económico y presupuestario, comprensivos del impacto sobre sectores, colectivos y agentes afectados,

---

39.- Regulaba el procedimiento especial de elaboración de disposiciones de carácter general. Derogado expresamente por la Ley del Gobierno de 1997.

incluido el efecto sobre la competencia, y detección y medición de cargas administrativas).

Hubo un Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, publicado en el BO de las Cortes Generales de 18 de mayo de 2015, que ya es Ley 39/2015, de 23 de noviembre, que, en su Disposición final 1ª, modifica la Ley de Gobierno, y en el nº 12 de ésta, en el Título V, da nueva redacción a los citados artículos 22 y siguientes, de los que nos interesa destacar: el artículo 23, sobre disposiciones de entrada en vigor, en cuanto dice que, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2.1 del Código Civil, las disposiciones de entrada en vigor de las leyes y reglamentos, cuya aprobación o propuesta corresponde al Gobierno o a sus miembros, y que impongan nuevas obligaciones a las personas físicas o jurídicas que desempeñen una actividad económica o profesional, como consecuencia del ejercicio de éste, preverán el comienzo de su vigencia el 2 de enero o el 1 de julio siguientes a su aprobación; y el 26, sobre procedimiento de elaboración de los anteproyectos de ley, de los proyectos de real decreto legislativo y de normas reglamentarias, que, en su nº 3, dispone: El centro directivo competente elaborará con carácter preceptivo una Memoria del Análisis de Impacto Normativo, que deberá contener un apartado b) Contenido y análisis jurídico, con referencia al Derecho nacional y de la Unión Europea, que incluirá el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la norma.

Este Proyecto ya es ley. La Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, que, según su Disposición Final 18ª entrará en vigor al año de su publicación en el BOE (nº 236 de 2 de octubre), ergo el 2 de octubre de 2016. Que, en la Disposición final tercera, apartado 12, modifica la Ley del Gobierno, en los términos del proyecto expuestos.

Existió, asimismo, un Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común, publicado en BO de las Cortes Generales de 18 de mayo de 2015, que -para la mejora de la producción normativa (*better regulation, smart regulation*) y la regulación inteligente, como marco jurídico de calidad- establece, según su Preámbulo, por primera vez, las bases con arreglo a las cuales se ha de desenvolver la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas, con el objeto de asegurar su ejercicio de acuerdo con los principios de *buena regulación* (que el artículo 131 enumera como los de: necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia), dedicando a la materia un Título VI, en el que el artículo 129.4, dice que, a fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa legislativa se ejercerá de manera coherente con el resto

del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y *de certidumbre*, que facilite su conocimiento y comprensión. Y prevé evaluaciones periódicas de la normativa vigente y la publicación de un Plan Normativo, que contendrá las iniciativas legales o reglamentarias que hayan de ser elevadas para su aprobación al año siguiente.

Este proyecto también es ley. La Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común. Que entrará en vigor el 2 de octubre de 2016, de acuerdo con la Disposición final 7ª, en lo que importa ahora, y dispone lo que establecía el proyecto.

d) Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Artículo 9.2. Las Leyes y Reglamentos que modifiquen normas tributarias contendrán una relación completa de las normas derogadas y la nueva redacción de las que resulten afectadas.

5.2. Directrices de técnica legislativa.

a) Estatales.

La Directriz 25ª, de las aprobadas por acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991, de disposiciones derogatorias, decía que incluirán únicamente las cláusulas de derogación, recogiendo una relación, tanto de todas las Leyes y normas inferiores que se derogan, como de las que se mantienen en vigor y cerrándose la lista con una cláusula general de salvaguardia que acotará la materia objeto de derogación.

La Directriz 41ª, de las aprobadas por acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, dispone que las disposiciones derogatorias contendrán únicamente las cláusulas de derogación del derecho vigente, que deberán ser precisas y expresas, y, por ello, habrán de indicar tanto las normas o parte de ellas que se derogan como las que se mantienen en vigor. En el caso de que se precisen las normas que mantienen su vigencia, deberá hacerse en un nuevo apartado de la misma disposición derogatoria. Se evitarán cláusulas genéricas de derogación del derecho vigente que, en ningún caso, pueden sustituir a la propia enunciación de las normas derogadas. Debe evitarse que, mediante las cláusulas derogatorias, pervivan en el ordenamiento jurídico diversas normas con el mismo ámbito de aplicación. En el caso de que deba mantenerse la vigencia de algunos preceptos de la norma derogada, deberán incorporarse al nuevo texto como disposiciones adicionales o transitorias, según su naturaleza. No es preciso exceptuar de la

derogación lo dispuesto en las disposiciones transitorias, pues las disposiciones derogatorias no prevalecen sobre éstas tal y como establece la Directriz 36.

## b) De la CAIB.

La Directriz 26<sup>a</sup>, de las de 29 de diciembre de 2000, sobre disposiciones derogatorias dice que este apartado ha de incluir una relación de las disposiciones que se derogan y de las que se mantienen en vigor, que son: a) Cláusula de derogaciones, que ha de contener una relación cronológica y exhaustiva de todas las disposiciones derogadas y ha de hacer referencia a la fecha, rango y nombre de la norma y a si se deroga totalmente o parcialmente. En este último caso, se han de citar los artículos y disposiciones afectadas (en su caso, libros, títulos, capítulos y secciones): b) Cláusula de vigencias, que ha de contener una relación cronológica de todas las disposiciones sobre la materia que han de continuar vigentes en la forma establecida en el apartado anterior; y c) La lista se ha de cerrar con una cláusula de salvaguardia, que ha de acotar la materia objeto de regulación y que ha de ser del siguiente tenor: Quedan derogadas todas las disposiciones de rango igual o inferior que se opongan a lo que dispone esta ley lo contradiga o sean incompatibles.

## **6. Sobre la inderogabilidad.**

### 6.1 Leyes intangibles.

La norma jurídica, en los tiempos modernos, tiene vocación de vigencia indefinida. La ley, por supuesto. La inderogabilidad tiene que ver con el Derecho Divino y el Natural. Por más que el legislador, en ocasiones, ha creído que ciertas leyes -las superlegales, las fundamentales o la Constitución- bien por los requisitos, para su reforma, más exigentes que para las leyes ordinarias, bien por la importancia social de los derechos que proclaman o regulan, elevándolos a principios o valores superiores del ordenamiento jurídico o garantizándolos especialmente, merecen, por lo menos, una vigencia prolongada<sup>40</sup>.

---

40.- Rodrigo FERNÁNDEZ CARVAJAL *La Constitución española*. Editora Nacional. Madrid 1969 págs. 23, 24 y 31, citaba, como leyes intangibles, sustraídas a toda posible reforma, la ley francesa de 14 de agosto de 1884, sobre la forma republicana de gobierno, y la Constitución checoslovaca de 1848, con doce artículos fundamentales con numeración romana y el resto con numeración árabe, presentado como desarrollo detallado de la primera parte. Y recordaba las prohibiciones de revisión, sin límite temporal (a diferencia del de 6 años, para todo su texto, del artículo 365 de la Constitución de Cádiz), del artículo 89 sobre la forma republicana, de la Constitución francesa, y los 139 de la italiana y 79 de la Ley Fundamental de Bonn, sobre lo mismo, o el 217 de la del Brasil de 1946, sobre la estructura federal del Estado, y la no re-elegibilidad del Presidente, de varias Repúblicas iberoamericanas, e incluso de determinados principios político-jurídicos, de los artículos 108 de la griega de 1952, 112 de la de Noruega, y 70 de la de Bonn)

Esto es lo que debía pensar, aunque no por ello no acabara por derogarse<sup>41</sup> finalmente, el legislador de la Ley de Principios del Movimiento Nacional. Ley de 17 de mayo de 1958, fundamental, de prerrogativa del Jefe del Estado. Que no lo dispuso, sino, en el artículo 1º, que los doce Principios promulgados son, por su propia naturaleza, permanentes e inalterables. Lo que luego repetiría el artículo 3 de la Ley Orgánica del Estado, de 1 de enero de 1967, también Fundamental, y, por mismo, rígida, y, de prerrogativa, pero precedida, a diferencia de la de anterior, de referéndum,

## 6.2. Derecho divino y derecho humano natural.

### a) *Ius y fas.*

El *fas* fue en Roma el Derecho de los dioses o pontifical. Trataba de lo lícito religioso y lo producían los sacerdotes. Era hermético y secreto. Contraponiéndose al *ius* o Derecho humano, que alcanza la publicidad con la Ley de las XII Tablas, que plasman la jurisprudencia pontifical sobre los *mores maiores consuetudo*, para garantía de la igualdad de los ciudadanos romanos.

### b) Derecho Divino: Positivo y Natural.

En el ordenamiento canónico el Derecho Divino contiene los aspectos con dimensión de justicia, revelados por Dios. Son permanentes e inmutables. Pero se encuentran en la historia, positivizados en las Sagradas Escrituras, transmitidos por la Tradición e interpretados, de modo auténtico únicamente por el magisterio de la Iglesia. La ley divina positiva, es antigua, si, como el Decálogo, se contiene en el Antiguo Testamento, y nueva, si en el Nuevo. La ley natural es la voluntad divina que, manifestada por la razón natural, manda todo aquello que es necesario para la recta conservación del orden natural, versando sobre los principios primarios de la moralidad, los principios secundarios, o consecuencias inmediatamente derivadas de los primeros, como muchos preceptos del Decálogo y las consecuencias más remotas de los mismos principios. Por lo que, siendo estos principios inmutables, la ley natural también lo es<sup>42</sup>.

---

41.- Disposición derogatoria de la CE, que la cita, expresamente, como derogada, *en tanto en cuanto no lo estuviera ya, por la también fundamental 1/1977, de 4 de enero, para Reforma Política*. Norma-puente para pasar del régimen autoritario al democrático, a través de la convocatoria de unas nuevas Cortes democratizadas que tendrían por finalidad la de convertirse en constituyentes, en palabras de Jorge DE ESTEBAN, Estudio preliminar *Una aproximación a la historia constitucional de España*. Taurus ediciones, Madrid 1981.

42.- Juan B. FERRERES y Fernando FUSTER *Epítome de Teología Moral*. Editorial Pontificia. Barcelona 1944.

El Derecho Natural, en Grecia, según los estoicos, es el deber de vivir con arreglo a un ideal dictado, por la razón, principio general que gobierna el universo, y, por ello también, el hombre. En Roma fue, desde ULPIANO, para quien era algo casi biológico, *quod natura omnia animalia docuit*, hasta el *ius gentium*, que GAYO, definió, en sincretismo con el hecho positivo del derecho quirritario, como el que *naturalia ratio inter omnes homines constituit*, y con el edicto del pretor, acabó aplicándose a los mismos *cives romani*, y no solo a los *latini et peregrini*. Para, quizá por influencia cristiana, volverse a distinguir, convirtiéndose en ideal superior e inmutable de justicia. Surgiendo la famosa tricotomía que pasará al pensamiento medieval y moderno. En la cúspide<sup>43</sup> está el *ius naturale*, entendido como *id quod semper aequum et bonum est*, por debajo el *ius gentium*, o sea, el que *gentes humanae utuntur* y, al final, el *ius civile* que *quod quisque populus ipse sibi ius constituit* y que es *ipsius proprium civitatis*. En Santo TOMAS DE AQUINO el Derecho Natural es descubierto por la razón<sup>44</sup> y no puede ser opuesto a lo que Dios ha revelado. No hay contradicción real en la fe y la razón, entre la Revelación y lo que la razón descubre. En Hugo GROCIO existe un Derecho Natural cuyo solo fundamento es la razón. Es un conjunto de principios y reglas concretas, deducibles por la razón y por la experiencia de los usos normales de los pueblos civilizados, trazando, en *De iure belli et paci*, las reglas generales que han de regir las relaciones entre Estado, dando fundamento al Derecho Internacional<sup>45</sup>. Que no tiene regulación de Derecho Positivo, sino costumbres y convenios. Por lo que no es inmutable. Francisco DE VITORIA dijo *Totus orbis, qui aliquo modo est una República*, y el Derecho de gentes es Derecho Humano, pero que lo sea no significa que no pueda ser derogado, aunque cuando algo ha sido establecido y admitido *semel ex virtuali consensus totus orbis*, su abrogación necesita el consentimiento de todo el orbe, lo cual es imposible<sup>46</sup>. Después de la República Christiana se ha establecido la Comunidad Internacional y su organización es la ONU.

*Ratio naturalis est quedam lex tacita. No es ius scriptus. Son principia iuris* con formulaciones, en definiciones y sentencias, semejantes a los *iuris pre-*

---

43.- Por esto se dijo *Auctoritatem cum ratione omnino pugnare non potest* (la autoridad no puede en manera alguna luchar contra la razón), *Naturalia iura, civiles ratio perimere non potest* (la razón civil no puede destruir los derechos naturales), *Civilis ratio civilia iura corrumpere potest, naturalis vero non utique* (la razón civil puede destruir los derechos civiles, pero no ciertamente el natural), *Ratio civilis quum dictet publicam utilitatem, hoc ipso pars rationis naturalis est, non tota autem ratio est* (la razón civil, cuando dispone sobre la utilidad pública, es por ello parte de la razón natural, no toda la razón).

44.- *Ius naturalis est dictatum rectae rationis.*

45.- Ángel LATORRE SEGURA *Introducción al Derecho*. Ariel. Barcelona. 3ª ed. 1971. págs. 147 y ss.

46.- José Miguel VIEJO-XIMENA, en *Francisco de Vitoria, el Derecho de Gentes y la expansión atlántica española*. Revista de Estudios histórico-jurídicos n° 26 Valparaíso 2004.

*cepta* de ULPIANO y las *regulae iuris* de PAULO. Razón natural que, en la Constitución del Rey Jaime I de Aragón de 1251 ya aparece como aplicable, en las causas seculares de Cataluña, después de los Usatges, y las probadas costumbres del lugar. Como sentido común o *seny*, más que como *sindéresis*<sup>47</sup> (que, filosóficamente puede ser *sensatez* o buen juicio<sup>48</sup>, recta conciencia, remordimiento o hábito<sup>49</sup>)

### 6.3 Derechos inderogables.

Las leyes, hoy, son derogables, salvo cuando por causas intrínsecas, pierden eficacia obligatoria, antes de, o sin necesidad de, ser derogadas. Pero hay derechos inderogables.

En línea de inspiración iusnaturalista, y al amparo de la tendencia raciona-  
nalista, surge la doctrina de los derechos naturales del hombre frente al Esta-  
do, derechos inalienables, que no pueden ser transferidos permanentemente  
a ningún gobernante. En John LOCKE, la vida, la libertad, la propiedad. Son  
los derechos del hombre y el ciudadano de la Revolución Francesa, procla-  
mados en el 28 de agosto de 1789. Indivisibles, inalienables, y alguno (como  
el de propiedad) sagrado e inviolable. Derechos naturales e imprescriptibles  
del hombre, que son anteriores a los poderes establecidos y son considerados  
aplicables en cualquier lugar y época.

Los textos constitucionales no lo dicen, aunque declaran, reconocen y re-  
gulan los derechos y libertades fundamentales<sup>50</sup>.

---

47.- Para Santo TOMÁS DE AQUINO, la razón natural se llama *sindéresis*, y ésta es capacidad natural para juzgar rectamente.

48.- Para Baltasar GRACIÁN, en *Oráculo moral y arte de prudencia*, es *connatural* propensión a todo lo más conforme a la razón a la razón, casándose siempre con lo más acertado.

49.- Que contiene los primeros principios prácticos, que son los preceptos de la ley natural, los más universales de la ley moral, según Leopoldo Eulogio PALACIOS RODRÍGUEZ, en *Cuatro aspectos de la sindéresis*. Estudios en honor del doctor Luis RECASENS SICHES. Universidad Autónoma de México. 1980 pág.689 y ss.

50.- La Constitución Española de 1978, en su artículo 10, alude, como fundamentos del orden po-  
lítico y la paz social, a la dignidad de la persona y los derechos *inviables* que le son inherentes, y en el  
55 regula la suspensión de los derechos (fundamentales) y libertades (públicas) de los artículos 14 a 29,  
y otros, en forma tal que, en los estados de excepción y sitio, lo pueden ser los de los artículos 17, 18, 2  
y 3, 19, 20, 1 a) y d) y 5, 21, 28.2 y 37.2, y, de forma individual y con la necesaria intervención judicial  
y adecuado control parlamentario, los reconocidos en los artículos 17.2, 18.2 y 3. *A contrario* no lo son  
los de los demás artículos (igualdad ante la ley, a la vida, a libertad ideológica, religiosa y de culto, al  
honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a la producción y creación literaria, artística,  
científica y técnica, a la libertad de cátedra, de asociación, a la participación política, a la tutela judicial  
efectiva, al principio de legalidad penal, a la educación, a la sindicación, de petición, a la negociación  
colectiva laboral).

Donde se sigue hablando de derechos naturales e imprescriptibles y de derechos humanos, es en el Derecho Internacional. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de Noviembre de 1948<sup>51</sup>. El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950. La Convención americana de Derechos Humanos de 1969. Sobre la inderogabilidad, por causa de las cláusulas derogatorias en situaciones de emergencia, la doctrina la reduce a los derechos universales, sobre cuya escueta lista no hay acuerdo. Pero, por razón de la coincidencia en los tratados internacionales, suelen considerarse tales: los medios de subsistencia y de seguridad (derecho a la vida), a la libertad frente a la esclavitud, la servidumbre y la ocupación armada, a la propiedad personal y a la igualdad formal expresada en las reglas de la justicia *natural* (por ejemplo, el tratamiento igual de los casos iguales)<sup>52</sup>. O el derecho a la vida -incluidas la integridad física y moral-, el derecho a no sufrir torturas, ni penas, o tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a vivir en libertad -prohibición de la esclavitud- y el derecho a un juicio justo<sup>53</sup>.

Se ha dicho, en cualquier caso, que, si no queremos tener unos derechos humanos muertos desde el principio, es necesario compatibilizar estos derechos con las peculiaridades culturales y nacionales. Si se han de entender al modo racionalista, como un listado inamovible, como una pretensión atemporal de solución a todos los problemas básicos del derecho, entonces su supresión es urgente; si, por el contrario se entienden como vías contingentes de solución de conflictos que están vigentes en el momento actual, no hay problema para que sean mantenidos mientras sirvan al objetivo que constituye su razón de ser<sup>54</sup>. Pero, en ningún caso, se pueden justificar ataques a la dignidad de la persona e injusticias al amparo de dichas peculiaridades. Admitiéndose sólo límites en razón del bien común (límites que aseguran los derechos y libertades de los demás, el respeto de las exigencias morales, el orden público y el bienestar general<sup>55</sup>).

---

51.- El artículo 10.2 CE dice que se interpretarán de conformidad con ella las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que reconoce.

52.- J. RALWS *El Derecho de Gentes en SHUTE, S. Y HURLEY, S. De los derechos humanos. Las conferencias de Oxford Amnesty de 1993*. Trotta, Madrid. 1998 págs. 47-85.

53.- José Justo MEGÍAS QUIRÓS *Dignidad, universalidad, y derechos humanos*. Anuario de Filosofía del Derecho XXII enero 2005.

54.- Caridad VELARDE *Universalismo de los derechos humanos*. Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones jurídicas y de Derechos Humanos. N° 41. 1999.

55.- John FINNIS *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University press. Clarendon Law series 1980.

## 6.4 Inderogabilidad singular de los Reglamentos.

### a) Derogación y dispensa.

La Administración puede derogar el Reglamento o condicionar sus preceptos, pero no puede exceptuar su aplicación a un caso concreto, por vía de dispensa o privilegio, sin embargo, decía ZANOBINI<sup>56</sup>, los órganos legislativos tienen un poder indiscutido, y del que hacen constante aplicación, para apartar cualquier caso particular del imperio de una ley general, preguntándose por qué.

La derogación del Reglamento es posible porque emana de una potestad modificativa del ordenamiento que tiene atribuida en términos formales. En cambio, en un acto concreto contra el Reglamento, la Administración no tiene potestad, porque es el propio Reglamento el que atribuye, en los límites que su régimen establezca, la potestad de actuar en la materia que regula, y es manifiestamente una ilegalidad haber de utilizar esta potestad para contravenir el propio Reglamento.

Frente al *quod príncipe placuit legis habet vigor, el patere legem quam ipse fecisti*.

El Reglamento es una norma jurídica subordinada a la ley, y además, por el principio de jerarquía, subordinada a los Reglamentos dictados por órgano superior jerárquico. El órgano con potestad reglamentaria, tiene otras potestades, cuyo ejercicio está sometido a la ley y los reglamentos, los suyos y los de los demás, incluso de los de sus iguales e inferiores en el orden jerárquico. El sometimiento pleno de la Administración al Derecho y la ley, que dispone el artículo 103.3 CE, le impide actuar contra la ley (formal, o con mayúscula, y material). Las disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las Leyes, dice el 51.1 LRJAPPAC, ni los preceptos de otra disposición de rango superior, añade el 51.2.

### b) Fomulación<sup>57</sup> del principio.

El artículo 30 de la LRJAE de 1957 dispuso, y, hoy, el 52.2 de la LRJAPPAC de 1992, que las resoluciones administrativas de carácter particular no pueden vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas.

---

56.- ZANOBINI *Sul fondamento della inderogabilità dei Regolamenti*. Revista di Diritto Público 1917.

57.- La antigua Ley de lo Contencioso de 1888 daba pié al principio, al aceptar, como materia de recurso, las resoluciones administrativas... que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido en favor del demandante por una Ley, un Reglamento u otro precepto administrativo, y la jurisprudencia opuso claramente la facultad de dictar y derogar Reglamentos y la imposibilidad de exceptuar éstos en casos singulares.

El 23.2 de la Ley del Gobierno de 27 de noviembre de 1997, dispone que *son nulas*<sup>58</sup> las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un reglamento, aunque hayan sido dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo haya aprobado.

El Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales de 1955 había dispuesto que las disposiciones de las Ordenanzas y Reglamento Locales vincularán a los administrados y a su Corporación, sin que ésta pueda dispensar individualmente de la observancia. Y el 134.2 de la Ley de Suelo de 1956 que serían nulas las reservas de dispensación que se contuvieran en los Planes u Ordenanzas, así como las que, con independencia de ellas, se concedieran.

El artículo 19 de la Ley General Tributaria de 1963 decía serán *nulas de pleno derecho* las resoluciones administrativas de carácter particular dictadas por los órganos de gestión que vulneren lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas emanen de órganos de igual o superior jerarquía.

c) Naturaleza.

El principio<sup>59</sup> de inderogabilidad singular de las disposiciones de carácter general, no es una limitación a la potestad reglamentaria de la Administración, a la posibilidad de que los modifique o derogue<sup>60</sup>, sino una limitación del ejercicio de su potestad de dictar actos administrativos. Es un corolario del principio de legalidad.

---

58.- Seguramente solo son anulables, y no nulas de pleno derecho del artículo 62 de la LRJAPPAC. A menos que se trate de un caso del apartado 1 g): cualquier otro caso que se establezca expresamente en una disposición de rango legal. Como es la Ley del Gobierno, cuyo artículo 23.2 anotado, que dice nulos, no nulos de pleno derecho. Y, en estos casos, según el dictamen del Consejo de Estado, sobre el anteproyecto de la ley 4/1999, de modificación LRJAPPAC, de 22 de enero de 1998, corresponde al intérprete de la norma, no obstante el tenor literal de la misma (que adolezca de la importante imprecisión de referirse a la nulidad, invalidez y otros términos poco precisos para discernir si se trata de anulabilidad o nulidad radical), determinar su mandato conforme a las demás reglas de interpretación previstas en el artículo 3.1 de CC. Como recuerda José AYALA MUÑOZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*. AA.VV. Aranzadi 2ª ed. 2000 pág. 442.

59.- Como tal se estudia por la doctrina de Derecho Administrativo continental, aunque, en España, lo de singular se debe a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, para evitar equívocos, dada la indudable permanencia en la Administración del poder derogatorio general sobre los Reglamentos. En nota de pág. 271, del Capítulo *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos*, del libro Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial. Ed. Técno. 1970, en que reproduce el artículo publicado en el nº 27 de la RAP. 1958 págs. 63 a 86.

60.- *Eius est tollere cuius est condere*. Por cuyo entendimiento abusivo les resulta a las autoridades admitir que están ligadas en su actuación por sus propios reglamentos, dicen Fernando GARRIDO FALLA y José Mª FERNÁNDEZ PASTRANA *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)* Civitas Madrid 1993, pág. 91.

El principio no opera al dictarse el Reglamento sino en el momento de dictarse actos administrativos. El Reglamento no está sujeto a los anteriores, que puede modificar, salvo que sean de rango superior, pero, como norma jurídica que es, obliga en general, a todos, a sus destinatarios y a los órganos de la Administración que lo dictó, incluso a los superiores. Por algo se les llama disposiciones generales o de carácter general.

#### **IV. LA LEY 5/2015 DE 23 DE MARZO, DE RACIONALIZACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN DEL ORDENAMIENTO LEGAL Y REGLAMENTARIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS COMO LEY MERAMENTE DEROGATORIA**

##### **1. La contaminación legislativa como marco.**

La contaminación (legislativa), de que habla la Exposición de Motivos de la Ley como problema a resolver (uno de ellos), es expresión ecológica, descriptiva del crecimiento sin control de un elemento, sin posibilidad de eliminar los desechos. Que, referida al ordenamiento jurídico (sobre todo, legal y reglamentario, y no sólo de los Decretos y Órdenes, sino incluso Ordenanzas municipales), supone la ruptura del equilibrio del sistema de leyes debido al crecimiento descontrolado de normas y a la dificultad de restablecerlo eliminando, a través de la derogación, los residuos<sup>61</sup>. No es sólo un problema cuantitativo, sino también cualitativo. Un ordenamiento jurídico puede constar de pocas normas y estar contaminado. A. MARTINO<sup>62</sup> cita el caso de la Reggio Apuglia, que, con, apenas algo más de mil normas, lo estaba, porque, de las 1037 leyes emanadas, 95 estaban expresamente abrogadas, 190 se aplicaban, porque eran *ad personam* o *ad actum* o su función se había agotado en el tiempo. Quedaban 750 formalmente vigentes, 126 de ellas eran fácilmente derogables, sólo en 91 había que aplicar criterios interpretativos y elegir alguno, y 41 disposiciones, en 20 leyes, resultaban parcialmente derogadas, luego de fijar la posición interpretativa única.

El corpus enmarañado y contaminado, cualquiera que sea la causa, produce el resultado de la ignorancia del orden jurídico vigente. La imposibilidad de conocerlo impulsa nueva legislación imperfecta. El fenómeno se

---

61.- José Luís VILLAR PALASÍ y José Luís VILLAR EZCURRA, en *El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro Derecho. La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y protección jurisdiccional) Estudios en homenaje al profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ*. Se refieren al eterno sistole-diástole del Derecho (la expansión normativa y la recopilación selectiva).

62.- Antonio Anselmo MARTINO. *La contaminación legislativa*. Anuario de Sociología y Psicología jurídicas. Barcelona. 1977.

autoadmite y retroalimenta en un círculo no virtuoso. En tal situación, de contaminación, la indeterminación aumenta y se hace más necesaria la intervención de los juristas. En estos casos, la transferencia del poder de legislar es inevitable y el destinatario no participa, pues, si le resulta difícil al especialista conocer el Derecho, más difícil se torna para el ciudadano.

La complejidad legislativa dificulta el entendimiento claro y simple de las normas vigentes; a la Administración, la correcta gestión de los asuntos públicos; al Parlamento, el coherente desarrollo de la actividad legislativa; y a la Justicia, la tarea de impartirla de forma rápida y certera.

Uno de los modos de cambiar esta realidad es a través de revisión permanente, para deliberar cual es la normativa efectivamente vigente y la que ha perdido vigencia, para así poder eliminarla a través de la derogación expresa.

De la cantidad de normas<sup>63</sup> autonómicas baleares y su complejidad se habla en la Exposición de Motivos.

Dice, en I, que, *desde 1983, la CAIB ha promulgado más de 350 leyes y 4.000 decretos, que, además, han de convivir con los ordenamientos jurídicos estatal y europeo. Conjunto complejo generador de incertidumbre jurídica a la hora de determinar cuál es el ordenamiento jurídico autonómico vigente.* Que es uno, y no dos, como parece decirse, en la denominación de la ley, que alude al ordenamiento legal y reglamentario de la CAIB, pese a definirlo, la propia EM, como conjunto de normas vigentes promulgadas por las instituciones autonómicas, que constituye un sistema, que se renueva continuamente y se actualiza y adecúa a los vaivenes de las exigencias sociales y económicas y la evolución del contexto político.

También habla de la derogación expresa de las normas como instrumento para conseguir la finalidad última de la racionalización y simplificación.

## **2. Algunas cuestiones sobre competencia autonómica y eficacia.**

### **2.1. Competencia.**

La Ley no invoca título competencial. Para descubrirlo, hay que ver primero que es lo que hace la Ley, en materia de derogación.

---

63.- El total de disposiciones estatales, entre 1940 y 1991, fue de 126.977, con una media de 2.365 al año (2.147 en 1940 y 3.068 en 1991), según un cálculo de José Luis VILLAR PALASÍ y José Luis VILLAR EZCURRA, en *El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre en nuestro Derecho*, Vol. I pág. 95, de la obra *La protección jurídica del ciudadano* (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje al profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ Civitas Madrid 1993.

### 2.1.1. Contenido.

a) No regula la derogación de las leyes y decretos, incluidos en el anexo, y a los que se refiere el artículo 4, cuya derogación dispone, en los lacónicos términos siguientes. Derogaciones. **Se derogan las normas que constan en el anexo 3 de esta ley**, Ni la de los decretos que incluye en el anexo 4, como que se han de derogar.

Lo primero, no lo hace, lo segundo sí, y lo puede hacer la CAIB. Y no sólo porque, como ya se dijo, *cuius est condere legem eius est abrogare* o *eius est tollere cuius est condere*, sino porque se trata de normas producidas por ella misma. Y por lo mismo que las dictó. Otra cosa sería, si no se limitara el artículo 4 a disponer, literalmente, que *Se derogan las normas que constan en el anexo 3 de esta ley*; y dispusiera algo más y distinto, en detrimento de la competencia exclusiva del Estado, atribuida en el artículo 149.1.8ª CE, sobre *las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas*, contenidas, sobre todo, en el Título preliminar del Código Civil, y son, en cuanto a determinación de los efectos de las leyes y a tales reglas, de aplicación general y directa en toda España, según el artículo 13.1 del propio Código.

La Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero de Reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, en su artículo 30.27, respeta la competencia exclusiva estatal en regulación con las reglas relativas a la aplicación y la eficacia de las normas jurídicas, a la que no afecta la derogación expresa de las autonómicas dictadas, en materias de su competencia, bien exclusiva bien de desarrollo legislativo o ejecución o ejecutivas, previstas en los artículos 30, 31 y 32, y en cuyo ejercicio le corresponden las facultadas expresamente contempladas y cuantas resulten inherentes a su pleno ejercicio. Y derogar es facultad inherente a las potestades legislativa y reglamentaria, a que se refieren los artículos 84 y 85 del Estatuto.

La CAIB pudo derogar las normas que derogó, con independencia de lo que sobre ellas se dice en la EM y el artículo 1.2.

En aquélla dice que, para la coherencia del ordenamiento de la CA, como sistema con vocación de permanencia, constituye uno de los principales problemas, la contaminación legislativa (*acumulación temporal de todas las normas creadas que no han sido derogadas expresamente, pero que ya no se aplican porque han perdido su objeto, han sido derogadas tácitamente, están en desuso o ha vencido el plazo de vigencia establecido*).

*Que, para cumplir la finalidad de la ley, se prevé, como instrumento, la derogación expresa de todas las normas en desuso, obsoletas o que han perdido su objeto o finalidad a causa de la evolución del contexto social, jurídico o político, o del simple transcurso del tiempo.*

Que la ley *no pretende innovar el ordenamiento jurídico*, en el sentido estricto y sustantivo del término, por cuanto no crea derecho ni tampoco lo modifica, sino que *se limita a cumplir una función de ordenación de las normas, por medio de la determinación de las que no están vigentes* y de la autorización para refundir las que han sido modificadas constantemente.

En el artículo 1.2, dice que (con el fin de simplificar el ordenamiento desde el punto de vista formal, para dotarlo de más coherencia interna y facilitar el conocimiento, más cierto y claro, de las normas que la componen y están vigentes actualmente) *persigue derogar expresamente las normas en desuso o que han perdido el objeto o finalidad a causa de la evolución del contexto social, político o normativo, o del simple transcurso del tiempo.*

Pero, al haberlo hecho, como resulta del artículo 4 y el anexo 3, produce cierta perplejidad, pues no se explica en ningún lugar (ni en el caso de la ley ni en el de los más de doscientos decretos que deroga) la causa determinante de la derogación de cada uno de ellos, si el desuso, la obsolescencia, la pérdida de su objeto o finalidad por causa de la evolución de alguno de los contextos (social, político y normativo ¿jurídico?) que enumera, o del mero transcurso del tiempo. O el desuso del que se habla en la EM.

Fiados de que el Gobierno, sobre la base del trabajo del Instituto de Estudios Autonómicos, sabiéndolo, haya acertado en la inexpressiva determinación de lo que ya no estaba en vigor, y no ha dicho por qué, y en cualquier caso ha declarado, con su derogación expresa, que ya no lo estará más. Pretendidamente sin innovar.

El silencio, aunque irrelevante para el resultado derogatorio, es clamoroso, porque la EM habla de lo cierto y claro del resultado descontaminador y de las excelencias de la transparencia, pero decepciona, desde una perspectiva clarificadora y de perfeccionamiento del ordenamiento jurídico autonómico, en el espíritu europeo de legislar mejor. Que no se favorece dejando en la duda, precisamente, la fecha del fin de la vigencia o cesación de la norma, acaso anterior a la de la entrada en vigor de la ley expresamente derogatoria, por causa de la clase de norma. Porque no es lo mismo derogar que declarar derogada una norma que lo fue tácitamente por otra anterior contradictoria o dejó de regir por otra causa. Sobre todo

si fue por desuso u obsolescencia u otra de las causas de no vigencia que se enumeran.

La *consideración* de no vigencia, de que se habla en la EM, pudiera empañar (si fuera por desuso, por ejemplo) la competencia autonómica, si la derogación expresa no se justificara en la voluntad derogatoria del legislador, sino en una ineficacia no prevista en la legislación estatal sobre los efectos de las normas jurídicas, contenida en la CE y el CC, que, hoy, no alude al desuso ni la práctica en contrario, cuando en el artículo 2 del CC se dice que las leyes sólo se derogan por otras posteriores. Después de haber dicho, que los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido. Y no, como antes de 1974, en que el artículo 5 disponía que las Leyes sólo se derogan por otras Leyes posteriores y no prevalecerá contra su observancia el desuso ni la práctica en contrario. Y el 6, que el Tribunal que rehúse fallar, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes, incurrirá en responsabilidad.

Los decretos del anexo 3 derogados por el artículo 4, podían ser derogados por otros posteriores, incluso meramente derogatorios, pero también por una Ley, como la del caso, por su mayor rango formal y jerárquico, como resulta, por lo que, antes, al tratar de las normas vigentes sobre derogación, recogimos, de los artículos 9.3 CE y 2 CC.

2.1.2. Lo que tampoco hace la ley es derogar otras normas, distintas de la incluidas en el anexo 3, como son las de anexo 4, rubricado de *Decretos que se han de derogar*, y que incluye 17 Decretos, que la Disposición Adicional única de la ley *insta*<sup>64</sup> al Gobierno para que los derogue, en el plazo de seis meses contados desde la entrada en vigor de la ley, a través del órgano competente en cada caso.

Y, desde luego, lo puede hacer, aunque sea sólo porque el que puede lo más puede lo menos. Pudiendo el Parlamento derogarlos (como ha hecho con los más de 200 del anexo 3, pese a ser normas de menor rango que la ley), mucho más ha de poder instar (que es menos que ordenar o imponer) al Gobierno de la CAIB que lo haga (sin contemplar que no lo haga en el plazo que establece), a través del Consejo de Gobierno u otro órgano competente (que la EM contempla pueda ser el Presidente de la CAIB,). Derogación diferida que no resultará de la ley sino de los actos que los dejen sin efecto, relacionados, según la EM, con la potestad de autoorganización del Gobierno, más que con la potestad normativa. Por más que sean reglamentos de organi-

---

64.- Instar, según el Diccionario, es repetir la súplica o petición, insistir en ella con ahínco. Y, también apretar o urgir la pronta ejecución de algo.

zación o sustituciones del Presidente o incluso delegaciones de firma de éste. Cuya revocación ha de adoptar la forma de Decreto, pero no merece llamarse derogación, como de una norma jurídica o disposición general se tratara.

La derogación, instada por la ley al Gobierno, se producirá cuando éste, o, mejor probablemente el órgano competente, los derogue. Y habrá de ser por Decreto. Como el que le cabe dictar al Presidente, derogando las delegaciones de diez de los relacionados en el anexo 4, o al Consejo de Gobierno, los otros siete. Lo que podrían haber hecho sin necesidad de instancia alguna.

Tan es así que se dictó ya el Decreto 4/2015, de 19 de mayo, del Presidente de las Illes Balears, por el que se derogan diversos decretos en materia de atribución y delegación de competencias. Fueron diez de los del Anexo 4, los que se dice en el Preámbulo fueron dictados por el Presidente, por lo que le corresponde la derogación a ese órgano. El Decreto, meramente derogatorio, lo firmó el Presidente, sin refrendo de Consejero alguno. Se publicó en el BOIB nº 76, de 21 de mayo de 2015.

Con posterioridad se dictó el Decreto 85/2015, de 23 de octubre, por el que se derogan diversos decretos en *cumplimiento* de la disposición adicional única de la Ley 5/2015, de 23 de marzo, de racionalización y simplificación del ordenamiento legal y reglamentario de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Lo firma la Presidenta<sup>65</sup>, y el Consejero de la Presidencia, que en el Preámbulo se dice lo propuso. Así como, que lo consideró el Consejo de Gobierno en la sesión del mismo día 23 de octubre de 2015, y que completa la derogación del Decreto 4/2015, de 19 de mayo con la del resto (siete) de decretos prevenidos en el anexo, que habían sido aprobados en Consejo de Gobierno, de los que, según se desprende de su título, tres contenían delegaciones (de facultades de impugnar por la vía contencioso-administrativa y de pagar gastos y, de no se dice qué, *en la concesionaria del túnel de Sóller*) y tres desconcentraciones de funciones, y uno versaba sobre ejecución de programas de gasto. En cualquier caso, se califica la instancia de mandato (*mandat*) legislativo<sup>66</sup>. Sintiendo obligado el Gobierno

---

65.- Con la antefirma de: La presidenta. El Estatuto de Autonomía, después de la reforma de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, a pesar de que contempla al Presidente de la Comunidad Autónoma como institución autonómica, luego, al regularla, en algún artículo, como el 56, se refiere a las funciones *del Presidente o de la Presidenta*, como el 75 a *el alcalde o la alcaldesa*.

66.- La instancia, con insistencia o no, es petición. El Diccionario dice que es memorial, solicitud. No es, como (no en sentido jurídico -en el que es contrato- y en primera acepción) el mandato, que es orden o precepto que el superior da a los súbditos. El Diccionari del Institut d'Estudis Catalans, concibe el *mandat*, primero, como contrato de mandato (dice, contrato por el que una persona actúa en nombre e interés de otra), después, como duración de un mandato, y, por fin, orden o *prescrit (ordre o manament)*, o mandamiento que un superior impone a sus inferiores.

a cumplir, como expresa la denominación oficial del Decreto 85/2015, por el que se derogan los anteriores, en cumplimiento, dice, de la disposición adicional de la Ley. Y, antes, el Presidente, aunque, en el Decreto 4/2015, no hable de cumplir, sino de derogar en el plazo otorgado en la disposición adicional para que el Gobierno derogue los decretos que constan en el anexo 4. Anexo que se titula así: Decretos que se han de derogar. La *voluntas legis* es inequívoca: que los elimine el Gobierno, dejándolos sin efecto quien los dictó, a lo que llama derogarlos; como le cabe hacer al Presidente, por sí o previa deliberación en Consejo de Gobierno, si los decretos aprueban una norma jurídica reglamentaria, pero no si contienen un acto administrativo singular, incluso de destinatario plural o indeterminado, pero no normativo. No está tan claro que esta voluntad aceptada, y hasta ejecutada ya, obligara jurídicamente. Sobre todo, tratándose de Decretos sobre delegación de competencias, porque la legislación básica concibe a ésta como excepción del principio de irrenunciabilidad, en la que se separa titularidad (que mantiene el delegante) y ejercicio (que realiza el delegado), y el órgano que la confiere puede revocarla en cualquier momento. Delegación y revocación son actos, necesitados de publicación, como simples actos son las resoluciones dictadas en su virtud, que, en cualquier caso, además, deberán expresar esta circunstancia. Pues no es delegable la adopción de disposiciones de carácter general.

## 2.2 Eficacia

2.2.1. La derogación expresa del artículo 4 es *innovadora* del ordenamiento jurídico, contra lo que se dice en la EM. Con independencia de que, antes, las normas derogadas, pudieran haber dejado de ser aplicables por causas intrínsecas (decaimiento, vencimiento del plazo, pérdida de objeto u otra) o, en su caso, extrínsecas (derogación tácita o ley posterior incompatible). Nunca por desuso o práctica en contrario, incluso después de la modificación de 1974 del Título preliminar del CC, en que se dispuso que las leyes sólo se derogan por leyes posteriores. Es Derecho nuevo, respecto de lo anterior. Que, por lo menos, aparentaba vigencia, si no la tenía.

La derogación de normas jurídicas por la ley que nos ocupa, pese a su laconismo (y precisamente por la locuacidad de su EM) sugiere reflexionar sobre la derogación y otros conceptos como validez y vigencia, como se ha hecho en España, desde perspectivas iuspublicistas, después de la Constitución de 1978, incluso por los civilistas, como vimos.

2.2.2. Sentado que la ley podía hacer lo que hizo, cabe preguntarse si lo hecho ha sido la derogación expresa de normas vigentes o la declaración de

no vigencia de normas ya derogadas tácitamente por la promulgación de otra posterior contradictoria o decaídas por causas internas o intrínsecas.

Da la impresión -vistas la EM y el articulado- de que el legislador no tiene claro que derogar es legislar en negativo, contralegislar, y en lo que tiene de negativo, afirmar la voluntad innovadora del ordenamiento. La derogación, en sentido propio, como vimos, es la derogación expresa. La tácita dice DÍEZ-PICAZO<sup>67</sup> no es una auténtica derogación, porque, como dice JIMÉNEZ CAMPO<sup>68</sup>, no provoca la pérdida de vigencia de la *lex previa* sino su mera inaplicación *ad causam* por el órgano judicial, apreciada que sea la antinomia. La derogación por incompatibilidad no se suscita, como la expresa, en el plano de la creación normativa, sino en el de la aplicación del Derecho, y por ello sus efectos no son irreversibles ni generales, pues es evidente que la incompatibilidad apreciada por un órgano judicial puede no ser advertida o, -si advertida-, superada por otro juez. La decisión sobre qué reglas pertenecen al ordenamiento jurídico corresponde exclusivamente al legislador.

La derogación expresa es un acto normativo, que tiene como efecto principal y típico la supresión de esta cualidad de las reglas jurídicas.

El laconismo de la norma del artículo 4 de la ley del caso, deja en la duda sobre la ratio legis derogatoria de cada norma, como anticipamos, y obliga al intérprete a la búsqueda, en cada caso, de alguno de los motivos que, *in genere*, se expresan en la EM. Incluso de algún otro, distinto de los que contempla el artículo 1.2, que se refiere: a la pérdida de vigencia por causas intrínsecas, que caben en la pérdida del objeto o finalidad y el vencimiento de plazo o la llegada del término; al desuso y la obsolescencia, también contemplados en el artículo 1.2 c), que son causas externas, y no suponen falta de vigencia y obligan a la derogación expresa; y, aún, a la previa derogación tácita, a la que se refiere la EM.

Posiblemente la única ley relacionada en el anexo 3 estuviera derogada antes. Se trata de la Ley 1/1997 de 20 de mayo, de Tasas por inspecciones y controles sanitarios oficiales de carnes frescas, que fue contradicha por la 8/1998, de 23 de noviembre, de Tasas por inspecciones y controles sanitarios de animales y sus productos (que incluye la tasa por inspecciones y controles sanitarios de carnes frescas y carnes de conejo y caza y que derogó cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a la presente ley,

---

67.- Luís María DIEZ-PICAZO, *La derogación de la ley*: Ed. Civitas Madrid 1990.

68.- Javier JIMÉNEZ CAMPO, *Revista Española de Derecho Constitucional* año II n° 33 1991, en una recensión de la obra anotada en el anterior número.

y, luego, fue derogada por la 9/2011, de 23 de diciembre de Presupuestos, a tenor de su artículo 388 y Disposición derogatoria, de todas las normas de rango igual o inferior que se opongan a lo que dispone esta Ley, en concreto la 8/1998).

## **V. LA DEROGACIÓN DE LA LEY 9/2013, DE 23 DE DICIEMBRE SOBRE USO DE LOS SÍMBOLOS INSTITUCIONALES DE LAS ILLES BALEARS POR LA 8/2015, DE 16 DE OCTUBRE**

### **1. Las derogaciones debidas o prometidas.**

Las derogaciones expresas del comentado artículo 4 de la Ley de Racionalización y simplificación del ordenamiento legal y reglamentario de las Illes Balears se hacen en beneficio del sistema, como la entresaca de un monte o la poda de un árbol cualquiera. La que nos interesa ahora se parece más al incendio de un monte o al apeo o arrancamiento de raíz de un árbol que molesta, con independencia del sistema. Pensando en la regulación sustantiva de la ley derogada y su inmediata desaparición del ordenamiento.

Se trata de una derogación de rechazo, sin sustitución. Como tantas ha habido y habrá, inmediatamente después de la formación de gobiernos, con nuevas mayorías parlamentarias, para cumplir promesas electorales<sup>69</sup> al respecto o pactos de legislatura o coalición postelectoral.

Lo fue la ley 7/2003, por la que se derogó la Ley 7/2001 de 23 de abril, del Impuesto sobre las estancias turísticas de alojamiento, destinado a la dotación del fondo para la mejora de la actividad turística y la preservación del medio ambiente.

Dijo, en su EM: A juicio del Consejo de Gobierno, *constituido tras las últimas elecciones generales autonómicas*, la financiación de las infraestructuras y de las políticas públicas relacionadas con el medio ambiente y la actividad turística puede continuar llevándose a cabo sin necesidad de gravar las estancias en establecimientos turísticos de alojamiento mediante el impuesto configurado en la citada Ley 7/2001, de 23 de abril. Y, luego, en su artículo único: Se deroga la Ley 67/2001, de 23 de abril, del impuesto sobre las estancias en empresas turísticas de alojamiento, destinado a la dotación del fondo para la mejora de la actividad turística y la preservación del medio ambiente. En la Disposición final segunda. Entrada en vigor, por su parte, se

---

69.- Si lo prometido es deuda, son debidas. En el Antiguo Régimen las de rechazo podían ser queridas por el Monarca (incluso siendo el legislador anterior Él mismo).

dispuso: Esta Ley entra en vigor (*comença a vigir*) el día de su publicación en el BOIB (*el mateix dia de la seva publicació en el BOIB*).

El Consejo de Gobierno de 3 de julio de 2015, en su acuerdo de aprobación del Proyecto de Ley de Derogación de la Ley 9/2013, de 23 de diciembre, sobre Uso de los Símbolos institucionales de las Illes Balears, dijo que es imprescindible una medida legal de derogación, que se justifica, además de, en la inutilidad de la norma, en los riesgos de infracción constitucional y en la falta de seguridad jurídica. Motivos que, más ampliamente, se expresan en la EM, que añade como justificación la obligación de los poderes públicos de velar de forma real y efectiva para que se promuevan las indispensables condiciones de libertad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Que es lo que luego ha dicho<sup>70</sup> la Exposición de Motivos de la Ley 8/2015, de 16 de octubre, que es la primera aprobada por el Parlamento, después de las elecciones autonómicas de 2015, en su IX Legislatura. Publicada en el BOIB nº 156 de 27 de octubre de 2015.

La prensa diaria<sup>71</sup> afirmaba, sobre la tramitación del Proyecto, que, según la Consejería de la Presidencia, *no es una ley que innove el ordenamiento jurídico*. No regula nada. Se limita a derogar una legislación inconstitucional que despliega efectos inconstitucionales, y que fue una *decisión política*, amparada por el Consejo Consultivo que, en su día, alertó sobre la posible inconstitucionalidad. También, que se podía haber aprobado un Decreto-ley para derogar la norma, y no se había hecho así por respeto al Parlamento, que es el que finalmente otorgará vigencia a la derogación cuando la apruebe el Pleno.

El artículo único del Proyecto disponía, como el de la Ley 8/2015, de 16 de octubre: **Se deroga la Ley 9/2013, de 23 de diciembre sobre el uso de los símbolos institucionales de las Illes Balears**. De igual sobriedad que la derogatoria de la Ley recordada antes.

Hay una Disposición final segunda del mismo tenor literal que la misma de la Ley Derogatoria de la mal llamada ecotasa.

---

70.- Casi literalmente igual. Con alguna modificación lingüística (como decir *arxivament*, y no *arxiu*, *riscs*, y no *riscos*) u ortotipográfica (sustituyendo letras mayúsculas, por minúsculas, iniciales de algunas palabras como *dictamen*, *comunitat autònoma de les Illes Balears*, o escribir latinismos, como *lex certa*, en letra bastardilla o cursiva.

71.- Diario de Mallorca de 27 de julio de 2015.

## **2. Las derogaciones por razones políticas.**

Las derogaciones expresas y las leyes meramente derogatorias, del tipo de las comentadas en este apartado *tienen futuro*<sup>72</sup>. Porque el parlamentarismo y el pluralismo político de los Estados democráticos aseguran el gobierno de mayorías que se suceden, y comienzan, en muchos casos, legislando en negativo, según lo prometido a los electores o lo pactado después de las elecciones por los partidos que dan apoyo al Gobierno resultante. El legislador del Estado (y el de los estados federados o los demás Entes con esta potestad) es el mismo que antes de las elecciones, pero no legisla lo mismo, sino, a veces, lo contrario (y no digamos reglamenta). Las Cortes Generales ejerciendo la potestad legislativa del Estado y el Gobierno, comolegislando por delegación o por razones de urgente necesidad y ejerciendo la potestad reglamentaria. La Asamblea legislativa y el Gobierno (a través del Presidente y los miembros del Consejo de gobierno) en las CC.AA. en España.

Una parte importante del programa electoral, de los partidos que concurren a las elecciones -que es, si cambia la mayoría, la primera que se cumple, si no se deja de cumplir o se aplaza el cumplimiento sustituyendo la regulación- está constituida por las derogaciones de normas dictadas, sobre todo, en la legislatura anterior. Con textos claros y sencillos, de pocas palabras (o muchas en el Preámbulo, o sin él, dando por sabidos los motivos). Incluso, si es urgente, mediante Decretos-leyes. La CE lo asegura, sin referirse a la derogación<sup>73</sup>.

Antes de la Constitución vigente, las Constituciones hablaron poco de la potestad legislativa, en la que incluían, sin decirlo<sup>74</sup>, la de derogar las leyes<sup>75</sup>.

---

72.- Sobre el futuro de las derogaciones expresas por razones técnicas u otras se habla más adelante, en el apartado VII.

73.- El artículo 66.2 dice que las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado. El 91 que el Rey sanciona las leyes aprobadas por las Cortes Generales y las promulga y ordena su inmediata publicación. El 96 que el Gobierno ejerce la potestad reglamentaria. El 164.2 alude a la subsistencia de la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad, salvo que en el fallo se disponga otra cosa.

74.- La tuvieron las Cortes con el Rey en las de 1837, 1845 y 1876, las Cortes en la de 1869 y el pueblo en la de 1931.

75.- La de 1812, en el artículo 131. 1º, atribuye a las Cortes la facultad de proponer y decretar las leyes y derogarlas en caso necesario, y, en el 170, le reconoce en exclusiva la potestad de hacer ejecutar las leyes y en el 171, la prerrogativa de sancionarlas y promulgarlas y la facultad de expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

Derogándose, incluso la Constitución, en las crisis políticas. Abruptamente<sup>76</sup> o en la legalidad<sup>77</sup>.

Tampoco hablaron de la derogación los Decretos de 26 de septiembre de 1936 de la Junta de Defensa Nacional (que atribuyó al Jefe del Gobierno del Estado todos los poderes) ni las leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939 (que atribuyeron al Jefe del Estado la potestad de dictar normas jurídicas de carácter general). Ni las Leyes Fundamentales del Reino<sup>78</sup>.

## VI. EL FUNDAMENTO DE LA *FACULTAS DEROGANDI*

### 1. En general.

Como reconoce la propia denominación de las dos últimas leyes autonómicas estudiadas en el apartado anterior, sobre el Impuesto y los Símbolos, se trata de leyes derogatorias, pura y simplemente, con independencia de las disposiciones transitorias, y aún los motivos expresados ampliamente en su EM. Lo que suscita, aparte de reticencia sobre su objetiva realidad, la cuestión de la naturaleza de la derogación expresa, que, en cualquier caso, no es

---

76.- Suele citarse el Decreto de 4 de mayo de 1814 del Rey Fernando VII, dado en Valencia, en el que declaró que su *real ánimo* no era jurar y acceder a la constitución ni a decreto alguno de las Cortes generales y extraordinarias, sino el de declararlos nulos y de ningún valor y efecto, ahora ni en tiempo alguno, como si no hubieran pasado jamás tales actos, y se quitasen de en medio del tiempo alguno, y sin obligación en mis pueblos y súbditos, de cualquiera clase y condición, a cumplirlos ni guardarlos. También recuerdan algunos el Decreto de la Junta Técnica del Gobierno del Estado de 1 de septiembre de 1936, que, aunque en el Preámbulo decía que la *naturaleza* del Movimiento Nacional no necesita normas derogatorias para declarar expresamente anuladas todas cuantas se generaron por aquellos órganos que, revestidos de una falsa existencia legal, mantuvieron un ficticio fundamento puesto al servicio de la anti-patria, en su artículo 1, dispuso: Se declaran sin ningún valor o efecto todas las disposiciones que, dictadas con anterioridad al 18 de julio, no hayan emanado de las autoridades militares dependientes de mi mando, de la Junta de Defensa Nacional de España o de los órganos constituidos por la ley de 1 de octubre próximo pasado y, en el 2.º: Se examinarán cuantas leyes, decretos, órdenes, reglamentos, y circulares sean anteriores a dicha fecha y se estimen por su aplicación contrarios a los altos intereses nacionales proponiendo su derogación.

77.- El Decreto de 15 de abril de 1931 del Gobierno provisional de la República sobre revisión de la obra legislativa de la Dictadura, que afectó a los Decretos-leyes, según su inclusión en los cuatro grupos de: a) Derogados... con la propuesta de que se declaren lesivas las resoluciones pertinentes que ocasionaren daño manifiesto al interés nacional; b) Totalmente anulados... cuantos representen un atentado grave a la libertad o a los altos intereses del Estado; c) Reducidos al rango de preceptos meramente reglamentarios...; y d) Subsistentes por exigencias de realidad o excepcional conveniencia del interés nacional.

78.- En los Textos Refundidos aprobados por el Decreto de 20 de abril de 1967 se contemplaban, además de las leyes de prerrogativa del Jefe del Estado, su potestad de sanción y promulgación -y devolución para nuevo estudio- de las leyes aprobadas por las Cortes Españolas. La Ley para la Reforma Política 1/1977, de 4 de enero, también Fundamental, dijo que la ley expresa la voluntad soberana del pueblo, y que la potestad de elaborar y *aprobar* las leyes reside en las Cortes, y el Rey las sanciona y promulga.

en beneficio del ordenamiento, sino de mero rechazo, al margen del sistema de normas y su coherencia. Más bien mera expresión de la voluntad del legislador<sup>79</sup>.

La derogación expresa, a diferencia de la tácita, no es asunto de compatibilidad. En la derogación expresa no está presente una contradicción de normas, sino, acaso, entre dos actos normativos: el de promulgación y el de derogación. Son actos normativos complementarios cuya razón de ser está en el hecho de que la potestad legislativa, de la que son una manifestación, no se agota con su ejercicio puntual. La autoridad titular de dicha potestad puede ejercerla en principio cuantas veces quiera. Las cláusulas de promulgación, como las de derogación deben ser vistas como expresión de la realización de actos normativos que son el resultado del uso de las reglas que confieren dichos poderes normativos<sup>80</sup>. Poderes que están en la Constitución, a la que se sujeta la voluntad del legislador, por más que la CE, como muchas, no se refieren a la *facultas abrogandi*. En el Estado constitucional actual, donde la Constitución expresa la soberanía y a ella se someten todas las demás normas, incluso la ley, dicha facultad tiene que hallar en ella su fundamento.

El fundamento constitucional de la *facultas abrogandi* se vincula al carácter inagotable de las fuentes (la facultad normativa otorgada por las normas sobre producción de normas no es para un determinado número de actos, sino para una serie indefinida de ellos, pues de lo contrario se petrifica) y, por esto mismo, ningún poder constituido puede decretar la inderogabilidad de alguna de sus normas por futuras manifestaciones de este mismo poder, ya que en este caso estará ejerciendo una función propiamente constituyente que no le corresponde.

Con todo, esto no explica por qué la potestad normativa es también potestad para derogar normas anteriores. La explicación está en el modelo de Estado democrático: la voluntad popular carecería de virtualidad si no pudiera modificar las leyes, y en el pluralismo político que como valor fundamental incorpora.

En la derogación expresa (normalmente mediante disposiciones derogatorias expresas concretas o, demasiadas veces, genéricas) la norma sobre producción jurídica que determina el efecto derogatorio es la propia disposición

---

79.-C. ALCHOURRON y E. BULYGIN *La concepción expresiva de las normas*. 1981 y *Análisis lógico y Derecho*. 1991, dicen que toda ley lo es, incluso toda ley lo es de rechazo de otra norma anterior antitética con ella.

80.- José AGUILÓ REGLA *La derogación en pocas palabras*. Anuario de Filosofía del Derecho XI 1994.

derogatoria, pues la derogación expresa encuentra su fundamento constitucional en el ejercicio de la facultad normativa (en cuando potestad inagotable) en un Estado democrático.

La ley (y las disposiciones derogatorias de las leyes sustitutorias en la materia) que deroga expresa y concretamente otra anterior, en su totalidad, supone, desde luego, un cambio en el sistema por sustracción y, por lo mismo, innova. Reflexionar sobre la derogación, dice JIMÉNEZ CAMPO<sup>81</sup> es, nada menos, que pensar en el modo consciente de crear y cambiar el Derecho, pues, siendo cierto que los hombres pueden crear leyes sin saber (o decir) que lo hacen, también lo es que el acto formal de derogación rompe con toda posible ilusión iusnaturalista o historicista en la formación del Derecho. Este acto lleva, en lo que tiene de negación, la afirmación misma de la voluntad innovadora del legislador.

La derogación expresa es el acto normativo que tiene como efecto primordial y típico la supresión de esta cualidad de las reglas jurídicas. La tácita no se sitúa en el plano de la creación normativa sino en el de la aplicación. La decisión de qué reglas pertenecen activamente al ordenamiento corresponde exclusivamente al legislador. Al juzgador, en cada caso, apreciar la incompatibilidad, sin que tal apreciación provoque la falta de vigencia.

Lo que hay siempre, en la derogación expresa (especialmente en las disposiciones derogatorias de las leyes, pero, sobre todo, en las leyes puramente derogatorias), es un acto en virtud del cual una norma jurídica deja de estar vigente. Lo que no significa ni siquiera falta de eficacia. El efecto de la derogación expresa es el de limitar en el tiempo el papel de fuente del Derecho, al producir la pérdida de vigencia de una norma y restringir en el tiempo su aplicabilidad, su vocación reguladora, pero sin privarle necesariamente de ella. Las leyes no mueren, pudiendo haber ultraactividad.

## **2. En particular, el de las leyes autonómicas que nos ocupan.**

Al margen de las antecedentes reflexiones sobre la derogación, como acto y como efecto, las dos normas autonómicas comentadas sugieren

a) Con plena legitimidad el legislador, en la primera, persigue, según expresa, un fin de perfeccionamiento técnico del ordenamiento jurídico. De racionalización y simplificación. Declarando sin vigor, en un solo acto, muchas

---

81.- Javier JIMÉNEZ CAMPO, comentando el libro de Luís María Díez-PICAZO *Sobre la derogación de las leyes*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 11 n° 33 Septiembre-diciembre 1991.

disposiciones (alguna de muchos preceptos), de distintas jerarquía y objeto, que a su juicio habían dejado de ser aplicables. Como refleja, en todo caso, la falta de disposición transitoria alguna, sobre situaciones pendientes.

Constituye una novedad legislativa, al menos en nuestra CAIB.

En la segunda ley, según se dice, se busca un cambio sustantivo, que afecta totalmente a una sola norma, no por razones de técnica jurídica, sino, sobre todo, políticas (que tienen que ver con la eventual inconstitucionalidad de la derogada en relación con los principios de seguridad jurídica, pluralismo político y libertades ideológica y de expresión, producida precisamente en la anterior legislatura, con una mayoría distinta, sin perjuicio de la sedicente innecesariedad de su contenido, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico balear). Y no aporta técnicamente nada, sino que resucita, en el fondo, lo que de verdad había en el positivismo, pues late el voluntarismo y pone en duda la posibilidad de racionalizar las relaciones de poder.

Hay mucho de cambio de voluntad, o sucesión en el querer, sin que sea mejor la posterior por ser la última. Hubo un tiempo en que prevalecía el Derecho viejo sobre el nuevo. Y no hace tanto que en España se luchó por las leyes viejas<sup>82</sup>. Y hace poco, reconocido en algún sentido en la Disposición Adicional 2ª CE<sup>83</sup>. Cambio legítimo, como en el Antiguo Régimen, pero que recuerda al legislador retroactivo (capaz de suprimir el pasado)<sup>84</sup>.

El mero carácter sucesivo de la norma no puede fundamentar por sí la derogación, pues desde la óptica de la pura lógica no es de mejor calidad por el mero hecho de ser más reciente.

También hay voluntad derogatoria, y no modificativa, en la Disposición Final 1ª de la Ley balear derogatoria comentada, en cuanto suprime (modificándola pero derogando los preceptos concretos, que identifica) las letras d) y p) del artículo 138 y f), g) y h) del 139 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo de la Función Pública, introducidos por la Disposición Adicional 1ª de la

---

82.- ¡Dios y ley vieja! ¡Jaun-coikua eta *lagi-zarra!*, de los hermanos Arana Goiri y el PNV.

83.- La declaración de mayoría de edad contenida en el artículo 12 no perjudica las situaciones amparadas por los derechos forales en el ámbito del derecho privado.

84.- Algo hay de retroactividad *in bonam partem* -inspirada en el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, que el artículo 9.3 CE *a contrario* garantiza- en la Disposición adicional única de la Ley derogatoria de la de Símbolos, sobre archivo sin más trámite de procedimientos sancionadores y cancelación de oficio e ineficacia de sanciones disciplinarias.

Ley de Símbolos<sup>85</sup>. Disposición justificada en el otorgamiento de las *máximas* garantías jurídicas.

Menos radical -sin duda porque las normas tributarias no son sancionadoras ni administrativas no favorables del artículo 9.3 CE- fue, en su día, la Ley derogatoria de la Ley 7/2001, de 23 de abril, sobre la derogación de la mal llamada ecotasa, que contenía dos Disposiciones Transitorias para los impuestos devengados hasta su entrada en vigor.

## VII. EL FUTURO DE LAS LEYES DEROGATORIAS EXPRESAS, POR RAZONES TÉCNICAS U OTRAS<sup>86</sup>

Hemos titulado este estudio, Las leyes meramente derogatorias. *Hic et nunc (et semper)*. Aquí y ahora (y siempre).

Lo de ahora y siempre (*per in saecula saeculorum*) lo decimos porque tienen futuro. Como cuantas responden a la técnica legislativa y la voluntad del legislador.

Leyes de las del tipo de la 5/2015, de 23 de marzo de Racionalización y Simplificación, pese a su novedad balear, las ha habido y seguirá habiendo por razones técnicas. Debería haber una cada unos cuantos años, por la contaminación legislativa, si el legislador no se olvida. Como, por razones técnicas *las leyes que propician textos refundidos*, que, en su caso, pueden regularizar, aclarar y armonizar<sup>87</sup> y, en cierta forma, los *textos articulados que desarrollan leyes de bases*<sup>88</sup>.

La propia ley balear de Racionalización y Simplificación, autoriza al Gobierno, en su artículo 2, para que, en el plazo de un año, con la posibilidad de regularizarlos, aclararlos y armonizarlos, apruebe los textos refundidos de la

---

85.- Como si no hubiesen pasado jamás tales actos y quitasen de en medio del tiempo. En la línea de Fernando VII en el Decreto de Valencia de 1814.

86.- Del futuro de la derogación por razones políticas se ha tratado en el apartado V.2.

87.- El artículo 82.5 CE admite que se circunscriba la autorización para refundir los textos refundidos legales a la mera formulación de un texto único (cuando se trate de refundir varios textos legales en uno, artículo 82) o que incluya las de regularizar, aclarar o armonizar los textos legales que han de ser refundidos. El artículo 48.1 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears los contempla en los mismos términos y supuestos de delegación previstos en la CE. También el 38 de la Ley del Gobierno de las IB.

88.- El artículo 82.2 CE alude a la delegación, mediante una ley de bases (que no podrán autorizar su propia modificación, art. 83), cuyo objeto sea la formación de textos articulados.

leyes que expresa en el anexo 1 (leyes que se han de refundir) y agrupa en las letras a) a g), relacionando las posteriores -entre ellas algún simple Decreto que les ha afectado.

Los textos refundidos estatales han suscitado la cuestión del efecto sustitutorio, resuelta en la doctrina de forma positiva<sup>89</sup>. Así, el TR de la ley de Aguas, aprobado por RDL 1/2001, de 20 de julio en su Disposición derogatoria única dijo que quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan al presente RDL y al Texto Refundido que aprueba y, en particular, las siguientes: 1) La ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto. Y el TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 2/2000, de 16 de junio, dice en la Disposición derogatoria única... y, en particular: 1) La ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

En Illes Balears, el Decreto Legislativo que aprobó el TR dictado por su Gobierno, de la Compilación del Derecho civil de las Illes Balears, no dice nada expresamente, quizás porque, según reconoce el Preámbulo, fue el primero que aprobó, pero también que el artículo 25 de la Ley 8/1990 autorizó al Gobierno a aprobar mediante Decreto Legislativo un TR que recoja, por una parte, los preceptos aún vigentes de la Ley 5/1961, y por otra, las innovaciones introducidas por el Parlamento mediante la Ley 8/1990. Como lo recogió, sin derogar expresamente la parte aún vigente (por no derogada expresamente o por no resultar contradicha por la Ley de modificación de 1990) de la Ley de 23 de abril de 1961 de Compilación, ni la Ley de modificación de ésta, incluso la disposición final primera de la Compilación que sustituyó las normas del Derecho Civil Especial Balear, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes el día de su promulgación por las contenidas en ella, cuyo texto se mantuvo.

El Decreto Legislativo 1/2005, de 24 de junio que aprobó el TR de la Ley de Finanzas de la CAIB, en su Disposición derogatoria única estableció, ya: Se derogan expresamente las leyes siguientes: a) La ley 1/1986, de 5 de febrero de Finanzas de la CAIB..., y asimismo quedan derogadas todas las normas de rango igual o inferior que se opongan a este Decreto Legislativo.

---

89.- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial. Loc. cit.* cuando regía la Ley Orgánica del Estado de 1967 (y el artículo 10.4 de la LRJAE y la Disposición Transitoria de la LGT de 1963), decía que este efecto es capital; hablar (como alguien había hecho) de que el Texto Refundido deja en vigor con su misma eficacia originaria las normas objeto de refundición, es negar a los textos refundidos su razón de ser.

José DELGADO ECHEVARRÍA *Las leyes derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad.* Revista de Derecho Privado y Constitucional. Loc. cit. Dice que los Decretos-Legislativos que aprueban textos refundidos de las leyes derogan las leyes cuyos textos refunden, pero las normas legales así derogadas siguen sirviendo de parámetro de la legalidad del texto refundido.

Los textos articulados de leyes de bases (que hay que distinguir de la legislación básica del Estado, susceptible de desarrollo por las CC AA y deben precisar el objeto y alcance de la delegación, así como los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio), deberían determinar, aparentemente, la derogación de la Ley de Bases, sin perjuicio del control de los eventuales excesos. Pero no se dice. Posiblemente porque no necesitan serlo, expresamente, al perder su eficacia o vigor, por su propia naturaleza. Como por cumplimiento de una condición resolutoria implícita.

En la legislación estatal sobre Patrimonio del Estado, la Disposición derogatoria única de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, dice quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan, contradigan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la ley, y, en especial, las siguientes: a) La ley 89/1962 de Bases del Patrimonio del Estado y su Texto articulado, aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, que no derogó la Ley de Bases, pues su Disposición derogatoria dispuso que quedaban derogadas todas las disposiciones que se citan en la tabla adjunta (la última el decreto de 4 de agosto de 1952) y cualquier otra que se oponga a lo dispuesto en la presente Ley.

El Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el Texto Articulado del Título Preliminar del CC, lo hizo así, en su artículo 1, en los términos del artículo 52 de la Ley Orgánica del Estado y, en el 2, dijo que no alteraba lo regulado en las Compilaciones de los derechos especiales y forales, lo que, contrario sensu, supone la sustitución del Título anterior a su modificación. Lo que no había hecho la Ley de Bases 3/1973 de 17 de marzo, que le dio al Gobierno un plazo de un año, para la publicación del texto articulado en el BOE y justificó en el Preámbulo el procedimiento de elaboración (por versar sobre un sector del ordenamiento jurídico de carácter general, la naturaleza eminentemente técnica y el respeto que merece el conjunto orgánico del CC) recordando que coincidía con el que llevó a cabo la codificación, teniendo en cuenta también, siquiera en su espíritu, lo prevenido en la Disposición adicional 3ª de aquél cuerpo legal, sobre revisión decenal por la Comisión de Códigos<sup>90</sup>.

---

90.- El CC fue elaborado por el Gobierno, que había sido autorizado para publicarlo, de acuerdo con las condiciones y bases establecidas por Ley de 11 de mayo de 1855, de las Cortes, sancionada por la Reina Regente del Reino. Eran 27 Bases. La 1ª disponía que el CC tomara como modelo el Proyecto de 1851, en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, precisando que debe formularse sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes. La 27ª que la Disposición final derogatoria sea general para todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil llamado de Castilla, en todas las materias que son objeto de este Código y aunque no sean contrarias a él, y quedarán sin fuerza legal alguna, así en su concepto de leyes directamente obligatorias como en el de derecho supletorio (dando lugar al artículo 1976, con alcance muy superior al que resultaba de la derogación tácita del actual artículo 2.2,

Si las Leyes de Bases no pueden autorizar su propia modificación, según CE, y han de determinar con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa, en qué consiste (otorgada con fijación de plazo) y los principios y criterios que han de seguirse, en su ejercicio, agotándose con la publicación de la norma correspondiente, es claro que periclita, aunque no se haga expresa derogación, en el texto articulado. Pero no porque la contradiga sino porque caduca o decae. Deja de estar en vigor, por causas internas, inherentes a su propia naturaleza. Como la Ley anual de Presupuestos, que no se deroga, pero que deroga mucho. No meramente, ni siquiera mayormente, sino masivamente derogatoria.

Las derogaciones *por razones presupuestarias* (técnicas y políticas a la vez) están aseguradas.

La LPGE 22/2013, de 23 de diciembre, para el ejercicio de 2014, tenía 3 disposiciones derogatorias y 35 finales, de modificación de otras tantas leyes.

La LPGE 3/2014 de 26 de diciembre, para el ejercicio 2015, tiene una disposición derogatoria y 25 finales de modificación de otras tantas leyes. Lo que no es nada, en comparación con lo que sucedía con las llamadas<sup>91</sup> leyes de acompañamiento a las de Presupuestos<sup>92</sup>, que se produjeron hasta que el Tribunal Constitucional, las puso en solfa (aunque no las declaró inconstitucionales y todos los Gobiernos cayeron en la tentación de dictarlas, por la comodidad y facilidad políticas), y también aprobaron las CC AA. Es paradigmática la 42/1994, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales y Administrativas y del orden social, que, como dijo CAZORLA PRIETO<sup>93</sup>, modificó nueve leyes propias de cada tributo, siete leyes generales laborales y de la SS, tres en materia de personal y, entre las normas de gestión y organización, re-

---

pues, dice F. DE CASTRO BRAVO, además de abolir las disposiciones que se opongan a sus preceptos reclama la regulación exclusiva de las materias que constituyen su objeto). El Proyecto de 1851 decía: Quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbre anteriores a la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo, y no tendrán fuerza de ley, aunque no sean contrarias a las disposiciones del presente Código.

Jesús DELGADO ECHEVARRÍA en *Comentario del CC*. Ministerio de Justicia. Loc. cit. II pág. 2179, utilizando la vieja distinción entre derogación y abrogación, dice que el CC no deroga los preceptos anteriores, cuyo contenido sustituye con el de los suyos, sino que abroga los enteros cuerpos a que hace referencia.

91.- También leyes ómnibus o escolta.

92.- Emparentadas con las *legge finanziaria*, lois portant diverses dispositions d'ordre économique, financier et social, jahrenteuergesetz.

93.- Luís CAZORLA PRIETO *Las llamadas leyes de acompañamiento presupuestario*. Diario El País de 23 de septiembre de 1996.

formó tres leyes generales. Y, si el efecto dinamizador<sup>94</sup> no estuviera colmado, la fiesta continuó: en las disposiciones adicionales fueron modificadas cinco leyes generales, desde la de Carreteras hasta la de Aguas, y para rematar la faena, la disposición derogatoria dio buena cuenta de otras cinco.

A las leyes de Presupuestos y de Acompañamiento se refiere la EM de la ley balear 5//2015 de Racionalización y Simplificación, como causa de confusión e incertidumbre, debido a la modificación reiterada que obliga al operador jurídico a una exhaustiva tarea de búsqueda por los Boletines oficiales para descubrir el texto vigente. En el anexo I, de leyes que han de ser refundidas, se contemplan como afectadas 9 leyes de Presupuestos de la CAIB y 25 de las de acompañamiento (de medidas tributarias urgentes o en relación con determinadas figuras tributarias, administrativas y de la función pública o tributarias y económico-administrativas y otras).

### **VIII. ADDENDA COMO EPÍLOGO: SUMA Y SIGUE. EL PROYECTO DE LEY DE DEROGACIÓN DE LA LEY 9/2014, DE 29 DE SEPTIEMBRE POR LA QUE SE ESTABLECE Y REGULA LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS**

Después de que, terminado el verano de 2015, le diera forma definitiva el presente estudio, y antes de terminar el año, fecha en la que pensaba entregarlo en la Academia, he tenido noticia de que el Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears ha aprobado un proyecto de ley (aparentemente por lo que se ha dicho) meramente derogatoria de la Ley 9/2014, de 29 de septiembre por la que se establece y regula la Protección de la Maternidad.

En el comunicado de la Conselleria de Serveis Socials i Cooperació del día 18 de diciembre de 2015, sobre dicho acuerdo de aprobación del Consejo de Gobierno del mismo día, se dice que éste considera que la llamada Ley de Protección de la Maternidad *es innecesaria*, porque prevé medidas ya incluidas en leyes estatales, que *está vacía de contenido* y que *tiene un carácter claramente ideológico*. Y añade que, después de la Ley de Símbolos, ésta es la segunda ley de carga ideológica que el ejecutivo autonómico se propone derogar.

Ni el acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de diciembre, ni la Exposición de Motivos del proyecto de ley de derogación de la ley 9/2014, de 29 de septiembre por la que se establece y regula la Protección de la Maternidad,

---

94.- José FERREIRO LAPATZA *Derecho Presupuestario y técnica legislativa*. Civitas. Revista Española de Derecho Financiero n° 87 (1995). Págs., 481-500.

hablan de la ideología ni de lo ideológico ni de la ideologización, como, sin duda peyorativamente (y sin caer en la cuenta que derogar es legislar y la ley derogatoria de una ley ideológica o ideologizada lo es igualmente), se hace en el comunicado<sup>95</sup>, cuando habla de *claramente* ideológica, siendo que lo ideológico, por serlo no es ni bueno ni malo, por más que toda ideología merezca una valoración<sup>96</sup>.

El acuerdo aprobatorio del Proyecto y el Proyecto de ley, publicados en el BOPIB número 26-28 de diciembre de 2015, en su Preámbulo o motivación y Exposición de Motivos, respectivamente, no aluden a la ideología, se limitan a afirmar que la ley autonómica a derogar es *innecesaria*<sup>97</sup>, por cuanto la Ley Orgánica 2/2010, ya prevé que la información a que se refiere el artículo 7 de la 9/2014 sea facilitada por los médicos responsables de los centros sanitarios y la intervención de entidades privadas sin ánimo de lucro en ese proceso de información no garantiza que esté libre de prejuicios<sup>98</sup>. Por esto *se considera oportuno* derogar la Ley autonómica.

---

95.- El 4 de agosto en el Observatori de drets sexuals y reproductius.apfcib.org/noticia se decía que la Consejera de Servicios sociales y Cooperación, cuando informó que una de las primeras medidas que impulsaría el nuevo Gobierno después del verano sería la derogación de la ley, la criticó por ser *del todo ideológica* con la única finalidad de *dar subvenciones directas a entidades provida*.

El mismo 18 de diciembre de 2015 en ultimahora.es/noticias/local la Consejera, aprobado ya el proyecto de ley derogatoria de la de Protección, calificó ésta de ley ideológica, no consensuada, sin alguna prestación social o económica de apoyo a la maternidad y estableciendo solamente un teléfono de información y la posibilidad de establecer un plan para la familia desde el Govern, y sin ningún sentido. Y que la ley derogatoria no deja ningún vacío legal porque la derogada no aporta nada.

96.- En el DREA, ideología es conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época, de un movimiento cultural, religioso o político, etc. Pero ideólogo, en su acepción tercera, es persona que, entregada a una ideología, desatiende la realidad. E ideologizar, imbuir una determinada ideología, e ideologizado, que está impregnado de una determinada ideología.

97.- Precisamente, y sólo, de la necesidad se habló, en la Exposición de Motivos de la Ley derogatoria del impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos, cuando dijo que la financiación de las infraestructuras y políticas públicas relacionadas con el medio ambiente y las actividades turísticas podía continuar llevándose a cabo *sin necesidad* de él.

98.- Recuerda que, de acuerdo con la Resolución del Parlamento de la Unión Europea 2001/2128 (INI), sobre salud sexual, reproductiva y los derechos asociados -que contiene un conjunto de recomendaciones a los gobiernos de los estados miembros en materia de anticoncepción, embarazos no deseados y educación afectivosexual- esta información ha de ser confidencial y estar exenta de juicios de valor. También que, en virtud del artículo 3 de la Ley 5/2000, de 20 de abril del Instituto Balear de la Mujer, el 3 y la Disposición Transitoria única de la 12/2006, de 20 de septiembre, para la Mujer, a dicho Instituto le corresponde velar por su cumplimiento y coordinar y facilitar a los centros sanitarios al información sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad sin necesidad de de crear una red paralela.

Todo ello, después de recordar:

a) Que la Ley 9/29014, de 29 de septiembre tenía por objeto la configuración de un marco jurídico de actuación de la comunidad, en el ámbito de la protección y la atención social a la maternidad, que comprende el diseño de medidas y actuaciones dirigidas a garantizar y proteger el derecho de la mujer embarazada a ser madre, especialmente el de las mujeres que se hallen en situación de desamparo o de riesgo social, propiciando el establecimiento de los medios necesarios de carácter social, jurídico, educativo, sanitario o asistencial que permitan conseguir esta finalidad.

b) Que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo -que reconoce que la decisión de tener hijos y cuando tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales, que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, e integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual, en la que los poderes públicos no han de intervenir, pero sí establecer las condiciones para que tales decisiones se adopten de manera libre y responsable, poniendo a disposición de quienes lo necesiten servicios de atención sanitaria, asesoramiento e información, y el derecho a la maternidad libremente decidida- considera razonable, de acuerdo con las indicaciones de personas expertas y el derecho comparado, dejar un plazo de catorce semanas, en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de tercero, a lo que la STC 53/1985 denomina autodeterminación consciente. La intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, se dice, no ofrece más garantía para el feto, y, a la vez, limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la CE. Que incluye entre los fundamentos del orden político y de la paz social, el libre desarrollo de la personalidad, junto a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, y el respeto a la ley y a los demás derechos de los demás.

c) Que el artículo 14 de esa Ley establece que uno de los requisitos, para la interrupción del embarazo a petición de la mujer, es que se le haya informado de los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, distinguiendo dos supuestos. Uno, que se opte por la interrupción, en cuyo caso la información se facilita en sobre cerrado, para crear un ámbito libre de presiones en la toma de decisión, por lo que no se trata de una información personalizada, a diferencia de del artículo 7 de la Ley 9/2014, que establece que la información sobre derechos, prestaciones y ayudas ha de ser personalizada, sin perjuicio de entregar además la documentación correspondiente.

Otro, de carácter previo a la prestación del consentimiento, en el que se ha de dar junta y específicamente con la información sobre derechos, prestaciones y ayudas, la información sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción, en los términos de la Ley básica 41/2002, de noviembre reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, de forma que tal información han de garantizar y prestar los facultativos responsables.

Consta el Proyecto de ley de un artículo único, que dice: **Derogación. Se deroga la Ley 9/2014, de 29 de septiembre, por la que se establece y regula la protección a la maternidad.** Y una Disposición final única, que dice: **Entrada en vigor. Esta Ley entra en vigor (comença a vigir<sup>99</sup>) el mismo día en que se haya publicado en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears*.**

Solicita el Govern a la Mesa que proponga al Pleno del Parlamento sea la tramitación directa y en lectura única. Y no por el procedimiento de urgencia, como se hizo en el acuerdo del Govern que aprobó el proyecto de ley de derogación de la Ley de Símbolos institucionales, *para el restablecimiento inmediato de la seguridad jurídica*, como se dijo.

Probablemente, cuando se publique este estudio, el Proyecto de Ley, será ya Ley. Y su texto previsiblemente será sensiblemente igual. Como lo fue en el caso de la Ley de Símbolos. Y será una Ley meramente derogatoria, Más que aquélla. Al carecer de Disposiciones adicionales, transitorias o alguna otra final distinta de la de la fecha de entrada en vigor. El Diario de sesiones seguramente recogerá lo que la oposición diga sobre la necesidad de la Ley derogada y, en su caso, su ideologización y la de la ley derogatoria<sup>100</sup>.

---

99.- Realmente en lengua castellana, en una traducción literal, es *comienza a estar en vigor*.

100.- En el BOIB n° 52 de 26 de abril de 2016 se publica la Ley 6/2016, de 27 de abril, que no difiere del proyecto de Ley.



### **XIII.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO**

*Durante el curso académico 2015/2016 la Comisión Académica de Derecho Privado ha estado particularmente activa.*

*Por una parte, se ha seguido la orientación doctrinal mostrada por nuestra Corporación desde hace años, sometiendo a análisis exhaustivo alguna de las instituciones fundamentales de nuestro Derecho civil. Se trata de una actuación de nuestra Corporación que se inició con un estudio sobre la aplicabilidad, en nuestro Derecho, de la ley estatal 41/2003 de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y que ha venido seguido por otros estudios dedicados, sucesivamente, a las legítimas, a los contratos sucesorios, a las reservas hereditarias, a la definición y finiquito de legítima y a las parejas no matrimoniales. En esta ocasión –o sea en el curso académico 2015/2016– el turno ha correspondido a la sustitución fideicomisaria.*

*No se nos oculta, en este punto, que no todas las legislaciones están de acuerdo con el mantenimiento de la institución, por considerar que es una secuela de las denostadas vinculaciones y mayorazgos, resultando perturbadora para el fluido tráfico jurídico de los bienes.*

*Pero no puede olvidarse que la sustitución fideicomisaria es una de las instituciones tradicionales de nuestro Derecho, que aparece regulada en todos los proyectos de Apéndice y en las Compilaciones de 1961 y 1990, encontrándola asimismo en las*

*sentencias de nuestro Tribunal Superior de Justicia en la resolución de los recursos de casación. Igualmente ha de tenerse en cuenta que nuestra sustitución fideicomisaria constituye uno de los signos distintivos de la especialidad de nuestro Derecho, al presentar un perfil alejado del que encontramos en el Código civil, por contener dos caracteres que humanizan y dan lógica jurídica a la institución, como son la posible detracción de la cuarta trebeliánica y la venta de los bienes fideicomitados para la inversión del producto de la venta en otros de mayor rentabilidad. Y sin dejar de tener en cuenta, asimismo, que incluso la ley estatal antes citada no deja de acudir a la sustitución fideicomisaria como elemento de posible protección a las personas con capacidad judicialmente modificada.*

*Una vez adoptado el acuerdo de analizar la sustitución fideicomisaria como objetivo de la Comisión para el curso 2015/2016, se consideró que su estudio debía realizarse sobre la base de dos ponencias. Una a cargo del Notario y Académico Carlos Jiménez Gallego, para conocer lo que ha sido la institución proyectada en las coordenadas de tiempo y espacio; lo que ha sido históricamente y la manera como aparece regulada en las diversas legislaciones. No importa decir que el referido Académico ha presentado una ponencia verdaderamente interesante, puesto que es un especialista en la búsqueda de referencias históricas y geográficas de las instituciones jurídicas.*

*La segunda ponencia, de la que es autor el Presidente de la Real Academia Miquel Masot Miquel, está centrada en la regulación de la institución en nuestra Compilación. Por tal razón, se va exponiendo en la ponencia la variada problemática a que da lugar cada uno de los preceptos de la misma, dedicando unos últimos apartados a las posibles reformas legislativas en la materia y al estudio de la extraña sustitución fideicomisaria sobre la legítima, aportación de la ley estatal 41/2003 de 18 de noviembre, que, en este punto, podría ser de aplicación en nuestro Derecho, ya que se contiene la misma en un proyecto de ley remitido por el Govern balear al Parlament.*

*Circuladas entre los Académicos las ponencias, la Académica María Pilar Ferrer Vanrell ha presentado una amplia comunicación, centrada en algunos aspectos de la institución proyectados especialmente en su análisis histórico.*

*Es de destacar que la ponencia aportada por el Académico Sr. Masot Miquel está dedicada al cofundador y primer presidente de nuestra Corporación Miguel Coll Carreras, autor de los Comentarios de Edersa a los preceptos dedicados a la sustitución fideicomisaria; mientras que la comunicación de la Académica Sra. Ferrer Vanrell lo está a Luz Zaforteza de Corral, autora de una fundamental obra en la materia. De esta manera vuelven a nuestro recuerdo estos dos juristas ya fallecidos, que tanto y tan bien escribieron sobre la sustitución fideicomisaria.*

*Como es habitual, puso fin a los estudios sobre esta institución la reunión de la Comisión celebrada el 26 de abril de 2016, en la que fueron objeto de debate los temas suscitados por las ponencias y comunicación. Dicha acta, la comunicación presentada y las dos ponencias se insertan a continuación.*

*Como se indicaba anteriormente, la Comisión Académica de Derecho Privado ha estado particularmente activa durante este curso 2015/2016. Y ello es así porque al estudio sobre la sustitución fideicomisaria se añaden otros dos trabajos.*

*En primer lugar, se inserta un trabajo monográfico del que es autor el Académico Antonio Monserrat Quintana titulado “Algunas cuestiones sobre la adquisición de la herencia en Derecho germánico y en Derecho español”. El autor profundiza en la diferencia entre ambos sistemas jurídicos, la cual, fundamentalmente, estriba en que en el Derecho germánico se produce la adquisición de la herencia ipso iure, tras la muerte del causante, si bien una vez adquirida surge, durante un determinado plazo, el derecho a repudiarla; mientras que en el sistema español existe el ius delationis, que supone una aceptación expresa o tácita. Diferenciación que no siempre se ha tenido en cuenta, dado que, en algún caso, el Registro de la Propiedad ha exigido, en la sucesión de un causante de nacionalidad alemana, la aceptación de la herencia ante Notario. En la segunda parte del trabajo, el autor analiza el certificado sucesorio europeo, surgido para proporcionar un instrumento de fácil reconocimiento y eficacia, en todo el ámbito de la Unión Europea, de las disposiciones de última voluntad dictadas en las cada vez más frecuentes sucesiones transnacionales, exponiendo las reservas y reticencias que se han opuesto, en algunos casos, por parte de los Registros de la Propiedad.*

*Y, en segundo lugar, tenemos un trabajo monográfico del Presidente de la Academia Miquel Masot Miquel titulado “Algunas consideraciones sobre la compensación económica del trabajo para la familia y su incidencia en el Derecho civil de las Illes Balears”. En la primera parte del mismo se analiza el impacto que en la doctrina civilista supuso la nueva redacción del art. 1438 Cc –tras la reforma efectuada por la ley 11/1981 de 13 de mayo– al establecer una compensación económica del trabajo para la casa, así como las recientes sentencias del Tribunal Supremo desligando la compensación económica del desequilibrio patrimonial, de tal modo que procederá la misma aunque no exista desequilibrio patrimonial alguno entre los cónyuges; se cierra esta primera parte con el análisis comparativo de esta compensación económica en el Código civil y en las legislaciones catalana y valenciana, anulada esta última por la STC de 28 de abril de 2016, pero aun aplicable a las parejas que contrajeron matrimonio bajo la vigencia de la misma. La segunda parte del trabajo da respuesta a la pregunta de si, en nuestro Derecho, procede o no la compensación económica del trabajo para la familia, analizando las posibles vías de introducción de tal compensación: la aplicación supletoria del art. 1438 Cc, la aplicación del art. 9.2 de la Ley de Parejas Estables vía analogía legis y la inserción de la compensación económica del trabajo para la familia dentro del la contribución al levantamiento de las cargas a realizar por cada uno de los cónyuges.*

# **XIII.-1. A) SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS. PERSPECTIVA COMPARADA**

**Carlos Jiménez Gallego**

## **Resumen**

El objeto del presente trabajo es realizar una comparación de la regulación de la sustitución fideicomisaria en los Derechos civiles españoles, excepto el de las Islas Baleares, y en algunos otros Ordenamientos de nuestro entorno. Se pretenden señalar las funciones que cumple o puede cumplir. Se comienza con una referencia al origen de la institución en el Derecho romano y se tiene en cuenta la evolución normativa habida en las últimas décadas, que pone de manifiesto que en relación a esta figura jurídica -no en relación a otras figuras próximas como la fiducia sucesoria o la herencia de confianza- no hay diferencias importantes en los Derechos españoles, y que fue admitida con muchas más limitaciones en la codificación de los Derechos extranjeros, llegando incluso a ser prohibida, si bien se aprecia una consideración más favorable en las reformas legales habidas en tiempos recientes. El comentario concluye con una reflexión sobre la posible adecuación de esta institución a finalidades distintas de la conservación de un patrimonio para futuras generaciones.

## **Indice**

- I.- Introducción.
- II.- La regulación del Código Civil.
- III.- Panorama de la regulación en los demás Derechos civiles españoles.
- IV.- Panorama de Derecho extranjero, especialmente Francia, Italia y Alemania, con referencias a otros Ordenamientos de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo.
- V.- Comentario final.

## I.-INTRODUCCIÓN.

La pregunta que a nuestro juicio debe plantearse al principio de un estudio actual de la sustitución fideicomisaria es la siguiente: ¿por qué un testador va a querer ordenar en su testamento una tal sustitución? O: ¿por qué un jurista va a recomendar a un testador que la ordene en su testamento? Dicho con otras palabras: ¿cuál es la función que cumple hoy, si es que cumple alguna?

El objeto de este trabajo es ayudar a dar una respuesta, suministrando información de la normativa existe en diversos Ordenamientos.

Para responder a esta pregunta no procede realizar un estudio pormenorizado de cada Derecho, que, por cierto, cuando admite esta figura jurídica llega a plantear una gran cantidad de interrogantes. Como en todo trabajo comparativo, debemos limitarnos a los puntos fundamentales de la configuración institucional de esta figura en cada Ordenamiento. Pero sobre todo, nos preguntamos qué función cumple y qué función puede cumplir. Todo ellos al objeto de dar una perspectiva de pasado y de presente que suministre elementos de juicio para decidir sobre su utilidad, mantenimiento y/o modificación.

Un adecuado suministro de elementos de juicio para decidir exigiría tomar en consideración otras figuras relacionadas con la ejecución y ordenación de las últimas voluntades en las que hay un margen para la confianza seguramente mayor que en las sustituciones fideicomisarias tal como están hoy reguladas (fiduciarios, albaceas, administradores, ejecutores, trust anglosajón, fundaciones de interés particular como las admitidas en algunos países centroeuropeos, etc.). Sin embargo, ello excede de este trabajo. De todas formas, resulta inevitable hacer alguna mención. Tampoco ocultamos que depositar la confianza en otras personas para que éstas actúen cuando el causante ya no puede reaccionar porque ya no vive no es, hoy por hoy, algo usual.

Esta figura jurídica surgió en el Derecho romano antiguo para cumplir una función. (1) Se trataba de encomendar, a alguien que ostentaba la cualidad de heredero o legatario, algo a cuyo cumplimiento no podía ser constreñido por el Derecho, por lo que adoptaban la forma de ruego, no de orden; de ahí el término *fideicommissum*. La ejecución quedaba a la buena fe del sucesor, ya fuera a título universal o particular.

Esto pudo usarse para esquivar determinados requisitos impuestos por el sistema formalista y de figuras legales cerradas que era el viejo *Ius*

Civile. No queremos decir que la figura naciera o se mantuviera sólo por esta razón. Con este ruego se utilizaba la persona del sucesor como “vía” para que determinados bienes fueran adquiridos por un tercero que no podía legalmente suceder o bien no convenía o el causante no quería que adquiriese hasta un momento determinado, o bien no se podía o no se quería usar el “corsé” de los legados. La persona del fiduciario se interponía así entre el causante y el beneficiario último y, dotada del título de heredero, quedaba investida de un poder (real, no formal) que dejaba en sus manos el cumplimiento de la voluntad del testador. Estos ruegos no requerían una forma especial, aunque a veces se reforzaban con juramentos o con cláusulas penales, y se podían hacer al final de un testamento o bien en un documento independiente, al que se da el nombre, ya que era siempre escrito, de codicilo.

Llegó un momento, en la época de Augusto, en que, al menos en la conciencia de los juristas, se consideró insuficiente la mera obligación moral que pesaba sobre el encargado de la ejecución y se admitió que el beneficiado (fideicommissarius), en los casos en que la falta a la confianza del ordenante fuera especialmente reprobable, pudiera usar el procedimiento de la *cognitio extra ordinem* –por tanto, no una *actio ex jure civile*– para obligar al fiduciario al cumplimiento del encargo

Desde la época clásica el fideicomiso que predominó (2) fue el referido a toda la herencia o cuotas de la misma, como ruego al heredero para transmitirlo a determinadas personas: unas veces a personas a quienes no se podía legalmente transmitir *mortis causa* (por ejemplo a mujeres en determinados casos, a *furiosi*, o a *latinos*), otras veces a no nacidos o aún no concebidos y también se usó para que otra persona adquiriera lo que quedare de la herencia de forma que el fiduciario pudiera disponer según el *arbitrium boni viri* (Justiniano fijó que el fideicomisario debía recibir en estos casos al menos una cuarta). Nos llama la atención el supuesto de uso de esta figura para beneficiar a *furiosi*. En cambio, el fideicomiso de familia, para conservar bienes durante cierto tiempo en una familia, atribuyéndolos a una persona de cada generación para que los transmita a la siguiente, sólo empezó a usarse de manera significativa en la época medieval.

En todo caso, en la época clásica sólo se admitió el límite de dos generaciones (los agnados que vivían a la muerte del testador y los hijos de aquéllos), que parece que Justiniano derogó (D. 31, 32, 6) si bien la *Novella 159* permitió que el fideicomiso valiese hasta el límite de la cuarta generación.

En la época del *Ius Commune*, que recogió todos los antecedentes romanos, encontramos las múltiples variantes de esta figura, como

los fideicomisos puros o de restitución, fideicomisos de sustitución (o sustitución fideicomisaria), fideicomisos de residuo, ya fuera con o sin parte de capital garantizado para el último beneficiario, e instituciones preventivas de residuo. Todo ello se admitía si el fin no era ilícito. No obstante, cuando dejaron de tener sentido las prohibiciones romanas y se reconoció análoga eficacia a legados y fideicomisos, el fideicomiso que prevaleció fue el de sustitución, o sustitución fideicomisaria, aunque ello no quiere decir que desapareciera del todo la figura del fideicomiso de entrega, con o sin plazo.

Al lado de estas figuras, aparecieron otros cargos fiduciarios. Nos referimos a lo que hoy llamamos en sentido amplio, fiducia sucesoria, provenientes de las tradiciones germánicas. Nacida en Derechos rudimentarios en los que no se conocía el testamento, evolucionaron hasta pasar a cumplir la función de ejecutar el testamento, o bien completarlo designando beneficiarios con mayor o menor amplitud, o incluso modificando el testamento o instituyendo herederos. Y por las costumbres locales y la vulgarización del Derecho, se admitió también la herencia de confianza, en la que no había designación en el testamento de beneficiarios “últimos”, sino sólo una mención de que el heredero debía actuar según instrucciones reservadas del testador. Finalmente hay que citar los albaceas particulares y universales, cargos especialmente fomentados por el Derecho canónico.

De todo este panorama podemos deducir las distintas finalidades a que se pretendía dar respuesta jurídica por los fideicomisos: eludir requisitos impuestos por el Derecho, conservar un patrimonio a favor de beneficiarios que todavía no podían adquirir (nascituri, concepturi, o a veces beneficiarios que no se quería que fueran conocidos en un primer momento, o tal vez nunca), vincular un patrimonio en beneficio de generaciones futuras, señalar el destino futuro de un patrimonio en defecto de voluntad del primer llamado, o finalmente completar la voluntad del testador o bien ejecutar ésta, en ambos casos con mayor o menor amplitud.

No creemos que una finalidad de estas figuras fuera la gestión (no la mera preservación) del caudal relicto en interés de otro/s vivo/s al fallecer el testador, salvo en el caso de uso y disfrute concedidos al cónyuge, o algún otro pariente, con facultades de ordenación sucesoria en favor de descendientes.

¿A qué finalidades dan hoy respuesta las regulaciones actuales de fideicomisos y de la sustitución fideicomisaria?

## II.- LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.

El Código Civil admitió, a diferencia de lo que ocurrió tras las revoluciones del siglo XIX en otros países europeos, la sustitución fideicomisaria. La regulación se contiene en los artículos 781 a 786 y en el 789.

### *Configuración institucional.*

Se trata principalmente, si no vamos equivocados, de conservar un patrimonio y transmitirlo a otro. El art. 781 comienza diciendo: “Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas...”. Las facultades dispositivas del fiduciario, como veremos, apenas preocuparon a los autores del Código. Las dejaron a la voluntad del testador.

Se admiten con el límite del “segundo grado” (arts. 781 y 785 CC). Por “grado” se puede entender “generación o grado de parentesco” o “llamamiento”. Ha prevalecido esta última interpretación, tanto en doctrina como en jurisprudencia. También ha prevalecido la tesis de que el número de llamamientos se cuenta excluyendo el del primer instituido. Como ha dicho Rivas Martínez, pueden ser llamados fideicomisarios “hasta dos todavía no vivientes entonces, si bien es claro que cada una debe vivir ya (o estar concebidas) al abrirse la sucesión para ella”. (3) “La nulidad de la sustitución no afecta a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria” (art. 786 CC). La norma de este oscuro art. 786 se ha interpretado en el sentido de que anula lo que exceda de los llamamientos permitidos, con base en el proyecto de 1851, que ha llevado a decir a la norma probablemente más que lo que se desprende de su pura literalidad.

En todo caso, lo que ahora importa es que la limitación temporal es una aplicación, aunque matizada, de la prohibición de vincular bienes.

No concedió posibilidad alguna al fiduciario en cuanto a la elección de fideicomisarios o distribución entre éstos del caudal. No se dice esto en ningún artículo de la regulación de las sustituciones pero no cabe ninguna duda porque el contexto normativo es el art. 670 CC (“El testamento es un acto personalísimo; no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario”), que es uno de los pilares de la ordenación sucesoria del Código, aunque ha sido algo conmovido por la reforma del art 831 CC por la Ley 18/20013, como en seguida diremos. A salvo lo que dispone actualmente este artículo,

apenas hay espacio para una fiducia sucesoria como las que sí se admiten por algunos Derechos civiles autonómicos.

La herencia o legado de confianza están prohibidos (art.785.4). Sin embargo, la jurisprudencia no ha aplicado esta norma con rigor, manteniendo la validez de actos que pueden calificarse de obras de caridad, o que han sido configurados como un ruego. En todo caso, se trata de sentencias de principios del siglo XX y de los años 50. (4)

Respecto de lo que es propiamente un fideicomiso puro, el CC no lo contempla. Creemos que esta figura es posible, pues nada hay que lo prohíba. Se le aplicarán las normas de las sustituciones fideicomisarias, salvo en lo que resulten incompatibles.

No hay regulación expresa de la cláusula sine liberis, en virtud de la cual el testador instituye a una persona y, para el caso de que ésta muera sin hijos, instituye sucesivamente a otra. Sin embargo, no hay por qué negar su admisibilidad, al amparo de la autonomía de la voluntad. Pueden verse como una sustitución fideicomisaria condicional, como mantuvo Roca Sastre. Sin embargo, el fiduciario no tiene limitada sus facultades dispositivas por ningún título. Los hijos puestos en condición no serán sustitutos fideicomisarios, pues la sustitución ha de ordenarse de forma expresa (arts. 783 y 785.1 CC).

No hay regulación de fideicomisos de residuo ni de sustituciones preventivas de residuo. Se consideran admisibles al amparo de la autonomía de la voluntad, siempre que se respete el límite institucional del segundo grado, y surge el problema de qué normativa aplicar para suplir la voluntad del causante, o haya quedado regulado de forma poco clara por éste, especialmente en lo que se refiere a facultades dispositivas o aplicación de la subrogación real.

El TS ha sido reacio a configurar la sustitución de residuo como sustitución fideicomisaria porque la regla en éstas es que el primer llamado no puede disponer, lo que dificulta acudir a la analogía legis.

El testador puede poner límites a las facultades dispositivas del fiduciario. Si no las concreta, surge la duda de si el fiduciario puede disponer a título gratuito entre vivos. Una STS de 12 febrero 2002 lo ha negado: es incongruente con la voluntad del testador de que los bienes pasen a un segundo llamado; la seriedad del llamamiento exige que el fideicomisario sea preferido a un eventual donatario.

La disposición a título mortis causa exige autorización expresa del testador (STS 2 septiembre 1987). Si se permite disponer a título mortis causa, se hace tránsito a la figura de la sustitución preventiva de residuo. Esta última no es una sustitución fideicomisaria, ni siquiera de residuo, pues se trata simplemente de evitar la sucesión intestada con respecto a bienes provenientes del primer causante. Se ha entendido (STS 6 de febrero de 2002) que no es necesario que el fiduciario, al disponer por testamento, declare que está disponiendo de los bienes provenientes del primer causante.

Si el testador no dispone lo contrario, el fideicomisario no tiene derecho a percibir una parte del caudal relicto, al igual que en el vigente Derecho catalán (no en el anterior al actual Código) y a diferencia de lo que ocurre en el Derecho mallorquín-menorquín.

#### *Posición jurídica del fiduciario.*

La regulación es mínima. Se limita a la obligación de que el fiduciario “conservar y transmitir a un tercero el todo o parte de la herencia” (art. 781) y a que “el fiduciario está obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que le correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa” (art. 783 CC).

Dado que no hay más normas, la regulación queda en manos del testador. En defecto de regulación testamentaria, hay que entender:

El fiduciario tiene derecho al uso y disfrute de los bienes de la herencia. Se plantean problemas en los casos de bienes fungibles o consumibles o el caso productos bancarios, inversiones financieras, títulos valores, etc., casos no resueltos especialmente por la Ley.

No hay obligación legal de realizar inventario ni de prestar fianza.

No tiene derecho a detraer la cuarta trebeliánica. Ello se deduce y es congruente con la regla de que no es necesaria la institución de heredero para la validez del testamento (art. 658 CC).

Tiene obligación de entregar los bienes al fideicomisario tan pronto llegue el término previsto o se cumpla la condición. No hace falta requerimiento previo del fideicomisario.

Resulta especialmente problemático:

-La actuación en relación a gastos extraordinarios de los bienes. La tesis más segura es entender que serán del fiduciario ex art. 501 CC (5), ya que el fiduciario es propietario, no un usufructuario (siquiera lo fuera con facultad de disponer).

-El pago de deudas y gastos de la herencia. Sobre esto polemizaron Roca Sastre, de una parte, y Vallet y Puig Brutau, de otra. Entendemos, con éstos últimos, que el fiduciario responde como todo heredero, es decir, ilimitadamente, salvo que haya aceptado la herencia a beneficio de inventario. Nada le impide aceptar a beneficio de inventario. Si no lo hace así, los acreedores del causante podrán dirigirse contra el patrimonio del heredero, pero éste siempre podrá detraer el importe de lo pagado del patrimonio a entregar al fideicomisario, como “gasto legítimo” (art. 783 CC). En el mismo sentido, Díez-Picazo y Gullón. (6)

Entendemos que todo fiduciario puede detraer su legítima, aunque no se diga expresamente, y cobrar las cantidades que le debía su causante.

-La posibilidad de realizar actos dispositivos.

Esta materia es crucial para la utilidad y el futuro de esta institución. Esto no obstante, apenas tiene regulación en el Código, lo que unido al principio –configurador– de conservación del patrimonio, hace que la regulación de la sustitución fideicomisaria sea hoy prácticamente letra muerta.

Como regla general, el fiduciario no puede disponer, salvo que el causante lo haya autorizado o bien se cuente con consentimiento de todos los fideicomisarios, si es que éstos pueden ser determinados. Si no es posible la determinación, no cabría, en principio, realizar actos dispositivos.

Esta regla se ha intentado matizar por vía doctrinal con esfuerzos sobresalientes, aunque no se ha conseguido hasta la fecha ninguna modificación legal. Se ha dicho que la obligación de conservar es dinámica, no estática, y se incumpliría si por no disponer se permitiera una pérdida o deterioro (7). Además, se ha dicho que el fiduciario tiene que poder disponer de bienes fideicomitados para cumplir una norma legal: pago de legítimas, legados y deudas. También para pagar gastos extraordinarios de conservación, y para vender bienes muebles que por su naturaleza no pueden conservarse sin deterioro; en estos dos casos, el producto de la enajenación quedaría sujeto al fideicomiso.

La doctrina ha discutido también si cabe por razón de utilidad o necesidad si el testador no lo prohibió y los fideicomisarios no pueden determinarse. Esto es algo a lo que las Compilaciones respondieron en sentido permisivo, seguramente teniendo en cuenta las dificultades que creaba la parca regulación del CC. González Palomino defendió la postura afirmativa en sus artículos “Enajenación de bienes usufructuados” y “Diagnóstico y tratamiento del pseudo-usufructo testamentario”, por analogía con lo dispuesto en el art. 804 CC para el administrador de la herencia bajo condición y con otros interesantes argumentos; se exigiría en todo caso autorización judicial. Díez-Picazo y Gullón sostienen que el fiduciario está legitimado para disponer, en caso de necesidad o utilidad, con autorización judicial, por analogía juris deducidas de otros supuestos del CC que permiten a quien administra un patrimonio para otro poder disponer en esas condiciones (ausente, herencia bajo condición, patria potestad) (8). Rivas Martínez ha llegado a sostener (9) que el fiduciario puede disponer para atender sus propios gastos de enfermedad, vejez u otros similares, pues son consumos que caben en lo que el art. 783 denomina “gastos legítimos”.

¿Qué pensar de todo esto? Nos parece que el *jus disponendi* del fiduciario no puede exagerarse. Este tiene que poder disponer para el cumplimiento de obligaciones legales, para gastos de conservación, incluso extraordinarios, y para vender bienes muebles perecederos. Lo que exceda de ahí, nos parece ir contra el principio configurador de la institución. Otra cosa es que la regulación se cambiara o debiera cambiarse. No obstante, admitiríamos la posibilidad de disponer por analogía juris en supuestos, apreciados con excepcionalidad, de necesidad o utilidad, pero entendidas éstas en sentido objetivo, no subjetivo, o sea, teniendo en cuenta la naturaleza del patrimonio fideicomitado, no el interés personal del fiduciario o del fideicomisario; y la exigencia de autorización judicial resulta inevitable. No se olvide que en el Código no hay norma parecida a la que hay en otros Derechos autonómicos. En todo caso, aunque se permitiera disponer con autorización judicial (¿podría darse de futuro?) el sistema no resultaría ágil para patrimonios en que una parte importante son valores mobiliarios, productos financieros, inmuebles que formen parte del circulante de la empresa, etc. La gestión ágil y adecuada a la composición del patrimonio no nos parece posible con la actual normativa ni tampoco con una futura normativa que siguiera basada en la prohibición de disponer.

### *Posición jurídica del fideicomisario.*

El Código sólo dispone que el fideicomisario tiene derecho a adquirir el todo o parte de la herencia (art. 781) y que adquiere “derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos”. (art. 784) Esta última norma ha suscitado dudas sobre su ámbito de aplicación. Prevalece la tesis de que se refiere al término y a la condición resolutoria, pero no a la condición suspensiva. Para este caso, se entiende aplicable la regla contraria que contiene el art. 759 CC.

Es doctrina jurisprudencial consolidada que los fideicomisarios heredan al causante, no al fiduciario (STS 3 de marzo 1964, 22 noviembre 1996, 29 diciembre 1997).

No se regula ningún derecho de retención en garantía del fiduciario.

No está clara la posición del fideicomisario respecto de las deudas de la herencia. Parece que, en principio, respondería como todo heredero, según aceptara o no a beneficio de inventario. Puede excepcionarse el caso de que el fideicomisario adquiriera una masa ya liquidada; en este supuesto, sólo debiera responder con los bienes recibidos.

#### En definitiva:

El CC recoge, aunque de forma fragmentaria, la regulación del Derecho histórico de las sustituciones fideicomisarias, pero prescindiendo de otras formas de fiducia e impidiendo que se utilicen aquéllas para conseguir los fines que se podrían conseguir con éstas. La “despreocupación” del Código en relación a la administración del patrimonio fideicomitado y a las facultades dispositivas del fiduciario hace pensar que la finalidad principal de la normativa es la conservación de patrimonios para futuras generaciones: vinculación de bienes, aunque limitada en el tiempo. De rebote, sirve también para aquellos casos en que, por razones sólo apreciables en cada caso concreto, el testador quiera privar, de forma radical, al fiduciario de las facultades dispositivas, ya sea como “sanción” o bien en beneficio del propio fiduciario.

El reconocimiento de unas (más o menos) limitadas facultades de disposición al fiduciario, controladas judicialmente, para los casos de necesidad o utilidad, no hace que la institución sirva para la gestión dinámica de patrimonios.

Una novedad ha aportado la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que permite que la sustitución fideicomisaria grave la legítima, incluso la estricta, en los casos en que exista un hijo o descendiente judicialmente incapacitado (nueva redacción del art. 808 CC), designando fiduciario al incapacitado y fideicomisarios a los otros legitimarios. Con ello, se amplía la posibilidad de uso de esta figura jurídica; pero ha de tratarse de personas judicialmente incapacitadas, no con facultades disminuidas “de facto”. En todo caso, la reforma no se aprovechó para dar alguna norma sobre administración dinámica y facultades dispositivas del fiduciario, lo cual era a nuestro juicio necesario. Ambas críticas hacen que la figura sigue siendo difícil de recomendar en la práctica.

Y la Ley 41/2003 también ha modificado de forma importante el art. 831, de forma que ahora el testador puede atribuir al cónyuge la facultad de mejorar a descendientes comunes, incluso con cargo al tercio libre, y adjudicar bienes concretos, quedando a salvo siempre las legítimas estrictas. Esto da solución a casos como el siguiente: testador que prevé un próximo fallecimiento cuando sus hijos son todavía menores y no puede saber cómo evolucionarán, o bien tiene hijos con un futuro matrimonial, o de pareja, incierto, que haga conveniente esperar a ver cómo evoluciona su situación personal o patrimonial. Como contrapartida, exige depositar toda la confianza en el cónyuge, si bien el art. 831 dispone que las facultades conferidas al cónyuge “cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga, o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.”

Esta norma abre posibilidades que antes no había, pero nos consta que, hasta ahora, se ha usado muy poco.

De todas formas, por escasa que sea la regulación, ésta existe. Y deja poco sitio para la “fiducia”. En realidad, no hay “fideicommissum” en el sentido etimológico de la palabra. La ejecución de la voluntad del testador que tiene que realizar el fiduciario no queda a la buena fe de éste. Está reglamentada. Se ha regulado la posición jurídica del fiduciario, en lugar de dejar manos libres a éste y regular sólo algún remedio para el caso de abuso de la confianza. Hay “lagunas” legales, pero se pueden resolver por la vía de la interpretación jurídica, principalmente acudiendo a principios generales. Donde sí hay “confianza” es en otras figuras jurídicas que el Código rechazó, como la herencia de confianza o la fiducia sucesoria, hoy admitida en pequeña medida por el art. 831.

### III. PANORAMA DE LA REGULACIÓN EN LOS DEMÁS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES.

#### Derecho catalán

En el Derecho histórico catalán las instituciones de confianza reconocidas legalmente fueron sólo las admitidas por el *Ius Commune* (romano-canónico): fideicomisos y sustituciones fideicomisarias y, en cuanto pueda calificarse de institución fiduciaria, el albaceazgo universal, que pudo haber dado lugar (quizá junto con el fideicomiso, la vulgarización del Derecho, la costumbre y algún modelo de executor de Derechos godos) a la figura del heredero o legatario de confianza.

En la Compilación de 1960 los fideicomisos fueron objeto de amplia regulación, así como el albaceazgo. Se admitió tanto el fideicomiso puro como la sustitución fideicomisaria; su regulación estaba entremezclada. También se admitió la herencia de confianza y, según la costumbre de algunas comarcas, una limitada fiducia sucesoria.

El fideicomiso puro consistía en el encargo de transmitir la totalidad o una cuota de herencia o de un legado, sin que el fiduciario pudiera hacer suyos los frutos salvo autorización del testador (art. 163). Se le podía atribuir la facultad de elegir fideicomisario “entre personas que designe (el causante) por sus nombres o circunstancias, o que formen un grupo determinado”, así como distribuir la herencia entre los fideicomisarios (art. 178, que daba una regulación meramente supletoria de lo ordenado por el causante). Tenía un plazo para efectuar la entrega (art. 205) de un año desde que fuera requerido notarial o judicialmente por el fideicomisario.

En el fideicomiso de sustitución, también era posible la elección de fideicomisarios; en tal caso, el fiduciario sí tenía derechos sobre los bienes hereditarios.

La Ley de 30 de diciembre de 1991, del Código de sucesiones, derogó la institución del fideicomiso puro, sin –por desgracia– ni siquiera justificarlo en la exposición de motivos y mantuvo sin apenas cambios la regulación de las sustituciones fideicomisarias y el albaceazgo. Amplió algo el ámbito de la fiducia sucesoria, principalmente eliminando las limitaciones por razón del territorio.

Entendemos que el fideicomiso puro no está prohibido, aunque pudiera parecer lo contrario, sino que simplemente se derogó su regulación. Ahora cabe al amparo de la autonomía de la voluntad. Esta postura no fue

compartida por todos. Nuestro compañero Valls Xufre prefirió asimilar al fiduciario al heredero de confianza, aunque reseñó la tesis contraria de Roca-Sastre Muncunill. (10)

La normativa de 1991 fue recogida por el libro IV del vigente Código Civil de Cataluña (Ley 10/2008, de 10 de julio) y, en el caso de las sustituciones fideicomisarias, es extensa (arts. 426-1 al 426-59).

### *Configuración institucional*

El principio de la regulación parece ser la conservación de los bienes en beneficio de otro. El art. 426-1 dice “En el fideicomiso, el fideicomitente dispone que el fiduciario adquiera la herencia o el legado con el gravamen de que una vez vencido el plazo o cumplida la condición, hagan tránsito al beneficiario.” No, obstante, la Ley concede al fiduciario unas ciertas facultades dispositivas, como ahora diremos.

Las sustituciones fideicomisarias tienen una limitación temporal, que se regula en el art. 426-10 de manera no del todo clara, por desgracia, ya que ésta es una cuestión de la máxima importancia. Si los fideicomisarios son personas vivas al fallecer el testador, no hay limitación en el número de sustituciones. Si se trata de personas que aún no han nacido al fallecer el testador, sólo cabe un solo llamamiento. Por excepción, en los llamados fideicomisos familiares, puede llamarse sucesivamente a personas que no pasen de la segunda generación, sin limitación en el número de llamamientos; primera generación es la de los hijos o sobrinos del fideicomitente. Como se ve, no es lo mismo que el CC, según la interpretación que ha prevalecido de éste. La vigente regulación catalana permite una menor vinculación temporal de los bienes que el CC y que la regulación catalana anterior.

La Ley catalana crea una complicación, que se podía haber evitado fácilmente, al definir lo que deba entenderse por fideicomisos familiares, pues son aquellos en que “los fideicomisarios son los descendientes, hermanos (sic) o sobrinos del fideicomitente”.

La sustitución fideicomisaria puede imponerse de forma tácita o expresa (art. 426-13), pero “tácita” es cuando la voluntad de ordenarlo se infiere claramente del contenido de la disposición.

Estas cuestiones podrían ser objeto de un interesante comentario, que por el objeto de este trabajo no podemos realizar aquí.

La elección de fideicomisarios por el fiduciario es posible (art. 426-11) entre personas que el causante “designa por sus nombres o circunstancias, o que forman un grupo determinado”. Igualmente el fiduciario puede recibir la facultad de distribuir la herencia entre los fideicomisarios.

El Derecho catalán admite la fiducia sucesoria en los términos de los artículos 424-1 a 424-10, de manera que el cónyuge puede instituir heredero/s a descendientes comunes y también puede instituirlos en las partes iguales o desiguales que dicho cónyuge estime conveniente; y determinados parientes pueden designar heredero/s a determinados descendientes del testador.

También la herencia y el legado de confianza ordenados de forma expresa (artículos 424-11 a 424-15).

El fideicomiso puro tampoco tiene regulación en el vigente Código, pero entendemos que sigue siendo posible, al amparo de la autonomía de la voluntad. Nos parece que Garrido Melero es de esta misma opinión. (12)

La cláusula “sine liberis” se regula, curiosamente, en la sección relativa a interpretación de los fideicomisos (art. 426-17). La norma se limita a decir que los hijos “no se consideran fideicomisarios si no son llamados expresamente como tales o como sustitutos vulgares en fideicomiso, salvo que la voluntad del fideicomitente sea otra”.

El fideicomiso de residuo tiene una sección propia en el capítulo de los fideicomisos en el vigente Código Civil de Cataluña (arts. 426-51 a 426-58).

En la definición del 426-51 cabe ahora, según ordene el testador, tanto lo que doctrinalmente se ha llamado de eo quod supererit y si aliquid supererit, pero plantea un problema de difícil delimitación con la sustitución fideicomisaria “ordinaria” a que se refiere el art. 426-37, en la que el fiduciario haya quedado autorizado por el testador para “enajenar y gravar todos o algunos de los bienes fideicomitados, libres del fideicomiso, por actos entre vivos”. Podía haberse regulado todo de manera más realista, dejando de lado conceptos elaborados doctrinalmente.

Con todo acierto, el art. 426-53 dispone que la facultad de disponer a título gratuito tiene que realizarse de forma expresa y que se entiende que se atribuye para hacerlo sólo por actos entre vivos. De esta forma, si el fiduciario tiene facultad de disposición mortis causa, se hace tránsito a otra figura (la sustitución preventiva de residuo).

Resulta mucho más discutible la subrogación real que impone el artículo 426-56 con carácter general. Afortunadamente, esta regla cede ante una voluntad contraria del causante.

No se contempla ya, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho anterior (hasta el Código de sucesiones de 1991, inclusive) y de lo que ocurre en el Derecho mallorquín-menorquín (aunque en éste se regula con falta de rigor en cuanto a su ámbito de aplicación) y aunque ello se recogía por el Derecho histórico que trae causa de la Compilación de Justiniano, la facultad del fideicomisario de percibir una cuarta parte del caudal sujeto al fideicomiso en los casos “de eo quod supererit” (la cuarta inversa).

La sustitución preventiva de residuo tiene una regulación propia en el art. 426-59, que se limita a su definición legal y a algunas precisiones técnicas, como que los sustitutos preventivos son sucesores del testador.

### *Posición jurídica del fiduciario*

El Código contiene una extensa regulación.

Se impone la obligación de realizar inventario (art. 426-20) y prestar garantía (art. 426-21).

Tiene derecho a detraer la Cuarta trebeliánica, salvo que el testador lo haya prohibido. Esto es congruente con la esencialidad de la institución de heredero para la validez del testamento y está en la misma línea que otras disposiciones (por ejemplo, la Falcidia) tendentes a estimular que el heredero acepte la herencia.

En materia de gastos extraordinarios se dispone que los debe satisfacer el fiduciario pero a cargo del fideicomiso (art. 426-8.3).

En relación a las deudas del causante y de la herencia, si el fiduciario ha realizado inventario en tiempo y forma, responde como un heredero a beneficio de inventario (art. 426-25). En otro caso, quedará responsable con su propio patrimonio, “aunque siempre podrá intentar (sólo intentar) resarcirse en el momento de la entrega del fideicomiso”, en palabras de nuestro compañero Garrido Melero (11). Quizá sí pueda, aunque ahora no podemos profundizar en esta cuestión, al amparo del art. 426-47.1.c (“reembolso de las cantidades que el fiduciario haya satisfecho a su cargo por razón de deudas y cargas hereditarias...”).

Las facultades dispositivas se regulan en una sección propia. Su contenido es bastante interesante. Cabe enajenar los bienes fideicomitidos en los casos en que lo permita la Ley, que son los supuestos que expresamente se enumeran en el art. 426-38, o lo autorice el fideicomitente o los fideicomisarios. Como regla, rige la subrogación real. Además, en los casos del art. 426-39 el fiduciario puede enajenar bienes bajo su propia responsabilidad: muebles que no puedan conservarse, cumplimiento de obligaciones del fideicomitente, parcelaciones, reparcelaciones, concentración parcelaria y convenios expropiación forzosa. También puede enajenar en todos los fideicomisos condicionales, pero la eficacia de tales actos se supedita a la efectividad del fideicomiso, aunque al disponer se haya silenciado el gravamen. Y también puede enajenar bienes con autorización judicial para reemplazarlos por otros, que quedarán subrogados, a fin de obtener más rendimiento o utilidad, términos éstos que deberán ser interpretados por el Juez a la vista del caso concreto, lo que puede llevar a un cierto arbitrio (¿hay más “rendimiento” si se vende una casa por un precio altísimo?).

El abuso por el fideicomisario puede ser castigado en los términos del art. 426-50. Una vez adquirido el fideicomiso, el fideicomisario puede impugnar por ineficaces todos los actos de enajenación y gravamen que el fiduciario haya hecho en fraude o perjuicio de la herencia o el legado fideicomitado. Este artículo sorprende un poco por cuanto existe en un contexto de regulación detallista de la posición jurídica del fiduciario y del fideicomisario y de las facultades dispositivas del primero.

En todo caso, el esquema de la regulación es: una regla general prohibitiva de disponer, y al lado, una serie de autorizaciones. No al contrario. Y algo más importante: la normativa no está pensando en la gestión dinámica de un patrimonio, que exija enajenar, realizar y deshacer inversiones financieras, etc. Al revés, se impone un control judicial, lento y farragoso. Si el testador pretende una gestión dinámica, la sustitución fideicomisaria, tal como está regulada, no es una figura jurídica adecuada. Es cierto que el testador puede conceder este poder al fiduciario, pero si lo hace, nos parece que la institución que comentamos queda muy desnaturalizada. Sería más un fideicomiso de residuo. Pero usar esto tampoco es exactamente lo que ese causante quiere (gestión de un patrimonio en beneficio de otro, que no quiere o no puede gestionar).

### *Posición jurídica del fideicomisario*

Se regula también ampliamente en los artículos 426-44 a 426-50.

Hay facultad de retención en favor del fiduciario (art. 426-48). En cuanto a responsabilidad por deudas, el fideicomisario responde sólo con los bienes que recibe (art. 426-46).

Nos limitamos a añadir que los fideicomisarios heredan al fideicomitente, no al fiduciario (art. 426.1).

#### En definitiva:

En la evolución normativa no ha habido modificaciones esenciales. Se ha derogado la normativa sobre fideicomisos puros, pero se ha mantenido la sustitución fideicomisaria incluso con posibilidad de elección de fideicomisarios por el fiduciario, si bien dentro de ciertos límites.

Si comparamos el Derecho catalán con el CC observamos que el primero da solución a muchas cuestiones técnicas que la regulación del CC no trata. Es especialmente interesante la normativa sobre administración y disposición, aunque se mantiene dentro del esquema “conservacionista”, si bien algo menos que el CC.

La utilidad de la regulación la consideramos básicamente la misma que la del CC: conservación de patrimonios para futuras generaciones (vinculación de bienes, aunque limitadas en el tiempo) y para aquellos casos en que se quiera privar al fiduciario de las facultades dispositivas. No creemos que la figura responda principalmente a la gestión de un patrimonio en interés de un tercero, aunque la regulación permite más fácilmente que el CC que se use esta figura para este fin. Para ello sería quizá mejor acudir al albaceazgo universal, en cuyo estudio no podemos ahora entrar.

Dado que en el Derecho catalán la legítima es un derecho de crédito, no hay inconveniente que la totalidad del caudal quede sujeto al fideicomiso, con lo cual no hace falta una norma como la del art. 808 CC en la redacción que le dio la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

### **Derecho navarro**

El Derecho navarro contiene una amplia regulación de instituciones de confianza. La fiducia se admite sin limitaciones subjetivas, aunque desde

el punto de vista objetivo es algo menos extensa que la aragonesa y en todo caso tiene que ejercerse dentro de los límites de la delegación (límites que ésta deberá señalar). La herencia de confianza, en cambio, admite más posibilidades de configuración que ningún otro Derecho español, siendo posible una “fiducia continuada” ilimitada en los términos de la ley 293; una auténtica fundación de interés privado (o trust navarro, si se quiere), aunque se la llame con otro nombre. En el fideicomiso se permite la elección de fideicomisarios, pero dentro de los límites fijados por el causante. El albaceazgo tiene, en cambio, una breve regulación y no es muy usado.

Las leyes 224 a 239 regulan las sustituciones fideicomisarias, no el fideicomiso puro, aunque creemos que este es posible en cuanto respete los (escasos) límites de Derecho necesario impuestos por las leyes reguladoras de los fideicomisos.

La primera de las leyes citadas dice que el disponente puede ordenar que se transmitan a uno o sucesivos fideicomisarios, en el tiempo y forma que señale, los bienes que de él haya recibido el fiduciario. Este último tiene todos los derechos que corresponden al propietario, pero habrá de restituir al fideicomisario los bienes y sus subrogados. Tiene facultades de disposición si el disponente lo autorizó, o bien si no lo prohibió, pero en este caso con el consentimiento de los fideicomisarios y eventualmente del Juez “que la concederá sólo en casos de necesidad o utilidad evidente”. También puede sustituir por sí sólo los bienes consumibles y los que se deterioren o gasten por el uso. No existe en el Derecho navarro la cuarta trebeliánica, que no tendría sentido ya que tampoco es esencial la institución de heredero para la validez del testamento, ni la cuarta inversa para el caso de sustitución de residuo.

El límite cuando se dispone a favor de personas que no vivan al fallecer el testador se fijó en el “cuarto llamamiento”, lo que convierte al Derecho navarro en el derecho español que permite una mayor vinculación temporal de bienes. “En lo que excedan de ese límite, se entenderán no hechas”, norma ésta que se dio, como ocurrió en muchos casos al redactar las Compilaciones, a la vista de las dudas interpretativas que generó el artículo 786 CC.

La ley 236 permite que el disponente pueda autorizar al fiduciario a elegir fideicomisarios entre los señalados por aquél y determinar la distribución de los bienes igual y desigualmente. La elección puede hacerse en testamento (y en tal caso será revocable) o por contrato sucesorio o acto entre vivos, en cuyos casos será irrevocable. Si el fiduciario no elige, heredan todos los fideicomisarios por partes iguales y si no se hubieran designado nominativamente, pueden determinarse por acta notarial.

Se contempla la cláusula sine liberis en la ley 230, que dispone que no estarán llamados a adquirir los bienes sino cuando expresamente así se establezca.

El fideicomiso de residuo y la sustitución preventiva de residuo no se regulan expresamente, pero hay que entenderlos admisibles por el ámbito reconocido a la autonomía de la voluntad.

### En definitiva

Esta regulación proviene de la primera redacción de la Compilación (Ley 1 de marzo de 1973) y se mantuvo en la reforma introducida por la de 1 de abril de 1987. El único cambio respecto de lo antes reseñado es que la designación de fiduciario-comisario (sólo en este caso) a favor del cónyuge viudo quedará sin efecto por sentencia firme de nulidad, separación o divorcio.

La legítima navarra es puramente formal, por lo que no hace falta una norma como la del 808 CC.

En el Derecho navarro hay muchas posibilidades de intervención de terceros en la sucesión de una persona, lo que lo hace especialmente adecuado para la gestión de patrimonios en interés de tercero/s, a diferencia de lo que ocurre en los otros Derechos civiles españoles. Ello, a costa, claro está, del principio del art. 670 CC. La regulación de la sustitución fideicomisaria, no obstante, sigue el esquema “conservacionista” del patrimonio.

### **Aragón**

No se regula en el Derecho aragonés la herencia de confianza ni tampoco los fideicomisos ni sustituciones fideicomisarias. Se aplica el Código Civil.

Sí hay una regulación interesante de la fiducia sucesoria, que es amplísima, seguramente la más amplia de todos los Derechos españoles, con posible ordenación de toda la sucesión y no limitada a la familia; pero ello no es objeto de este trabajo.

### **Territorios del País Vasco**

No hay regulación de fideicomiso, sustituciones fideicomisarias ni herencia de confianza en ninguno de los territorios del País Vasco, por lo que en estas materias se aplican las reglas del Código Civil. Sí se regula la fiducia

sucesoria, que es amplísima en el Derecho Vizcaya, y limitada al caserío en el de Guipúzcoa.

### **Galicia**

La Ley 2/2006, de 14 de junio ha regulado ampliamente las sucesiones mortis causa y dedica sus artículos 196 a 208 al testamento por comisario. Pero no hay regulación de otras formas de fiducia, ni fideicomisos ni sustituciones fideicomisarias, por lo que respecto de estas materias se aplica el Código Civil.

### **Nota final al apartado III**

Como se ve, en materia de fideicomisos se aplica un mismo Derecho en casi todos los territorios. Las diferencias se dan en los Derechos catalán y navarro porque, dejando de lado diferencias técnicas de regulación, conceden al fiduciario, al menos expresamente, más facultades dispositivas y permiten que el fiduciario elija fideicomisarios, aunque es raro que se conceda esta facultad en la práctica.

La evolución legislativa de las últimas décadas no ha cambiado ni la configuración institucional ni la regulación básica de los fideicomisos. Tampoco la de la herencia de confianza, salvo ligeros retoques allí donde ya se admitía. En cambio ha ampliado la extensión de las fiducias sucesorias (2003 el CC; 1995 y 2006 Galicia; 1992 el País Vasco; 1999, Aragón y Cataluña) o al menos la ha mantenido e intentado mejorar (1973 y 1987, Navarra; 1990, Baleares).

## **IV.- PANORAMA DE DERECHO EXTRANJERO.**

### **Derecho francés (13)**

El fideicomiso era una de las instituciones civiles más discutidas en la política jurídica de principios del XIX. Se había usado para mantener indivisos los grandes patrimonios familiares y en general se defendían por quienes querían mantener la estructura social del Ancien Régime. Por eso mismo fue combatida por los revolucionarios, que propugnaban una división siempre repetida de las herencias para impedir el mantenimiento de los grandes patrimonios y promover la igualdad de hecho (lo que iba en la línea de las legítimas materiales individuales y la colación entre coherederos); además las vinculaciones se estimaban contrarias a la libertad del tráfico

jurídico-económico. Durante el S. XIX se sucedieron las prohibiciones y restauraciones del fideicomiso en el CC.

El CC, en redacción que viene de la 2ª República, contenía una regla prohibitiva de los fideicomisos en su art. 896: “Las sustituciones están prohibidas. Toda disposición por la cual el donatario, el heredero instituido o el legatario es encargado de conservar y restituir a un tercero será nula, incluso respecto del propio donatario, del heredero instituido o del legatario.” No obstante, el art. 898 admitía (y sigue admitiendo hoy) la sustitución en los casos en que el donatario, heredero o legatario no podía adquirir; es lo que llamaríamos sustitución vulgar, que el art. 898 dice que “no será considerada sustitución”.

Como se ve, se refería tanto a disposiciones a título universal como sobre bienes singulares. Se trataba de una nulidad de orden público, insanable, ni aun por declaración del tercero beneficiario (fideicomisario) eximiendo al gravado de la obligación de conservar y restituir. Se basaba principalmente en el inconveniente económico de colocar bienes fuera del comercio y crear situaciones de manos muertas. Entraña por tanto (y sólo) la nulidad de la cláusula relativa a los bienes a que se refiere (SCC 27 junio 1894, 6 junio 1961) salvo que la cláusula de sustitución forme con el conjunto de las disposiciones testamentarias un todo inescindible (SCC 6 junio 1961). La jurisprudencia entendió que el simple ruego o recomendación expresada por el testador a su sucesor para que dispusiera en beneficio de un tercero de bienes heredados no es una sustitución prohibida. También había admitido, aunque esto resulta un poco sorprendente, la validez de la cláusula de residuo (SCC 31 enero 1995) pues el primer instituido conserva sus facultades dispositivas.

Sólo se exceptuaban determinadas disposiciones entre padres e hijos y entre hermanos, reguladas en los antiguos artículos 1048 a 1074: los padres podían imponer la sustitución en los bienes dados a sus hijos por actos entre vivos o por testamento con la carga de transmitirlos a los hijos de éstos (nacidos o nacerlos) pero sólo del primer grado y sin poder establecer ningún distinción ni preferencia entres éstos por razón de edad o sexo. Y lo mismo podía hacerse en los bienes dados por dichos títulos a los hermanos del disponente.

La gran reforma del Derecho de sucesiones operada por la Ley de 23 de junio de 2006 (en vigor desde el 1 de enero de 2007) dio nueva redacción a este artículo 896, que ahora dice: “La disposición por la cual una persona queda encargada de conservar y restituir a un tercero sólo produce efecto en los casos en que está autorizada por la Ley.” Esto en sí mismo no significa demasiado,

pero se ha dado nueva redacción a todo el capítulo que antes llevaba por título “disposiciones permitidas a favor de nietos del donante o testador o de los hijos de sus hermanos o hermanas” (arts. 1048 a 1061) y ahora “De las liberalidades sucesivas y de residuo”. Las palabras “liberalidades sucesivas” es el equivalente a sustitución fideicomisaria, expresión ésta que no se ha querido usar.

El nuevo Derecho (arts. 1048 a 1056) permite expresamente que el donatario o sucesor testamentario quede sujeto a la conservación de los bienes y tenga que transmitirlos, a su muerte, a un segundo beneficiado designado por el primer disponente en el mismo acto. Reciben el nombre de “libéralités graduées”. No puede haber ulteriores designados, pero si los hay, la cláusula –a diferencia del Derecho anterior a 2006- no es nula, sino que es válida en cuanto a la sustitución del primer grado. El primer beneficiario, a salvo estas obligaciones, tiene la condición de propietario y el segundo beneficiario sólo tiene un derecho eventual, aunque algunos hablan de propiedad sujeta a condición. El segundo beneficiado no tiene por qué tener vínculo familiar con el causante. Los bienes objeto de la liberalidad (se evita cuidadosamente la palabra “fideicomiso”) tienen que ser identificables en el momento de la primer transmisión y tienen que subsistir in natura en el momento de fallecimiento del primer adquirente. Sin embargo, cuando se trata de valores mobiliarios, se pueden enajenar y se produce una subrogación real. En caso de inmuebles, el gravamen está sujeto a publicidad registral.

Y también se permite expresamente, en las liberalidades entre vivos y por testamento, que una persona pueda adquirir el residuo tras la muerte del primer beneficiado, que no limita las facultades de disposición de aquél por actos a título oneroso entre vivos, pero que le impide disponer por testamento, si bien el disponente puede ordenar que tampoco pueda disponer por actos entre vivos a título gratuito. No obstante, el primer adquirente que sea legitimario puede disponer entre vivos o por causa de muerte de los bienes que haya recibido como anticipo de herencia. Han recibido el nombre de “libéralités résiduelles” (arts. 1057 a 1061).

En cualquier caso, no hay posibilidad legal de encomendar al fiduciario la designación de beneficiarios.

El Derecho francés no admite la herencia o legado de confianza, ni la fiducia sucesoria.

Nos parece que no se considera admisible una sustitución preventiva de residuo, aunque reconocemos que la cuestión es discutible.

La reforma de 2006 no permitió delegar en un tercero la designación de beneficiario ni ningún otro aspecto de la sucesión. Además obsérvese que en las liberalidades sucesivas la restitución al “fideicomisario” sólo puede producirse por muerte del primer llamado, por lo que difícilmente cabría usar esta figura para las finalidades que se pretenden conseguir con una herencia de confianza o una fiducia sucesoria, especialmente en este último caso si el primer llamado no ha de tener derechos sobre los bienes relictos.

La regulación de las liberalidades sucesivas, en nuestra opinión, tiene como principal finalidad, permitir que el causante fije un destino de los bienes más allá de la siguiente generación. No es una regulación pensada para proteger a menores o incapacitados, ni para que un tercero gestione un patrimonio en interés de los sucesores del causante, aunque permite una gestión dinámica del patrimonio. Sin embargo, el Derecho francés, al que sigue sin gustarle la vinculación de bienes, tiene para esto otras figuras jurídicas.

La Ley de 23 de junio de 2006 dio nueva redacción a toda la regulación sobre el ejecutor testamentario, aunque los cambios no son significativos y han consistido principalmente en darle más facultades. El testador puede nombrar uno o varios ejecutores testamentarios para supervisar o realizar la ejecución de su última voluntad. El testador fija libremente su manera de actuar. Si no hay herederos forzosos, pero sólo en este caso, el causante puede configurar el cargo como un auténtico albacea universal, incluso para la conversión dineraria de todo el patrimonio relicto.

Una novedad de la reforma de 2006 ha sido la figura del mandato post mortem, antes desconocida legalmente, regulado ahora en el art. 812 CC, aunque es menos de lo que parece, pues el nombre podría dar a entender que nos encontramos ante un auténtico poder testatorio. Es un administrador de la parte que corresponde a uno o varios herederos, sin perjuicio de las facultades, en su caso, del ejecutor testamentario, ya que pueden darse ambos cargos a la vez, pues tienen distintas funciones.

Su función es administrar y gestionar, sin perjuicio de las facultades confiadas al ejecutor testamentario, todo o parte de la sucesión por cuenta e interés de uno o varios herederos identificados. No despliega su eficacia en vida del mandante. El mandato sólo es válido, sin embargo, si está justificado por un interés serio y legítimo en relación a la persona del heredero o al patrimonio hereditario, y ello tiene que motivarse con precisión. Ha sido especialmente concebido para resolver las dificultades de gestión en los casos de sucesión de empresas o patrimonios complejos, especialmente si hay discapacitados, menores de edad o personas sin aptitud para dirigir tales

negocios o patrimonios. Despliega sus efectos incluso sobre la legítima y priva siempre al heredero de realizar por sí los actos objeto del mandato (14); no son objeto del mandato los actos dispositivos. Se discute doctrinalmente si el mandante puede conferir al mandatario poderes de disposición (de la tramitación legislativa parece que los actos de disposición necesitaban autorización judicial).

Su actuación se rige por las normas del contrato de mandato (entre vivos) que no resulten incompatibles con las del mandato post mortem.

Tras la gran reforma de 2006 no ha habido modificaciones legales en estas materias ni hay a la vista ninguna.

### En definitiva:

En el Derecho francés se ha vuelto atrás en relación a la prohibición revolucionaria de las sustituciones fideicomisarias. En algunos debates doctrinales y políticos se ha llegado a decir que esto ha sido un avance de los derechos del propietario frente al orden público sucesorio, en detrimento incluso de personas vulnerables. Creemos que esta afirmación es un poco excesiva, pero sirve para la reflexión. Si fuera completamente verdad, la reforma de 2006 sería un poco incoherente, pues la regulación del ejecutor testamentario y del mandato post-mortem son útiles para la gestión de patrimonios titularidad de menores e incapacitados o de patrimonios que exigen una gestión dinámica empresarial.

### **Derecho italiano**

La sustitución fideicomisaria apenas se admite. En el S. XIX el debate llevó a vaivenes legislativos en los distintos Estados italianos similares a los ocurridos en Francia y fueron definitivamente suprimidas en el Código de 1865.

El Código vigente, de 1942, ha mantenido la prohibición, pero ha admitido una excepción, introducida por la Ley de 19 de mayo de 1975 (la misma Ley que introdujo el régimen económico matrimonial de gananciales). Se trata del art. 692, que permite que un ascendiente o el cónyuge de un incapacitado puedan instituir a dicho descendiente o cónyuge (respectivamente) con obligación de conservar y restituir a su muerte los bienes a favor de la persona o los entes que, bajo la vigilancia del tutor, han cuidado del propio incapacitado. También se permite la sustitución respecto del menor de edad aunque no haya sido incapacitado si se prevé que la incapacitación tendrá

lugar. La sustitución queda sin efecto si se deniega la incapacitación o no se inicia el procedimiento de incapacitación en un plazo de dos años desde que el menor ha alcanzado la mayor edad. También queda sin efecto la sustitución si se declara el final de la incapacitación, y en caso de fallecimiento de la persona física o disolución de la persona jurídica encargada de la guarda del incapacitado antes del fallecimiento de éste último.

Con razón se ha hablado de fideicomiso asistencial. Al instituido se le aplican, en cuanto sea posible, las normas del usufructuario. El inciso final de este artículo dice tajantemente que “en cualquier otro caso la sustitución es nula”.

Incluso se niega eficacia al usufructo sucesivo: el art. 698 dice que sólo tiene valor a favor de las personas que en el momento de la muerte del testador han sido primeramente llamadas. Una excepción hay en el art. 699, que permite la disposición testamentaria que tiene por objeto el pago periódico, ya sea perpetuo o temporal, de sumas determinadas como premio de nupcialidad, de natalidad, ayudas para la preparación de una profesión o arte, obras asistenciales o para otros fines de utilidad pública, a favor de personas a escoger dentro de una determinada categoría o entre los descendientes de una determinada familia. Estas anualidades pueden rescatarse.

Por su parte, el art. 697 dispone que estas normas son también aplicables a los legados.

En materia de donaciones, el art. 795 dispone, siguiendo la misma tesis prohibitiva, que “En las donaciones no están permitidas las sustituciones salvo en los casos y con los límites establecidos para los actos de última voluntad.” Sin embargo, añade que “la nulidad de la sustitución no implica nulidad de la donación”.

El Derecho italiano contiene una regla contraria al heredero o legatario aparente (art. 627 CC).

También hay una regla contraria a la delegación sucesoria en los arts. 631 y 632, aunque en donaciones entre vivos sí se permite un mayor margen a la actuación de un tercero.

Toda la normativa comentada proviene de la redacción inicial del Código (16 de marzo de 1942) sin que hasta la fecha se hayan modificado. Tampoco consta ningún proyecto de modificación.

En definitiva, el Derecho italiano prohibió completamente las sustituciones fideicomisarias, pero las ha permitido para una única finalidad: la asistencial a determinadas personas. Obsérvese que se ha hecho, para estos casos, una cosa parecida a lo que ha hecho la Ley española de 18 de noviembre de 2003.

## **Derecho alemán**

En el Derecho germánico medieval no se conocía la institución del testamento, por lo que no se dio la ocasión de tener que reaccionar contra instituciones-límite a la autonomía de la voluntad. No obstante apareció una figura jurídica como reacción frente a la transmisión automática de los bienes del difunto a la familia conforme a criterios prefijados. Se trata del Salmann, que era una persona de confianza del difunto, a quien éste dejaba en confianza sus bienes para que los entregara en un acto público, tras la muerte de éste, a las personas designadas por el propio difunto. En todo caso, esta figura sólo puede ser considerada un antecedente remoto del actual ejecutor testamentario regulado por el BGB, pues el grado de confianza objeto de posible delegación admitido por el Código es mucho menor.

Se ha dicho (Hans Brox) que el BGB, en vigor desde el 1 de enero de 1900, no introdujo grandes reformas en el Derecho sucesorio anterior (15). El testamento se considera un acto personalísimo, si bien hay un cierto margen a la actuación de terceros en todo lo que pueda entenderse que no implica un suplantación de la voluntad del causante. Aparte de esto, las únicas excepciones las encontramos en materia de legados y en la figura del ejecutor testamentario. La regulación que comentamos no nos consta que haya sido modificada desde la entrada en vigor del BGB.

El testador no puede encomendar a otro la formulación de su última voluntad, sino que tiene que hacerlo personalmente, incluido en los legados. Esta regla data de la primera redacción del BGB y se ha mantenido invariada.

Una reciente Ley de modificación del Derecho de tutela y curatela, de 29 de junio de 2011, que también contempla lo que aquí llamaríamos “voluntades anticipadas” o “instrucciones previas” (arts. 1903 y siguientes) no ha permitido en absoluto, como tampoco se permitía antes, la actuación del representante en disposiciones por causa de muerte.

Por otro lado, los fideicomisos y las sustituciones fideicomisarias también sufrieron las consecuencias del liberalismo decimonónico y fueron reguladas por el BGB con cierta prevención, si bien, a diferencia de lo ocurrido en

Francia no se llegó a la prohibición. Los parágrafos 2100 a 2146 BGB aceptan y regulan la figura del heredero sucesivo (Nacherbe), que es una sustitución fideicomisaria pero en la que sólo se admite un llamamiento. Si el acontecimiento o el momento en que la sucesión sucesiva debe abrirse no han sido determinados por el causante se entiende que la herencia sucesiva se defiere al morir el primer heredero.

La institución de heredero sucesivo es ineficaz si pasan 30 años desde la muerte del causante, salvo que el hecho que determine la sucesión sucesiva se refiera a una persona que viva al morir el primer causante, o que un hermano del primer heredero esté designado como heredero sucesivo.

El primer heredero no puede disponer, como regla general, pero tampoco ha de soportar cargas extraordinarias en los bienes. No obstante, el causante puede instituir heredero sucesivo sólo en lo que quede de la herencia (parágrafo 2137) o autorizar al primer heredero a disponer libremente. No existe la figura de la cuarta inversa a favor del heredero sucesivo. Como hemos dicho antes, el primer llamado no puede elegir fideicomisarios.

No se regula en el BGB el llamado fideicomiso puro (del Derecho Romano) si bien la función de éste creemos que puede ser cumplida por el ejecutor testamentario.

La figura del ejecutor testamentario se regula en los parágrafos 2197 y ss BGB de una manera bastante detallada.

Lo designa el causante para ejecutar en general su última voluntad o bien para encomendarle tareas particulares. Puede nombrarse en contrato sucesorio, pero no como pacto vinculante para el ordenante. También puede nombrarse en testamento mancomunado, pero nunca será considerado como disposición respectiva. Puede nombrarse bajo condición o a término. Y el parágrafo 2198 dispone que el causante puede encomendar a un tercero la designación. El tercero pierde este derecho si transcurre el plazo que le haya fijado el Tribunal de herencias (Nachlassgericht) a petición de cualquier interesado. También puede nombrarlo el propio tribunal de testamentarías si el testador así lo ha pedido en el testamento, pero oyendo antes a los interesados.

El ejercicio no es personalísimo, pues el parágrafo 2199 permite que el ejecutor testamentario designe sustitutos así como uno o más co-ejecutores.

El causante puede autorizar al ejecutor a designar un sucesor (2199).

Ejecutor puede ser tanto una o varias personas físicas como jurídicas. Puede ser uno de los coherederos, según ha admitido la jurisprudencia (pues como ejecutor tiene facultades que no le corresponden como coheredero) pero no el heredero único, pues el cargo de ejecutor implica limitaciones para los herederos, aunque el heredero único sí puede ser co-ejecutor, pues en tal caso el cargo se ejerce mancomunadamente). También puede nombrarse un ejecutor para el legatario o para los herederos sucesivos, de forma que administre y haga entrega del legado o ejecute los derechos del heredero sucesivo y cumpla sus obligaciones; en este caso, su actuación no incide en la actuación de los herederos primeramente llamados.

Su función, a falta de mayores especificaciones del testador, es conseguir que se lleven a efecto las disposiciones del causante. Si hay varios herederos, tiene la obligación de realizar la partición, oyendo antes a los herederos sobre su plan de partición. También tiene la obligación de administrar el caudal relicto; puede tomar posesión del mismo y tiene facultades de disposición ilimitadas, salvo por título gratuito, en cuyo caso sólo puede realizar actos dispositivos que respondan a un deber moral o a una medida obligada por el decoro. La administración y posesión de los bienes está sustraída a los herederos. Incluso sólo corresponde al ejecutor hacer valer judicialmente los derechos que resulten del caudal. Los herederos tampoco pueden realizar actos dispositivos sobre los bienes que administra el ejecutor. La limitación principal de esta figura es que no puede contraer obligaciones, salvo las que sean necesarias para la ordenada administración del caudal; en ningún caso pueden quedar obligados los herederos.

En materia de plazos, la regulación difiere básicamente de la los otros Derechos extranjeros vistos. La administración puede conferirse al ejecutor por plazo que no exceda de 30 años desde la muerte del causante. No obstante, el parágrafo 2210 permite que el plazo dure toda la vida del heredero o del propio ejecutor o hasta la producción de un acontecimiento en la persona de uno u otro. El ejecutor tiene obligación de entregar a los herederos los bienes relictos que manifiestamente no necesite para el cumplimiento de sus funciones.

Es una especie de figura tutelar de los herederos, que les priva de la administración y disposición del patrimonio. Es algo que claramente se quiso evitar en Francia y en Italia y que aproxima esta figura a la vinculación fideicomisaria (de ahí el límite temporal de 30 años). Puede ser de utilidad especialmente en el caso de grandes patrimonios o en el de empresas, especialmente si han de ser administradas durante un cierto tiempo. Con esta figura el testador puede evitar la actuación de un sucesor poco capacitado,

o la sujeción del patrimonio al régimen legal de la tutela, o determinadas actuaciones judiciales que se darían en casos de existencia de menores o incapacitados.

El problema de la limitación del ejecutor para contraer obligaciones se puede eliminar con el consentimiento de todos los herederos. El causante puede también imponer esto como una carga a los herederos o bien como una condición para heredar. También se ha propuesto ver el caso como un patrimonio separado administrado por el ejecutor con exclusión de los herederos, pero de forma que los herederos sólo responden con los bienes integrantes de ese patrimonio.

En nuestra opinión, el ejecutor presenta algunos rasgos comunes con los fiduciarios de algunos Derecho civiles españoles, especialmente con el aragonés.

La figura del ejecutor no debe confundirse con la del curador o administrador del caudal hereditario (Nachlasspfleger) regulada en el párrafo 1960, que es sólo un mero administrador provisional nombrado por el Tribunal de herencias hasta que los herederos se hagan cargo de los bienes hereditarios.

En definitiva, el Derecho alemán ha sido un poco más permisivo que el francés y el italiano. No admite figuras que puedan ser calificadas como herencia o legado de confianza. Sí admite el fideicomiso de sustitución, pero sólo con un llamamiento, aunque el fiduciario no puede elegir fideicomisarios. No admite en principio la delegación sucesoria, pero por vía doctrinal y jurisprudencial se aceptan sin mayores problemas algunos casos de actuación de un tercero para “aplicar” criterios del testador que en el sistema del CC español se entenderían prohibidos por excesivos. La figura del ejecutor testamentario, en cambio, como hemos visto excede del albaceazgo francés o italiano, por lo extenso de sus facultades y porque puede prolongarse en el tiempo.

### **Breve referencia a otros Derechos**

#### Derecho de Inglaterra y Gales (Common Law)

Como sabemos, el Common Law no conoció la figura del heres romano. A la muerte de una persona no se produce una transmisión de la propiedad de sus bienes a unos herederos. Por el contrario, se traspasan de forma temporal los bienes y los derechos sobre los bienes, pero como un patrimonio

separado, a una o varias personas que tienen encomendada la administración y liquidación del patrimonio relicto hasta la entrega del remanente a los beneficiarios finales. Esta persona es nombrada por el causante en su testamento o, en defecto de testamento, o si en éste no se nombró, se nombra por el Juez. Puede ser una persona jurídica y puede ser también uno o varios de los beneficiarios últimos.

El executor o el administrador judicialmente nombrado se convierte en el titular legal de los bienes del fallecido, que tras la liquidación, que puede durar escaso tiempo o muchos años, entrega a los beneficiarios. Sólo pueden ejercer sus funciones cuando han sido correctamente nombrados: el primero por un grant of probate y el segundo por las letters of administration, ambos documentos expedidos por un tribunal de Inglaterra o de Gales en un procedimiento que en realidad es administrativo y que sólo es propiamente judicial cuando hay disputa entre partes interesadas. Los beneficiarios tienen acción contra los executors o administradores en relación al correcto ejercicio de sus funciones y para exigir la transmisión de los bienes. Los beneficiarios no son mientras tanto propietarios ni titulares de derechos reales sobre los bienes y tampoco tienen acciones entre sí: el beneficiario de un bien concreto, o legatario, no tiene acción contra los demás beneficiarios que reciban el remanente.

Este sistema permite cumplir múltiples finalidades: tanto la administración dinámica del caudal relicto, incluso con facultades de disposición, como la conservación en favor de personas aún no nacidas. No hace falta una regulación de sustituciones fideicomisarias, aunque tenemos claro hasta qué punto se admitiría una vinculación de bienes para generaciones futuras, fuera de un trust. De todas formas, la vinculación de bienes no es algo que en los tiempos actuales sea beneficioso o recomendable.

No hay constancia de reformas recientes ni de propuestas de reforma del Derecho que acabamos de reseñar.

El sistema es similar en Irlanda, Irlanda del Norte y en Escocia.

## **Austria**

El Derecho sucesorio se regula en los parágrafos 531 a 824 del Código Civil General (ABGB).

Se admite la herencia sucesiva, pero con un único llamamiento (art. 608). El primer heredero se convierte en propietario del caudal relicto y tiene el uso y disfrute ilimitados, pero sujeto todo ello a condición resolutoria o a término

final, según los casos. La Ley no regula la sustitución en el residuo pero se ha entendido por doctrina y jurisprudencia que es posible que el causante autorice al primer heredero a disponer entre vivos y que el segundo heredero sólo adquiera el remanente.

De todas formas, hay que tener en cuenta que en Austria la legislación sobre fundaciones es muy permisiva. Se admiten las fundaciones privadas (Privatstiftung) cuya finalidad sea exclusivamente el beneficio de personas pertenecientes a una misma familia. Es decir, no se exige una finalidad de interés general, a diferencia de lo que ocurre con los Derechos más influenciados por el Derecho francés.

En materia de ejecución, existen las figuras del executor testamentario, con escasas funciones, y el administrador de la herencia. Parece que ambas tienen escasa aplicación práctica.

La última reforma del Derecho sucesorio tuvo lugar en 1989, que igualó en derechos a los parientes ilegítimos y a los legítimos.

En las materias objeto de este trabajo no ha habido reformas recientes ni tampoco hay reformas a la vista.

## **Bélgica**

La sucesión mortis causa se rige por los artículos 718 a 1100 del Código Civil.

Se admite la sustitución pupilar pero no la sustitución fideicomisaria. El art. 896 dispone que toda disposición por la que el donatario, el heredero o el legatario quedan gravados con la carga de conservar y entregar a un tercero será nula, incluso respecto del propio donatario, herederos o legatario. No obstante, los arts. 1048 y 1049 hacen una excepción: se permite a los padres sustituir a sus hijos en beneficio de los nietos, nacidos o naceros, tanto en testamento como en una donación. Sólo es válido un único llamamiento. Y se permite al causante o donante, para el caso de morir sin hijos, instituir heredero/s a hermano/s pero con sustitución a favor de hijos de éste/os, nacidos o naceros. Sólo se admite un único llamamiento.

No se admite el testamento otorgado por un tercero.

El Código admite y regula en los arts. 1025 y siguientes la figura de los ejecutores testamentarios, que son personas que sólo pueden ser designadas por el testador y que tienen funciones limitadas.

## **Bulgaria**

Las sucesiones se rigen por la Ley de Sucesión de 1949, adaptada en 1992 tras el fin del comunismo.

Se admite el testamento como medio para ordenar la propia sucesión. Se admite la sustitución vulgar, pero no se admiten la sustitución pupilar ni la fideicomisaria (art. 21 LS).

## **Grecia**

Las sustituciones se regulan en los artículos 1809-1812 y 2008-2009 del Código civil griego. Estos últimos artículos se refieren específicamente a las sustituciones fideicomisarias. Parece que sólo se admiten en los legados. Se definen como las ordenadas por el testador para que a partir de un momento determinado o de un acontecimiento posterior a la adquisición, la/s cosa/s pasen a una tercera persona. Sólo pueden imponerse cuando respondan a una finalidad de interés público o hayan sido establecida en beneficio de parientes consanguíneos del testador, ya sea en línea recta o en línea colateral hasta el tercer grado (sobrinos) inclusive, siempre que unos y otros vivan al fallecimiento del primer llamado. Cualquier otra sustitución en favor de personas distintas es nula.

## **Holanda**

De la escasa información que hemos podido obtener del Derecho holandés (los comentarios más fiables están redactados en holandés y no en inglés) reseñamos que se admiten las sustituciones impuestas a hijos y a hermanos, pero sólo en favor de sus respectivos propios hijos (arts. 1020 y 1021 del Código Civil).

## **Hungría**

El Derecho húngaro no admite las sustituciones fideicomisarias.

## **Luxemburgo**

El Derecho de sucesiones de Luxemburgo ha estado siempre muy influenciado por el francés; incluso es usual entender aplicable la jurisprudencia francesa. Pero no se ha producido una reforma “contra-revolucionaria” –en los que se refiere a sustituciones fideicomisarias– como la habida en Francia el año 2006. La regulación actual se contiene en el Código

Civil, cuyas últimas modificaciones fueron introducidas por leyes de 26 de abril de 1979 (asimilación de los hijos naturales a los legítimos), 12 de marzo de 1982 y 8 de abril de 1993 (cesión de cuotas hereditarias).

No se admite la sustitución fideicomisaria (art. 911 del Código Civil), bajo sanción de nulidad. La nulidad no afecta sólo a la sustitución propiamente dicha, sino a la liberalidad en su totalidad.

No se permite el poder testatorio ni el testamento por comisario. La ejecución de la última voluntad por un tercero no es algo necesario y, cuando existe, su actuación no es controlada por los tribunales y no es nombrado ni ratificado por ninguna autoridad. Ningún ejecutor tiene facultades dispositivas, salvo lo dicho para el pago de legados. Tampoco puede realizar la partición y no parece posible que el testador le encomiende esta tarea.

No hay a la vista ninguna reforma legislativa sobre las materias que acabamos de citar.

## **Polonia**

La sucesión se regula en el libro IV del Código Civil de 23 de abril de 1964.

Se acepta la sustitución vulgar (art. 963) pero no se regulan las sustituciones pupilar ni ejemplar ni fideicomisaria. Si un testador ordena una sustitución fideicomisaria al heredero, ello no invalida la institución, sino que se entiende que el fideicomisario es un sustituto vulgar (art. 964).

## **Portugal**

Las sucesiones se regulan en el libro V del Código Civil (arts. 2024 a 2334).

Los artículos 2281 a 2300 regulan las sustituciones. Se admiten la vulgar, la pupilar, la ejemplar y la fideicomisaria. Esta última se regula brevemente en los artículos 2287 a 2296. Se admite tanto en la herencia como en los legados, pero limitada a un único llamamiento. Los beneficiarios no tienen por qué ser personas pertenecientes a la familia del causante. El fiduciario tiene el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y se le aplican las normas del usufructo en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza del fideicomiso. El fiduciario puede disponer de los bienes con autorización judicial en casos de evidente necesidad o utilidad.

## **República checa**

La sucesión se rige por el título III de la Parte III del Código Civil de 2012 (Ley 89/2012), que comprende los artículos 1475 a 1720, que entró en vigor el 1 de enero de 2014. Es la normativa más reciente de la Unión Europea.

Se admite y regula sustitución fideicomisaria (Arts. 1512 a 1524). No nos ha resultado posible encontrar más información fiable.

## **Suiza**

La sucesión se regula por el Libro III del Código Civil de 10 de diciembre de 1907.

Se admite la sustitución fideicomisaria (arts. 487 a 492) con un único llamamiento, así como la sustitución de residuo.

## **Liechtenstein**

La sucesión se rige por el CC de 1811. El Derecho de Liechtenstein es un Derecho continental europeo que ha incorporado el trust, que cualquier testador puede instituir. Sólo se da si el testador lo instituye.

Se admite la sustitución fideicomisaria, incluso tácita (arts. 604 a 610).

Y la legislación de este país admite ampliamente las fundaciones privadas de interés particular con plena capacidad de obrar y de adquirir, inclusive inmuebles.

## **Apunte final sobre los Derechos extranjeros examinados**

La admisión de las sustituciones fideicomisarias en los Derechos continentales examinados es mucho menor que en los Derechos civiles españoles. Por otro lado, ninguno admite figuras que puedan calificarse de herencia o legado de confianza, aunque en Austria, Suiza y Liechtenstein puede conseguirse lo mismo por otras vías. Los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias, en los casos en que se admiten, no permiten que el primer llamado elija fideicomisarios, y no admiten fideicomisarios más allá del primer grado. También siguen un modelo que podemos calificar de “conservacionista”, con mayores o menores matizaciones. Es cierto que algunos Derechos regulan otras figuras jurídicas (de tipo fundacional, o cargos de gestión o ejecución) que permiten la conservación de patrimonios

familiares por tiempo indefinido con una gestión dinámica, pero esto es otro tema. Los cargos relativos a la ejecución de las últimas voluntades no tienen facultades que permitan calificarlos como figuras fiduciarias, salvo en una pequeña medida el executor alemán. La fiducia sucesoria tampoco se reconoce, salvo el ámbito admitido por la doctrina y jurisprudencia alemana. El rechazo de la vinculación de bienes forma parte, en general, del orden público sucesorio. Más que en España.

Los Derechos anglosajones presentan una gran diferencia, pues puede decirse que en toda herencia testada hay sitio para la fiducia, ya que el executor tiene un poder decisorio que no es de mera ejecución, sino de integración de la voluntad del causante. La figura del albacea se ha unido en cierta manera a la de un comisario, aunque el ámbito de actuación de éste puede quedar delimitado en el testamento. El causante puede regular su sucesión con todo el detalle que quiera, incluso de forma que el executor no tenga poder decisorio, pero no es lo usual. El causante también puede incluir al executor en el círculo de beneficiarios.

El orden público sucesorio está más basado en la voluntad del causante que en los países continentales, incluido España.

## **V.- COMENTARIO FINAL.**

Las sustituciones fideicomisarias, por virtud de las cuales una persona adquiere un patrimonio con la carga de conservarlo y entregarlo a otra, con la finalidad de mantener unos bienes un cierto tiempo -mayor o menor, según los Ordenamientos- en una misma familia, de forma que el primer adquirente no pueda disponer, o pueda hacerlo pero de manera excepcional, es algo que sigue siendo la principal inspiración de las diferentes normativas que hemos ido viendo sobre la sustitución fideicomisaria (no la de residuo, claro está). Si en algunos casos se admite la posibilidad de disponer, se trata de casos excepcionales y con control judicial, lo cual no elimina la lógica “conservacionista”.

Redactar un testamento para conseguir este objetivo de conservación de bienes en la familia no nos lo piden hoy los testadores a los notarios. No recuerdo un solo caso en mis ya casi 25 años de ejercicio notarial. Menos todavía se quiere que el primer heredero no tenga ni la posibilidad de gravar los bienes. Muchos testadores han visto las enormes ganancias que algunos o muchos han podido conseguir con la venta de inmuebles, incluso rústicos o en pequeñas localidades, por operaciones imprevisibles en el momento en que heredaron. Han pensado que no conviene imposibilitar eso mismo

a la siguiente generación. Tampoco quieren impedir que se pueda hipotecar un inmueble para financiar obras de reparación o mejora, o simplemente porque el propietario (su hijo) lo necesita para salir de una situación apurada de deudas. Son sólo ejemplos. No estamos diciendo que haya que regular teniendo en cuenta estos casos particulares. La cuestión es de mayor calado: apartar bienes del comercio es algo que “no gusta”; y realmente no conviene.

En los casos de patrimonios grandes, sólo hay interés en conservarlos unidos cuando se trata de patrimonios empresariales o profesionales, a veces, en forma de sociedad, cuya subsistencia como tales sólo es viable en cuanto no se dividan, aunque se imponga a su único adquirente la carga de compensar a sus hermanos (en general, a los demás coherederos) en dinero por una cantidad equivalente a una cuota como si todos los hermanos (coherederos) hubieran sido instituidos por partes iguales. Pero esta finalidad de mantener el patrimonio indiviso no necesita la figura jurídica del fideicomiso de restitución ni la sustitución fideicomisaria: basta que se atribuya a un heredero único, que las legítimas no sean una pesada carga, y que si el causante quiere más o menos igualar a los herederos, se otorguen pactos parasociales relativos a reparto de dividendos, regulación de reservas y elección de administradores.

En consecuencia, creemos que una vinculación de bienes en beneficio de una generación siguiente es algo que con razón no recomendamos los notarios ni creemos que se pueda recomendar.

La regulación que tiene como principio la conservación del patrimonio para otra generación es algo que va hoy contra el orden público económico.

Esta regulación que no permite disponer, o lo permite de forma excepcional, la consideramos hoy, por tanto, superflua. En muchos países, como hemos visto, no existe ni se estima necesaria.

Si se estableciera un régimen legal de gestión que permitiera la disposición o gravamen, la figura tendría algo de sentido, aunque estimamos que seguiría teniendo muy poco éxito mientras se mantuviera la obligación de conservar y entregar un patrimonio en lugar de restituir al segundo llamado sólo lo que quede de aquél.

Lo que sí se utiliza en la práctica son sustituciones fideicomisarias de residuo; y dentro de éstas, las que la doctrina denominó “si quid supererit”.

Y a veces, hablando con el testador, nos percatamos que en realidad lo único que quiere es una sustitución preventiva de residuo.

El fideicomiso de residuo y la sustitución preventiva en el residuo sí interesan, porque permiten cumplir finalidades para las que resulta innecesario privar casi-completamente del jus disponendi al primer heredero: muchos testadores quieren que su patrimonio no vaya a determinadas personas, o quieren que, en defecto de voluntad del primer llamado (por ejemplo, porque está incapacitado de hecho o de derecho, pero no sólo en estos casos), su patrimonio vaya a determinadas personas, o quieren evitar que se produzca un abintestato en la siguiente generación. Pero no quieren que los bienes queden vinculados; y en realidad no hace falta.

En todo caso, para conseguir esta finalidad basta admitir un único llamamiento.

Nuestra experiencia nos ha enseñado que la práctica jurídica de otros países con los que estamos en contacto (Alemania y Francia) también va un poco en esta dirección. La institución de Nacherben se utiliza, pero con ella se trata de asegurar que al final sean herederos los hijos (nombrando por ejemplo fiduciario al cónyuge) si bien relevando al primer heredero de las limitaciones de disponer que subsidiariamente establece el BGB. En Francia puede usarse esta posibilidad con mucha más amplitud que antes del 1 de enero de 2007.

Las funciones socio-económicas que se pretenden satisfacer hoy y para las que cabe plantear si una sustitución fideicomisaria es una figura jurídica adecuada, son, en nuestra opinión, las siguientes:

Las ya dichas de que un patrimonio no vaya a determinadas personas, o que, en defecto de voluntad del primer llamado, el patrimonio vaya a determinadas personas, o evitar que se produzca un abintestato en la siguiente generación. En estos casos se puede recomendar una sustitución fideicomisaria, pero de residuo y, según el caso, una sustitución preventiva.

Y también estas otras funciones:

Asignar un patrimonio a un incapacitado de hecho o de derecho, regulando un destino tras la muerte de dicho incapacitado porque éste no puede testar. Se puede decir que esta necesidad ya se cubre con la sustitución ejemplar, que por cierto somos partidarios de mantener, pero en la fideicomisaria hay algo que no hay en la ejemplar: un fiduciario, que al testador le puede interesar que exista y actúe. Al referirnos a la sustitución fideicomisaria nos estamos refiriendo a la de residuo, pues no se trata de garantizar un patrimonio a un segundo llamado, sino de que se gestione bien ese patrimonio en beneficio del primer llamado (el incapacitado de hecho o de derecho).

Evitar la influencia en los herederos o legatarios de personas no gratas para el testador.

Evitar que alguien que se quiera instituir heredero o legatario malbarate en su propio perjuicio, por alguna razón (adicciones, prodigalidad, debilidad de carácter) el patrimonio recibido.

Se trata en todos estos casos de limitar las facultades dispositivas de los herederos en beneficio de ellos mismos. Sin embargo, aquí nos parece más recomendable acudir a prohibiciones de disponer o a exigir para ello el consentimiento de determinadas personas.

Hoy apenas hay la necesidad, que se daba en el Derecho romano más antiguo, de tener que acudir al fideicomiso para evitar la aplicación de rígidos requisitos legales.

En los casos en que se trate meramente de gestionar un patrimonio en beneficio de un tercero, ya se trate de menores, incapacitados, o de supuestos en que concurren circunstancias especiales (grandes patrimonios, patrimonios cuyo mantenimiento exige una administración cualificada o con actuación de profesionales...) no nos parece muy recomendable usar la sustitución fideicomisaria, aunque sea de residuo. En esta última aparecería además el peligro de que los fiduciarios-gestores podrían actuar en su propio beneficio con muy pocas posibilidades de ser controlados de manera efectiva.

Si se usara esta figura, sería por no haber otro cauce jurídico, y aún se haría forzando las normas. Pero no hace falta tal cosa en los Derechos civiles españoles. En estos casos, lo procedente, y posible, es ordenar una administración, que podría ser un albaceazgo pero a largo plazo y con más funciones que el albaceazgo típico del CC español.

Desde una perspectiva jurídico-formal, podemos añadir, para finalizar este trabajo:

La sustitución fideicomisaria tiene sentido para cumplir una finalidad parecida a la fiducia sucesoria y al albaceazgo, pero sin confundirse con ninguna. Esto es, que el primer llamado pueda distribuir el caudal o incluso elegir beneficiarios, y a la vez tenga ciertos derechos sobre el patrimonio relicto, más o menos amplios según haya querido ordenar el testador. Esta función excede de la mera fiducia sucesoria porque el primer llamado (el fiduciario) puede ser incluso heredero y excede del albaceazgo, incluso universal, porque el primer llamado no es sólo un ejecutor de la voluntad testamentaria. Por

tanto, puede tener sentido que exista una regulación, aunque ésta se deba referir más bien a la sustitución de residuo, como hemos dicho.

Cabe plantear si conviene o no cabe permitir la elección de fideicomisarios por el primer llamado.

En la práctica, no se pide. Hay algunos Derechos autonómicos españoles en que se permite. Estos apenas se da en los Derechos extranjeros continentales. Sí se da en los Derechos anglosajones.

En los Derechos en que no se admite, se puede plantear la cuestión de lege ferenda.

Esta posibilidad fue admitida en el Derecho histórico español, por lo que su admisión, aunque hoy por hoy chocaría con el art. 670 CC, que rige en esta materia en toda España excepto Cataluña y Navarra, no debiera considerarse algo inaceptable si es dentro de los límites fijados por el fideicomitente y con un fin legítimo, expreso o deducible del título sucesorio. No se atenta con esto, creemos, a nada esencial de la institución.

Y también cabe plantear si sería conveniente admitir la herencia o el legado de confianza para cumplir algunas de las funciones socio-económicas reseñadas.

La herencia de confianza sigue suscitando hoy muchos recelos tanto en España como en el extranjero, si bien se alega que la prohibición de estas figuras en los Derechos en que se admiten (Cataluña y Navarra) llevaría al uso de la fiducia plena, lo cual es más peligroso para el causante. Creemos que esta alegación es exagerada.

Esta figura puede ser un cauce para mantener un patrimonio con un titular “formal” y unos beneficiarios últimos, sin que el titular formal tenga que hacer la designación de éstos hasta transcurrido un cierto tiempo. Así se podría llegar a una unificación entre Derechos continentales y anglosajones. Pero creemos que esto se puede conseguir también con la figura, menos peligrosa y de entrada más aceptable para todo el mundo, que hemos llamado “fiducia sucesoria”, si al fiduciario se le atribuye también la administración. Lo que hay en la herencia de confianza que no se da en la fiducia es que la regulación de la actuación del fiduciario, incluida la identificación de los beneficiarios últimos, queda fuera del título sucesorio. Pero creemos que este “secreto” no hace mucha falta; en la gran mayoría de casos, el interés del causante también se cubre haciendo constar en el título sucesorio los límites

de actuación del fiduciario y mayor o menor número de instrucciones. En la práctica que conocemos del Derecho inglés, es usual que en el testamento consten instrucciones al executor sobre su forma de actuar y plazos, y siempre hemos visto designadas las clases de beneficiarios últimos. En todo caso, y siendo realistas, la posibilidad de una regulación en el CC o en la mayoría de los Derechos continentales europeos de la herencia de confianza nos parece remota. Y dado que la mayor parte de sus finalidades se pueden conseguir con la fiducia sucesoria, no nos declaramos partidarios de su regulación.

Tampoco debe perderse de vista que en la herencia de confianza se agudiza el peligro de que la gestión se acabe realizando en interés de gestores, llámense con el nombre que se quiera.

En todo caso, creemos que no debe olvidarse nunca que los fideicomisos y la herencia de confianza implican un fortalecimiento de los derechos del propietario frente a un orden público sucesorio. Pueden perjudicar a personas que, de no existir aquéllos, se beneficiarían de los bienes como propietarios y los integrarían plenamente en el comercio.

Probablemente esto es una cuestión más política que jurídica.

## NOTAS DE BIBLIOGRAFÍA

1-Para esta reseña del Derecho romano nos hemos inspirado en nuestro propio trabajo sobre las instituciones fiduciarias sucesorias que constituyó el discurso de ingreso en la Academia: “Instituciones de confianza en la ordenación de la sucesión y ejecución de últimas voluntades: evolución comparada y perspectivas de futuro”, Palma, 19 noviembre 2012.

2-Arangio-Ruiz, Vincenzo, Instituciones de Derecho romano, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, páginas 647-650.

3- Rivas Martínez, Juan José, Derecho de sucesiones común y foral, Tomo II, volumen 1º, Dykinson, 3ª ed. 2004, página 117.

4-Rivas Martínez, Juan José, op.cit., página 124.

5-Rivas Martínez, op. cit., página 134.

6-Díez-Picazo, Luis, y Gullón Ballesteros, Antonio, Sistema de Derecho civil. Vol. IV, 3ª edición, Tecnos, 1986, página 510.

7-Díez-Picazo y Gullón, op. cit., página 509.

8-Díez-Picazo y Gullón, op. cit., página 511.

9-Rivas Martínez, op. cit., página 165.

10- Valls Xufre, Josep Maria, Los fideicomisos, en la obra colectiva “Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña”, coordinada por Lluís Jou i Mirabent, 1ª edición, Bosch, 1994, páginas 705 a 708.

11-Garrido Melero, Martín, Código Civil de Cataluña, monográficos “La Notaría”, Colegio notarial de Cataluña y Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales SA, 2008, página 161.

12-Garrido Melero, Martín, Los fideicomisos, en la obra colectiva “Instituciones de Derecho privado” coordinada por Juan Francisco Delgado de Miguel, Consejo General del Notariado y Thomson Civitas, tomo V, vol 1, año 2004, página 854.

13-En la explicación de los Derechos francés, italiano y alemán hemos seguido, básicamente, lo que ya explicamos en nuestro ya citado discurso de ingreso en la Academia.

14-Leroyer, Anne-Marie, Droit de successions, Dalloz, 2011, páginas 325.326.

15- Brox, Hans, Erbrecht, Carl Heymanns Verlag, 1998, páginas 17 y 72 y ss.



## **XIII.- 1. B) LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN LAS ILLES BALEARS**

**Miquel Masot Miquel**

*En homenaje y recuerdo de Miguel Coll Carreras, cofundador y primer  
Presidente de nuestra hoy Real Academia, que tanto y tan bien escribió  
sobre la sustitución fideicomisaria de Mallorca y Menorca.*

### **SUMARIO**

#### **I.- Introducción**

#### **II.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN MALLORCA Y MENORCA**

- 1.- Los límites de la sustitución fideicomisaria (art. 25 CDCB)
- 2.- La conversión de la sustitución fideicomisaria en sustitución vulgar (art. 26 CDCB)
- 3.- Los fideicomisos puros, condicionales y a plazo (art. 27 CDCB)
- 4.- Los hijos puestos en condición (art. 28 CDCB)
- 5.- La cuarta trebeliánica (art. 29 CDCB)
  - A) Antecedentes históricos y finalidad
  - B) Naturaleza jurídica
  - C) El derecho a la cuarta
  - D) El inventario

- 6.- Los derechos y obligaciones del fiduciario (art. 30, 31 y 32 CDCB)
  - A) Facultades del fiduciario
  - B) Obligaciones del fiduciario
- 7.- La disposición de los bienes fideicomitidos (arts. 33 y 34 CDCB)
  - A) Disposiciones autorizadas *ex art.* 33
  - B) Disposiciones autorizadas *ex art.* 34
- 8.- La delación fideicomisaria (arts. 35 y 36 CDCB)
- 9.- El fideicomiso de residuo (art. 37 CDCB)

### III.-LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN EIVISSA Y FORMENTERA (REMISIÓN)

#### IV.- POSIBLES REFORMAS LEGISLATIVAS

- 1.- Aspectos de la sustitución fideicomisaria no regulados
- 2.- Aspectos de la sustitución fideicomisaria cuya regulación en la Compilación puede ser objeto de reconsideración
  - A) La limitación de llamamientos (art. 25 CDCB)
  - B) Conversión de la sustitución fideicomisaria en vulgar (art. 26 CDCB)
  - C) Hijos puestos en condición (art. 28 CDCB)
  - D) Cuarta trebeliánica (art. 29 CDCB)
  - E) Derechos y obligaciones del fiduciario (arts. 30, 31 y 32 CDCB)
  - F) Disposición de los bienes fideicomitidos (arts. 33 y 34 CDCB)
  - G) La delación fideicomisaria (arts. 35 y 36 CDCB)
  - H) Fideicomiso de residuo (art. 37 CDCB)

#### V.- LA EXTRAÑA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA SOBRE LA LEGÍTIMA: EL NUEVO JUGUETE QUE EL HADA DEL DERECHO HA PUESTO EN MANOS DE LA DOCTRINA

- 1.- Naturaleza jurídica de esta sustitución y su consecuencia: la no detracción de la cuarta trebeliánica
- 2.- Su establecimiento a favor de personas con capacidad judicialmente modificada

- 3.- ¿Es preciso que el fideicomitente haya dispuesto a favor del fiduciario con capacidad judicialmente modificada de la parte libre de la herencia?
- 4.- ¿Puede el nieto con capacidad judicialmente modificada ser fiduciario de esta sustitución?
- 5.- ¿Debe estar la legítima del fiduciario incapacitado incluida en la sustitución?
- 6.- La posible pluralidad de legitimarios incapacitados.

## I.- INTRODUCCIÓN.

La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears ha venido estudiando, a través de su Comisión Académica de Derecho Privado, instituciones diversas de nuestro Derecho civil propio. Dicha Comisión inició su aproximación a estos temas con un estudio titulado “Medidas sucesorias a favor del descendiente con incapacidad. Ley estatal 41/2003 de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad”, planteando la cuestión de si esta ley era o no aplicable –o que aspectos de la misma no lo eran– dentro de nuestro sistema jurídico. A este estudio siguieron otros dedicados a las legítimas, a los contratos sucesorios, a las reservas hereditarias, a la definición y a las parejas estables. Era lógico, pues, que una de las instituciones que reclamara la Academia para centrar sobre la misma sus estudios fuera la sustitución fideicomisaria. Y ello tiene su total lógica si partimos de la tradición jurídica de nuestras islas que, no solamente han conocido la institución en la práctica notarial y en las sentencias de los tribunales, sino que se ha destacado como una de las instituciones propias con más arraigo histórico, como se atestigua con las conocidas –y posiblemente exageradas– palabras de Ripoll y Palou que, en su Memoria, publicada en 1885, decía que “por consecuencia de la facultad que nuestras antiguas leyes concedieron para establecer fideicomisos y vinculaciones, llegaron éstas a ser tan numerosas en nuestro territorio que apenas se leía un testamento que no contuviera una sustitución fideicomisaria”<sup>1</sup>; lo cual es tanto más curioso si se toma en consideración que entonces podían extenderse hasta la cuarta generación. Por su parte, Zaforteza de Corral abre su obra dedicada al fideicomiso indicando que “hasta bien entrado el presente siglo (XX) rara es la familia mallorquina, menorquina o ibicenca, en la que no hay una herencia

---

1.- Ripoll y Palou, Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de las Baleares, Palma 1885 pág. 15.

o bien gravado de restitución fideicomisaria. Lo que fue puesto de manifiesto en diversos informes elevados al Rey por la Real Audiencia de Mallorca, el Fiscal de la misma, el Ayuntamiento de Palma y la Sociedad Económica de Amigos del País, a lo largo del siglo XVIII<sup>2</sup>. También es significativo el hecho de que no haya faltado una detallada regulación de la sustitución fideicomisaria en los tres apéndices que precedieron a la Compilación de 1961, en ésta y en la de 1990.

Sin embargo, es también cierto que estamos ante una institución especialmente controvertida. La ponencia realizada por mi compañero Carlos Jiménez Gallego, expresiva del tratamiento de la institución en la historia y en el Derecho comparado, nos pone de relieve que no ha gozado del favor de todas las legislaciones ni mucho menos; y, dentro de la doctrina, se alzan asimismo voces propugnando la desaparición de la institución. Por todos, pueden citarse las rotundas palabras de O'Callaghan<sup>3</sup> al decir “En conclusión, el análisis detallado del fideicomiso lleva a la opinión de que actualmente debe desaparecer en el Derecho como ha desaparecido en la sociedad. Debe legalmente suprimirse este vestigio de vinculación como ésta desapareció hace más de un siglo. Es una institución muerta, y el Derecho debe sancionar, con su eliminación, esta muerte”.

Pero posiblemente resultaría precipitado dejarse llevar por el afán avasallador que se desprende de estas palabras.

Por una parte, encontramos la institución en las sentencias de los Tribunales, y particularmente en las del Tribunal –la Sala Civil y Penal de nuestro Tribunal Superior de Justicia– que tiene la misión de resolver los recursos de casación en materia foral. Teniendo en cuenta que la media por año de recursos de casación conocidos por dicho Tribunal no debe pasar de dos, la realidad es que, desde que comenzó sus funciones el meritado órgano judicial, han sido seis las sentencias dictadas en esta materia, sentando importante doctrina, a las cuales haremos cumplida referencia a lo largo del presente trabajo. Son las sentencias 1/1991 de 28 de febrero, 1/1993 de 21 de mayo, 1/2000 de 8 de febrero, 1/2003 de 12 de marzo, 2/2009 de 27 de julio y 1/2010 de 1 de febrero. Propugnar la desaparición de la normativa reguladora de la institución plantearía un gravísimo problema a los órganos judiciales que deben resolver las cuestiones litigiosas suscitadas por la misma.

---

2.- Zaforteza de Corral, El fideicomiso en el Derecho civil de Mallorca y Menorca, Palma 1992 pág. 23.

3.- O'Callaghan Comentarios a la Compilación de Cataluña, Edersa 1979 pág. 14-15.

De otra parte, la encontramos –o la encontrábamos– asimismo en la práctica notarial, tanto en su función prístina de reservar para la familia los bienes hereditarios –con las limitaciones que modelan la institución– como para asegurar las necesidades futuras de hijos o descendientes discapacitados o con capacidad judicialmente modificada, estableciendo fórmulas diversas, pasando la más común por designar fiduciario al hijo que se encuentre en esta situación y fideicomisarios a los otros hijos o descendientes siempre que cumplan con la condición de cuidar al incapacitado. Incluso la ley estatal de 18 de noviembre de 2003, a la que antes se ha hecho referencia, ha introducido la interesante y novedosa posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima –dejando en suspenso, excepcionalmente, el principio de intangibilidad de la legítima–, de la que sería fiduciario el hijo con capacidad judicialmente modificada y fideicomisarios los otros legitimarios; es curioso, en definitiva, que una institución que algunos han calificado de obsoleta y regresiva haya sido escogida por el legislador estatal para salir en ayuda de las familias con hijos afectados de incapacidad. A lo largo del presente trabajo haremos referencia a esta importante novedad, dada su inserción en un proyecto del Govern balear de modificación de la Compilación.

No puede olvidarse, igualmente, que la regulación de la sustitución fideicomisaria para Mallorca y Menorca presenta vistosas características que la distancian del régimen del Código civil, como son, en primer lugar, el derecho a la detracción de la cuarta trebeliánica, el cual he considerado uno de los principios generales del Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca <sup>4</sup>, en razón a su evidentísimo arraigo, a su conformidad con la tradición jurídica y a las razones de justicia que abonan su reconocimiento, pues justo es que el fiduciario participe de algún modo de la herencia que recibe con la obligación de transmitirla a los fideicomisarios. También es un signo distintivo –y tal vez un principio general– del Derecho de Mallorca y Menorca el excepcional *ius disponendi* de que está dotado el fiduciario para acudir a la subrogación real, enajenando los bienes del fideicomiso a condición de invertir el importe obtenido en otros bienes de mayor rentabilidad y utilidad en sustitución de los enajenados; todo ello previa autorización judicial y siempre que el testador no lo haya prohibido expresamente.

Y concurre también otra circunstancia –y aquí necesariamente debemos decir aquélla de *last but non least*– que debe ponderarse al tratar de esta institución. La sustitución fideicomisaria es meramente potestativa. La establece quien quiere disponerla y no afecta en absoluto a la sucesión de los

---

4.- Masot Miquel, Los principios generales del Derecho sucesorio balear, en Derecho civiles de España, Madrid 2000.

causantes que estructuran sus disposiciones de último voluntad prescindiendo de la misma. Además, concuerda con los principios generales que ordenan las sucesiones, pues si éstas se estructuran sobre la consideración de que la voluntad del causante es la ley suprema de la sucesión, hay que respetar dicho voluntad cuando, por considerarla adecuada a las circunstancias de su sucesión, ha querido imponerla. Cuando el causante la dispone afecta, cual es de rigor, a los herederos fiduciarios y fideicomisarios, ya que ni unos ni otros son herederos plenos; pero ello no deja de ser una afección similar a la del heredero gravado con legados o sometido a condición suspensiva. Todos ellos tienen, si así lo creen conveniente, la alternativa de repudiar la herencia.

Todo lo hasta ahora dicho determina que se considere conveniente someter la sustitución fideicomisaria al atento examen de nuestra Real Academia, analizando la normativa con la que la misma se regula en nuestra Compilación.

He de finalizar esta introducción tratando de la sistemática del presente trabajo.

De entrada, resulta evidente que hay que separar el estudio de la sustitución fideicomisaria en Mallorca y Menorca, donde fundamentalmente sigue fiel a los insuperados esquemas jurídicos de la tradición romano justiniana, respecto de Eivissa y Formentera, donde no tuvieron virtualidad estos esquemas, acogiendo los basados en la tradición popular y marcados por la impronta del Código civil. Diferenciación que resulta de la propia Compilación, que, en lo que respecta a las Pitiusas, aborda el tema de la sustitución fideicomisaria con un único precepto —el art. 78— que se limita a decir que “El disponente puede ordenar sustituciones en sus bienes o en parte de ellos mediante cualquier acto de liberalidad inter vivos o mortis causa. Los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias se interpretarán conforme a la tradición jurídica balear”. Previamente se ha indicado en el art. 70 que todo lo relativo a la sucesión testamentaria se regirá por el Código civil, con las excepciones contenidas en el Libro III. Obviamente ello impone un tratamiento separado de la institución en uno y otro regímenes jurídicos, cual se va a hacer a continuación.

En lo que respecta a la sistemática con que afrontar el trabajo —en el apartado correspondiente al Derecho de Mallorca y Menorca— se ha optado por seguir la impuesta por el propio articulado de la Compilación, como mejor manera de exponer dicha normativa a la par que abordar la problemática que la misma presenta. Y se dedica un capítulo a la exposición de las posibles líneas de reforma de la normativa para tratar de dar solución a dicha problemática.

Por último, es obligado dedicar unas líneas a la novedosa figura introducida por la ley estatal de 18 de Noviembre de 2003 al configurar una sustitución fideicomisaria sobre la legítima, dada su inserción en un proyecto del Govern balear de modificación de la Compilación. La llamo “la extraña sustitución fideicomisaria”.

## **II.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN MALLORCA Y MENORCA.**

La misma está regulada en los artículos 25 a 37 CDCB, la cual ha seguido fundamentalmente los preceptos homónimos de la Compilación de 1961, habiéndose hecho tan sólo algunas correcciones técnicas de escaso relieve y ampliando, por exigencias constitucionales, la consideración de hijos –en los hijos puestos en condición– a los no matrimoniales y adoptivos, salvo disposición en contra del testador. Vamos a analizarlos a continuación.

### **1.- Los límites de la sustitución fideicomisaria (art. 25 CDCB).**

Es esencial, en una institución marcada por la existencia de varios herederos sucesivos, la imposición de una limitación a la misma, evitando una permanente inseguridad jurídica y obstaculizando la circulación de la riqueza. Y tal exigencia no ha sido simplemente una imposición de las leyes desvinculadoras y desamortizadoras, sino que las encontrábamos ya en el en Derecho romano. Así, en el Capítulo II de la Constitución CXXVII (Novela 159) leemos “... pero, habiendo fallecido ellas (las causantes de los reclamantes), de suerte que parezca que ya han pasado cuatro generaciones, no consentimos que cuestión tan antigua sea llevada a juicio...” Estas cuatro generaciones, como limitación de la sustitución, se mantuvieron en nuestro Derecho hasta la Compilación de 1961 que terminó con la doctrina tradicional –expuesta en los proyectos de Apéndice– que la situaban en el cuarto grado.

Superando las anteriores polémicas sobre los conceptos de grado y generación, el art. 25 distingue, de entrada, entre sustituciones fideicomisarias familiares y no familiares, siguiendo el criterio de Roca Sastre<sup>5</sup>, quien señaló que la fórmula más procedente sería distinguir entre fideicomisos familiares y no familiares y, en base a esta clasificación, estimar que, en los primeros, se habla de grado en el sentido de generación, y en los no familiares se trata de llamamientos. Así lo indicó claramente la Compilación de 1961, aunque dejando al aire la cuestión de lo que debe entenderse por sustitución

---

5.- Estudios sobre Sucesiones Tomo II pág. 122 Madrid 1981.

fideicomisaria familiar. La doctrina ha considerado unánimemente que el concepto jurídico de familia es el que se maneja en Derecho sucesorio, con lo cual la familia vendría dada por la consanguinidad y procedencia de un tronco común, con inclusión del cónyuge. Acudiendo a la aplicación supletoria del Código civil –ante la falta de precisiones en la Compilación sobre la materia– la familia supondría una entidad formada a consecuencia del parentesco entre sus miembros (arts. 915 y ss), el cual da derecho a heredar *ab intestato*, llegándose a la conclusión de que serán sustituciones fideicomisarias familiares las que se disponen entre personas que tienen entre sí los vínculos de parentesco que dan derecho a heredar *ab intestato*.

La Compilación de 1961 y la de 1990 ponen el límite en la segunda generación, terminando con las referencias al cuarto grado de los proyectos de Apéndice de 1903, 1920 y 1948, así como con las discusiones sobre si la palabra “grado” era equivalente a generación. Hoy, el art. 25 CDCB delimita un campo de posibles fideicomisarios que comprenderá a todos los parientes situados entre la generación propia del fideicomitente y las dos generaciones siguientes, tanto si se trata de la línea recta (cónyuge, hijos y nietos) como de la colateral (hermanos, sobrinos e hijos de sobrinos). Dentro de este campo el fideicomitente puede realizar los llamamientos que tenga por conveniente.

En las sustituciones no familiares sólo podrán hacerse dos llamamientos, pero con la particularidad de que no tienen porqué ser personas existentes, resultando ello de una interpretación *a contrario* del párrafo 2º del art. 25 CDCB, expresivo de que no existirá limitación de número en los llamamientos a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. Es evidente, empero, que, dada la inexistencia actual de estos posibles fideicomisarios, tienen que establecerse todas las circunstancias precisas para que pueda tener lugar su ulterior determinación. De entrada, puede parecer que, con el criterio de la norma, volvemos a entrar en una vinculación excesiva; aunque debe tenerse en cuenta, en este punto, la incidencia de la temporalidad de la vida humana, pues estos fideicomisarios, sin existencia real al crearse el fideicomiso, deberán tenerla al producirse la delación fideicomisaria, así como, en su caso, al transmitirse la herencia al segundo de los fideicomisarios llamados, ya que es evidente que, de no ser así, decae la sustitución y el fiduciario –o el primer fideicomisario– devienen herederos plenos. Está acorde la doctrina en considerar que, en estos dos llamamientos, el fiduciario está excluido del cómputo, por lo que pueden darse hasta tres herederos en línea vertical: un heredero fiduciario y dos sustitutos. Ello resulta del tenor literal del art. 25 CDCB que habla de *llamamientos sucesivos de fideicomisarios*. Concuerdas asimismo la doctrina en que si el fideicomitente

nombra un sustituto vulgar al fiduciario estaría excluido del cómputo, al ser de la mayor evidencia su no consideración de fideicomisario.

Coll Carreras plantea la interesante cuestión de que las sustituciones no familiares constituirían –en lo que a límites de las mismas respecta– la regla general, mientras que las familiares serían la excepción, de lo cual extrae la consecuencia de que, en las sustituciones familiares –siempre que no se hagan más de dos llamamientos–, cabe la posibilidad de que los herederos fideicomisarios escogidos rebasen la segunda generación, pues, para que la sustitución fuera nula, tendrían que exceder de dos los llamamientos de referencia. “Si el exceso no se produce – dice– y se está frente a sustituciones fideicomisarias familiares en provecho de parientes del fideicomitente situados en la tercera o en la cuarta generación, no podrá predicarse en modo alguno la nulidad de las mismas, porque en este supuesto, esfumada la excepción, entrará en juego, como ocurre de ordinario en Derecho, la regla general que, repito, ha sido establecida para todo juego de sustituciones fideicomisarias.”<sup>6</sup>

Curiosamente, Zaforteza de Corral en su extensa y documentada obra<sup>7</sup>, no hace referencia alguna a la cuestión. Sí la recoge Llodrá Grimalt<sup>8</sup>, aunque sin comentario alguno por su parte.

Lo cierto es que del examen del art. 25 CDCB no puede deducirse, a mi juicio, que exista una regla general aplicable a todas las sustituciones y una excepción exclusiva para las familiares, dado que el precepto separa nítidamente una y otra. Tampoco hay huella de ello en los proyectos de apéndice de 1903, 1920 y 1948, ya que, en ellos, se hablaba tan solo de la validez de las sustituciones fideicomisarias “hasta el cuarto grado”. Y es sintomático que en la obra de Zaforteza de Corral, contenedora de amplias exposiciones históricas sobre todos los aspectos de la institución, no se mencione el tema. Tampoco parece lógico considerar que las sustituciones no familiares imponen una regla general, en cuanto a sus límites, siendo las familiares la excepción, cuando éstas son muchísimo más frecuentes que aquéllas. Por otra parte, considerar que en las sustituciones familiares pueden hacerse llamamientos a favor de parientes de la 3ª y 4ª generación, mientras los llamamientos no excedan de dos, conculca lo proclamado en el inicio del precepto, expresivo de que “solamente tendrán eficacia los llamamientos sucesivos de fideicomisarios a favor de personas que no pasen de la segunda

---

6.- Coll Carreras, Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, tomo XXXI vol 1º, Edersa 2000 pág. 552.

7.- El fideicomiso en el Derecho civil de Mallorca y Menorca, Palma 1992.

8.- Lecciones de Derecho civil balear, coordinadas por María Pilar Ferrer Vanrell, Palma 2003 pág. 380.

generación...”. Las palabras empleadas por el legislador –*solamente tendrán eficacia*– son suficientemente expresivas para excluir que puedan tener eficacia los llamamientos a parientes que estén más allá del indicado límite.

En definitiva, *de lege facta*, dada la rotundidad del precepto, no parece caber la interpretación extensiva a generaciones ulteriores a la segunda; y, *de lege ferenda*, no parece oportuna una reforma legislativa que no supondría sino una más prolongada vinculación de los bienes familiares.

Los nombramientos hechos más allá de los límites impuestos por el precepto serán nulos, pero subsistirá la eficacia de los llamamientos anteriores, solución ya preconizada en el Derecho romano y que encontramos en el art. 786 Cc. Tal vez ello podría indicarse en una reforma del texto compilado, aunque se infiere de la tradición romana y, como refuerzo, de la aplicación supletoria del Código civil.

2.- La conversión de la sustitución fideicomisaria en sustitución vulgar (art. 26 CDCB).

Es absolutamente clara la distinción entre una y otra. Mientras en la sustitución vulgar el sustituto es llamado *si heres non erit* (si el heredero no llega a existir), la fideicomisaria funciona *si heres erit*, pues exige un primer heredero que ha de transmitir la herencia a los sucesivamente llamados. Sin embargo esta claridad no siempre la encontramos en las cláusulas testamentarias –particularmente si se trata de testamentos ológrafos– y, en ocasiones, las mismas son tan oscuras que pueden surgir dudas sobre si nos hallamos ante una u otra sustitución. A resolver estas dudas se orienta una jurisprudencia que ha considerado siempre querido el efecto más débil, inclinándose por la sustitución vulgar, consagrando una doctrina que se resume en la máxima *in dubis contra fideicomisso*.

Es evidente de que puede darse el caso de que el fideicomitente no haya establecido una sustitución vulgar para el fiduciario, con lo que quedaría sin efecto el fideicomiso en el caso de premoriencia, renuncia o incapacidad de aquél, al faltar el primero de los herederos llamados por el testador. Para prevenir tales supuestos, que obligarían a acudir a la sucesión intestada, la Compilación de 1961 –seguida por la actual en este punto– ya estableció que la sustitución fideicomisaria implica siempre la vulgar, con lo que vendría llamado primeramente a la herencia el fideicomisario que, de no venir gravado con ulteriores nombramientos, sería ya heredero pleno; y, de existir fideicomisarios sucesivos, ocuparía una situación jurídica similar a la del fiduciario, sin facultad de disposición de los

bienes hereditarios –salvo los supuestos autorizados *ex lege*–, aunque con posibilidad de detracción de la cuarta trebeliánica. Indudablemente se trata de una innovación positiva de la Compilación de 1961, ya que no la encontramos en los anteriores proyectos de Apéndice. Tampoco existe en el Código civil por lo que la doctrina y la jurisprudencia se han mostrado en ocasiones contradictorias, si bien se han ido decantando por soluciones similares a la expuesta. La cual encontramos, asimismo, en el art. 426-8 del Código de sucesiones catalán.

La doctrina <sup>9</sup> ha tenido ocasión de decir que el precepto pretende suplir una voluntad del testador que se manifestó de forma incompleta por no haber previsto que el fiduciario no llegara a ser heredero, siendo, en definitiva, la sustitución vulgar tácita una integración de la voluntad del testador deficientemente expresada. Pero el imperio de la norma legal no es absoluto: si el testador ha hecho una previsión en este punto es a la misma a la que debe darse el oportuno cumplimiento. De ahí que el adverbio *siempre* empleado por el legislador resulte excesivo, pues puede el testador haber previsto una sustitución vulgar a favor de personas distintas de los fideicomisarios, para el caso de que el fiduciario premuera al testador, renuncie a la herencia o sea incapaz de heredar.

### 3.- Los fideicomisos puros, condicionales y a plazo (art. 27 CDCB).

La *comunis opinio* doctrinal ha venido distinguiendo, desde un punto de vista teórico, tres clases de fideicomisos: puros, condicionales y a plazo.

Los fideicomisos puros suponen que el fiduciario haría entrega de manera inmediata al fideicomisario de los bienes integrantes de la herencia, con lo cual es claro que no se está ante un verdadero fideicomiso, pues el fiduciario no puede ser considerado como heredero, siendo más bien un ejecutor de la voluntad plasmada en el testamento, en una situación similar a la del albacea.

EL fideicomiso a plazo supondría que la delación fideicomisaria tendría lugar al expirar el plazo expresado por el fideicomitente, pudiéndose, incluso, pensar teóricamente en plazos sucesivos, en cuyo caso sólo el último fideicomisario sería heredero pleno, viniendo a ser los anteriores una especie de fiduciarios, con la particularidad de que sólo el primer fiduciario podría detraer la cuarta trebeliánica. El fideicomiso a plazo es realmente anómalo. Zaforteza de Corral, en su documentado estudio sobre los fideicomisos, afirma que tanto “en el examen de los protocolos notariales como en las Decisiones

---

9.- Coll Carreras, ob cit. pág. 562.

de la antigua Real Audiencia no se ha encontrado un solo caso de sustitución fideicomisaria a término”<sup>10</sup>.

Por exclusión, queda claro que el fideicomiso típico en nuestro Derecho es el condicional. Y tan es así que el art. 27 de la Compilación de 1961 hablaba del “fideicomisario condicional”, por considerar que el fideicomisario sólo pasaría a serlo una vez muerto el fiduciario –o los anteriores fideicomisarios, de existir varios–, siendo por tanto su muerte una condición de la que dependía la adquisición de la herencia fideicomitida. Es cierto que no existe en la muerte la incertidumbre típica de la condición, al tratarse de un hecho inexorable. Pero ya la tradición romanista había apuntado que la incertidumbre está en *cuando* tal evento tendrá lugar, convirtiéndose así el fallecimiento del fiduciario en un suceso *certus an et incertus quando*, con lo cual podía ser considerado condición, de acuerdo con el principio *dies incertus quando in testamento conditionem facit*. El hecho de que la inmensa mayoría de sustituciones fideicomisarias se estructuraran sobre la base condicional de la muerte del fiduciario no impide que puedan existir otros supuestos en los que el tránsito de la herencia se supedita a otro evento, como puede ser la finalización de una carrera, el hecho de contraer matrimonio o alcanzar el fideicomisario una determinada edad. De todos modos no dejaba de ser una reiteración la del art. 27 de la Compilación de 1961<sup>11</sup>, por lo que, en buena lógica, la Compilación de 1990 suprimió el adjetivo “condicional”.

La consecuencia de esta consideración del fideicomisario como un sujeto cuyos derechos están sometidos a una condición (*conditio pendent*) es la de que no es titular de los mismos, sino que tan solo ostenta unas simples expectativas, las cuales son protegidas por la ley –como veremos con la exigencia de garantías al fiduciario y la realización de inventario–, pero que determinan la no adquisición de derecho alguno sobre la herencia fideicomitida hasta el cumplimiento de la condición –o el plazo– al cual está subordinada la delación fideicomisaria.

Ello explica la declaración del art. 27 CDCIB, solución antitética de la establecida por el art. 784 Cc<sup>12</sup>, el cual se fundamenta precisamente en que el Código civil no considera condicional la sustitución dispuesta para cuando muera el fiduciario, a diferencia de la tradición romana, presente en

---

10.- Zaforteza de Corral, ob. cit. pág. 44.

11.- Art. 27. EL fideicomisario condicional que muera antes de que la condición se cumpla no transmite derecho alguno a sus sucesores.

12.- Art. 784 El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos.

los Derechos territoriales de Mallorca y Menorca, Navarra y Cataluña. La sentencia de 21 de mayo de 1993 de la Sala Civil y Penal de nuestro TSJ ha sostenido la aplicación en Mallorca del art. 27 CDCB, en contra del criterio del art. 784 Cc, siguiendo una larga tradición jurisprudencial (SSTS 5 enero 1918, 9 abril 1928 y 30 octubre 1929 y de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 24 marzo 1936)

Sin embargo está claro que el art. 27 CDCB dista de ser una norma que se impone con imperatividad de primer grado, por lo que es evidente que el disponente puede ordenar su sucesión en la forma que tenga por conveniente con las únicas limitaciones de las legítimas y de los principios generales que ordenan la sucesión. Por ello el propio precepto da al fideicomitente la posibilidad de ordenar una sustitución vulgar en fideicomiso, designando a las personas que ocuparán el lugar que hubiera correspondido al fideicomisario sustituido, que, normalmente, serán los herederos de éste, pero pudiendo ser en definitiva quienes el fideicomitente considere oportuno.

#### 4.- Los hijos puestos en condición (art. 28 CDCB).

Este precepto recoge la conocida cláusula *si sine liberis decesserit*, la cual, como es sabido, supone que la delación fideicomisaria sólo tendrá lugar en el caso de que el fiduciario fallezca sin hijos. La cláusula ha sido muy empleada en el Derecho histórico de Cataluña, Aragón, Navarra y las Illes Balears, pudiéndose también encontrar actualmente en algunos testamentos, aunque no desde luego con la frecuencia de antes. La sentencia 1/2003 de 12 de marzo de la Sala Civil y Penal de nuestro TSJ decía que esta cláusula era la más usada en nuestro Derecho desde el siglo XIV.

El primer problema que plantea la cláusula es el de determinar si estos hijos puestos en condición han de ser o no considerados como sustitutos de sus padres. Tanto la tradición romana como la doctrina catalana abogaron por la respuesta negativa, en base a una interpretación literal de la cláusula –pues a los hijos no se les designa como sustitutos–, combinada con la consideración de que los fideicomisos han de constar expresamente, ya que, en caso de duda, hay que tenerlos por no puestos, según el brocardo *in dubis contra fideicomisso*. Todas estas consideraciones dieron lugar a la máxima latina *positus in conditione non possitus in substitutione*.

Pero tal doctrina tiene, en el Derecho de Mallorca, una excepción, consistente en que los hijos puestos en condición serán llamados como sustitutos de sus padres si la sustitución fideicomisaria está condicionada al doble evento de que el fiduciario muera sin hijos y éstos a su vez sin hijos.

Posiblemente el fundamento de la excepción estaría en la consideración de deducirse de la doble condición el propósito del disponente de que los bienes de la herencia no salgan de la familia –pues quien tiene hijos es a ellos a quien normalmente se los deja–, por lo que no deja de tener una cierta lógica que se les considere sustitutos *quando filii sunt sub duplici conditione*.

Tanto la regla general como la excepción tienen el refrendo histórico que supone su aprobación en las Cortes de Monzón reunidas en 1510, las cuales emitieron un Decreto que fue mandado observar por el Rey Fernando el Católico según Privilegio de de 27 de Marzo de 1511. EL mencionado Decreto aparece transcrito literalmente en la Memoria de Ripoll<sup>13</sup>, aunque Zaforteza de Corral ha considerado críticamente que “en lo que se refiere al Decreto de las Cortes de Monzón de 1510, éste no sólo no se ha encontrado, sino que no consta la asistencia de los representantes mallorquines a dichas Cortes”<sup>14</sup>. Suscita alguna duda tal consideración, dada la transcripción literal del mismo de que se ha hecho mención. Sea como sea, no puede dudarse de que la doctrina expuesta era la tradicional entre nosotros, pues, aparte de venir recogida en la Memoria de Ripoll, la encontramos en los Proyectos de Apéndice de 1920 y 1948 –no en el de 1903– y aparece proclamada por la jurisprudencia, en sentencias de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 30 abril 1926 y 6 junio 1927, y, en especial, en la STS de 24 octubre 1964.

Antes de aprobarse la Constitución de 1978 se planteó la cuestión de si la palabra “hijos” debía extenderse a cualquier clase de hijos, incluyendo, por tanto, a los adoptivos, o si debía quedar limitada a los hijos biológicos, pues, en definitiva, se estaba ante un fideicomiso familiar. La reforma de 1990 incidió en este punto, estableciendo que “se considerarán hijos tanto los matrimoniales como los no matrimoniales y los adoptivos, a no ser que el testador, de modo expreso, establezca limitaciones al respecto”. Es indudable, en este punto, que el causante puede ordenar la sucesión según tenga por conveniente –con el único sometimiento a las legítimas y a los principios sucesorios– por lo que puede escoger libremente la clase de hijos que quiere poner en condición.

Por otra parte, las SSTS de 29 febrero 1952, 9 junio 1950 y 1 mayo 1941 –en casos referidos a Cataluña pero que pueden extrapolarse a nuestro Derecho– han entendido que bajo la denominación de hijos se hallan comprendidos también los nietos, con la sola excepción de los supuestos en que éstos aparezcan excluidos de manera expresa, alegando como fundamento

---

13.- Ripoll y Palou, Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de las Baleares, Palma 1885 pág.23.

14.- Zaforteza de Corral, ob cit pág. 25.

los textos del Digesto 50. 16. 201 y 220. Igualmente ha señalado la doctrina<sup>15</sup> que la condición de morir sin hijos el fiduciario se tiene por incumplida cuando a su fallecimiento deja concebido un hijo. La fundamentación no puede estar más clara: *si quis praegnantem uxorem, non videtur sine liberis decessisse* (Digesto 50.17.187)

Una última cuestión puede plantearse sobre la manera en que entrarían en la herencia fideicomitada los hijos puestos en condición en caso ser llamados al fideicomiso por el juego de la doble condición. Parece evidente que heredarían por partes iguales de no haber establecido el causante otra cosa; y, de haber fallecido alguno de los hijos, ocuparían su lugar sus descendientes por estirpes. No los sucesores no descendientes, pues no parece lógico que entren por esta vía en el fideicomiso familiar personas que no tienen la consideración de hijos o descendientes del causante. De existir porciones vacantes, acrecerán a los otros herederos fideicomisarios.

5.- La cuarta trebeliánica (art. 29 CDCB).

A) Antecedentes históricos y finalidad.

De nuevo la sabiduría y visión práctica del Derecho mostrada por los juristas romanos dan lugar a una institución que tradicionalmente ha venido formando parte de nuestro Derecho. En una etapa del Derecho romano en la que se generalizaban los fideicomisos, se dieron cuenta del evidente punto débil de los mismos: si el fiduciario no aceptaba la herencia no había otra alternativa que acudir al *ab intestato*, con las consiguientes prevenciones mostradas en contra del mismo, ya que se consideraba, en buena lógica, que siempre es preferible que la sucesión se estructure según la voluntad del causante y no según la ley. Por ello el senadoconsulto Pegasiano estableció, como reclamo para que el fiduciario o primer heredero acepte la herencia, su derecho a detraer para sí una cuarta parte del activo hereditario líquido. De esta forma el heredero fiduciario tiene, al menos, una cuarta parte de la herencia, de la misma manera que la tiene –merced al juego de la *lex falcidia*– el heredero gravado con legados que exceden de las tres cuartas partes de ella. Late, en ambas cuartas, la consideración de que el título de heredero debe tener un sustrato patrimonial, dada su consideración de sucesor del *deciuis* y consiguiente pieza clave de la sucesión romana.

La cuarta trebeliánica –que mejor debería llamarse “pegasiana”, al haber sido establecida por el senadoconsulto Pegasiano– ha estado vigente

---

15.- Zaforteza de Corral, ob cit. pág 56.

históricamente en el Derecho civil de Mallorca y Menorca, dada su base romana. Se habla de la misma en textos históricos de estas islas y, así, la encontramos en la Real Cédula de Felipe V promulgada el 31 de Agosto de 1736, expresiva de que, en la liquidación del fideicomiso no se deben entregar al fideicomisario las “detracciones legales” que son la legítima –en su caso– y la cuarta trebeliánica que corresponden al fiduciario. La establecen y regulan todos los proyectos de Apéndice que han precedido a la Compilación de 1961, así como ésta y la actual, viniendo asimismo proclamada por la jurisprudencia, pudiéndose citar, en este sentido, las sentencias de la Sala Civil y Penal del TSJ 1/1991 de 28 de Febrero y 1/2000 de 8 de Febrero.

Además de la finalidad propia de servir de acicate al fiduciario para aceptar la herencia, la cuarta humaniza la sustitución fideicomisaria. El fiduciario, como primer heredero, tiene las ineludibles obligaciones de liquidar la herencia, pagando legítimas y deudas de la herencia, entregando los legados, satisfaciendo los impuestos... Si, además de ello, debe conservar y transmitir la misma sin poder realizar deducción alguna a su favor, su mero disfrute y posesión puede no ser, en muchas ocasiones, motivo suficiente para asumir las obligaciones que, como primer heredero, le corresponden. Por ello la doctrina civilista mallorquina y catalana ha considerado la institución como un signo distintivo o característica propia de la sustitución fideicomisaria en nuestros sistemas jurídicos, en contraposición al Código civil que no regula la cuarta trebeliánica. Precisamente, he tenido ocasión de decir<sup>16</sup> que el juego de la cuarta trebeliánica constituye un principio general del Derecho civil de Mallorca y Menorca en lo que respecta a las sustituciones fideicomisarias.

## B) Naturaleza jurídica.

El art. 29 párrafo 2º, al decir que “la trebeliánica consiste en la cuarta parte de la herencia fideicomitada previa deducción de los gastos y deudas y de las legítimas, incluso de la que corresponda al propio fiduciario” le da el carácter de *pars bonorum hereditatis*, no siendo por tanto un simple crédito contra el fideicomisario sino el derecho a percibir una cuarta parte del activo hereditario líquido en bienes de la herencia.

Sin embargo, el art. 33 CDCB introduce una brecha en esta consideración al proclamar que el fiduciario podrá enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitados, para percibir su cuota legítima y la cuarta trebeliánica, entre otros casos. Si se parte de la cuarta como una *pars bonorum hereditatis* lo lógico sería que se percibiera la misma en bienes de la herencia;

---

16.- Masot Miquel, Los principios generales del Derecho sucesorio balear, publicado en Derecho civiles de España pág. 4912.

a pesar de lo cual el mencionado precepto da al fiduciario la oportunidad de cobrarla en dinero, al otorgarle, a tal fin, la facultad de venta de los bienes fideicomitidos. Como ha dicho la doctrina<sup>17</sup> el que la cuarta se satisfaga en bienes de la herencia o en dinero dependerá de lo que, en este sentido, haya dispuesto el fideicomitente, y en el caso de que guarde silencio, será de libre opción del heredero fiduciario que, al fin y al cabo, es el titular de la misma. Lo cierto es que al dar al fiduciario estas facultades, la trebeliánica pasa a transformarse, de deuda de bienes, en deuda de valor, pues el fiduciario puede vender bienes hasta que, con el producto de la enajenación, obtenga el valor establecido para la cuarta de acuerdo con el inventario que preceptivamente se habrá realizado.

En todo caso, la sentencia 1/2000 de 8 de febrero de la Sala Civil y Penal del TSJ ha precisado que, para el cómputo de la cuarta trebeliánica, no solamente debe tenerse en cuenta el valor de los bienes que ya constituían el patrimonio fideicomitido en el momento de la muerte del fideicomitente, sino también el valor de las mejoras y accesiones incorporadas a aquellos bienes durante el período en que éstos han permanecido en poder del fiduciario. Es evidente, por tanto, que este valor será distinto según el momento en que el fiduciario –o sus herederos– ejerciten su derecho a exigir la cuarta trebeliánica, ya que incidirán las posibles accesiones y mejoras, así como las pérdidas y menoscabos no imputables al fiduciario. Como influirán también las oscilaciones de valor que, según criterios de mercado, puedan experimentar los bienes integrantes de la herencia.

### C) El derecho a la cuarta.

La facultad del fiduciario de detraer la cuarta está sometida a una serie de exigencias y requisitos.

En primer lugar, no debe existir disposición en contra del fideicomitente, ya que éste puede disponer la sustitución negando al fiduciario el ejercicio de este derecho. También puede limitarlo, estableciendo, por ejemplo, que en vez de una cuarta percibirá otra parte del activo hereditario líquido distinta de la cuarta, pudiendo también aumentarla. Y asimismo puede establecer que, en pago de su derecho a la trebeliánica, perciba uno de los bienes de la herencia. Ya se sabe que, en principio, la voluntad del disponente es la primera ley de la sucesión; y así se infiere del primer párrafo del art. 29 CDCB al señalar que la posible detracción tendrá lugar si el fideicomitente “no lo hubiere prohibido expresamente”. El hecho de que el precepto haga uso de este

---

17.- Zaforteza de Corral, ob. cit pág. 193.

último adverbio supone que la denegación de la cuarta no puede deducirse de cláusulas confusas que no supongan una clara y verdadera prohibición.

En segundo lugar, para exigir la cuarta es preciso que el fiduciario acepte la herencia fideicomitida. Cuando no llegue a hacerlo, sea por renuncia, repudiación, indignidad o premoriencia queda sin efecto el derecho a la cuarta. En caso de existir no solamente un fiduciario sino varios sucesivos, gravados todos ellos con restitución de la herencia al último fideicomisario, sólo quien primero acepte la herencia tendrá derecho a la cuarta, de acuerdo con la tradición romana. La solución contraria, dando a cada uno de los herederos sucesivos un derecho a la cuarta parte de la herencia, podría determinar que al llegarse al último de ellos ya no hubiere herencia. Y si alguno de ellos no acepta, podrían hacerlo los fideicomisarios sucesivos *ex* art. 26 CDCB que, para tal caso, los considera sustitutos vulgares.

Para que se tenga derecho a la cuarta ha de tratarse de un fideicomiso de herencia. No hay derecho a la cuarta cuando se está ante una sustitución fideicomisaria sobre un legado. En cambio, cuando la sustitución afecte a una cuota hereditaria, sí podrá jugar la cuarta respecto de dicha cuota, para lo cual habrá de determinarse la misma, previa deducción de deudas, legítimas y pasivo de la herencia y división de la misma en las correspondientes cuotas.

Tampoco cabe hablar de derecho a la cuarta cuando el fideicomiso se ha establecido en una donación universal de bienes presentes y futuros, salvo que expresamente se haya concedido tal derecho en la misma. Sabido es que en las donaciones universales pueden establecerse sustituciones conforme a lo preceptuado para la sucesión testada, según declara el art. 13 CDCB, el cual precisa, empero, que, en estos casos, no podrá detraerse la cuarta trebeliánica de no haberse pactado expresamente. Zaforteza de Corral critica duramente la disposición legal<sup>18</sup>. A mi juicio sin fundamento, pues una cosa es un fideicomiso dispuesto en un testamento, en el que no ha tenido la más mínima intervención el fiduciario, y otra cosa es el establecido en un contrato sucesorio, cuyas estipulaciones se basan en el común acuerdo entre donante fideicomitente y donatario fiduciario, con la consecuencia de haber éste aceptado la sustitución sin reserva alguna sobre este derecho. El que se esté ante un contrato sucesorio supone que es lo convenido en el contrato lo que debe desplegar su eficacia jurídica entre las partes del mismo, con lo que la referida crítica no concuerda con este elemental principio.

---

18.- Zaforteza de Corral ob. cit pág. 81.

Cumplidos estos condicionamientos y efectuado el inventario al que nos referiremos seguidamente, el derecho a la cuarta queda incorporado al patrimonio del fiduciario, pudiendo detraer la misma cuando lo tenga por conveniente, bien sea de manera inmediata, bien en cualquier momento posterior o una vez fallecido –en el supuesto más habitual de sustitución fideicomisaria condicional–, en cuyo caso sus herederos podrán incluirla entre los derechos objeto de liquidación al tener lugar la delación fideicomisaria. Éste era precisamente el supuesto contemplado en la Real Cédula de 31 de agosto de 1736 a la que antes se ha hecho referencia. Al estar incorporado a su patrimonio este derecho, puede el fiduciario transmitirlo según tenga por conveniente. Expresamente dice el primer párrafo del art. 29 que “este derecho es transmisible a sus herederos”. Pero no puede interpretarse *a sensu contrario* el precepto llegando a la conclusión de que no es posible la transmisión *inter vivos*. Como dice la doctrina<sup>19</sup>, si el fiduciario tiene incorporado el derecho a la cuarta en su patrimonio puede transmitirlo en la forma en que tenga por conveniente, ya que no se trata de un derecho que figure entre las cosas respecto de las cuales esté prohibida su disposición, como son las cosas fuera de comercio y, en el sistema del Código civil, la herencia futura. La sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ de 28 octubre 1991 así lo ha considerado.

Además de todos los condicionamientos apuntados es esencial la práctica del inventario al cual paso a referirme seguidamente.

#### D) El inventario.

El inventario que, de manera general, tiene que hacer todo fiduciario *ex art. 30 CDCB* constituye además un *præius* imprescindible para que el fiduciario pueda detraer la cuarta, según impone expresamente el art. 29 CDCB.

EL propio precepto exige al inventario una serie de condicionamientos que son los siguientes:

a) Que el inventario de la herencia fideicomitada sea notarial o judicial. Con lo que queda claro que no es suficiente un inventario que conste en documentos privados, aunque tampoco es preciso que se trate de un inventario practicado al solo efecto de detracción de la trebeliánica, pues la sentencia 1/2003 de 12 de marzo de la Sala Civil y Penal del TSJ nos dice que “es absolutamente claro que el inventario efectuado por los contadores partidores es aprovechable a los efectos de deducción de la cuarta

---

19.- Coll Carreras ob cit. pág. 598.

trebeliánica...se acoge así la doctrina de ambas sentencias que aceptaron el inventario efectuado por la madre del heredero fiduciario y del fideicomisario menores de edad, realizado en escritura de relación de bienes destinada a inscribir las fincas en el Registro de la Propiedad.” Parece que el inventario judicial debería realizarse de acuerdo con los trámites establecidos por el art. 794 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no previendo la ley 15/2015 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria un procedimiento judicial específico dentro de los relativos al Derecho sucesorio, por lo que regirán las disposiciones generales y las normas comunes previstas en dicha ley. Por lo que respecta al inventario notarial se regularía por los arts. 1010 y siguientes del Código civil y 67 y 68 de la Ley del Notariado.

b) Que el inventario esté terminado dentro de los 180 días siguientes a la delación de la herencia, salvo que los bienes se encuentren en municipios distintos o que el fiduciario resida fuera de la isla, en cuyo supuesto el plazo será de un año. Es claro que, hoy en día, con las comunicaciones y medios técnicos existentes, debía unificarse el plazo que, con seis meses, sería suficiente. La Compilación de 1990 –siguiendo a la de 1961– hace correr el plazo desde la delación de la herencia, lo cual es criticado por Zaforteza de Corral<sup>20</sup> diciendo que el precepto puede plantear controversia cuando el fiduciario acepte a beneficio de inventario, dado que el art. 1014 Cc señala como *dies a quo* el día en que el heredero tuviere de ello conocimiento, o, como dice el precepto “supiere ser tal heredero”. Sin embargo no puede hablarse de una contradicción, dado que la doctrina ha considerado que la delación se produce al estar el heredero en situación de poder aceptar la herencia, lo cual evidentemente coincide con el conocimiento por su parte de tal posibilidad. Como se decía en las fuentes romanas –Digesto 50, 16, 151– *delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi*. La Compilación de 1990 ha añadido certeramente que el retraso no imputable al fiduciario no computa.

c) Que se convoque con 30 días de antelación a los fideicomisarios si fueren conocidos y, de no serlo, al Ministerio Fiscal. Evidentemente, la presencia de los mismos refuerza la credibilidad del inventario. Puede que, de los fideicomisarios, algunos sean conocidos y otros no; en este caso, basta la existencia de uno del segundo grupo para que deba intervenir el Ministerio Fiscal, cuyo posible intervención debe tener lugar aunque el inventario fuere notarial. Si los fideicomisarios conocidos no tienen capacidad de obrar actuarán en su nombre sus representantes legales. El fideicomisario con capacidad de obrar que ha intervenido en la formación del inventario, declarando su

---

20.- Zaforteza de Corral, ob cit. pág 101

conformidad al mismo, no puede después impugnarlo dada la existencia de un acto propio. Sí pueden hacerlo los que no han intervenido personalmente sino que lo han hecho a través de sus representantes legales o del Ministerio Fiscal. Cuando el fideicomiso viene sometido a condición es evidente que la titularidad del fideicomisario no es definitiva, dependiendo de aquélla; por ello, se dice en el art. 29.b CDCB que se considerarán fideicomisarios conocidos los que, en el momento de practicarse el inventario, ostenten la calidad de fideicomisarios, aunque tal titularidad esté sujeta a la condición.

d) Que el inventario se efectúe en el lugar donde el causante hubiere tenido su último domicilio habitual.

6) Los derechos y obligaciones del fiduciario (art. 30, 31 y 32 CDCB).

El art.30 hace referencia, entre los primeros, al uso y disfrute de los bienes fideicomitidos, así como de sus subrogados y accesiones, y reseña como obligaciones las de satisfacer las legítimas, legados y demás cargas de la herencia, a expensas de ésta, formalizar el inventario de la herencia y garantizar la restitución de los bienes fideicomitidos.

El hecho de ostentar el uso y disfrute de los bienes de la herencia ha hecho que primitivamente se le considerara una especie de usufructuario, pero esta construcción doctrinal está hoy totalmente superada por la *communis opinio*, por la elemental razón de que el fiduciario es propietario de los bienes fideicomitidos, si bien privado de la disposición de los mismos, mientras que el usufructuario es mero titular de un derecho real de goce sobre cosa ajena. De lo que se infiere que el fiduciario tiene una categoría jurídica superior a la del usufructuario. Pero evidentes razones de índole práctica hacen que la misma doctrina haya acudido a las reglas del usufructo para resolver los problemas prácticos que se presentan en los fideicomisos antes de tener lugar la delación fideicomisaria, según se irá viendo a continuación.

A) Facultades del fiduciario.

La de uso y disfrute de los bienes fideicomitidos se desarrolla en un haz de posibilidades que, someramente, voy a exponer.

En lo que respecta a los frutos, éstos serán de los tipos previstos en el art. 354 Cc y siguientes (naturales, industriales y civiles), con las consecuencias previstas, para el usufructo, en el art. 472, con lo cual los frutos naturales o industriales pendientes al tiempo de la delación fiduciaria serán para el fiduciario y los pendientes al tiempo de la delación fideicomisaria para el

fideicomisario, con la particularidad de que éste deberá abonar al fiduciario, o a sus herederos, los gastos hechos para su obtención. En cambio los frutos civiles se entienden percibidos día por día *ex art.* 474 Cc, con lo que pertenecerán al fiduciario los producidos en todo el tiempo transcurrido desde el fallecimiento del fideicomitente hasta la delación fideicomisaria.

Cuando entre los bienes fideicomitidos figuren acciones o participaciones sociales serán de aplicación los arts. 127 y siguientes del RDL 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital referidos al usufructo. Por tanto, *mutatis mutandi*, la cualidad de socio residirá en el fideicomisario y el fiduciario tendrá derecho a la percepción de dividendos mientras no se haya producido la delación fideicomisaria, correspondiendo al fideicomisario el ejercicio de los demás derechos de socio. Es evidente que los fideicomisarios en ocasiones no serán conocidos –aunque sí deberán haber sido determinados–, por lo que tendrá sentido la disposición del párrafo 2º del art. 127, según la cual el fiduciario vendría obligado a facilitar al fideicomisario el ejercicio de sus derechos. Los preceptos apuntados resolverán, *mutatis mutandi*, las cuestiones que podrían surgir en caso de aumento de capital, emisión de obligaciones convertibles, dividendos pasivos e incremento de valor de las acciones o participaciones sociales experimentado durante el tiempo en que el fiduciario ha estado en posesión de las mismas.

El uso y disfrute de la herencia por parte del fiduciario lleva implícita la facultad de administración del patrimonio hereditario, que supone, al mismo tiempo, una obligación, en cuanto a que tal administración debe ser leal y responsable. Como administrador puede otorgar toda clase de contratos que no entrañen la disposición de los bienes fideicomitidos y no se hagan en fraude del fideicomiso. *Ad exemplum*, puede arrendar los bienes fideicomitidos, dado que el art. 13 de la ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos y el art. 10 de la ley 49/2003 de 26 de noviembre de arrendamientos rústicos disponen que los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el bien arrendado se extinguirán cuando se extinga el derecho del arrendador, con la única salvedad de que los arrendamientos rústicos subsistirán hasta que concluya el año agrícola.

Como administrador podrá el fiduciario cobrar los créditos que formen parte de los bienes fideicomitidos, pero no podrá hacer suyo lo cobrado, que se integrará en la masa a transmitir en su momento al fideicomisario, pudiendo sólo percibir los intereses que las cantidades cobradas devenguen. Podrá también ejercitar las acciones precisas para la defensa de los bienes

fideicomitidos, debiendo ejercitarlas cuando ello lo exija la debida diligencia en la administración de dichos bienes.

Ya se ha visto que el art. 30 CDCB establece el derecho del fiduciario a disfrutar de las accesiones acaecidas en los bienes del fideicomiso, así como de los que los hubieren sustituido por el juego de la subrogación real.

## B) Obligaciones del fiduciario.

El fiduciario es el primer heredero del fideicomitente, de ahí que el art. 30 CDCB le imponga las obligaciones propias de aquél, como son el pago de legítimas, legados y demás cargas de la herencia, a expensas de ésta. Esta consideración del fiduciario como heredero la refuerza el art. 31 CDCB estableciendo que el fiduciario que no se acoja al beneficio del inventario responde de las deudas y obligaciones del causante, sin perjuicio del derecho a reintegrarse con cargo a la herencia. Tal como se decía, el fiduciario es mucho más que un usufructuario.

El fiduciario no está obligado a aceptar la herencia fideicomitida. Puede repudiarla y puede también aceptarla a beneficio de inventario, con la prevención reseñada. Ahora bien, desde el momento en que la acepta recaen sobre él las obligaciones indicadas por los reseñados preceptos.

El hecho de que el art. 30, en su primer párrafo, hable de la obligación de “*satisfacer* las legítimas”, parece apuntar a la consideración de la legítima como un derecho de crédito, conceptualización que se ve reforzada por el hecho de que el art. 33 CDCB le autorice para enajenar y gravar los bienes fideicomitidos, en concepto de libres, “para satisfacer de su cuota legitimaria (sic)” y para pagar las deudas y cargas de la herencia. Con lo cual –dice Coll Carreras– la Compilación “muestra una imagen proclive a la teoría de que la legítima es un derecho de crédito contra el heredero”<sup>21</sup>. Es evidente que, ante la disposición terminante del art. 48 CDCB,<sup>22</sup> existe una contradicción –salvo los casos en que venga autorizado el pago de la legítima en metálico– entre la conceptualización de la legítima como *pars bonorum hereditatis* y la facultad atribuida al fiduciario de vender los bienes de la herencia para percibir su legítima. Y la cuestión se complica si se tiene en cuenta que el art. 33 c) da al fiduciario la facultad de vender como libres los bienes de la herencia para pagar deudas y cargas de la herencia, entrando las legítimas,

---

21.- Coll Carreras, ob cit. pág 605.

22.- Art. 48 CDCB “La legítima atribuye derecho a una porción del haber hereditario y debe ser pagada en bienes de la herencia”.

en general, dentro de esta conceptualización de cargas. Más adelante, al tratar de la disposición de los bienes fideicomitidos se planteará esta cuestión.

La obligación que, de manera general, se impone al fiduciario de formalizar inventario es un acierto de la Compilación de 1990, ya que la de 1961 tan solo lo exigía para poder detraer la cuarta trebeliánica. Tan obvia era la necesidad del inventario que la doctrina la consideraba una obligación ínsita en la propia naturaleza de los fideicomisos, pues, si no se ha practicado el debido inventario, resulta ilusoria la restitución de la herencia al fideicomisario. La forma de practicar el inventario se ha visto al tratar de la cuarta trebeliánica.

También es muy positiva la innovación de la Compilación de 1990 de establecer unas garantías, pues nada de ello se decía en la Compilación de 1961, si bien no se indica cuales deben ser las mismas. Dice al respecto Coll Carreras <sup>23</sup> que la Compilación se abstiene de entrar en casuismos en punto a la forma que han de revestir las garantías y sienta el principio de que, si no se obtiene acuerdo por fiduciario y fideicomisarios “en potencia”, tendrá que ser la autoridad judicial la que las determine. En la actualidad, vigente la ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, habrá que acudir a la misma para conocer el procedimiento a seguir. Por una parte, es claro que la cuestión encaja en la definición que da el art. 1 de la misma sobre lo que se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria: “todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso”. Pero, por otra parte, no hay disposiciones específicas que se refieran a la cuestión, por lo que deberán seguirse las disposiciones generales establecidas en los arts. 13 y siguientes, pudiéndose entender que el procedimiento puede finalizar mediante decreto del Secretario Judicial (ahora Letrado de la Administración de Justicia), ya que no parece que se esté ante un caso que reclama la decisión judicial al tenor del art. 2.3 de dicha ley.

En lo que respecta a las garantías en los supuestos en que el fideicomiso afecte a bienes inmuebles, el art. 30 CDCB señala que, en este caso, será suficiente –sin exigencia, por tanto, de otras garantías– “la inscripción de la titularidad del fiduciario en el Registro de la Propiedad”. Se puede reprochar al texto legal la falta de tecnicismo, pues lo que constituye realmente una garantía para los fideicomisarios no es la mera inscripción de la titularidad del fiduciario en el Registro, sino la inscripción del fideicomiso.

---

23.- Coll Carreras, ob. cit. pág. 612.

La dispensa de las obligaciones de garantía e inventario a favor de los fiduciarios dispensados por el testador y cuando los hijos y descendientes del fideicomitente resulten recíprocamente sustituidos, establecida por el art. 30 en su inciso final, tienen el amplio respaldo de la doctrina mayoritaria.

La facultad de disfrute de los bienes fideicomitidos supone, como contrapartida, la obligación de conservar debidamente los mismos. Curiosamente la Compilación no impone al fiduciario tal obligación, aunque la misma se desprende de la pura lógica de la sustitución fideicomisaria y de la analogía del fiduciario con el usufructuario, por efecto de la cual podría ser aplicable el art. 497 Cc, que nos habla –con términos hoy ya superados– de que el usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia. Realmente la Compilación se limita a decir, en el art. 32 que “los gastos extraordinarios de conservación y refacción serán satisfechos por el fiduciario con cargo a la herencia”. Y como dijo la doctrina comentando el artículo <sup>24</sup> el análisis del precepto ha de hacerse teniendo en cuenta tanto lo que dice como lo que calla.

De entrada, parece claro que el precepto se refiere a las reparaciones de carácter extraordinario, las cuales deberá hacer el fiduciario –para la debida conservación de los bienes fideicomitidos–, pero pudiendo repercutir sobre la herencia el importe de la reparación. El precepto no habla de las reparaciones ordinarias, pero *a sensu* contrario deberá entenderse que las mismas también deberá hacerlas el fiduciario –ya que así lo impone su obligación de conservación de los bienes fideicomitidos–, pero sin poder resarcirse de su importe con cargo a la herencia. Para precisar el alcance de lo que debe entenderse por “reparaciones ordinarias” puede acudir al art. 500 Cc, el cual establece que el usufructuario está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo, siendo reparaciones ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación. Es claro, por tanto, según el art. 32, en interpretación *a contrario*, que el fiduciario deberá realizar, a su cargo y cuenta, las reparaciones ordinarias, mientras que, en lo que respecta a las extraordinarias, deberá también realizarlas pero con cargo a la herencia, autorizándole, a tal fin, el art. 33 c) para enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitidos. Sobre la distinción que realizara el art. 32 CDCB entre gastos de conservación y de refacción, es posible que la clave de la misma esté en la consideración de que los segundos tienen más entidad que la mera conservación, ya que refacción es sinónimo de restaurar o reconstruir.

---

24.- Coll Carreras, ob cit pág. 619.

Pero, evidentemente, una cosa son las reparaciones y otra cosa las mejoras, y sobre ellas nada dice la Compilación. Por ello se plantea la cuestión de si las puede realizar el fiduciario y si, una vez realizadas, puede repercutir su importe sobre la herencia fideicomitida. En contestación a la primera pregunta hay que señalar que puede realizar tales mejoras, pues el art. 30 CDCB le da el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y también de sus accesiones, sin distinción alguna entre las naturales o industriales, por lo que dentro de este segundo concepto pueden incluirse las mejoras. La respuesta a la cuestión de si puede reintegrarse de su importe con cargo a la herencia nos la ha dado la sentencia 1/1991 de 28 de febrero de la Sala Civil y Penal del TSJ que nos dice: “Aun cuando los proyectos de Apéndice de Derecho foral balear redactados en 1903, 1921 y 1948 se pronunciaban expresamente sobre la procedencia de que las mejoras introducidas por el fiduciario en los bienes fideicomitidos fueran pagadas por el fideicomisario, la Compilación vigente no se refiere a la cuestión, razón por la cual la doctrina acude al Código civil, como fuente supletoria, y concluye unánimemente que el importe de las mejoras será con cargo a la herencia fideicomitida siempre que se trate de mejoras de buena fe, de las calificables como útiles y siempre que se demuestre que su importe ha sido satisfecho por el fiduciario. No son, por tanto, reintegrables los importes de las mejoras de puro lujo o mero recreo, respecto de las cuales sería de aplicación supletoria el art. 454 Cc, que autoriza al poseedor de buena fe a llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufre deterioro y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado.

7) La disposición de los bienes fideicomitidos (arts. 33 y 34 CDCB).

Indudablemente tiene carácter excepcional, pues debe partirse de la indisponibilidad de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciario. La jurisprudencia de la Sala Civil y Penal del TSJ –nuestro Tribunal de casación– así lo ha reiterado. La sentencia 1/1993 de 21 de mayo decía “en Derecho romano, la ley 3, Códex VI–XLII párrafos 2º (fragmento *sed quia*) y 3º (fragmento *sic autem*), estableció con claridad la diferencia al respeto entre los fideicomisos puros y los condicionales. Y así, negó poder dispositivo al fiduciario en el párrafo 2º y, en cambio, admitió en su párrafo 3º que “si el legado o fideicomiso hubiere sido dejado bajo condición o desde día incierto o sujeto a sustitución o a restitución, obrará ciertamente mejor también si, en estos casos, se abstuviera de toda venta o hipoteca, no será que se obligue a cargas más pesadas por razón de evicción. Mas si por afán de avaricia se hubiera lanzado a vender o a hipotecar, con la esperanza de que no se cumplirá la condición, se hará nulo desde un principio, y ha de entenderse de tal modo como si no hubiera sido escrito ni absolutamente otorgado, de suerte

que no proceda contra el instituido como heredero o legatario ni la usucapición ni la prescripción.” Y la sentencia 2/2009 de 27 de julio señala que “los actos relativos a los bienes fideicomitidos que el heredero fiduciario realizase extralimitándose de sus facultades dispositivas no son meramente anulables sino nulos... Si falta el poder de disposición mismo el acto deviene nulo en aplicación del principio general de que nadie puede disponer ni transmitir lo que no es suyo, expresado en el clásico aforismo *nemo dat quod non habet*”. La doctrina<sup>25</sup> ha hecho referencia a la polémica de si la falta de facultades de disposición en lo que respecta al fiduciario constituye o no la nota esencial de la sustitución fideicomisaria, señalando que tal consideración ha de entenderse ampliamente superada, ya que la primera característica de la institución ha de buscarse en el *ordro successionis*, del cual sería una consecuencia la obligación de conservar y transmitir la herencia al fideicomisario.

Pero, indudablemente, la falta de disponibilidad no puede llevarse a extremos absolutos. De una parte se darán supuestos en que la especial índole de los bienes fideicomitidos impondrá su necesaria venta, cual ocurriría con los bienes fungibles, las mercaderías vinculadas a una industria que forme parte de la herencia o unos valores de los que circunstancias relacionadas con su cotización imponen desprenderse de los mismos. Además, hay unos supuestos de disposiciones generalmente autorizadas y otras permitidas siempre que recaiga la pertinente autorización judicial. Vamos a referirnos a unas y otras.

#### A) Disposiciones autorizadas *ex art. 33 CDCB*.

La Real Cédula de Felipe V de 31 de agosto de 1736 hablaba de la posibilidad de deducir, al transmitir la herencia al fideicomisario, las detracciones legales, entre las cuales estaban las deudas del fideicomitente, los gastos de última enfermedad, muerte y funeral, la entrega de legados y pago de legítimas y los gastos ocasionados por la división de la herencia y por las reparaciones extraordinarias efectuadas en los bienes de la herencia, así como la cuarta trebeliánica según antes se ha visto.

Tal es, fundamentalmente, el criterio que rige en el art. 33 CDCB, según el cual

“El fiduciario podrá, por ministerio de la ley, enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitidos:

---

25.- Zaforteza de Corral ob. cit pág. 156.

- a) Mediante el consentimiento de los fideicomisarios.
- b) Para satisfacer (sic) de su cuota legítima y de la cuarta trebeliánica, previa notificación a los fideicomisarios conocidos.
- c) Para pagar deudas y cargas de la herencia, legados en metálico y gastos extraordinarios de conservación o refacción de bienes fideicomitidos.

Si existieran legitimarios que no sean fideicomisarios se observará lo prevenido en la Sección cuarta de este Capítulo”.

El supuesto a) plantea poca problemática. Del tenor literal del precepto se infiere que, si los fideicomisarios son más de uno, han de estar todos ellos conforme y, además, deben prestar su consentimiento, lo cual supone que existan, que sean conocidos y que tengan capacidad de obrar. De no tenerla, debería suplirse la falta de capacidad de obrar en la forma legalmente prevista y deberán obtenerse, en su caso, las oportunas autorizaciones. La doctrina<sup>26</sup> aconseja que, si el fideicomitente ha previsto para los fideicomisarios sustitutos vulgares, es conveniente que éstos presten también su consentimiento, ya que es claro que pueden ocupar el puesto del fideicomisario sustituido.

En cambio la problemática aparece en el supuesto del apartado b), particularmente en lo relacionado con la percepción de la legítima del fiduciario. El precepto da, en este caso, al fiduciario autorización para vender los bienes de la herencia para la percepción de su cuota legítima y de la cuarta trebeliánica, con la sola notificación a los fideicomisarios conocidos. Con lo que es claro que no se precisa el consentimiento de éstos, sin perjuicio de que puedan impugnar las posibles enajenaciones que el fiduciario realice de ser las mismas fraudulentas. Pero, ¿puede el fiduciario enajenar los bienes fideicomitidos tan solo para percibir su cuota legítima –como dice literalmente el art. 33 b)– o puede hacerlo para pagar legítimas en general? ¿Podrían considerarse las legítimas cargas de la herencia, en cuyo caso también sería posible la enajenación de bienes para su pago *ex art. 33 c)*?

De entrada, la clara conceptualización de la legítima como *pars bonorum hereditatis* resultante del art. 48 CDCB supone una verdadera contradicción con estas posibilidades excepcionales del fiduciario.

Tal vez pueda suministrar alguna luz el hecho de que el art. 33 se cierra con un párrafo expresivo de que “si existieren legitimarios que no sean fidei-

---

26.- Zaforteza de Corral, ob. cit. pág. 180.

comisarios se observará lo dispuesto en la Sección cuarta de este capítulo”. Es decir, se acude a la regla general de pago de la legítima en bienes de la herencia establecida en la Sección cuarta. Pero, en este caso, no tiene sentido que el párrafo transcrito se refiera a los fideicomisarios, pues para ellos no rige la excepción, que se circunscribe a la enajenación de bienes para que el fiduciario pueda percibir su cuota legitimaria. Coll Carreras<sup>27</sup> nos dice “conviene anotar que las legítimas pagaderas en efectivo, no las del fiduciario, sino las de terceros, entraron en el concepto genérico de deudas y cargas de la herencia en la Compilación de 1961, pues aun se descubrían a la sazón preceptos impregnados de la antigua ideología que calificaba las legítimas como derechos de crédito. Sin embargo la condición de *cuota pars bonorum* predicable para éstas había de impedir que, técnicamente, entraran las legítimas en el aludido concepto genérico de “detracciones dinerarias” realizables en la herencia. Entiendo que el reparo de entonces puede reputarse si no desvanecido sí neutralizado en buena parte por la novedad que se registra en la Compilación de 1990, merced a la inclusión del último párrafo, específicamente destinado a estos legitimarios “**que no sean fiduciarios**”.... No dice “que no sean fideicomisarios”. Y no puede olvidarse, en este punto, que el gran jurista Miguel Coll Carreras fue también el ponente de la parte correspondiente a la sustitución fideicomisaria en la preparación de la Compilación de 1990; de lo que se deduce que el hecho de que el último párrafo del art. 33 se refiere a los fideicomisarios es un error más de los muchos existentes en nuestra desgraciada Compilación, y en realidad dicho texto legal debe referirse a los fiduciarios. Si existen legitimarios fiduciarios éstos podrán percibir su legítima por la vía excepcional de la enajenación de bienes. Pero “si existieren legitimarios que no sean fiduciarios –como debería decir y no dice el precepto– se observará lo prevenido en la Sección cuarta de este Capítulo”. En realidad, carece de sentido hablar, como hace el art. 33 CDCB *in fine*, de legítima de los fideicomisarios, dado que éstos pertenecerán normalmente a una generación ulterior, siendo los legitimarios sus ascendientes.

Quiero apuntar, finalmente, que, a mi juicio, tampoco se justifica este trato a favor del fiduciario, quien, *de lege ferenda*, debería seguir las reglas generales tanto para cobrar su legítima como la cuarta trebeliánica, dada la consideración de ambas como *pars bonorum hereditatis*. Con la consabida excepción, en ambos casos, de que el disponente haya establecido el posible pago de la legítima y de la cuarta trebeliánica en metálico.

En cuanto al apartado c) del precepto deben entenderse comprendidos en el mismo tanto las deudas y cargas de la herencia como las del propio

---

27.- Coll Carreras ob cit pág 633.

fideicomitente, las de última enfermedad, entierro y funeral, las ocasionadas por la escritura de aceptación de herencia cuando ésta deba otorgarse para entregar a los legitimarios bienes en pago de su legítima o para realizar la partición de la misma por existir varios herederos. Si la escritura tan solo contuviera la aceptación del fiduciario sería la misma a su cargo. La enajenación de bienes para pago de legados sólo puede tener lugar cuando el fiduciario deba satisfacer legados en metálico y no exista éste en la herencia, ya que si el legado recae sobre bienes concretos deberán, simplemente, entregarse éstos. Nótese que en estos supuestos del apartado c) ni siquiera es precisa la notificación a los fideicomisarios conocidos, como ocurre en el supuesto del apartado b).

Teóricamente los fideicomisarios quedan a salvaguarda de los posibles perjuicios causados por estas enajenaciones del fiduciario en base al inventario y a las garantías establecidas por el art. 30. Aunque tal garantía tampoco es absoluta ni mucho menos. Nótese que el art. 33 permite la posible venta de los bienes fideicomitidos “en concepto de libres”; por lo que, si la enajenación de algún bien inmueble entra dentro de los supuestos del precepto, deberá cancelarse la inscripción causada por la sustitución fideicomisaria. Ello es un ejemplo palmario de que las garantías previstas por el art. 30 CDCB –la inscripción del fideicomiso– pueden ser notoriamente insuficientes, ya que cabe la posibilidad de que el fiduciario venda fraudulentamente los bienes por menos de su valor.

#### B) Disposiciones autorizadas *ex art. 34 CDCB.*

Existe, de entrada, una clara diferencia entre estas disposiciones y las contempladas por el art. 33 CDCB: mientras éstas responden a razones de necesidad –al menos en lo que respecta a los apartados b) y c)–, las del art. 34 obedecen a razones de conveniencia, destinadas a resolver la problemática planteada por el hecho de existir en la herencia fideicomitida bienes improductivos y de un alto coste de mantenimiento. Obvias razones económicas pueden hacer conveniente desprenderse de los mismos para invertir el importe obtenido en otros bienes más rentables. Y, desde el punto de vista jurídico, el principio de la subrogación real hace que no exista impedimento alguno para integrar el producto de la enajenación –o los bienes con él adquiridos– en la herencia fideicomitida. Puig Ferriol <sup>28</sup> ha señalado que la doctrina catalana anterior a la Compilación de 1960 lo había puesto de relieve, habiéndolo así propuesto Roca Sastre, tanto en lo que referencia hace al Derecho civil catalán como al Código civil.

---

28.- Puig Ferriol, EL heredero fiduciario, Barcelona 1965 pág. 221.

Tal propuesta encontró acomodo en la Compilación catalana de 1960, de la cual pasó a la nuestra de 1961, y de ésta a la de 1990, con el único retoque de sustituir “su parte” por “el contravalor”. El art. 34 dice así:

“También podrá el fiduciario, previa autorización judicial, siempre que el testador no lo hubiere prohibido expresamente, enajenar y gravar los bienes fideicomitidos e invertir el contravalor, en su caso, en otros de mayor rentabilidad o utilidad en sustitución de los enajenados. En el expediente de autorización judicial serán citados los fideicomisarios o el Ministerio Fiscal, en el caso de que no fueren conocidos o no comparecieren.”

Indudablemente, la norma debe ser considerada conveniente y adecuada para encontrar una solución a los casos antes contemplados. Tan solo es discutible que se concedan al fiduciario posibilidades de gravar los bienes fideicomitidos, puesto que, con ello, no se produce una auténtica subrogación real ya que el importe obtenido como contraprestación del gravamen constituye también una deuda de la herencia.

El precepto no puede autorizar estas ventas de conveniencia si no existe la correspondiente autorización judicial y, desde luego, siempre que el fideicomitente no lo haya prohibido. El precepto habla impropiamente de “testador” cuando la sustitución puede también tener su origen en un contrato sucesorio.

¿Cómo se obtiene esta autorización judicial? Indudablemente por el cauce establecido por la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015 de 2 de julio, ya que se trata de un procedimiento que requiere la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso, según establece el art. 1 de dicha ley. Como la misma no señala una tramitación especial para la obtención de esta autorización, habrá que considerarse que el procedimiento se rige por las disposiciones generales y por las normas de tramitación establecidas por los arts 1 y siguientes y 13 y siguientes de dicha ley. Los fideicomisarios o el Ministerio Fiscal –si aquéllos no fueren conocidos o no comparecieren– podrán oponerse a la solicitud de enajenación.

En el procedimiento deberá acreditarse la conveniencia de la enajenación y la corrección del precio de venta, desarrollándose su tramitación de acuerdo con los preceptos que se acaban de indicar, sustanciándose la comparecencia en el modo establecido en la LEC para el juicio verbal con las especialidades apuntadas por el art. 18 LJV. Las pruebas que se practiquen serán las propues-

tas por las partes y que resulten admitidas, cabiendo también la posibilidad –apuntada por el art. 429.1 LEC– de que el Tribunal considere insuficientes las pruebas propuestas, en cuyo caso lo pondrá de manifiesto a las partes con indicación de los hechos que podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria, tras lo cual podrá también señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. Las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el Tribunal.

EL expediente deberá ser resuelto por el Juez –y no por el Letrado de las Administración de Justicia (antes Secretario Judicial)– al tener por objeto actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, según el art. 2 *in fine* LJV. En el auto resolutorio del expediente el Juez adoptará las medidas que considere oportunas, tanto para la liberación del gravamen fideicomisario sobre los bienes que se vendan como para la sujeción al mismo de los que se adquieran<sup>29</sup>.

El art. 34 no exige que la venta se realice mediante pública subasta, por lo que parece que el Juez no puede imponerla, de no venir la misma solicitada por alguna de las partes personadas en el expediente.

Esta posibilidad de venta de los bienes fideicomitidos es una especialidad típica de nuestro Derecho, compartida con el Derecho de Cataluña –que actualmente la establece en el art. 426-40 del libro cuarto del Código civil (ley 10/2008 de 10 de julio)–, pero que no encontramos en el Código civil. Es indudable que esta posible venta de los bienes fideicomitidos responde a evidentes razones de lógica y buen sentido, contribuyendo además a suavizar la situación del fiduciario y viniendo impuesta, asimismo, en beneficio general del fideicomiso. Ello ha hecho que lo haya considerado como uno de nuestros principios generales sucesorios, en lo que respecta a la sustitución fideicomisaria<sup>30</sup>.

### 8) La delación fideicomisaria (arts. 35 y 36).

El fideicomisario, destinatario último de la herencia, tiene derecho a que se le entregue la misma, pero dicha entrega tendrá lugar según el tipo de fideicomiso de que se trate. En el teórico fideicomiso puro debería tener lugar sin dilación, acto seguido de tomar posesión de la misma el fiduciario y en el fideicomiso a término al vencer el mismo. Pero ya se ha indicado antes que

---

29.- Coll Carreras, ob. cit. pág. 640.

30.- Masot Miquel Los principios generales del Derecho sucesorio balear en Derechos civiles de España, Madrid 2000 pág. 4915.

tales figuras son absolutamente insólitas en nuestro Derecho, siendo el tipo de fideicomiso generalmente utilizado el condicional y, dentro de éste, el que hace recaer dicha condición sobre el evento de la muerte del fiduciario, de la que se sabe qué ocurrirá pero se ignora cuándo tendrá lugar. En este caso, la entrega de la herencia fideicomitida tendrá lugar una vez muerto el fiduciario y la realizarán sus herederos.

Pero es obvio que el tránsito de la herencia de fiduciario a fideicomisario no es un procedimiento simple, particularmente por el hecho de que el primero puede ostentar créditos frente a la herencia, lo cual impone el pago de los mismos antes de hacerse la entrega. De ahí que el art. 36 CDCB imponga la liquidación previa, señalando que “el fideicomisario no podrá entrar en la posesión de la herencia fideicomitida sin la previa liquidación correspondiente. El fiduciario o sus herederos disfrutarán del beneficio de retención de los bienes fideicomitados mientras no sean reintegrados del saldo a su favor y de la cuarta trebeliánica que pueda corresponderles”.

Zaforteza de Corral ha observado, agudamente, que la liquidación parece plantearse en beneficio del fiduciario –o sus herederos–, dado que el objeto primordial de la misma es que éstos puedan realizar las detracciones legales y accidentales que les correspondan, lo cual –sigue diciendo– no es del todo exacto, dado que la liquidación implica también la rendición de cuentas por parte del fiduciario, por lo que la liquidación opera en beneficio de unos y otros, no pudiendo distinguir o separarse dos tipos de rendición de cuentas<sup>31</sup>.

El precepto no dice como se realiza la liquidación, a diferencia de la Real Cédula de 1736 que señalaba que la misma debería ajustarse a las Pragmáticas, Leyes, costumbres y estilos que se observan para los fideicomisos. De todos modos la liquidación no deja de ser un concepto contable, y por tanto, no parece procedente la judicialización de la misma salvo en los casos de impugnación. En dicha liquidación deben expresarse el activo y pasivo de la herencia fideicomitida y, en especial, los créditos que el fiduciario –o, en su caso, sus herederos– ostenten contra la misma por los conceptos que se han ido enumerando anteriormente: legítima del fiduciario y cuarta trebeliánica no satisfechas; reparaciones necesarias de carácter extraordinario –las de carácter ordinario son de cargo del fiduciario, según se ha visto– realizadas en los bienes fideicomitados; y mejoras en los mismos que reúnan los requisitos de ser útiles, efectuadas por el fiduciario de buena fe y pagadas por él. Y, en general, todos los gastos sufragados por el mismo en defensa de la herencia y de los bienes que la integran.

---

31.- Zaforteza de Corral, ob cit. pág. 255 y siguientes.

En el caso de que los fideicomisarios hayan requerido al fiduciario –o a sus herederos– para la entrega de la herencia, la liquidación deberá hacerse en un plazo breve, pues según el art. 35 CDCB la entrega debe tener lugar en el plazo de 30 días a contar del requerimiento precedente; y la entrega exige la liquidación previa *ex* art. 36 CDCB. En caso de no haber existido el requerimiento, la doctrina <sup>32</sup> considera aplicable analógicamente el plazo del art. 29 a) que se concede a todo fiduciario para la práctica del inventario (6 meses o un año según las circunstancias contempladas en el precepto), opinión que parece razonable.

A pesar de no ser la liquidación un concepto jurídico produce, empero, importantes efectos jurídicos, dado que el hecho de existir un saldo resultante de la misma a favor del fiduciario –o sus herederos– les confiere un derecho de retención sobre los bienes de la herencia, que podrán mantener hasta que tenga lugar el pago de dicho saldo. Este derecho de retención tiene amplios precedentes doctrinales en nuestro Derecho, apareciendo ya en los proyectos de Apéndice de 1903, 1920 y 1948, habiendo sido considerado siempre quien ejercita tal derecho un poseedor de buena fe. Como dice Coll Carreras<sup>33</sup>, no hay duda de que este derecho de retención es gemelo del que se reconoce a todo poseedor de buena fe para la garantía del resarcimiento de gastos necesarios y útiles en la cosa poseída, de conformidad con el art. 453 Cc. Como poseedor de buena fe tendrá derecho también a hacer suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión, según el art. 451 Cc.

Mas problemática es la cuestión de los riesgos recayentes sobre las cosas retenidas mientras se ejercita el derecho de retención. Ante el silencio de la Compilación hay que acudir al Código civil como Derecho supletorio, y el art. 1182 del mismo nos dice que “quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora”. Según el precepto –que hace aplicación del viejo principio romano *periculum est emptoris*– el riesgo recaería sobre el fideicomisario. Pero el precepto tiene su compensación con el derecho a la percepción de los frutos, establecida por el art. 1095 Cc, según el cual el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Y hemos visto que es general la consideración de que quien ejercita el derecho de retención es un poseedor de buena fe y, como tal, tiene derecho a los frutos. En trance de decidir la cuestión, lo esencial será determinar si realmente se está ante un

---

32.- Zaforteza de Corral, ob cit. pág. 265.

33.- Coll Carreras, ob cit. pág. 653.

poseedor de buena fe, siendo indicativo, a este respecto, la consideración de si la liquidación está bien hecha – sin pretender en la misma más de lo que realmente corresponda–, se ha practicado dentro de plazo, y, por otra parte, la pérdida de la cosa ha tenido lugar sin la más mínima culpa por parte del fiduciario o sus herederos. De darse todas estas circunstancias el riesgo de pérdida y menoscabo de la cosa debida podría recaer sobre el fideicomisario.

Obviamente la liquidación no será precisa cuando el fiduciario ha percibido todo cuanto pudiera corresponderle con cargo a la herencia fideicomitida con anterioridad a la delación fideicomisaria, ya que viene avalada por la doctrina y la jurisprudencia (sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ 1/2003 de 12 de marzo) la consideración de que las detracciones legales tanto pueden hacerse efectivas cuando el fiduciario estaba en posesión de la herencia como al tener lugar la restitución de la misma.

Una vez hecha la liquidación y satisfecho el saldo de la misma debe tener lugar la entrega de la herencia. Para lo cual se impone al fiduciario –o a sus herederos– el plazo de los treinta días siguientes al requerimiento precedente; de lo cual se deduce que estos treinta días no deben contarse desde la liquidación, sino desde el antecedente de la misma que es el requerimiento. El proceso histórico a desarrollar sería el siguiente: el fideicomisario reclama la herencia, con lo cual se inicia el plazo de treinta días legalmente previsto; el fiduciario –o sus herederos– deben presentar, dentro de dicho plazo, la correspondiente liquidación; y tras ello pueden darse dos alternativas: si la liquidación es aceptada, se procede al pago del saldo resultante de la misma y se entrega la herencia al fideicomisario dentro del plazo legal de treinta días; si no es aceptada, queda en suspenso dicho plazo hasta que se llegue a un acuerdo o se resuelva el conflicto judicialmente, tras lo cual se reanuda de nuevo el plazo legal de treinta días. En el caso de que el requerimiento se formalice por la vía judicial, la sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ 1/1991 de 28 de febrero nos dice que el plazo de 30 días ha de entenderse iniciado desde que las demandadas– cesionarias del derecho del fiduciario– fueron citadas para la contestación a la demanda.

Una vez cumplida la condición o vencido el término del fideicomiso, el fideicomisario deviene heredero puro y simple, teniendo todos los derechos y acciones que como tal le competen, salvo que en el fideicomiso se le instituyera fiduciario de un ulterior fideicomisario. Como tal heredero respondería también de las deudas de la herencia, si no se hubieran satisfecho por el fiduciario, con la particularidad de que respondería de ellas con su propio patrimonio si no hubiera aceptado la herencia fideicomitida a beneficio de inventario.

La aceptación de la herencia fideicomitada por parte del fideicomisario es un acto enteramente voluntario y libre. Ello por tradición romana y por aplicación del art. 988 Cc como Derecho supletorio *ex art. 1 CDCB*. Puede aceptar o no aceptar y puede hacerlo mediante la simple toma de posesión de los bienes de la herencia u otorgando escritura pública de aceptación de herencia. Es evidente que, en el caso de existir inmuebles en la herencia, el fideicomisario será el primer interesado en otorgar dicha escritura, al objeto de inscribir los mismos a su nombre en pleno dominio, con desaparición del gravamen fideicomisario. Igualmente –y por aplicación supletoria del art. 440 Cc– se entenderá que ha sido poseedor de los bienes de la herencia desde el momento en que se produjo la delación fideicomisaria.

#### 9) EL fideicomiso de residuo (art. 37 CDCB).

Se trata de una institución de raíz romana que, como tal, tiene honda raigambre en el Derecho de Mallorca y Menorca. Las referencias que a la misma se hacen en el Digesto (36, 1 54) y particularmente en la Novela 108 (Constitución CIII, prefacio y capítulo I) constituyen un sólido fundamento sobre el que la doctrina tradicional ha ido estructurando la figura. De hecho la encontramos regulada en los proyectos de Apéndice de 1903, 1020 y 1948 y en las Compilaciones de 1961 y 1990. Tradicionalmente se ha venido considerando que si en la sustitución fideicomisaria se ha de transmitir la herencia al fideicomisario –previa deducción, en su caso, de la trebeliánica–, en el fideicomiso de residuo la transmisión será de lo que le quede al fiduciario al producirse la delación fideicomisaria (de *eo quod supererit*)

Sobre su naturaleza jurídica se ha discutido –particularmente en el sistema del Código civil– si el fideicomiso de residuo suponía, más que una sustitución, una institución de heredero sometida a la condición suspensiva de la existencia de residuo, dado que el Código civil no recoge nuestra institución de la cuarta inversa, pudiéndose, por tanto, darse la posibilidad de que el fiduciario haya dispuesto de la totalidad de los bienes. La mejor doctrina ha considerado que estamos dentro del ámbito de la sustitución, dado que el *ordro successionis* existe y lo único incierto es el *quantum*. En cambio, en el Derecho de Mallorca y Menorca siempre se ha considerado que el fideicomiso de residuo es un verdadero fideicomiso, ya que normalmente juega en el mismo la institución de la cuarta inversa, al objeto de asegurar al fiduciario una parte –la tradicional *quarta* romana– del haber hereditario. Precisamente la antes citada Constitución CIII hace referencia a la misma diciendo: “. . . mandamos que tenga necesidad de reservar de su institución el que fue gravado con la restitución del fideicomiso, y que no pueda disminuir absolutamente cosa alguna de ella, siendo lo suficiente que al heredero le

queden ciertamente tres partes y que a él se le deje el importe de una sola cuarta parte”. De esta forma Justiniano concretó las expresiones ambiguas de Papiniano y Marco que, en lo que respecta a la disposición de los bienes de la herencia por parte del fiduciario, se limitaban a señalar que su actuación debía ser guiada por los principios de la *bona fide* y del *arbitrium boni viri* a fin de evitar el perjuicio del fideicomisario.

En base a estas referencias romanas, siempre se ha considerado en el Derecho de Mallorca y Menorca que el residuo a entregar al fideicomisario debe alcanzar la cuarta parte de la herencia, la cual recibe el nombre de cuarta inversa, por su contraposición a la cuarta trebeliánica, dado que ésta actúa en beneficio del fiduciario, mientras que aquella juega a favor del fideicomisario. La cuarta inversa armoniza con los principios generales de la sucesión romana, centrados en la figura del heredero como sucesor del causante y orientados a que exista un sustrato patrimonial que la respalde. La falcidia, la trebeliánica, la cuarta inversa obedecen a idéntico fin: a que un designado heredero haga suya una cuarta parte de la herencia, en justificada compensación por las obligaciones y responsabilidades derivadas de su condición de tal.

Pero su entrada en juego en la sucesión vendrá determinada por la voluntad del causante de la sucesión. Su voluntad es la primera ley de la sucesión, y de la misma manera que puede disponer que el fiduciario no podrá deducir la trebeliánica, también podrá establecer que el fiduciario tendrá amplia disposición sobre todos los bienes de la herencia sin necesidad de reservar parte alguna de la misma para el fideicomisario; e igualmente podrá fijar la parte de obligada transmisión al mismo en una porción superior o inferior a la cuarta.

Por lo tanto el derecho a la cuarta inversa no es absoluto, dando prueba de ello el propio art. 37 CDCB *in fine*, expresivo de que quedará sin efecto la obligación de restituir la cuarta en los casos de indigencia o extrema necesidad del fiduciario. El precepto no exige previa autorización judicial alguna para tales disposiciones. Pero la prudencia sí aconseja que se disponga de prueba expresiva de esta indigencia o extrema necesidad, como podría ser el acta de notoriedad en la que se recojan las declaraciones de personas coincidentes en afirmarla. Por lo demás, nótese que el precepto habla de “extrema necesidad”, de lo que se infiere que ha de tratarse de casos en que el fiduciario ha de estar privado de lo necesario para vivir. De resultar ello acreditado, el fiduciario puede disponer de lo necesario y el fideicomisario solo heredará *si aliquid supererit*.

En este fideicomiso el fiduciario puede disponer –con las limitaciones vistas– de los bienes de la herencia. Pero no puede donarlos ni por acto *inter vivos* ni por acto *mortis causa*. El art. 37 faculta tan solo para “enajenar y gravar a título oneroso”, con lo que, *a sensu contrario*, veda la disposición a título gratuito. La sentencia 2/2009 de 27 de julio de la Sala Civil y Penal del TSJ conoció de un caso en que el fiduciario había dispuesto mediante testamento de los bienes gravados con fideicomiso de residuo en favor de persona distinta del fideicomisario, siendo la conclusión la de que tal disposición es nula, “ dado que el art. 37 CDCB determina que el fiduciario puede enajenar y gravar a título oneroso las tres cuartas partes de los bienes comprendidos en la sustitución, debiendo restituir al fideicomisario la otra cuarta parte, si el testador no le hubiere relevado de tal obligación. Esta última posibilidad –incrementar el ámbito normal de facultades del fiduciario– constituye una excepción al modelo legal. Por tanto, la decisión del testador de hacer uso de ella debe inferirse del testamento de forma clara, segura e indubitada. Las dudas sobre el poder de disposición que el fideicomitente quiso confiar al fiduciario han de solventarse en línea de que su intención fue concederle las facultades estrictas que la norma positiva prevé” De acuerdo con ello, señala la sentencia que los actos del fiduciario que quedan fuera de las facultades concedidas no son simplemente anulables, sino que son nulos de pleno derecho.

En este fideicomiso, en el que el fiduciario puede disponer, en principio, de las tres cuartas partes de la herencia, sería absurdo que pudiera verse incrementada su cuota hereditaria con la legítima y la trebeliánica. Por tal razón, dice con sensatez el art. 37 que “el valor de los bienes de que hubiere dispuesto el fiduciario se imputará a lo que por legítima, trebeliánica u otros derechos le corresponda”.

Para la debida garantía de que lo que percibirá el fideicomisario es una cuarta parte de la herencia, la Compilación de 1961 exigía la práctica de inventario en el fideicomiso de residuo, mientras que no lo imponía en las sustituciones de manera general, pues solo lo consideraba un *príus* para la detracción de la trebeliánica. En la Compilación de 1990, aparte de imponerse la exigencia del inventario de manera general a todo fiduciario, se mantiene la obligación para el fiduciario de practicar inventario en este fideicomiso “con citación de los fideicomisarios conocidos o del Ministerio Fiscal, en el caso de que no lo fueren o no comparecieren. El inventario se practicará conforme a las normas establecidas para la cuarta trebeliánica”. Sin embargo, hay una divergencia entre lo establecido por el precepto y lo dispuesto de manera general para el inventario, y es lo que hace referencia a la intervención del Ministerio Fiscal que, en el caso del fideicomiso de

residuo, ha de intervenir no solamente cuando los fideicomisarios no son conocidos, sino también cuando no comparecieren; lo cual no ocurre en el inventario previsto en el art. 29 CDCB en que la intervención del Ministerio Fiscal sólo es exigible cuando los fideicomisarios no son conocidos. Por lo demás, es aplicable aquí lo dicho sobre el inventario cuando se trató de la cuarta trebeliánica.

Hay, por otra parte, una curiosa divergencia entre lo establecido en la Compilación de 1961 y la de 1990, dado que aquélla exigía al fiduciario de residuo la práctica de inventario y la prestación de fianza, mientras que la de 1990 impone sólo el inventario, guardando silencio en lo que respecta a la fianza; omisión que no tiene mayor importancia, dado que el fideicomiso de residuo debe regirse por las normas de los fideicomisos que, de manera general, imponen a todo fiduciario, *ex art 30 CDCB*, la obligación de garantizar la restitución de los bienes fideicomitados.

Constituye una acertada novedad de la Compilación de 1990 la posibilidad de determinación de la cuarta inversa que se concede a los fideicomisarios. En sus comentarios a los preceptos dedicados a la sustitución fideicomisaria en la Compilación de 1961, Coll Carreras había propugnado la incorporación a nuestro Derecho de la norma consistente en el art. 212 de la Compilación catalana, sancionadora de la posibilidad de pedir tal determinación<sup>34</sup>. En congruencia con ello, el art. 37 CDCB dispone que “para asegurar la restitución de la cuarta parte reservada a los fideicomisarios podrán éstos pedir su determinación. Mientras no hayan usado de esta facultad no podrán ejercitar acción alguna para impugnar los actos dispositivos del fiduciario”. Al no establecer el precepto un tiempo hábil para el ejercicio de tal facultad, es obvio que la misma la podrán ejercitar los fideicomisarios en cualquier tiempo. Para la fijación de la cuarta deberán tenerse en cuenta todos los bienes que integraban la herencia, aun cuando con anterioridad el fiduciario hubiere dispuesto de algunos de ellos, con la particularidad de que los bienes de los que se hubiere dispuesto no podrán integrar ya la cuarta inversa.

Ésta, al igual que la trebeliánica, es una *pars bonorum hereditis*, por lo que vendrá integrada por unos determinados bienes que quedarán excluidos del *ius disponendi* del fiduciario. Las oscilaciones que pueda experimentar el valor de dichos bienes no podrán dar lugar a correcciones en cuanto a una nueva determinación de la cuarta inversa. Las accesiones que en los mismos se produzcan quedarán incorporadas a los bienes, no pudiendo dar lugar tampoco a nuevas correcciones. Mientras no se produzca la delación

---

34.- Coll Carreras, Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, edición Madrid 1980 pág. 582.

fideicomisaria el fiduciario disfrutará de la posesión de tales bienes, y, como poseedor de buena fe, podrá hacer suyos los frutos que los mismos produzcan, a pesar de su integración dentro de la cuarta inversa que se transmitirá, en su momento, al fideicomisario. El régimen de reparaciones en los mismos y la incidencia de los riesgos sobre ellos recayentes será el establecido de manera general para la sustitución, al cual antes se ha hecho referencia.

### III.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN EIVISSA Y FORMENTERA (REMISIÓN).

Contrastando con la extensa regulación que el Libro I de la Compilación contiene sobre la sustitución fideicomisaria, el Libro III le dedica un solo capítulo –el capítulo V– con la rúbrica “De las sustituciones”, integrado por un solo precepto de poca extensión –el artículo 78– que dice: “el disponente puede ordenar sustituciones en todos sus bienes o parte de ellos mediante cualquier acto de liberalidad *inter vivos* o *mortis causa*. Los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias se interpretarán conforme a la tradición jurídica insular”.

A pesar de su parquedad, el precepto sienta una serie de principios, como son la posible existencia de los fideicomisos universales y particulares (*en todos sus bienes o parte de ellos*) y que pueden establecerse en testamento y en pacto sucesorio, así como también en los *spolits*. Si se disponen en testamento regirá en su integridad el Código civil – al cual remite el art. 70 CDCB<sup>35</sup>– en la versión que el mismo presentaba a la entrada en vigor de la ley balear de 28 de junio de 1990, aprobatoria de la actual Compilación, por mandato expreso de la disposición final 2ª de la misma.

La teoría y la *praxis* de la sustitución fideicomisaria en las islas Pitiusas las ha puesto de relieve el Académico y profundo estudioso del Derecho de estas islas Cerdá Gimeno<sup>36</sup>, para quien el hecho de ordenar sustituciones es tan antiguo como el mismo otorgamiento testamentario, siendo su práctica corriente en las Pitiusas, aunque parece destacable su desaparición paulatina en la práctica social en los últimos cuarenta años, lo cual puede obedecer a muy diversas causas; entre las cuales se podría apuntar: la profunda transformación social de las Islas y el cambio de su economía, la no poca influencia de los prácticos del Derecho que son más amigos de no plantearse

---

35.- art. 70 “Todo lo relativo a la sucesión testamentaria se regirá por el Código civil, con las excepciones contenidas en este Libro”.

36.- Cerdá Gimeno Comentarios al Código civil y Compilaciones forales tomo XXXI Vol 2º b pág. 508.

problemas y el uso frecuente de otros medios alternativos al típico acto *mortis causa*. Ello, sin embargo, no debe abocar a la proscripción de su regulación, ya que –concluye dicho autor– siempre que el disponente pretenda las finalidades que la institución cumplió en el pasado, necesariamente habrá que recurrir a la sustitución fideicomisaria.

El libro III de la Compilación de 1961 dedicaba a las sustituciones fideicomisarias un único precepto – el art. 78 asimismo– expresivo de que “Serán válidas las sustituciones fideicomisarias hasta el segundo grado o a favor de personas que vivan al tiempo de fallecimiento del testador”. Realmente tal disposición queda englobada dentro de la remisión general al Código civil que se contiene en el actual art. 78 de la Compilación, pues el art. 781 Cc sienta exactamente la misma doctrina. Por ello resulta de mayor rigor técnico la actual redacción del precepto, dado que, en palabras de Cerdá Gimeno <sup>37</sup> –uno de los dos ponentes de la reforma de 1990, juntamente con el también Académico Bernardo Cardona Escandell– se ha producido una ampliación del ámbito *subjetivo*, dado que el sustituyente podría ser no solo el testador; del ámbito *objetivo*, al abarcar la norma a todas las sustituciones y no solo a las fideicomisarias; y del ámbito *formal*, al traspasar el estrecho margen de la vía testamentaria para pasar a comprender cualquier sustitución ordenada por acto *inter vivos* o *mortis causa*. Y, de otra parte, con la remisión al Código civil, se establece la normativa por la que dichas sustituciones se rigen. Precisamente por ser dicha normativa la del Código civil me abstengo de detenerme en este punto, remitiendo a la detallada y exhaustiva obra de Cerdá Gimeno.

Sólo apuntar que esta remisión al Código civil determina la inaplicación en las Pitiusas de dos instituciones que perfilan, estructuran y humanizan la sustitución fideicomisaria en Mallorca y Menorca, como son la posible detracción de la cuarta trebeliánica por parte del fiduciario –verdadero acicate para que no quede la herencia sin aceptar– y la posible venta con autorización judicial de los bienes fideicomitados para invertir su importe en otros de mayor rentabilidad, que sustituirían a aquéllos en virtud del principio de la subrogación real. En alguna ocasión, en sede académica, se ha tratado, *de lege ferenda*, de la posible extensión de estas figuras al Derecho de las Pitiusas, tropezando con el profundo rechazo de un sector doctrinal pitiuso. Sin volver sobre el tema, cúmpleme tan solo apuntar que tal posibilidad podría venir propiciada por influencia catalana –no mallorquina–, dado que el art. 426-31 del Código civil de Cataluña relativo a las sucesiones (ley 10/2008 de 10 de julio) configura la posible detracción de la trebeliánica

---

37.- Cerdá Gimeno, ob cit. pág. 644.

como un derecho del fiduciario, y el art. 426-40 de dicha ley recoge la posible venta con autorización judicial de los bienes fideicomitidos para reemplazarlos por otros que queden sujetos al fideicomiso mediante la subrogación real. Ello, unido al entronque de los fideicomisos de las Pitiusas con el Derecho catalán, proclamado por la mejor doctrina<sup>38</sup>, podría fundamentar la futura incorporación al Derecho sucesorio pitiuso de estas plausibles instituciones.

Finalmente se quiere hacer una pequeña consideración sobre el párrafo segundo del art. 78 CDCB, expresivo de que la interpretación de los fideicomisos deberá realizarse de acuerdo con la tradición jurídica insular. Para afirmar que se está totalmente de acuerdo con el texto legal. La distancia geográfica entre las islas de Mallorca y las Pitiusas y , sobre todo, la existencia del mar por en medio, imponen que un elemento jurídico tan ligado al territorio como es la costumbre surja aisladamente en cada una de las Islas, en base a usos inveterados en diversas localidades de las mismas, sin que se puedan lógicamente tenerse en cuenta los usos que se vienen observando en las localidades de las otras islas que, simplemente, son ignorados. Se muestra, por tanto, la total conformidad con la llamada a la costumbre insular de las Pitiusas como elemento de interpretación e integración de las sustituciones fideicomisarias.

#### **IV.- POSIBLES REFORMAS LEGISLATIVAS EN LA MATERIA.**

*Nobody is perfect* y menos todavía lo es nuestra Compilación. Es evidente que la técnica legislativa ha cambiado mucho entre el año de aprobación del actual texto legal de nuestra Compilación –1990– y la actualidad. Entre otras anomalías, la Compilación aparece huérfana de títulos indicativos del contenido del precepto, lo cual es usual en las leyes elaboradas hoy en día. De otra parte, las remisiones al Código civil son continuas, hasta el punto de existir, en algún caso, tres en un solo precepto. Es un botón de muestra de estas defectuosas remisiones el hecho de despacharse la regulación de la nulidad de la donación universal otorgada por razón de matrimonio, no seguida del mismo, con estas palabras: “en su caso, será de aplicación el artículo 1342 del Código civil”.

Y aparte de estas objeciones de carácter general, y ya en contemplación de la regulación de la sustitución fideicomisaria, nos encontramos con que algunos aspectos de la misma están huérfanos de regulación –obligando a acudir, por la vía del art. 1 CDCB, a los preceptos del Código civil, que no

---

38.- Cerdá Gimeno, ob. cit. págs. 509 y 645.

la contempla bajo los mismos principios– y otros sí están regulados, pero suscitan bastantes dudas, como se ha ido viendo en la exposición que precede. De manera sintética –a fin de no alargar excesivamente el presente trabajo– voy a referirme a unos y otros.

### 1) Aspectos de la sustitución fideicomisaria no regulados.

El examen del art. 426 de la ley 10/2008 de 10 de julio del Parlament de Catalunya nos sugiere muchos de ellos, que paso simplemente a anunciar: concepto del fideicomiso; su posible ordenación en testamento o pacto sucesorio (no en codicilo, como absurdamente permite el art. 17 CDCB, a pesar de suponer la sustitución fideicomisaria una auténtica institución de heredero); la distinción entre el fideicomiso de herencia o de cuota hereditaria y el fideicomiso particular o de legado (este último ha dado lugar a la doctrina sentada por la Sala Civil y Penal del TSJ 4/2005 de 24 de noviembre, relativa al legado modal consistente en la iglesia de Son Serra de Marina); las modalidades del fideicomiso (condicional o a plazo) con regulación de ambos; la posible pluralidad de fideicomisarios, a quienes pasaría la herencia de manera simultánea o de manera sucesiva; la necesaria interpretación restrictiva de los fideicomisos; la protección del derecho del fideicomisario para el caso de que el fiduciario ponga en peligro, disipe o dañe gravemente los bienes fideicomitidos; la protección de los intereses de los fideicomisarios no nacidos ni concebidos, con indicación de las personas que deben velar por los mismos; la pluralidad de fiduciarios, con especial consideración de las particiones de herencia entre los herederos fiduciarios y divisiones entre los mismos de los bienes hereditarios, planteando la cuestión de si puede hacerse sin intervención de los fideicomisarios (precisamente la reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de Noviembre de 2015 señala, no sin contradicción, que si bien debe primar la extinción del condominio, por lo que no sería preciso en todo caso el consentimiento de los fideicomisarios, la demanda de división debe interponerse también contra ellos); percepción de la cuarta trebeliánica en caso de varios herederos fiduciarios; establecimiento del principio de subrogación real para los bienes que se obtengan mediante la disposición de los integrantes de la herencia fideicomitada, salvo que deba destinarse su importe a las obligaciones establecidas *ex lege*; disposición de bienes por el fiduciario bajo su propia responsabilidad (supuestos de que formen parte de la herencia bienes fungibles, una industria –con el consiguiente tráfico de bienes– o el supuesto de valores bursátiles cuya venta sea aconsejable por razones de mercado, etc...), responsabilidad del fideicomisario por las deudas del fideicomitente si el fiduciario no las hubiere pagado, derechos y obligaciones del fiduciario hasta que se produce la delación fideicomisaria

en relación con la percepción de frutos, rentas, dividendos y ampliaciones de capital; obligaciones y derechos del fiduciario respecto de las obras y mejoras en los bienes fideicomitidos y los supuestos de pérdida, daños y menoscabo de los mismos; las mismas circunstancias en el período en que el fiduciario ejercite el derecho de retención en espera del pago del saldo resultante de la liquidación... Éstas y aún muchas otras cuestiones podrían abordarse en una regulación completa y detallada de los fideicomisos.

2) Aspectos de la sustitución fideicomisaria cuya regulación en la Compilación puede ser objeto de reconsideración.

Se van a exponer de manera sintetizada y con referencia a los diversos preceptos de la Compilación.

A) La limitación de llamamientos (art. 25 CDCB).

Debería: definirse lo que debe entenderse por fideicomiso familiar; confirmar la posibilidad de llamamiento, en los fideicomisos familiares y no familiares, de personas inexistentes al disponerse el fideicomiso pero determinables según las reglas que se establezcan; imponer la nulidad de los llamamientos que excedan de los límites legales y la validez de los que no excedan, aunque formen todas partes de una misma disposición.

B) Conversión de la sustitución fideicomisaria en vulgar (art. 26 CDCB).

Debería suprimirse el adverbio “siempre”, salvando la voluntad del disponente de establecer un efecto contrario del señalado por el precepto.

C) Hijos puestos en condición (art. 28 CDCB).

Aclarar que en la denominación de “hijos” hay que entender incluidos los demás descendientes, salvo disposición en contra del testador; entender que el fiduciario, o sus hijos, no mueren sin hijos en caso de estar éstos concebidos, aunque no nacidos aun, al producirse la delación fideicomisaria; y establecer que, en caso de llegar a heredar los hijos puestos en condición éstos heredan por partes iguales, salvo que el disponente establezca lo contrario.

D) Cuarta trebeliánica (art. 29 CDCB).

Salvar la contradicción entre la consideración de la cuarta como *pars bonorum* y la facultad que se le da al fiduciario, en el art. 33 b), de vender bienes de la herencia para percibirla; establecer el derecho del

fiduciario a hacerla suya en cualquier momento, desde que aceptó la herencia fideicomitida hasta que se produce la delación fideicomisaria, así como el de sus herederos a percibirla si él no lo hubiera hecho; señalar la transmisibilidad *inter vivos* del derecho a la cuarta (la *mortis causa* ya está legalmente prevista); establecer que la cuarta sólo se devengará, en su caso, en los fideicomisos de herencia (sea de la universalidad de la misma sea de una cuota hereditaria), pero no en los fideicomisos particulares (de legado o de legítima, al ser éste legalmente posible); plantearse si hoy en día, con la facilidad de comunicaciones, no tiene sentido la exigencia de dos plazos para la realización del inventario según que el fiduciario resida o no en la isla.

E) Derechos y obligaciones del fiduciario (arts. 30, 31 y 32 CDCB).

Debería establecerse, de entrada, la obligación del fiduciario de conservar los bienes de la herencia, ejercitando las acciones conducentes a su conservación y procediendo al cobro, para su integración en la herencia, de los créditos de la misma contra terceros; así como la obligación de administrar dichos bienes de manera leal y responsable.

F) Disposición de los bienes fideicomitados (arts. 33 y 34 CDCB).

En el apartado a) del art. 33 podría exigirse que, además del consentimiento de los fideicomisarios, se diera el de los sustitutos vulgares designados; debería establecerse la posible disposición en los casos en que viniere impuesta por la naturaleza de los bienes de que se trate (bienes fungibles, integración en el fideicomiso de una industria, con el consiguiente tráfico de bienes y mercancías, cartera de valores...); salvar la contradicción de la facultad dada al fiduciario para vender bienes de la herencia, a fin de percibir su legítima y su cuarta trebeliánica, con la consideración de ambas como *pars bonorum*.

G) La delación fideicomisaria (arts. 35 y 36 CDCB).

El art. 35 tan solo establece un plazo para la entrega de la herencia al fideicomisario si ha habido requerimiento; ¿qué ocurre si no lo ha habido? Aclarar que el plazo de 30 días para la entrega de la herencia empieza a correr desde el requerimiento del fideicomisario, pero queda interrumpido al presentarse la liquidación, empezando a correr de nuevo desde que la liquidación es aceptada y pagada o se resuelva la contienda judicial sobre la misma.

H) Fideicomiso de residuo (art. 37 CDCB).

Confirmar que la determinación de la cuarta inversa la podrán solicitar los fideicomisarios en cualquier momento; y que la cuarta inversa, una vez determinada, viene a ser una *pars bonorum*, no afectándola los incrementos o disminuciones de valor de los bienes que la integran ni sus posibles accesiones.

No quiero terminar este apartado sin poner de relieve que la modificación legislativa, en el marco de la sustitución fideicomisaria, no tiene carácter de urgencia, sino que se adscribiría dentro de una reforma de carácter general en materia de sucesiones, caracterizada por una mayor presencia de los principios y tradiciones jurídicas propias y que hiciera innecesario el continuo auxilio del Código civil como Derecho supletorio. Precisamente una reforma guiada por estos parámetros es en la que está trabajando actualmente la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear.

## **V.- LA EXTRAÑA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA SOBRE LA LEGÍTIMA: EL NUEVO JUGUETE QUE EL HADA DEL DERECHO HA PUESTO EN MANOS DE LA DOCTRINA.**

La ley 41/2003 de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad introdujo una importante novedad al modificar los arts. 782 y 808 Cc, permitiendo la constitución sobre el tercio de legítima estricta de una sustitución fideicomisaria, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. Se abría así una considerable brecha en el principio de intangibilidad de la legítima.

Nuestra Real Academia realizó un análisis de la mencionada ley –en particular en lo que respecta a su vertiente sucesoria– el cual fue publicado en el X Boletín con el título de “Medidas sucesorias a favor del descendiente con incapacidad”. Previamente, el Académico Jaime Ferrer Pons había publicado en la revista *Missèr* del Ilustre Colegio de Abogados de las Illes Balears un artículo sobre la materia titulado “La ley 41/03 y el Derecho civil balear”. En ambos trabajos científicos se expresaba la imposible entrada de tal sustitución en nuestro Derecho civil propio, por oponerse a la intangibilidad de la legítima, la cual constituye uno de nuestros principios sucesorios; si bien es cierto que, como tal principio, no está declarado expresamente en la Compilación, es evidente su deducción de los preceptos que establecen los *quantums* legítimarios, de los que se deduce el derecho de quienes acreditan legítima a percibir las cuotas señaladas en dichos artículos sin merma ni gravamen.

La noble aspiración de la reforma apuntada -tendente a la protección, de cara al futuro, de las personas con capacidad judicialmente modificada- determinó que la Comissió Assessoradora de Dret civil del Govern balear apuntara la conveniencia de introducir asimismo la figura reseñada dentro de nuestro Derecho. A tal efecto, se redactó un proyecto de ley de modificación de la Compilación, que ha hecho suyo el Govern, el cual, en lo que respecta al art. 49 de la misma, comienza por establecer el principio de intangibilidad de la legítima, para apuntar después la existencia de dos excepciones a dicho principio. La primera es la conocida *cautela socini*, reproduciendo el actual art. 49 de la Compilación; la segunda tiene el siguiente tenor literal:

*“2. Quan algún dels fills o descendents amb dret a llegítima hagi estat persona amb capacitat modificada judicialment, el testador pot establir una substitució fideicomissària sobre l'íntegra quota legitimària que correspongui d'acord amb l'article 42; són fiduciàries els fills o descendents amb dret a llegítima judicialment incapacitats i fideicomissaris els restants legitimaris per parts iguals, sens perjudici del dret de representació. En aquest supòsit els legitimaris no podran exercir la facultat que preveu l'apartat 1 d'aquest precepte encara que el testador l'hagi establerta.”* (Esta facultad es la opción del legitimario entre aceptar la disposición del testador o hacer suya la legítima libre de toda carga o limitación).

Los problemas técnicos que plantea esta extraña figura introducida por la ley estatal 41/2003 antedicha -y, con parecidas palabras, por el proyecto del Govern balear al que acabamos de referirnos- son numerosísimos, habiendo provocado el nuevo art. 808 del Código civil una amplísima literatura jurídica. Se ha tratado, en definitiva -recordando las famosas palabras de Ihering referidas a la posesión- de un nuevo y apasionante juguete que el hada del Derecho ha puesto en manos de la doctrina.

Dada la índole del presente trabajo no es posible realizar una exposición pormenorizada de dicha problemática, pero sí es mi propósito hacer una pequeña referencia a la misma, advirtiendo, de entrada, que mis comentarios se circunscriben al texto que figura en el proyecto de ley del Govern balear, que, en estos momentos, va siguiendo su *iter* parlamentario. Concretamente considero de especial interés los puntos que a continuación se analizan.

1.- Naturaleza jurídica de esta sustitución y su consecuencia: la no detracción de la cuarta trebeliánica.

Líneas atrás, al exponer las posibles reformas legislativas, se trataba de la división de los fideicomisos en universales (de herencia o de cuota here-

ditaria) y particulares, de los cuales el supuesto prototípico era el de legado. La sustitución fideicomisaria sobre la legítima constituye un fideicomiso particular, ya que no se constituye sobre la universalidad de la herencia ni sobre una cuota hereditaria (mitad, tercera parte, etc...) sino sobre una parte determinada de la misma: “l’íntegra quota legitimària que correspongui d’acord amb l’article 42”. Ello supone que, en ejecución de la disposición establecedora de tal sustitución, debe procederse a la determinación de la legítima, pasando a recaer la sustitución sobre los bienes que, a consecuencia de dicha determinación, la integren. En el caso de haber dispuesto el testador, o el heredero distribuidor, el posible pago de la legítima en metálico, la sustitución recaería sobre el capital resultante de la determinación de la legítima.

El hecho de tratarse de un fideicomiso particular arrastra una primera consecuencia, que es de vital importancia en el Derecho de Mallorca y Menorca: la no detracción de la trebeliánica. De la misma forma que en el fideicomiso de legado ello sería impensable, también lo sería en este caso, al recaer la sustitución sobre una parte determinada y concreta de la herencia. Aparte de ello, el perjuicio que se causaría a los legitimarios fideicomisarios sería evidente, ya que no solamente se les deferiría una legítima aplazada –no la percibirían hasta producirse la delación fideicomisaria– sino que, además, sería una legítima disminuida. No solamente se iría contra el principio de la intangibilidad cualitativa –dado el aplazamiento en su percepción– sino también contra el de intangibilidad cuantitativa. A pesar de su obviedad, posiblemente hubiera sido recomendable que ello se dijera en el texto del precepto obrante en el proyecto del Govern balear, a fin de evitar dudas y, posiblemente y en su día, reclamaciones judiciales infundadas.

2.- Su establecimiento a favor de las personas con capacidad judicialmente modificada.

El proyecto de ley balear ha seguido fielmente el modelo del Código civil que excluye otras posibles discapacidades como determinantes de esta situación. El establecimiento a favor de una persona incapacitada judicialmente se convierte así en una *conditio iuris* para disponer una sustitución de este tipo.

Se han suscitado diversas opiniones sobre el fundamento de este aserto. Desde la necesidad de fiscalizar, en nombre del incapaz, la sustitución, lo cual reservaría la misma para las personas a quienes se nombran tutores o curadores<sup>39</sup>, hasta la política legislativa de fomentar la incapacitación

---

39.- Herrero Oviedo Pertinencia de la sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado, pág. 289 y Díaz Alabart El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación pág. 24 y 25.

judicial para la debida asistencia de los que se encuentren en la situación correspondiente a la misma<sup>40</sup>. Realmente se está de acuerdo con Martín Meléndez,<sup>41</sup> quien afirma que la exclusión de los simples discapacitados obedece a querer reducir las posibilidades de exceptuar la aplicación del principio de intangibilidad de la legítima, pues el número de personas con capacidad modificada judicialmente es mucho menor que el de discapacitados. A esta misma conclusión llegó la Comisión académica de Derecho privado de nuestra Real Academia, que hacía este mismo razonamiento, añadiendo que, de extender la posibilidad de esta sustitución a quienes sufran una simple discapacidad, sería posible, dada la mejora de la asistencia sanitaria, que los restantes legitimarios no lleguen a percibir en vida lo que por legítima les corresponda<sup>42</sup>.

Puede suscitarse la cuestión de cuando ha de producirse la declaración de incapacidad del nombrado fiduciario. La *communis opinio*<sup>43</sup> considera que ello no sería necesario en el momento de disponerse la sustitución, pero sí sería absolutamente preciso al abrirse la sucesión, lo cual coincidirá con la muerte del fideicomitente. Ello en base, particularmente, a lo dispuesto por el art. 758 Cc<sup>44</sup>, precepto que sería también aplicable en nuestro Derecho. Puede darse el caso de que, al abrirse la sucesión, el proceso de incapacitación esté simplemente iniciado, sin que haya recaído todavía la sentencia declaratoria de la incapacitación. En este caso también la doctrina ha considerado que la sustitución podría ser eficaz, siempre que el proceso concluyera con la incapacitación del fiduciario<sup>45</sup>.

3.- ¿Es preciso que el fideicomitente haya dispuesto a favor del fiduciario con capacidad judicialmente modificada de la parte libre de la herencia?

Es obvio que esta especial sustitución que se viene estudiando tiene como finalidad exclusiva la protección del descendiente con capacidad

---

40.- Espejo Lerdo de Tejada, El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad pág. 137.

41.- Martín Meléndez Sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta pág. 63.

42.- Medidas sucesorias a favor del descendiente con incapacidad. Boletín X de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares pág. 118.

43.- Martín Meléndez, ob cit. pág.64 y Puig Ferriol "Protección del discapacitado: aspectos sucesorios" en Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados, pág. 294, entre otros.

44.- Art. 758 Para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate.

45.- Martín Meléndez, ob cit. pág. 65 y Diaz Alabart, ob cit. pág. 24 entre otros.

judicialmente modificada, velando por su futuro. Lo cual, en buena lógica, supone que el disponente no solamente le destina la parte libre de la herencia, sino que *además* establece una sustitución fideicomisaria sobre la íntegra cuota legitimaria. Pero es obvio que no tendría sentido que perjudicara a los demás legitimarios con el gravamen que supone el aplazamiento de la legítima, si la parte libre se dispone a favor de personas distintas del descendiente incapacitado. Antes de gravar la legítima con la sustitución, el testador podría y debería haber recurrido al cauce normal de dejar a aquél la parte libre de la herencia.

Como era de esperar, el tema ha suscitado fuertes debates en la doctrina que ha estudiado la sustitución del art. 808 Cc. Martín Meléndez<sup>46</sup> proclama sin ambages que sólo podrá constituirse la sustitución fideicomisaria cuando, además de su porción en el tercio de legítima estricta, todo el tercio de mejora y el de libre disposición se hayan atribuido al incapacitado, puesto que éste es lo que se deriva de la Exposición de Motivos de la Ley, según la cual, “se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, *pero sólo cuando ello beneficiare* a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado”. En la posición contraria se sitúan Albadalejo<sup>47</sup>, quien se basa fundamentalmente en el hecho de estarse ante una exigencia no proclamada específicamente en la ley, y Leña Fernández<sup>48</sup>, quien argumenta que el texto de la Exposición de Motivos de la Ley expresivo de que “tan solo podrá establecerse esta sustitución cuando *ello beneficiare* a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado”, debe interpretarse en el sentido de que la Ley exige solamente que la sustitución –y nada más, según resulta de la palabra “ello”– beneficie al incapacitado.

Una posición intermedia es la defendida por Díaz Alabart<sup>49</sup> para la cual el tercio de mejora ha de ir necesariamente y por completo al hijo o descendiente incapacitado, pero del tercio de libre disposición el testador puede disponer a su antojo, porque para eliminar totalmente la libertad de disposición respecto de dicho tercio tendría que haber una norma expresa y porque puede haber otros intereses necesarios de protección, como es el del cónyuge viudo.

---

46.- Martín Meléndez, ob cit. pág. 100.

47.- Albadalejo García, A vueltas con la sustitución fideicomisaria que grava a favor de un descendiente incapacitado la legítima estricta de los demás págs. 171 y 172.

48.- Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003 págs. 191 y 192.

49.- Díaz Alabart ob. cit. pág. 32.

Es evidente, de entrada, que en nuestro Derecho no caben matizaciones, relacionadas con el tercio de mejora, como la que se acaba de exponer. Meditando sobre la cuestión se impone primeramente la consideración de que sería un auténtico absurdo gravar la legítima con una sustitución y disponer de la parte libre de la herencia a favor de personas distintas del descendiente incapacitado. No me cabe duda de que los restantes legitimarios podrían impugnar la sustitución, que aparecería desprovista de fundamento. Pero, desgraciadamente, las cosas en Derecho no son siempre tan simples. Piénsese en el caso de que el testador establezca la sustitución de que se viene tratando y dispone de la parte libre en favor del cónyuge viudo –por encima de sus derechos legitimarios– a fin de cederle sus derechos sobre la vivienda conyugal, o que, simplemente, dispone a su favor de una parte de dicha porción libre.

Creo que estamos ante una situación tan compleja que no hay más solución que dejarla al arbitrio judicial. Si la ley dijera expresamente que toda la porción libre tiene que ser para el incapacitado, ello podría suponer perjudicar los intereses y no cubrir las futuras necesidades de ciertos familiares y, en especial, del cónyuge viudo. Ante la evidencia de que una regla legal en este sentido podría ser injusta, que sean los Tribunales, tras el examen atento de las peculiaridades de cada caso, quienes digan si son compatibles con la sustitución las disposiciones sobre la parte libre a favor de personas distintas del incapacitado. Y, para ello, deberán tener en cuenta, entre otras posibles consideraciones, las siguientes: el proyecto de ley balear no impone expresamente, como *conditio iuris* para establecer la sustitución, la obligación de dejar al descendiente incapacitado toda la parte libre de la herencia; el gravamen de la sustitución sobre la legítima tiene que tener una justificación que, en el presente caso, no puede ser otra que la de favorecer al incapacitado, pero pareciendo absurdo establecer dicha sustitución si había otros medios más *normales* para procurar dicho beneficio; y que excepcionalmente podrían ser admitidas las disposiciones sobre la parte libre a favor de persona distinta del incapacitado si son de escasa cuantía –en proporción al total de la herencia–, se realizan a favor de parientes próximos igualmente necesitados y se sitúan al lado de otras disposiciones sobre la parte libre a favor del hijo o descendiente incapacitado. En definitiva, que la sustitución no aparezca como un fraude a los legitimarios.

4.- ¿Puede el nieto con capacidad judicialmente modificada ser fiduciario de esta sustitución?

Dentro de los requisitos que estamos contemplando para que sea posible el establecimiento de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima se impone

ahora pasar a considerar la cuestión de si, junto a los requisitos ya vistos, debe exigirse el de que la persona con capacidad judicialmente modificada a quien se designa fiduciario de la sustitución sea legitimario del fideicomitente. De optar por la exigencia, es obvio que el nieto, viviendo el padre, no tiene la consideración de legitimario y, consiguientemente, no puede establecerse la sustitución a su favor.

La doctrina centrada en el Código civil ha estudiado ampliamente este supuesto. Martín Meléndez<sup>50</sup> considera que el nieto incapacitado podría ser fiduciario de esta sustitución aunque viva su padre y sea capaz de aceptar, aduciendo como argumentos el hecho de suponer dicha sustitución una mejora para el nieto, por lo que habría que aplicar la doctrina mayoritaria según la cual se puede mejorar a los nietos viviendo los padres; arguye también el tenor literal del art. 808 Cc, que habla de *hijos o descendientes* judicialmente incapacitados. Serrano García<sup>51</sup> opina, por el contrario, que un nieto incapacitado del fideicomitente no puede ser fiduciario viviendo su padre, alegando, entre otros argumentos, el carácter excepcional de la sustitución de que se trata, por lo que no puede extenderse a un caso distinto del contemplado, en el que se exige al fiduciario la condición de legitimario, siendo evidente que el nieto incapaz, viviendo su padre, no lo es. Albadalejo<sup>52</sup> señala –no sin razón– que si los descendientes que no sean legitimarios no pueden tener derecho alguno a la legítima, menos tendrán derecho a gravar la legítima estricta de los otros.

Centrada la cuestión en nuestro Derecho es oportuno partir de la base de que en el proyectado art. 49 se habla expresamente de “fills o descendets amb dret a llegítima”, con lo que se orienta la resolución de la cuestión hacia la consideración de que el nieto incapacitado, viviendo el padre, no es un descendiente con derecho a legítima, por lo que no sería factible establecer la sustitución fideicomisaria sobre la legítima en su beneficio. Piénsese en que la solución contraria podría suponer –al tratarse de una nueva generación– un considerable alargamiento del plazo durante el cual los fideicomisarios se verían privados del disfrute de la legítima.

5.- ¿Debe estar la legítima del fiduciario incapacitado incluida en la sustitución?

---

50.- Martín Meléndez, ob. cit. pág. 72.

51.- Serrano García Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003 pág. 469.

52.- Albadalejo García, ob cit. pág. 212.

Las palabras con que se expresan tanto el Código civil como el proyecto del Govern balear dejan poco lugar a las dudas. El primero habla de una sustitución *sobre el tercio de legítima estricta*, mientras que el segundo se refiere a una sustitución *sobre l'íntegra quota legitimària que correspongui d'acord amb l'article 42*. Es evidente que la interpretación literal de estos textos aboca a una sustitución sobre la íntegra legítima, sin deducir la parte correspondiente al incapacitado.

Sin embargo, en la doctrina centrada en el Art. 808 Cc, Martín Meléndez<sup>53</sup>, entre otros autores, rechaza tal posibilidad, entendiendo que la sustitución solo puede imponerse sobre la parte de la legítima estricta de los legitimarios no incapacitados. Argumenta fundamentalmente que en ningún lugar, ni a lo largo de la Exposición de Motivos de la Ley ni en los artículos modificados, se hace alusión alguna, directa ni indirecta, a que el incapacitado no perciba inmediatamente su legítima ni a que tenga que compensar a los legitimarios no incapacitados con la futura cesión de su legítima individual, considerando que si la finalidad de la ley es proteger al incapacitado, la interpretación de sus normas debe ser aquella que más le favorezca, es decir la que defiende que sobre su legítima estricta no puede recaer la sustitución sino que tiene que recibirla en plena propiedad el incapacitado. Precisamente Espejo Lerdo de Tejada<sup>54</sup> había indicado que recayendo la sustitución fideicomisaria sobre el total tercio de legítima no dejaría de producirse una compensación, pues, al tener lugar la delación fideicomisaria, recibirían los fideicomisarios un plus a añadir a lo que normalmente les hubiera correspondido, que sería la porción legitimaria del incapacitado.

Centrando la cuestión en nuestro Derecho, hay que partir del hecho de que las palabras empleadas en el proyecto de ley del Govern son rotundas, al dar la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria sobre *l'íntegra quota legitimària que correspongui d'acord amb l'article 42*. Es evidente que esta sustitución se configura sobre la íntegra (tal es la palabra empleada) cuota legitimaria, por lo que parece que el proyecto rechaza el juego de la voluntad del testador para excluir de la sustitución la cuota viril del legitimario incapacitado. Téngase en cuenta que estamos en el ámbito de la legítima, en el que la voluntad del testador viene condicionada por las disposiciones de la ley. Por ello, si está permitida excepcionalmente la sustitución sobre la íntegra cuota legitimaria, no podrá el testador –en base al principio de que quien puede lo más puede lo menos– establecerla, en caso de varios legitimarios no incapacitados, sobre la cuota viril de uno de

---

53.- Martín Meléndez, ob cit. pág. 97.

54.- Espejo Lerdo de Tejada, ob cit. págs. 142 y 143.

ellos y no hacerlo sobre la del otro, pues no sería de recibo una cuota viril gravada con sustitución y la otra libre, teniendo cada legitimario derecho a su legítima individual mediante la división a partes iguales de la total cuota legitimaria. Y, de la misma manera, no podrá tampoco excluir la cuota viril correspondiente al legitimario incapacitado. Posiblemente a lo más que podría llegar el fideicomitente en la sustitución sería a hacerla recaer sobre una parte alícuota de la legítima (la mitad, la tercera parte...) pero sin que ello implique desigualdades entre los legitimarios, incluido el incapacitado.

De ser ello así –y difícilmente una interpretación literal de la ley nos llevaría a otra conclusión–, es claro que tal sustitución no siempre será un beneficio para el incapacitado. Piénsese en una sucesión con dos hijos y uno de ellos incapacitado. ¿Qué es preferible para este último: disponer del sexto de la herencia que por legítima le corresponde en plena propiedad o de un tercio de la misma como mero fiduciario sin posibilidades de disposición? Ahora que aun se está a tiempo debería concretarse de manera definitiva este punto en el proyecto de ley.

#### 6.- La posible pluralidad de legitimarios incapacitados.

De entrada, hay que constatar que, al tratar del tema, tanto el art. 808 Cc como el proyecto de ley balear se expresan en plural. Los fiduciarios han de ser, según el Código civil, “los hijos o descendientes judicialmente incapacitados” y según el proyecto balear “els fills o descendents amb dret a llegítima judicialment incapacitats.” Para Martín Meléndez<sup>55</sup> el plural empleado por el legislador no vincula, por lo que la sustitución puede establecerse nombrando fiduciario a uno, alguno o a todos los hijos o descendientes judicialmente incapacitados. Pero, por el contrario, Puig Ferriol<sup>56</sup> señala que si hay varios descendientes judicialmente incapacitados, todos los incapacitados serán fiduciarios y todos los no incapacitados fideicomisarios.

En las dos normativas reseñadas parece que esta excepcional sustitución se impone sobre la legítima, en su integridad, y para una finalidad concreta, que no es otra que el beneficio de los legitimarios incapacitados; por lo que no se acaba de ver, en principio, la posibilidad de excluir a uno de ellos de los beneficios de la sustitución. Es cierto que no todas las incapacidades son iguales y que las minusvalías pueden ser de distinto grado; pero si la situación de discapacidad ha llegado al extremo de convertirse en incapacitación judicial es por la gravedad de la situación; razón por la cual no parece lógica

---

55.- Martín Meléndez, ob cit. pág. 67 y siguientes.

56.- Puig Ferriol, ob. cit. pág. 281.

la exclusión de alguno de los legitimarios incapacitados. Otra cosa es que, en el caso de ser las incapacidades de distinto grado, el testador pueda adjudicar bienes en mayor o menor medida a uno u otro legitimario incapacitado, pero siempre extrayéndolos de la parte libre de la herencia.



# XIII.- 1. C) LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA, EN EL LIBRO I Y II CDCIB , A LA LUZ DE SUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

**María Pilar Ferrer Vanrell**

*“En recuerdo a la añorada amiga, Dra. Luz Zaforteza de Corral, autora de una obra imprescindible en esta materia, El Fideicomiso en el Derecho Civil de Mallorca y Menorca, que fue su tesis doctoral”.*

## SUMARIO

Prólogo

I. EL CONCEPTO DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA A PARTIR DE SUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS. SU EVOLUCIÓN.

2. Orígenes de la sustitución fideicomisaria en Mallorca.

3. La sustitución fideicomisaria familiar

3.1. Su funcionamiento

3.2. El elemento propio de la sustitución fideicomisaria: la condición.

II. LA CLÁUSULA *SI SINE LIBERIS DECESSERIT* EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

1. Su naturaleza jurídica.

1.1. La cláusula *si sine liberis decesserit* y la problemática de los hijos *positi in conditione*.

1.1.1. ¿*Filii positi in conditione* ostentan el título de fideicomisarios?.

- 1.1.2. La *regla filii in conditione positi non censentur vocati*.
- 2. Criterio de la Tradadística del Derecho Intermedio.
  - 2.1. Las conjeturas en la doctrina de los Doctores.
  - 2.2. El criterio de las conjeturas en Mallorca
    - 2.2.1. *L'acte de Corts* de 1510. Su vigencia
    - 2.2.2. ¿*l'Acte de Corts* de 1510 era aplicable en Mallorca?
    - 2.2.3. La excepcionalidad conjetural en la etapa codificadora y compiladora.
- 3. El cumplimiento de la condición. Sus efectos.

### III. DERECHOS Y DEBERES EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.

- 1. Derechos y deberes del fiduciario.
  - 1.1. Obligaciones del fiduciario.
  - 1.2. Derechos del fiduciario.
  - 1.3. Derechos y deberes del fideicomisario.
- 2. La *quarta* Trebeliánica.
  - 2.1. Precedente histórico de la *quarta* trebeliánica.
  - 2.2. Análisis del art. 29 CDCIB.

### IV. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO.

- 1. Fideicomiso de residuo.
  - 1.1 Libertad dispositiva del fiduciario.
  - 1.2 Derechos y deberes del fiduciario y del fideicomisario.
- 2. La cuarta inversa.
  - Disposiciones legales: arts.25 a 37 CDCIB.

## PRÓLOGO

El tema propuesto por el Presidente, Sr. Masot, para su estudio por parte de la Comisión Académica de Derecho Privado sobre las sustituciones fideicomisarias, se nos puede antojar que la institución está en desuso y que debe pasar *ad maiorem Dei gloriam*, en frase ignaciana. A mi modesto entender creo que esta institución tiene fácil reciclaje y puede ser aprovechada para dar

solución a situaciones actuales concretas en materia de sucesiones. Debemos agradecer al Presidente que se decantara por el estudio de esta materia.

En primer lugar, ha resultado de una extraordinaria claridad la ponencia que ha presentado el Presidente sobre una materia que no lo es, y que requiere una buena dosis de estudio. Y, especialmente, suscribo la adaptación de la figura a las situaciones actuales que demandan solución, como es la de los hijos con capacidad modificada judicialmente, en el ámbito sucesorio, con la finalidad que los padres puedan dejarlos acomodados durante su existencia.

Esta propuesta de adaptación de la figura la extendería a la constitución de un fideicomiso de residuo, manteniendo la cuarta inversa, donde el fiduciario fuera el hijo con capacidad modificada judicialmente y el fideicomisario tuviera varias opciones: o bien fuera el hijo que se quiere encargar del cuidado del fiduciario; o bien pudiendo incluso disponer de la cuarta inversa, los fiduciarios fueran todos los hijos. Esta figura se podría combinar, incluso, con la definición de los hijos a los derechos legitimarios (es decir a su suplemento); esta opción permitiría no tener que hacer uso de una sustitución fideicomisaria sobre la legítima.

También agradecer el estudio comparado que nos ha ofrecido, el Académico, Sr. Jiménez que es sumamente ilustrativo.

Esta comunicación sólo pretende una pincelada sobre la institución que se practicó, principalmente en Mallorca, asentada en sus raíces históricas, que la hacen más comprensible. Como también, abogar por el mantenimiento de dos figuras; por una parte los hijos puestos en condición, que fue la de más tradición en el derecho mallorquín. Y por otra, el fideicomiso de residuo.

La razón la encontramos en que ambas figuras pueden dar respuesta a situaciones que requieren, en la actualidad, una mayor dosis de soluciones, como antes he apuntado.

a) El fideicomiso de residuo puede prestar solución al cónyuge viudo y a los hijos con capacidad modificada judicialmente (como ya he indicado), para acomodarlos a uno y a otros mientras vivan.

Para estos casos, se podría crear una figura, parecida al antiguo Consejo de Familia, a elección del fideicomitente, para asegurar la necesidad y la idoneidad de otorgar actos de disposición sobre los bienes fideicomitados. En el bien entendido que, si el fideicomitente quiere prescindir de nombrarlo será el cónyuge viudo o el tutor del hijo o nieto con capacidad modificada

judicialmente, quien determinará los actos de administración y disposición a realizar para el cumplimiento de la finalidad.

Si se nombra tal Consejo, en los supuestos de hijos o descendientes con capacidad modificada judicialmente, el tutor siempre debería formar parte.

No podemos más que reconocer que la figura del usufructo con poder de disposición también otorga, al cónyuge viudo, la misma seguridad que el fideicomiso de residuo.

b) Por otra, la figura de los hijos puestos en condición, es una solución para quienes no quieren que sus bienes pasen a otra rama. Es una forma indirecta de conservar una cierta troncalidad.

Es un mecanismo jurídico para los matrimonios que no tienen hijos y cualquiera de los cónyuges no quiere que los bienes de su familia pasen a la familia de su consorte, sino que vuelvan a ciertos parientes.

## **I. EL CONCEPTO DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA A PARTIR DE SUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS. SU EVOLUCIÓN.**

La aproximación al concepto de sustitución fideicomisaria la abordaremos desde la interpretación histórica del Derecho de Mallorca, donde regía su *Derecho Estatutario* y como supletorio, el *ius commune*. No podemos acometer su estudio sin el conocimiento de la evolución de la institución en el derecho histórico para proceder a su interpretación e integración, al ser la tradición jurídica encarnada en las antiguas “leyes, jurisprudencia y doctrina” el criterio de aplicación que determina la Compilación (art.1.2). La interpretación y, especialmente, la insuficiencia normativa en la materia que nos ocupa, debe integrarse desde dentro del propio sistema jurídico antes que acudir a un mecanismo externo como es la aplicación supletoria del derecho estatal (art. 1.3 *in fine*).

Los fideicomisos tienen su origen en el Derecho romano. Para D’ORS (*Derecho...*, nº 323, p. 378) “el *fideicomisum* es un encargo que una persona, llamada fideicomitente, deja a otra, llamada fiduciario, que de algún modo va a adquirir algo a consecuencia de la muerte de aquél, para que entonces lo cumpla, dentro de los límites de su adquisición y en provecho de un tercero llamado fideicomisario”. El fideicomiso no sigue el sistema estricto de los *legata*, sino mucho más libre por tratarse de un encargo con fundamento en la *fides*. Legado y fideicomiso, en el transcurrir del tiempo, se funden;

es a partir de Justiniano, con el objetivo de que prevalezca la voluntad del testador, que se entiende que los legados se han igualado a los fideicomisos, *per omnia ex aequata sont legata fideicommissis*.

En el Derecho Romano se distinguió la *hereditas* del fideicomiso, porque el heredero no perdía su condición, entendiendo que el fideicomisario actuaba *hereditas loco*, como un *quasi heres*. En esta sustitución se fundamentaron los postglosadores para construir la sustitución fideicomisaria que “el heredero entra en la herencia de un modo efectivo y verdadero, permaneciendo en el goce de ella durante un cierto tiempo o hasta que se cumpla una determinada condición, debiendo después restituirla al substituto” (ver la evolución en IGLESIAS, *En torno a...*, pp.12 y ss).

El fideicomiso puede supeditarse por el fideicomitente “a la no adquisición por parte de otro fideicomisario (sustitución vulgar), sino a la muerte de otro adquirente, incluso haciendo llamamientos sucesivos, todos ellos supeditados por una condición o un término, generalmente el *dies* de la muerte del adquirente anterior (sustitución fideicomisaria)” (D’ORS, *Derecho...*, nº 326, p. 380); este tipo de fideicomiso es el punto de partida del *fideicommissum familiae relictum*, que se generalizó a partir de la Edad Media, porque en este momento se entrelazan las influencias feudales y germánicas, propias del *ius commune*. El fideicomiso condicional queda impregnado de un importante carácter familiar que califica esta sustitución fideicomisaria, que es distinta a la sustitución romana, que se refiere a la sustitución directa nombrando un substituto para el caso que el primero no llegue a adquirir la herencia. El testador vincula los bienes hereditarios (en todo o en parte) a un *ordo successivus* de restitución dentro de la familia.

La característica de la sustitución fideicomisaria se encontraba en la *restitutio* al atribuir al fideicomisario la condición de *heres*. Esto supone que el fideicomisario no sustituye al heredero (que es propio de la sustitución vulgar), sino que entra después del heredero, en su misma posición.

Esta sustitución si es pura, es inmediata; si se condiciona, entra el *ordo successivus* de substituto que entra después del instituido en la herencia. La sustitución fideicomisaria más importante se basa en el *fideicommissum familiae relictum*, que fue objeto de tratamiento específico por la Tradística del *ius commune*; y una de las cláusulas condicionales más frecuentes, es la sometida a *si si sine liberis decesserit*.

En la sustitución fideicomisaria el causante pretende una sucesión sucesiva, esto la distingue del supuesto en que el testador establece una

sustitución vulgar, donde el sustituto de segundo o ulterior grado entrará en la herencia para el caso de no llegar a ser heredero el que ha sido nombrado preferentemente por el testador.

## 2. Orígenes de la sustitución fideicomisaria en Mallorca.

El sistema sucesorio, en Baleares, desde la recepción del *ius commune*, se organiza según los principios de la *successio* romana, con la excepción de alguna institución propia de nuestro *Derecho Estatutario o Municipal*, como la *diffinitio*, o el *pactum de succedendo* practicado por medio de la “donación universal de bienes presentes y futuros” (véase mi comentario en los temas 26 y 37 de esta obra); estas instituciones eran claramente contrarias al Derecho Romano, aunque se practicaron en nuestro territorio al estar legitimadas por *iura propria*.

Es así que las sustituciones fideicomisarias en Mallorca tuvieron su anclaje en los principios romanos del *fideicommissum familiae relictum*, como ocurrió en Cataluña (donde, en opinión de IGLESIAS, la sustitución fideicomisaria “en el curso de los tiempos haya sido llevado a una peculiar formulación” *En torno...*, p. 33).

La finalidad de la sustitución fideicomisaria familiar era el mantenimiento de los bienes en la familia, para sostener, lo que vino en llamarse por la Tradadística del Derecho Intermedio, “el lustre y prestigio de la casa” (que repite RIPOLL Y PALOU, *Memoria...*).

En materia de sustituciones, en el Tratado manuscrito *De Arte Notariae Tractatus*, 1714 de Antonio MOLL (ZAFOTEZA, MUT Y OLIVER, *Tratados...*, p.762), en la parte dedicada al “Tratado de las últimas voluntades según el estilo de notaria”, la cuestión primera “*De la substitución*”, dice: “la substitución es, así pues, segunda institución condicional. Se dice substitución porque se pone bajo institución, pues la institución es de primer grado y la substitución, por más que sea centésima, siempre se dice de segundo grado. Se dice “condicional”, porque cumplida la condición es lo mismo que la institución” (cap.1º); sigue explicando (en el cap 2º) que la substitución es de dos clases, la directa y la oblicua (precaria o fideicomisaria) “la oblicua es aquella por la que alguien toma la herencia no por si mismo, sino mediante otro, como <a Tal instituyo mi heredero y cuando quiera que muriera sin hijos varones legítimos y naturales, instituyo y hago mi heredero a Tal> (...). El efecto de esta substitución es que admite al substituto en todos los bienes del testador, detraída la quarta, y si es hijo, también la legítima (...). Esta clase de substitución expira y se desvanece adviniendo la condición puesta

por el testador, por ejemplo si, por una parte falleciera con hijos el primer instituido, o por otra, si el substituto premuere al instituido, o si el testamento falla y no vale (...).”.

La distinción de conceptos, a la que antes hemos hecho referencia, entre fideicomisos y las sustituciones fideicomisarias, se define en el Códice 190 *De Notaria* de 1719, que se conserva en el Archivo del Reino de Mallorca, en sus folios 4v. y 5r que los distingue en estos términos: “que cosa es la substitución fideicomisaria? es una total o parcial restitución de los bienes del testador, que el fiduciario debe hacer precisamente al fideicomisario. Que cosa es fideicomiso?. Es un derecho de suceder en los bienes dexados con la condición de que se conserven íntegros en la familia, para que los lleve y posea el que nombra el testador”.

La distinción radica en que el fideicomiso persigue la conservación de todos los bienes dentro de la familia; mientras que la substitución fideicomisaria tiene como finalidad la transmisión de los bienes del heredero fiduciario al substituto; en realidad la auténtica distinción hay que hallarla en la voluntad del testador, ya que si el testador dispone de sus bienes mediante la incorporación de una cláusula de substitución fideicomisaria “lo que suelen querer los testadores es...:beneficiar *en todo caso e irrevocablemente* al instituido con el goce de la herencia, pero no atribuirle la propiedad definitiva de la herencia *sino en el caso de morir con hijos*”, (GONZÁLEZ PALOMINO, *Enajenación...*, p.916).

La verdadera distinción estaba en que el fideicomiso “supone vinculo, normalmente perpetuo, la substitución fideicomisaria no” (en opinión de ZAFORTEZA DE CORRAL *El Fideicomiso...*, p.38, esta afirmación que hace la autora va referida a la situación anterior a la prohibición por el Cc. de perpetuidad).

La substitución fideicomisaria que se practicó en nuestro territorio “se diferenciaba radicalmente de los mayorazgos y vinculaciones castellanias”, (RIPOLL Y PALOU *Memoria...*, p.35), ya que, “con respecto á las sucesiones, punto el más capital y el más importante de nuestro Fuero, rige en toda su integridad la ley romana, y por cierto no hay ejemplo de que una sola vez se haya puesto en duda ni de que la misma ley haya dejado de respetarse en los fallos de los Tribunales. Por el contrario, el Supremo de Justicia, el primero en el orden jerárquico y á cuya jurisprudencia vienen subordinados todos los demás del Reino, tuvo ocasión de proclamar esta verdad, en la fecha reciente de 12 de Octubre de 1868, repitiéndola, aunque en forma incidental, en su decisión posterior de 12 de Noviembre de 1872; y siendo esto así, no sería posible que la misma ley fuese modificada sin honda perturbación

y sin producir lamentable desastre en nuestra vida civil”, justificaba, así, el redactor de la *Memoria* de las instituciones que se debían conservar, la distinción de las sustituciones fideicomisarias practicadas en Mallorca, de las castellanas.

El término “sustitución” no es suficiente para determinar su significado; es importante saber a qué tipo de sustitución nos referimos para aplicar su regulación; y esta sustitución a la que hacemos referencia es la fideicomisaria en la que el sustituto, que es heredero fideicomisario, es llamado para cuando otra persona, que es heredero (fiduciario) antes que él, deba hacer tránsito, de los bienes que ha recibido del fideicomitente en fideicomiso, porque se ha cumplido la condición,

Desde la época codificadora donde, en la propuesta de Apéndice al Código General que redacta RIPOLL, en la *Memoria de las instituciones que se debían conservar*, hace una leve alusión a los fideicomisos en el art. 5, después de regular en los arts. 3 y 4 la materia de los hijos puestos en condición, que tan generalmente fue practicada en Mallorca; los términos de la propuesta del citado art. 5 fueron, “el sucesor fideicomiso, ó el que lo sea á una sustitución de la misma clase, no puede entrar en la posesión del fideicomiso ó de la sustitución, sin haber procedido...”. En los Proyectos de Apéndice posteriores ya no se vuelven a mencionar los fideicomisos, sino simplemente la sustitución fideicomisaria. Así en el Proyecto de Apéndice de 23 de febrero de 1903, la Sección 2ª del Título III, titula “De las sustituciones fideicomisarias”; en la Sección 1ª hay una referencia en el art. 15, también a las sustituciones fideicomisarias, donde se enumeran los negocios jurídicos en los que pueden ordenarse (“en testamento o codicilo indistintamente”). En el Proyecto de Apéndice de 21 de junio de 1921 (informado por el Colegio de Abogados de Palma), en la sección 2ª del Título III, titula (también) “De las sustituciones fideicomisarias”; en la Sección 1ª, el art. 14 se redacta en los mismos términos que el anteriormente citado art. 15. El Proyecto de Apéndice de 1949, titula la Sección 2ª del Título Tercero “De las Sustituciones Fideicomisarias”; el art. 16, de la Sección 1ª es el equivalente a los anteriores 15 y 14 citados, aunque el art. 24 amplía los negocios jurídicos donde se puede ordenar la sustitución fideicomisaria. En el Proyecto de trabajo por la sección especial de la Comisión General de codificación el art. 39 (Sección Tercera del Capítulo III del Título Tercero), ya introduce el calificativo de “familiar” a las sustituciones fideicomisarias (“en las sustituciones fideicomisarias familiares...”). Estos términos pasan al art.24 del Proyecto elevado por el Ministro de Justicia al Consejo de Ministros el 12 de agosto de 1960.

Antes de la publicación de la Compilación de 1961, PASCUAL GONZÁLEZ definió la sustitución fideicomisaria como “una institución de heredero con prohibición de disponer de la herencia que ha de ser sustituida o entregada a otra persona. Puede disponerse pura o condicionalmente” (*Derecho Civil...*, p. 245).

La originaria Compilación de 1961 en su art.25 utiliza los mismos términos que el art. 24 de su Proyecto “en las sustituciones fideicomisarias familiares...”; en estos artículos, se hace referencia a dos clases de sustituciones, las familiares, y las no familiares, dando un tratamiento distinto respecto de las sustituciones, ya que en la familiar permite llamamientos hasta la segunda generación, sin limitación de número, en tanto que las no familiares sólo permite dos llamamientos.

El origen documentado de la sustitución fideicomisaria, en el Reino de Mallorca, de las que se tiene noticia (no se conserva, en los Archivos de Mallorca, ninguna anterior al siglo XV), son del siglo XV, ya que parece que la primera es de 31 de diciembre de 1414 (ÁCV 2799), (consultar P. de MONTANER y A. MOREY, en *Notas...*, pp 71 a 86; y ZAFORTEZA DE CORRAL, *El Fideicomiso...*, cit., p.46).

De los protocolos notariales conservados en el Archivo del Reino de Mallorca, y las Alegaciones Jurídicas, hasta nuestros días se podría distinguir dos etapas (siguiendo a ZAFORTEZA DE CORRAL, *El Fideicomiso...*, cit. p. 46): 1) La primera comprendida entre el siglo XV hasta el siglo XVIII; 2) la segunda desde el siglo XVIII hasta nuestros días.

En la primera etapa, el tipo predominante es el de la sustitución fideicomisaria con cláusula *cum liberis* y sólo en su defecto *si sine liberis*; en esta etapa las sustituciones fideicomisarias se caracterizan por ser perpetuas aunque, en aplicación del Derecho Romano, vigente en Mallorca como derecho supletorio, la Novela 159, cap.2 y 3 de Justiniano limitó las sustituciones hasta el cuarto grado; aunque, hasta la ley de 11 de octubre de 1820 (que suprimió las vinculaciones, art.1) coexistieron ambas, las perpetuas y las temporales, pasando la limitación de la Novela 159 al art.20 del Proyecto de Apéndice de 1903; al art.21 del Proyecto de 1921, y al art.23 del Proyecto de 1949. Estas sustituciones conllevaban la prohibición absoluta de enajenar y no poder realizar ninguna detracción de la herencia, ni las legales. En la segunda etapa, con gran influencia de la política desamortizadora del siglo XIX, las sustituciones fideicomisarias que se practican son las que incluían la cláusula *si sine liberis*, que tienen como característica importante la de ser menos vinculantes.

### 3. La sustitución fideicomisaria familiar.

La vigente Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears, fruto de la reforma por DL 79/1990, en el Libro I, para Mallorca y por la remisión del art. 65 del Libro Segundo, también aplicable a Menorca, dedica dentro del capítulo III “De la sucesión testada” (del Título II “De las Sucesiones”), la Sección 2ª a la Sustitución fideicomisaria. Esta Sección comienza con el art. 25, que no define la sustitución fideicomisaria, y mantiene los mismos términos que el art. 25 de la originaria de 1961. COLL CARRERAS (*Comentarios al CC y...*,p.564), al comentar el vigente art. 27 CDCIB a la luz de sus precedentes romanos plasmados en los Proyectos de Apéndice, argumenta que el fideicomiso condicional “ha dado carta de naturaleza a la sustitución fideicomisaria, porque la “expresión fideicomiso” ha sido beligerante en el Derecho balear y catalán, y no en el Código civil; así “el fideicomisario que muera ‘antes de que la condición se cumpla’ no transmite derecho alguno a sus sucesores, se está tratando de la sustitución fideicomisaria, es decir del fideicomiso condicional, entendido (...) que el fallecimiento del fiduciario constituye la condición suspensiva en función de cuyo cumplimiento podrá operarse la adquisición del patrimonio fideicomitado por el fideicomisario”.

Precisamente el Código civil distingue la posición del fideicomisario en función de si la sustitución fideicomisaria es condicional o pura; el Código Civil para la sustitución fideicomisaria pura, su art. 784 determina que “el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario” por lo que “pasará a sus herederos”. Se contrapone a la regulación balear (art.27 CDCIB) por su carácter de condicional, que exige para la adquisición de los bienes fideicomitados que sobreviva al fiduciario (en línea con el art. 759 Cc, para el fideicomisario condicional), y sólo tiene una expectativa en tanto la condición no se cumpla; queda a salvo cuando el testador hubiese dispuesto, para este caso, una sustitución vulgar (art. 27 CDCIB “pero el testador puede, para tal supuesto, ordenar una sustitución vulgar en fideicomiso, en cuyo caso ocuparán los designados el lugar que hubiere correspondido al fideicomisario sustituido”).

En definitiva, no trataremos del fideicomiso, como mero ejecutor de la voluntad del testador consistente en entregar los bienes al fideicomisario por medio del fiduciario, cuyo contenido se limita a realizar el encargo del fideicomitente, basado en la fiducia. En Baleares se practicó la sustitución fideicomisaria, que es un fideicomiso condicionado a la muerte del fiduciario, en la que éste tiene la condición de heredero. Cumplida la condición, la muerte del fiduciario, el fideicomisario adquirirá los bienes fideicomitados. Por el contrario en Cataluña, la Compilación de 1960 reguló el fideicomiso

puro y la sustitución fideicomisaria (arts. 162 y ss. ); el Código de Sucesiones de Cataluña, aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre, suprimió de su regulación el fideicomiso puro, en la EM del citado CS lo justifica diciendo “a) se suprime la figura del fideicomiso puro, con lo cual se consigue una notable simplificación de la institución”; mantiene la regulación de la sustitución fideicomisaria, con modificaciones, y se justifica el mantenimiento de esta institución “por razón de su importancia histórica y del gran número de fideicomisos aún vigentes, y porque sin ella quedaban faltos de cobertura legal los fideicomisos de residuo y las sustituciones preventivas de residuo, aún hoy frecuentes”.

Clases de sustitución fideicomisaria. El art. 25 CDCIB divide la sustitución fideicomisaria en dos clases: 1) La familiar y 2) la no familiar (art.25).

En Mallorca la sustitución fideicomisaria que se practicó, de forma generalizada, fue la familiar y dentro de ella la condicionada por la cláusula *si sine liberis decesserit*. Es la que se ha mantenido en el art. 28, haciendo referencia a la condición de morir sin hijos para que despliegue sus efectos la sustitución; a la vez que interpreta la cláusula de estos llamados hijos puestos en condición.

La sustitución fideicomisaria familiar ha tenido, históricamente, tres formas de presentarse:

1) La sustitución fideicomisaria *cum liberis decesserit*; por la que el testador establece una cláusula determinando una sustitución para el supuesto que el heredero fallezca con hijos. Este tipo de sustitución pretendía una fuerte vinculación de los bienes dentro de la familia, generalmente regía el principio de primogenitura y masculinidad, quedando establecida con todo un *ordo successivus*. El testador vinculaba los bienes relictos a la familia con un orden de restitución sucesivo.

2) La sustitución fideicomisaria con la cláusula *si sine liberis decesserit*, en la que el testador nombra sustituto para el caso que el heredero fallezca sin hijos. La finalidad era evitar que los bienes salieran de la familia. A diferencia de la sustitución *cum liberis*, el testador, en este caso, no pretendía una fuerte vinculación. Esta cláusula es la que se ha mantenido en la Compilación.

3) La sustitución fideicomisaria como combinación de las dos anteriores, es un tipo de sustitución que, en opinión de ZAFORTEZA DE CORRAL no era frecuente, y que “se encuentra en un supuesto en Digesto 36.1.62.pr (Scaev.4 resp.)” (*El fideicomiso...*, p. 46).

Al ser la sustitución fideicomisaria familiar la de más arraigo en Mallorca y especialmente la dispuesta con cláusula *si sine liberis decesserit*, le dedicaremos, más adelante, buena parte de este estudio al art. 28 CDCIB.

### **3.1. Su funcionamiento.**

El art. 25 dispone que las sustituciones fideicomisarias familiares sólo “tendrán eficacia los llamamientos sucesivos de fideicomisarios a favor de personas que no pasen de la segunda generación”; en tanto que las “que no sean familiares sólo podrán hacerse dos llamamientos”; permitiendo un número ilimitado de llamamientos cuando se hagan “a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”. Este artículo sigue la redacción de la originaria Compilación de 1961, que aclaró la controversia entre grado y llamamiento o grado y generación (ver COLL CARRERAS, *Comentarios...*, p. 548).

La limitación del art. 25 distingue según se trate de sustitución fideicomisaria familiar o no familiar. Limita los llamamientos, a) si la sustitución fideicomisaria es familiar, el fideicomitente puede hacer tantos llamamientos sucesivos a parientes, como estime oportuno, mientras no pase de la segunda generación, esto es del segundo grado; (en el derecho Romano el límite era el cuarto grado, Justiniano, Novela 159). b) Si la sustitución fideicomisaria no tiene el carácter de familiar, el fideicomitente sólo podrá hacer dos llamamientos.

**1) Sujetos y capacidad exigida.** Los sujetos en la sustitución fideicomisaria son, el fideicomitente, que es quien ordena su sucesión mediante el llamamiento de unos herederos en un orden sucesivo; el heredero fiduciario, que es el primer heredero instituido, y deberá transferir los bienes al siguiente heredero, que es el fideicomisario, que siguiendo el *ordo successivus* será a la vez, si así lo ha dispuesto el fideicomitente, fiduciario respecto del siguiente llamado sucesivamente, dentro de los límites del art. 25 CDCIB.

La capacidad del fideicomitente para ordenar su sucesión mediante sustitución fideicomisaria estará en función de la capacidad que se exige en el negocio en el que se ordena, que puede ser *inter vivos* o *mortis causa*.

El fiduciario, que es el sujeto llamado como heredero en primer lugar, deberá tener la capacidad para ser heredero testamentario, contractual, o intestado (si se dispone en codicilo) del fideicomitente y la capacidad propia del negocio donde se ordena, cuando así se determine legalmente (ex art.12 CDCIB, en relación al art. 13.1 CDCIB).

El fideicomisario, o heredero sucesivo, que adquirirá los bienes del fiduciario, también necesita ostentar la capacidad propia para suceder cuando se cumpla la condición.

**2) Negocio constitutivo.** La voluntad del fideicomitente de establecer su sucesión mediante una sustitución fideicomisaria implica que debe disponerla en el negocio jurídico idóneo para ello. El art. 25 no determina los negocios jurídicos que son aptos para establecer la sustitución fideicomisaria.

En el art. 15 del Proyecto de Apéndice de 1903; en el art. 14 del Proyecto de Apéndice de 1921; y en el Proyecto de Apéndice de 1949, en su art.16, disponía que las sustituciones fideicomisarias podían ordenarse en testamento o codicilo; en el bien entendido que en el Capítulo De las Donaciones, permitían establecer sustituciones fideicomisarias mediante la donación universal de bienes presentes y futuros.

La vigente Compilación no regula, en sede de sustitución fideicomisaria, los negocios aptos para establecerla; ahora bien, distintas instituciones indican la posibilidad de ordenar la sucesión mediante sustitución fideicomisaria; así puede disponerse en testamento (art. 18.2 y 3 CDCIB y art. 21 CDCIB); en donación universal de bienes presentes y futuros (arts. 12.2 y 13.1 de CDCIB), y en codicilo (el art. 17 CDCIB dispone que en codicilo se pueden establecer las sustituciones “fideicomisarias y las preventivas de residuo”). Si se establece una sustitución fideicomisaria en codicilo sólo cabe que el disponente designe fideicomisario o fideicomisarios al heredero testamentario, o al heredero intestado (para su estudio ver comentario de VILA RIBAS, al art. 17 CDCIB del Tema 11 en esta obra); porque el propio art. 17 CDCIB prohíbe instituir heredero en codicilo. También puede establecerse, en las condiciones del art. 18 CDCIB, por el heredero distribuidor la sustitución fideicomisaria.

**3) Funcionamiento de la sustitución fideicomisaria.** El efecto que persigue la sustitución fideicomisaria, es que a la muerte del fiduciario los bienes dejados por el fideicomitente pasen al fideicomisario, con las deducciones exigidas por la ley (art. 30 CDCIB); además de poder detraer la cuarta trebeliánica (art.29 CDCIB) si ha practicado inventario, salvo que lo haya prohibido el fideicomitente; y si es legitimario, también podrá detraer su porción legitimaria. Esta sucesión tendrá la extensión que haya dispuesto el fideicomitente dentro de los límites del art. 25 CDCIB; para evitar repeticiones, se expondrá al analizar la cláusula *si sine liberis decesserit*, al ser la que se ha practicado, mayoritariamente en Mallorca, como ya hemos advertido anteriormente.

### **3.2. El elemento propio de la sustitución fideicomisaria: la condición.**

El art. 27 determina que el fideicomisario que fallezca antes de que se cumpla la condición, no transmite derecho alguno a sus herederos salvo que el fideicomitente haya ordenado una sustitución vulgar. Es el art. 26 que dice “la sustitución fideicomisaria implica siempre la vulgar”, aunque son distintas la fideicomisaria y la vulgar. La distinción queda clara si decimos que en la sustitución vulgar el llamado como sustituto lo es para el caso “*si heres non erit*”; por el contrario, la sustitución fideicomisaria se produce “*si heres erit*”.

La sustitución fideicomisaria supone un llamamiento sucesivo por el testador imponiendo una sucesión de herederos respecto de la herencia del fideicomitente, tal como éste ha dispuesto para cuando se cumpla la condición o llegue el término. Es la diferencia con la sustitución vulgar, ya que ésta se ha previsto para el caso que el llamamiento preferente se frustre.

#### **a) El ordo successivus como característica del al sustitución fideicomisaria.**

Como hemos indicado, anteriormente, la sustitución fideicomisaria que se practicó en Mallorca y que la vigente Compilación regula, es la evolución del fideicomiso condicional, cuya condición implícita es el fallecimiento del fiduciario, *certus an incertus quando*; cumpliéndose la condición suspensiva dará lugar a la adquisición por el fideicomisario de los bienes fideicomitados.

En definitiva, lo característico de la sustitución fideicomisaria es el llamado *ordo successivus*, que implica que el fideicomisario, como llamado según el citado orden, entrará en la herencia después del instituido heredero fiduciario, al cumplirse la condición. *Pendente conditione* el fideicomisario tiene una expectativa de derecho a ser llamado a adir los bienes fideicomitados para un momento incierto (STSJIB de 12 de marzo de 2003, FJ 3º). Por esto, si el llamado como fideicomisario premuere al fiduciario se frustra su derecho (“no transmite derecho alguno a sus herederos”, art. 27 CDCIB); este artículo 27 de la Compilación añade que, si esto se produce, “el testador puede, para tal supuesto, ordenar una sustitución vulgar en fideicomiso, en cuyo caso ocuparán los designados el lugar que hubiera correspondido al fideicomisario sustituido” (ver el comentario al art. 27 CDCIB, COLL CARRERAS, *Comentarios...*, p. 562 y ss).

#### **b) La función del sustituto vulgar en el art. 26 y 27 CDCIB.**

¿Cómo se conjuga la sustitución fideicomisaria con la vulgar?. La conjunción de los artículos 26 y 27 CDCIB deben interpretarse en el sentido

que si el fideicomitente ha previsto un sustituto vulgar al fideicomisario (art. 27, segundo inciso), para el supuesto que éste premuera al fiduciario, éste llamado expresamente por el causante como “sustituto vulgar en fideicomiso”, se colocará en lugar del fideicomisario. Esto implica que la sustitución fideicomisaria no se frustra, ya que en otro caso, el fiduciario quedaría como heredero libre, al liberarse el fideicomiso para el fiduciario por la premoriencia del fideicomisario.

Por el contrario, los términos del art. 26 CDCIB, cuando determina que “la sustitución fideicomisaria implica siempre la vulgar”, significan que cuando falta el fiduciario por cualquier causa, el fideicomisario entrará por disposición legal, en el lugar del fiduciario como sustituto vulgar y no como fiduciario, quedando como heredero libre porque al no haber sido posible mantener la disposición fideicomisaria subsiste convertida en sustitución vulgar, por mandato legal. Todo ello en el bien entendido que la previsión fideicomisaria ordenada por el fideicomitente no alcanzara a más llamamientos, en el marco previsto en el art. 25 CDCIB; de haberlos dispuesto se mantendrá como sustitución fideicomisaria, colocándose el sustituto vulgar en el lugar del fiduciario, que es el que había previsto el fideicomitente como fideicomisario, siguiendo el orden sucesivo previsto.

Esta salvaguarda legal del art. 26 de la CDCIB, impide que se frustre la preferencia de la voluntad del causante si la sustitución fideicomisaria deviene ineficaz, al evitar la apertura de la sucesión intestada por la imposibilidad de mantener la sustitución fideicomisaria dispuesta por el causante. El Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears así lo confirmó en Sentencia 1/93 de 21 de mayo, siendo Ponente D. Álvaro Blanco Álvarez, que en su FJ 3º dice “ el art. 784 C.C. que sienta la regla, justamente opuesta, de que el fideicomisario adquiere derechos sobre los bienes fideicomitidos desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario, resulta inaplicable en Mallorca (...), en las Compilaciones Catalana, Balear y Navarra se estima sometido el llamamiento del fideicomisario al hecho de que sobreviva al fiduciario y que la discrepancia con el Código Civil se produce (...), el Código no estima condicional y las Compilaciones si la sustitución dispuesta para cuando muera el fiduciario y asimismo indica que el art. 27 de la Compilación Balear pretende significar, no sólo que puesta otra condición al fideicomiso, el derecho a éste no lo adquiere el fideicomisario hasta que se cumpla sino que tampoco lo adquiere si simplemente premuera al fiduciario, pues se supone que, salvo que aparezca otra la voluntad del testador, todo fideicomiso es querido sólo para si el fideicomisario sobrevive al fiduciario”. En realidad el juego de los arts. 784 y 759 del Cc (ver los comentarios a los artículos 784 y 759 del Cc. respectivamente ALBALADEJO, y DÍAZ ALABART *Comentario*

del ..., pp. 1877 y ss, y 1940) no corresponden al art. 27 CDCIB. El art. 784 se refiere a una sustitución pura y no condicional; en tanto que el art. 759 Cc, al prever una sustitución condicional, tampoco transmite derecho alguno a sus herederos, como dispone el art. 27 CDCIB.

## **II. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CON CLÁUSULA *SI SINE LIBERIS DECESSERIT* EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.**

### **1. Su naturaleza jurídica.**

El causante, en Mallorca y Menorca, que encauza su sucesión *mortis causa* disponiendo de sus bienes mediante una sustitución fideicomisaria familiar con cláusula *si sine liberis decesserit*, sea por testamento, codicilo o mediante la donación universal de bienes presentes y futuros, pretende nombrar un sucesor llamando a una segunda persona, el sustituto, para el caso que se cumpla la condición de morir el primer llamado heredero sin dejar hijos. Vincular los bienes dejados a una persona que *si sine liberis decesserit*, para que sólo en tal caso pasen a un sustituto fue particularmente frecuente en Mallorca por los padres de uno o varios hijos con la finalidad que los bienes no salieran de la familia.

La cláusula *si sine liberis decesserit* persigue favorecer, primordialmente, al primer instituido heredero y sólo para el supuesto que este heredero fallezca sin dejar hijos, también pretende favorecer, sucesivamente, al segundo instituido, al que da el tratamiento de sustituto fideicomisario.

La discusión por la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la cláusula *si sine liberis decesserit*, que ha sido fecunda, se ha centrado en averiguar si se admite el empleo de la sustitución ya fuera como condición suspensiva, ya fuera como condición resolutoria. Para ROCA SASTRE (magistralmente en su *Discurso de ingreso...*, p. 59) “en las sustituciones fideicomisarias condicionales la propia estructura de las mismas repele toda idea de retroacción destructora de la fase de propiedad realmente ejercida *medio tempore* por el fiduciario sobre los bienes hereditarios, (...)no cabe antológicamente ni jurídicamente una condición resolutoria que deshaga la *successio in loco ius* ni cancele la condición de heredero obtenida por un hecho pretérito (la sucesión) que si acaeció no puede dejar de haber acontecido”. VALLET DE GOYTISOLO (*Fideicomisos...*, p. 855) apoya la tesis de ROCA SASTRE, porque “no cabe otra vía jurídica posible para la institución con cláusula *si sine liberis decesserit* que la de configurarla como la disposición de una institución gravada con sustitución fideicomisaria condicional”.

En Mallorca y Menorca, la Compilación no permite el tratamiento como condición resolutoria, porque rige el principio romano *semel heres semper heres*, por esto, el art. 16 al decir “quien es heredero lo es siempre”, añade que “se tendrán por no puestos en su institución la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio”, esto conduce a admitir sólo la condición suspensiva.

La cláusula *si sine liberis decesserit* no es problemática ya que no contraría el principio formulado que quien es heredero lo es siempre, porque hasta el fallecimiento del fiduciario estará en suspenso la condición, siendo el fiduciario heredero siempre, hasta su muerte. Además, el párrafo 2º del citado art. 16, mediante una norma interpretativa que dice que “el término incierto implica condición...”, intenta salvaguardar las sustituciones fideicomisarias.

### **1.1 La cláusula *si sine liberis decesserit* y la problemática de los hijos *positi in conditione*.**

Una de las cuestiones capitales de las sustituciones fideicomisarias con cláusula *si sine liberis decesserit* fue dilucidar los efectos que ésta producía respecto de los hijos puestos en condición.

Se entendía que la regla general era que los *positus in conditione* no lo eran en sustitución. Ahora bien, a la hora de interpretar la cláusula interpuesta por el causante se utilizaron un gran número de conjeturas, por lo que la regla general pasaba a ser la excepción.

Los efectos de las cláusulas estarán determinados por la voluntad del testador, como principio general que es en toda la materia testamentaria, siendo de especial importancia el principio general que mantiene el *favor testamenti*, facilitando así el cumplimiento de aquello que dispuso el testador. El principio romano contenido en el Digesto 34,5,24 es el de la *benigna interpretatio*, formulado así, “*quum in testamento ambigue, aut etiam perperam scriptum est benigne interpretari, et secundum it, quod credibile est cogitatum, credendum est*”.

Sin embargo en materia de sustitución fideicomisaria las interpretaciones de la voluntad del testador han hecho correr ríos de tinta por los autores del Derecho Intermedio a través de las llamadas conjeturas, y, en especial, respecto de los *filii positi in conditione*.

El problema de los *positus in conditione* no está en conjeturar una disposición tácita, sino en interpretar una disposición expresa, porque desde

la ley (C.6,23,15) de Constancio del año 339 el testador, que debe expresar su voluntad, puede hacerlo en cualquier forma, por lo que lo que interesa es averiguar el verdadero sentido de lo expresado “no de lo que no expresó y quiere sobrentenderse expresado” (cuestión planteada con claridad por Juan IGLESIAS, *En torno al fideicomiso...*, p.48).

Así, en materia de sustituciones fideicomisarias con cláusula *si sine liberis decesserit*, la interpretación de la voluntad del testador por medio de las *coniecturae et praesumptiones* y la cuestión de si tales conjeturas tenían que manifestarse concluyentemente de la disposición testamentaria, o era suficiente el mero indicio para su apreciación, va a ser la materia sobre la que se articula el debate entre los Doctores del *ius commune* respecto a la posición de los “hijos puestos en condición”, que por la admisión de tal número de conjeturas se llegará a cuestionar si la regla era la contraria, esto es, *filii positi in conditione sunt vocati in dispositione*. Ahora bien, esta cuestión, en las áreas de influencia de la recepción del Derecho Romano va a tener distintos tratamientos según los territorios.

### **1.1.1. ¿*Filii positi in conditione* ostentan el título de fideicomisarios?.**

El mayor problema interpretativo de la voluntad del testador que, mediante la cláusula *si sine liberis decesserit*, ha nombrado un sustituto al heredero es el papel de los *filii positi in conditione*. La cuestión se puede apuntar en el siguiente sentido, “los hijos del heredero, de cuya existencia depende que éste pueda disponer libremente de los bienes de la herencia; y por el contrario, la falta de cuyos hijos purifique el fideicomiso a favor del fideicomisario” (BORRELL *Derecho Civil...*, pp. 130 y ss), plantea el problema de despejar la incógnita sobre si “los hijos puestos en condición” tienen derecho a pretender los bienes de la herencia a título de fideicomisarios. Es decir, si el puesto en condición es sustituto fideicomisario del instituido heredero, porque se entiende que hay un llamamiento conjetural a su favor.

La regla general se formulaba del siguiente tenor: “los hijos puestos en condición no se entienden en disposición”. El padre, respecto de sus hijos, no se considera un heredero fiduciario que debe transmitirles, cuando se cause su sucesión, los bienes de la herencia, sino que tiene la consideración de heredero libre. Los hijos se configuran como el evento de la condición, sin que tengan otros derechos en los bienes de la herencia que los sucesorios de origen legal, que tienen un fundamento distinto de los fideicomitidos.

La regla tenía sus excepciones.

### 1.1.2. La regla *filii in conditione positi non censentur vocati*.

Históricamente, se formularon dos preguntas: 1) si el padre debe considerarse como mero fiduciario de los hijos puestos en condición, por lo que a su muerte debe entregar a éstos la herencia; y 2) si la premoriencia del sustituto llamado a la herencia, dejando hijos, antes de purificarse la institución, debían ser preferidos estos hijos a los siguientes sustitutos.

Estas dos cuestiones se analizan según el criterio seguido en el Derecho de Mallorca que es el mismo seguido por las demás regiones forales, como colofón de los argumentos que expusieron los Doctores del Derecho Intermedio.

1) Criterio seguido por el derecho de Mallorca y regiones forales. Estas cuestiones expuestas se plantean, incluso, en el primer cuarto del siglo XX, tanto en Mallorca, siguiendo a Cataluña, como en otras regiones forales hasta la publicación de las Compilaciones. Se resuelven en el mismo sentido. En Cataluña, el notario SAGUER (*Cuestiones Prácticas...*, pp.119-120) contesta las dos preguntas, anteriormente formuladas, siguiendo la jurisprudencia y la anterior doctrina de los doctores, dice: “primero, el que dejase hijos no estuviese obligado a dejárselo, y segundo, que los hijos del premuerto, o sea los hijos puestos en condición, no pudiesen participar de la herencia a no ser que expresamente a ella por el testador hubiesen sido llamados”. Estas cuestiones, esencialmente la primera, las resuelve con apoyo en el Derecho Romano, como derecho que fue de aplicación supletoria en Cataluña, concretamente en el Digesto, párrafo 13, fragmento 114, título único del Libro XXX, al no existir disposición de derecho estatutario propia aplicable a esta cuestión. Fundamenta su opinión, en la que es común en Cataluña (entre otros, VIVES Y CEBRIÁ; BROCA); que explica BORRELL en estos términos, “en resum, quan un testador institueix hereu un fill seu i, perquè pugui desposar de l’herència, li posa la condició de deixar fills, però no crida aquests nets a l’herència, és que no els ha volgut cridar: no tinguem la pretensió de voler-li corregir la fórmula d’institució d’hereu; no tinguem la pretensió de creure que ell s’ha equivocat, que ha estat imprevisor...” (*Dels fills posts ...*, p. 255).

Los hijos puestos en condición tienen como finalidad que el heredero pueda disponer libremente de los bienes; la existencia de los hijos no le condiciona su poder de disposición, salvo expresa voluntad del testador. Si dispone de tales bienes a favor de sus hijos, a título de herederos o legatarios, éste título será el que fundamentará su adquisición; como también el título de legitimario. De no disponer el causante de sus bienes, será la ley, por sucesión intestada, que presumirá la voluntad del testador y tales hijos serán herederos de su padre por mandato legal. En cualquiera de estos supuestos,

los bienes adquiridos por los hijos se fundamentarán en un título sucesorio distinto al de heredero fideicomisario.

En Mallorca la resolución a la cuestión planteada fue la misma dada por los autores catalanes, antes expuesta, y de otras regiones forales. Se pregunta PASCUAL GONZÁLEZ (*Derecho civil...* p. 297-298) si los hijos puestos en condición “deben considerarse fideicomisarios de su padre? (...) ¿el padre (...) ha de tener la consideración de simple fiduciario debiendo a su óbito transmitir a ellos la herencia, o por el contrario, falleciendo con hijos se convierte en heredero libre?”. A esta cuestión, la respuesta es la misma: “en el fideicomiso catalán e igualmente en el navarro, fundado en la condición “*sine liberis*”, o sea, de tener o no tener hijos, como dice Pella y Forgas, certeramente, están como elemento esencial de una condición, y ello no implica derecho alguno a la herencia”. El fundamento legal a la situación de los hijos puestos en condición, lo encuentra, también, en el Derecho Romano, “Libro 30, Tit. Único, Ley 114 fr. 13 del Digesto”, además cita, entendemos que equivocadamente, el Decreto de las Cortes de Monzón de 1510, que dice que “este decreto es y ha sido, en todo tiempo, de aplicación muy corriente en Mallorca, y en esta región foral es de práctica consuetudinaria y desde 1511 de derecho escrito”. Apoya estos argumentos con la Jurisprudencia del TS, “que acepta esta solución en sentencias 10-XII-64; 21-IV- 1866; 5-VI-21874; 28-III\_86; 3-XII-91; 16-XII-92; 27-I-99;29-III-1901; 1-II1912; 22-XII-1933; 12\_III-48; 12-II-49”.

## 2. Criterio de la Tradadística del Derecho Intermedio.

Estas cuestiones, que llegaron vivas hasta la elaboración de las Compilaciones, eran el resultado del gran debate mantenido por la Tradadística del Derecho Intermedio como consecuencia de distintas opiniones que mantuvieron sobre algunos textos del Derecho Romano justiniano, concretamente, sobre dos fragmentos del Digesto: la *Lex Cum Avus* (que tenía su origen en un dictamen emitido por PAPINIANO, cuyo texto del Libro IX de sus Respuestas pasó al Digesto D,35,1,102) y la *Lex Lucius* D. 28,5,86 (SCAEVOLA); este debate se había iniciado en el siglo I, a partir de un texto de ULPIANO D,28,5,19 (*Libro septimo ad Sabinum*) que posicionó a los juristas ARISTON, POMPONIONO, ARRIANO Y ULPIANO en la tesis de mantener que los *positus in conditione* no tenían la cualidad de *positus in dispositione*; ésta era la opinión mayoritaria; en tanto que PEGASO mantenía la tesis contraria que era la minoritaria.

Desde la recepción del Derecho Romano hasta la etapa codificadora, esta cuestión sigue como uno de los grandes temas de debate. Es en la etapa codificadora que tendrá gran repercusión en los distintos Proyectos de

Apéndice e incluso, como se ha indicado, en la primera mitad del siglo XX ya que aún no se habían promulgado las Compilaciones de Derecho Civil propio de los territorios llamados forales; donde, en la mayor parte de ellos, como en Baleares, era generalizada la interposición en los testamentos de la cláusula *si sine liberis decesserit* .

Dedicaremos un apartado a este debate que culminará, después de toda su andadura, en el art. 28 de la CDCIB.

## 2.1. Las conjeturas en la doctrina de los Doctores.

Uno de los puntos de confusión se había manifestado en la interpretación de la *Lex Cum Avus* (D.35,1,102), al entender que actuaba como *coniectura pietatis* (según Respuesta de PAPIANO, C.VI-XLII,30), por lo que debía transferir los bienes fideicomitidos a los nietos. La *Lex Cum Avus* determina que un abuelo instituye heredero a un hijo y a un nieto descendiente de otro hijo (*nepos ex altero filio*), y se interpretaba juntamente a dos fragmentos del *Codex* de Justiniano (D, 6,12,30 y D, 6,25,6,1).

Existe una gran diferencia entre la *lex Cum Avus* y los “hijos puestos en condición”, porque “els descendents a què es refereix la llei *Cum Avus* (Fr.102. XXXV-1) són fills d’un fill del testador, al qual aquest ha instituït hereu i gravat amb un fideïcomis pur, que donaria per resultat que l’herència de l’avi hagués de passar a un dels seus fill, però, amb caràcter purament vitalici; ja que l’hereu, en morir, no podria deixar-la als seus propis fills. La llei presum, piadosament, en aquest cas, que l’avi, en diposar el fideïcomis, no va recordar-se o no va preveure l’existència dels néts, fills de l’hereu; car, altrament, no hauria manat la restitució de l’herència. En el cas dels fills posats en condició (... , además de que el hijo instituido heredero puede disponer a favor de sus hijos) ni pot presumir-se que l’avi que no ha cridat els néts, és que no hi ha pensat, tota vegada que clarament manifesta que els té presents, en posar-los en condició; i, no res menys no els crida, sinó que, conscientment, prescindeix d’ells per a cridar un altre fill o filla” (en opinió de BORRELL *Dels fill posats ...*,pág 250; parecida opinió en *Derecho civil*, p. 132, nota 2 y p.136; también ver LACRUZ BERDEJO “La cláusula “si sine liberis decesserit” en el Derecho aragonés y en el Código civil”. *Estudios de Derecho ...*,pág 643-644).

Esta cuestión queda resuelta en el sentido que los *positus in conditione* no pueden confundirse con los nietos de la *Lex Cum Avus*.

La Tradadística del Derecho Intermedio, entre los siglos XVI y XVIII, interpretó, ampliamente, la cuestión de la posición de “los hijos puestos en condición”. La disputa la plantea MENOCHIO en la Praesumptio LXXXVI, respecto del juego de las presunciones o conjeturas, expone que son tres las opiniones de los Doctores:

1) La de aquellos que sostienen que los “hijos puestos en condición” son llamados por el testamento, por lo que están obligados a restituir por la carga fideicomisaria.

2) Otra opinión negativa que entienden que no son llamados *ex testamento*, sino que suceden *ab intestato*, una vez excluidos los substitutos.

3) Una tercera que concuerda las dos anteriores que distingue: cuando el testador instituye a sus hijos u otros descendientes, en cuyo caso se entienden llamados los hijos puestos en condición y más si coincide alguna de las conjeturas de las admitidas; y cuando instituye a extraños poniendo en condición a los hijos de éstos, en tal caso no se presumen instituídos estos hijos de los extraños.

Van surgiendo conjeturas para excepcionar la regla general, *fili positi in conditione non sunt in dispositione*, (FUSARIUS enumera hasta 67 en los números 23 a 249 de la quaestio CCCCXXXVII, *Tractatus...*). La admisión de tales conjeturas van influyendo en la *opinio* que se modifica porque al ser tantas las excepciones a la regla general se llega a la admisión de la regla contraria: los *positus in conditione sunt vocati in dispositione*.

Por esto en algunos territorios, consecuencia de la admisión de las conjeturas por los Tribunales de Justicia, pretenden introducir en sus Estatutos Municipales, como de derecho propio, la regla *positus in conditione sunt vocati in dispositione*. En Italia la incorporan, entre otros, el *Statutum Romae*, también de *Brixiae*. En Francia, en el territorio correspondiente al *Droit écrit*, esta cuestión tuvo una importante relevancia, que es de nuestro interés por la influencia que tuvo en el Derecho Civil de Mallorca. Las conjeturas que se admiten son las que admitieron, también, la Tradadística mallorquina. Entre éstas hay que destacar la *duplex conditio*, llamada en el derecho francés “*la condition redoublée*”, que corresponde a la cláusula *si sine liberis aut liberi sine liberis*, porque es una presunción o conjetura que se incorporará en los Proyectos de Apéndice al Cc. de Baleares y llegará hasta la vigente Compilación (art. 28).

Después de esta etapa tan propicia a las conjeturas se produce un período, que se inicia a partir del siglo XVIII, de reacción a las mismas. FURGOLE, que era abogado ante el Parlamento de Toulouse, comentaba que en 30 años de profesión “siempre había visto a los Jueces decidir contra las conjeturas, conforme a los verdaderos principios del derecho”, pero no las elimina totalmente (*Traité des Testaments, ed. 1746*); comenta los *ârrêts* de las Cortes de París, Grenoble; Burdeos, y dice que en el *ârrêt* de 22 de agosto de 1729 se dijo « *toutes les têtes de l'hydre des conjectures s'étaient rassemblées et elles sautérent d'un seul coup* » (cit. por GARCÍA GRANERO, *Comentario...*, p. 1036). Seguían admitiéndose cuatro: 1) la condición duplicada; 2) si los hijos están en la condición bajo el nombre de varones; 3) si el testador ha impuesto la carga de llevar nombre y armas; 4) si el testador ha prohibido enajenar sus bienes.

Los Tribunales franceses, a partir de 1714, inician una reacción contra las conjeturas que se plasmó en la *Ordonnance sur les substitutions*, dada por el Rey Luís XV en 1747. A partir de la Ordenanza, sólo se entenderá que los hijos puestos en condición, lo son, también, en disposición, si se dice expresamente.

Hasta el siglo XVIII, a pesar de la regla general que los hijos puestos en condición no lo eran en disposición, a través del funcionamiento de la interpretación conjetural se llegó a la regla contraria.

## **2.2. El criterio sobre las conjeturas en Mallorca.**

En Mallorca el tratamiento de la cuestión sobre si los *positus in conditionem* son los substitutos fideicomisarios del padre fiduciario instituido por el causante con cláusula *si sine liberis decesserit*, presenta una total semejanza a la opinión mantenida en Francia, en el área correspondiente a *droit écrit*, y, naturalmente, con el sistema seguido en todo el territorio de la Corona de Aragón, incluso Navarra (por razón de extensión, no haré referencia a estos territorios que remito a los comentarios en esta obra sobre esta institución).

### **2.2.1. L'acte de Corts de 1510. Su vigencia.**

L'*acte de corts*, dada por Fernando el Católico (II de Aragón y de Mallorca) en las Cortes de Monzón en 1510, se entendió que rigió en Mallorca a partir de la Memoria de las Instituciones de RIPOLL Y PALOU de 1830.

En Valencia, era vigente este *Capítulo de Cortes ya que* pasó a ser el *fur* 45 (ver comentario de PASTOR *Fori Regni...*, lib. 6, rub. 4, “De testamentis”,

fur 45, fol CLJ v), por el que los *positus in conditione* no se entendían en disposición, salvo que se hubiera interpuesto la doble condición (*duplex conditio*).

En Mallorca, en opinión de RIPOLL I PALOU, *l'Acte de corts* era vigente, porque el Monarca la promulgó para todos los territorios de la Corona de Aragón. Posteriormente, PASCUAL GONZÁLEZ (*Derecho...*, p. 302) añade que este Decreto de 1510 se aplicó a Mallorca por Privilegio del Monarca Fernando V (II de Aragón y Mallorca) de 27 de marzo de 1511 “a petición de los propios mallorquines (...) el cual se ha aplicado siempre en nuestras Islas sin contradicción alguna”. La voz autorizada de ZAFORTEZA DE CORRAL (*El Fideicomiso...*, pp. 71 y ss., que constituyó su tesis doctoral) señala que el Decreto de Monzón de 1510, que se ha alegado como fundamento del art.28 CDCIB, “no sólo es citado por vez primera por RIPOLL, sino que no existe documentación alguna que acredite la asistencia de los representantes de los jurados mallorquines a dichas Cortes”; en cuanto al Privilegio de 27 de marzo de 1511, por el que se aplicaba a Mallorca dicho *Capítulo* de Monzón de 1510, que cita PASCUAL GONZÁLEZ, se refiere, efectivamente, a un *Capítulo* de las citadas Cortes pero “no tiene nada que ver con el tema de los hijos puestos en condición” (sino que extendía a Mallorca) “que los catalanes podían comerciar libremente con el norte de Africa” (de este Privilegio se puede ver la transcripción por ZAFORTEZA en “*Filii positi in conditione...*”, pp 8-9). Lo ratifica el hecho que las Decisiones de la Real Audiencia no se hacen eco de tal Decreto. Tampoco lo cita la Tradadística mallorquina, hasta RIPOLL, al que luego siguen, PASCUAL GONZÁLEZ y COLL CARRERAS y las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1889; y en especial la de 24 de octubre de 1964.

Ahora bien, GARCÍA-GRANERO y ARREGUI GIL (“Comentario...”, p. 1056) que reproduce las palabras de RIPOLL mantiene que, según éste, *l'acte de cort* de 1510 fue establecida para todos los territorios integrantes de la Corona de Aragón, y en su opinión es una “afirmación que no se ajusta a la realidad histórica, como lo demuestra el hecho de que tal precepto falta no sólo en la recopilación aragonesa de los Actos de Cortes (estos autores que se citan han comprobado la publicación de *Actos de Cortes del Reino de Aragón recopilados en el año MDLIX*, publicados por PASCUAL SAVALL Y DRONDA Y SANTIAGO PENÉN Y DEBESA, *Fueros, observancias y actos de Corte del Reino de Aragón*. Zaragoza 1866, II, pp 192-44), sino también en Cataluña, territorio de Derecho Romano. (...) No puede ofrecer duda que (...) fue establecido (...) para el Reino de Valencia, como lo acreditan (...) las palabras iniciales del *fur* 6,4,45 de la Recopilación sistemática de

los *Fori regni Valentiae* (año 1547)”. Estos autores, también citan la tesis de PASCUAL GONZÁLEZ, que siguió a RIPOLL, sobre la aplicación por Privilegio de 27 de marzo de 1511, que ha rebatido ZAFORTEZA. Hay que recordar que no existe documentación sobre la participación de los mallorquines en las citadas Cortes de Monzón; no existe ninguna referencia en *Llibre de Corts Generals, estatutos, y capitulos de Cortes, pragmáticas, privilegios y otros documentos de interés para el Reino de Mallorca de los siglos XIV a XVI*. (ARM, Códices n°10 entre otros muchos consultados y citados por ZAFORTEZA, *El fideicomiso...*, p.72, nota 131).

## 2.2.2. ¿l'Acte de Corts de 1510 era aplicable en Mallorca?

Ni la Tradadística mallorquina, ni las Sentencias de la Real Audiencia, antes de la etapa codificadora, se refieren a *l'Acte de Corts* de 1510, ni al Privilegio de 1511, para fundamentar sus afirmaciones. Este hecho, por sí solo, es indicativo del desconocimiento de tan importante Capítulo de Cortes, que nos puede confirmar que esta norma no era vigente en Mallorca, como no lo fue en Cataluña, ni en Aragón, ya que dicho Capítulo de las Cortes de Monzón de 1510 no se encuentra recogido ni en los *Actos de Cortes del Reino de Aragón recopilados en el año MDLIX*; ni en las *Constitutions y altres drets de Catalunya*; como, para Mallorca, tampoco lo recogen los recopiladores Joan CANET, Antoni MESQUIDA, y Jordi ZAFORTEZA en la *Recopilació de les Franqueses i Dret Municipal de Mallorca*. Mallorca 1622. Ni Antoni MOLL en *Ordinacions Sumari dels Privilegi,s Consuetuts, Bons Usos del Regne de Mallorca*. Mallorca 1663.

La doctrina mallorquina y las Sentencias de la Real Audiencia, respecto a la regla *filii in conditione positi non censetur vocati*, no fundamentan sus afirmaciones ni en *l'Acte de Corts* de 1510 ni en el pretendido *Privilegi* de 1511, sino en las opiniones de los Doctores del *ius commune*, opiniones que siguen el juego de las conjeturas. SERRA MAURA, excepciona el fideicomiso si el gravado moría con hijos, en estos términos, “*conditio si sine filii sive expresa sive tacita facit ut gravato morient cum filiis habeat bona libera et facit cesare gravamen*”, añade que esta afirmación es opinión de “Gratian. Cap. 536 n° 46; Peregrinus art.15 n2 28 et 29; Cancer Variar. I cap.I n° 556” (*Observaciones...*, II, n° 74 F ante I). Esto demuestra que se aplicaba la *opinio* de los doctores, a falta de norma propia.

SERRA MAURA enumera las que acepta la Real Audiencia en la Sentencia de 23 de octubre de 1648; Ref. Francisco Mir; en esta Sentencia, siguiendo la *opinio* de los Doctores del *ius commune*, excepciona la regla ante la concurrencia de determinadas conjeturas, por lo que, después de enumerarlas

dirá “ex quibus inferi (...) quando existentia filiorum gravati si decesserit absque liberis, non facit deficere fideicomissum, et etiam qd. filii positi in conditionem ex conjecturis censent vocati” (*Decissionis maioricensis super ...*, FI, nº 13, últ. pár).

También se entendía, al ser *communis opinio*, la prevalencia de la voluntad del testador a cualquier conjetura; en este sentido SERRA dirá: “praeterea comunis receptum testatorem quando aliquos in conditione ponit ad exclusiones substitutorum voluisse illis preferri substitutis, qua prelatio non potes herede locum nisi ex testamento; quando autem ab intestato succederé non potest, tunc q<sup>a</sup> intelligi debet prelatio, eo modo quo potest, dicendum est, eos succederé ex testamento; atque ita fit et conservanda voluntatis favore...verbis deficientibus iudicat fidei comissum pro liberis in conditione positis, hoc enim casu voluntas defuncti alii effectum sortiri non potes, quando ut dictum este evenit quando positi in conditione substitutos excludunt, quibus ab intestato preferri nequeunt, cuius qualitatis fuit (...)”. (*Decissionis...*, nº 13).

Esta prevalencia de la voluntad del testador, unido a las conjeturas, fue regla en Aragón porque las conjeturas van unidas a la Carta. SESSE (*Decisionum...*, déc. 242, Fol. 67 y ss citado por LACRUZ, “La cláusula...”, pp 645-650) en una de sus Decisiones, plantea un supuesto con cláusula *si sine liberis decesserit* que resolvió en Sentencia de la Real Audiencia de 10 de noviembre de 1610, que otorga a los hijos la cualidad de sustitutos, porque en Aragón, que también se defiende la interpretación conjetural que otorga el derecho, de los hijos puestos en condición, por el apotegma *Standum est chartae*, ya que se ha de interpretar las palabras que figuran en la carta, “por lo cual aquello que en alguna parte esté dispuesto de manera menos plena, puede ser reparado y suplido con ayuda de las partes restantes, para que juntas todas ellas tenga cumplimiento la integra voluntad contenida en el instrumento”.

Cada conjetura tenía su interpretación (así, SERRA MAURA, en *Observaciones ...*, T. II, F ante I, nº 86, interpreta los términos que el testador puede imponer en su testamento). Toda la problemática de la aplicación de las conjeturas como excepción a la regla general *positus in conditione non sunt positi in dispositione*, siguiendo la doctrina catalana, y que a su vez seguía, como la mallorquina, la *opinio* de la Tradadística del Derecho Intermedio, llenaba de inseguridad las Decisiones de los Tribunales y eran una fuente de controversias; esta situación se fue cerrando en la posterior etapa precodificadora y precompiladora.

### **2.2.3. La excepcionalidad conjetural en la etapa codificadora y compiladora.**

En la etapa precodificadora así como en la codificadora y la compiladora, va a seguir un proceso de “destierro” de las conjeturas por la inseguridad jurídica que comportaban; incluso, en algunas legislaciones de *iura propria* no se regulará la cláusula *si sine liberis decesserit*.

#### **1) Las conjeturas en el Derecho de Castilla. El Código civil.**

El Código civil relegará definitivamente las conjeturas y su art. 785.1º dispondrá: “las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituto la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero”. En este sentido se pronunció el TS en S. de 19 de febrero de 1898 y la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuyo parecer, en Resolución de 17 de julio de 1925, fue “según el citado artículo 783, para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos, términos que pueden contraponerse a conjeturables, y con el mismo criterio restrictivo decreta el artículo 785 la ineficacia de las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero...”.

Este rechazo a las conjeturas no implica que no se mantengan aquellas que derivan de la voluntad del testador, porque una cosa es la presunción de la voluntad no manifestada del testador que se obtiene por el juego de las conjeturas y otra distinta es la plasmada en el testamento, que ya no puede calificarse de conjetura sino de voluntad expresada, aunque el contenido de tal voluntad coincida con alguna de las conjeturas que, históricamente, se aceptaron.

#### **2) Las conjeturas en el Derecho de Mallorca, en la etapa codificadora y compiladora. La duplex conditio.**

Después de la etapa de la pervivencia de las conjeturas, en los derechos civiles de los territorios llamados forales, la situación aunque no fue de rechazo absoluto, se podría denominar de excepcionalidad conjetural.

Valencia perdió sus *furs* a raíz de la Nueva Planta impuesta por Felipe V. En los demás territorios forales que habían mantenido sus derechos con la Nueva Planta, a los efectos prevenidos en el artículo 4º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880, se redactaron las *Memorias* de las Instituciones

que cada territorio foral quería mantener a la publicación del Código civil. Estas *Memorias* iban acompañadas de un Proyecto de texto articulado, donde se regulaban aquellas Instituciones que se proponían conservar y se redactaron en la forma que se practicaban. Es necesario analizar la propuesta de regulación en la *Memoria*, como en los posteriores Apéndices al Código Civil, porque son un fiel reflejo del Derecho vivo, no sólo del Derecho que se practicaba en aquel momento sino de la opinión de los juristas sobre la importancia de aquellas instituciones .

En esta etapa codificadora, el texto articulado que acompaña la *Memoria de las Instituciones que se debían conservar*, en Mallorca, redactada por D. Pedro RIPOLL en 1880, incluye los artículos 3 y 4 reguladores de los hijos puestos en condición. Su redacción es reflejo del derecho que se practicaba y de la excepcionalidad de las conjeturas.

Art.3. “Los hijos puestos en el testamento bajo una simple condición, diciendo “si mi heredero fallece sin hijos, mi herencia pasa á otra persona”, no se entienden sustitutos del mismo heredero llamados por el testador, pudiendo aquél, en caso de tenerlos, disponer libremente de la herencia”.

Art.4. “Los hijos puestos en el testamento bajo la doble condición, expresando “si mi heredero fallece sin hijos, y sus hijos sin hijos, en tal caso pase la herencia á otro”, se reputan sustitutos del heredero, llamados con este carácter, y deben entrar en su caso al disfrute de la misma herencia”.

La conjetura de la doble condición se incorpora al texto articulado, siendo ésta la única excepción conjetural a la regla general que se mantiene y se formula como norma legal.

Tenemos que recordar que “*la condition redoublée*”, que corresponde a la cláusula *si sine liberis aut liberi sine liberis*, la introdujo DUMOULIN en el siglo XVII en el Derecho francés, como condición duplicada en estos términos: “*si mon héritier décède sans enfants et ses enfants sans enfants*”.

La doble condición también se incorpora a los Proyectos de Apéndice de 1920, refundiendo en su artículo 18 los artículos 3 y 4 del texto articulado de la *Memoria*. La misma redacción dada al artículo 18 pasó al artículo 20 del Proyecto de 1949. Finalmente, el art. 28 de la Compilación (CDCEB) de 1961, quedó redactado en los siguientes términos: “Los hijos puestos en condición no se entenderán llamados a la herencia si no lo son de un modo expreso. Ello no obstante, se les entenderá llamados como sustitutos de su padre si la sustitución fideicomisaria está condicionada al doble evento de

que el fiduciario muera sin hijos, y éstos, a su vez, sin hijos”. Redacción que se conservó en la reforma de la Compilación de 1990.

El vigente art. 28, que reproduce el texto de la CDCEB, añadió un segundo párrafo interpretativo del término “hijo”, siguiendo el criterio de igualdad constitucional, considerando, a los efectos de este artículo, “...hijos tanto los matrimoniales como los no matrimoniales y los adoptivos, a no ser que el testador, de modo expreso, establezca limitaciones al respecto”. La excepción final que regula el artículo 28.2 CDCIB permite al causante establecer la condición con la limitación a los hijos que estime conveniente, sin que suponga tal excepción vulneración al principio de igualdad constitucional.

En definitiva, pasada la época de las conjeturas, se inició un tiempo de excepcionalidad conjetural que quedó plasmado en los distintos Proyectos de Apéndice y en la Compilación.

La regla general es que *filii positi in conditione non sunt vocati*, ni hay conjeturas que excepcionen tal regla general, salvo que el testador lo disponga llamándolos expresamente a la sucesión. La única excepción a la regla general que se mantiene en los Proyectos de Apéndice y en la vigente Compilación, es la *duplex conditio*, como residuo subsistente de las antiguas conjeturas.

### **3. El cumplimiento de la condición. Sus efectos.**

El fideicomiso se purifica si el fiduciario fallece sin hijos, o bien, sus hijos sin hijos si la condición ha sido redoblada (la *duplex conditio*). Los bienes fideicomitidos pasan al heredero fideicomisario, llamado por el fideicomitente para el caso que el fiduciario no deje hijos. Termina el estado de pendencia y la sustitución fideicomisaria desplegará todos los efectos, según voluntad del testador o causante. El fiduciario tendrá derecho a detraer la cuarta trebeliánica cumpliendo las condiciones del art. 29 CDCIB, compatible con la detracción de la legítima, si el fiduciario es legitimario. Lo que no cabe es detraer la cuarta trebeliánica junto con la cuarta falcidia, ya que tendrá que optar por una de las dos.

Si la condición no se cumple, porque el fiduciario fallece dejando hijos, el fiduciario es heredero libre, salvo que sea condición duplicada; en este caso, el fiduciario será fiduciario hasta la muerte y sus hijos sustitutos del padre hasta que la condición de no tener hijos se cumpla o no. Si tiene hijos, será heredero libre y los hijos (interpuestos como *duplex conditio*) no serán herederos fideicomisarios. Si los hijos no tienen hijos, según la voluntad del fideicomitente, será heredero fideicomisario el nombrado por el causante fideicomitente, a quien tendrán que entregar los bienes.

### **III. DERECHOS Y DEBERES EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.**

#### **1. Derechos y deberes del fiduciario**

La posición del fiduciario es importante, porque con la aceptación de la herencia fideicomitida es el heredero. Un heredero que, como todo heredero, responde de las deudas y obligaciones de su causante-fideicomitente; y que tiene que entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario, cuando se cumpla la condición, por lo que se le imponen unas obligaciones con el fin de no defraudar la expectativa del fideicomisario. Con esta finalidad se le exige al fiduciario unas determinadas garantías, como consecuencia del derecho de uso y disfrute que le otorga el párrafo primero del art. 30 CDCIB.

El fiduciario puede repudiar la herencia fideicomitida o bien aceptarla, ya sea pura y simple o a beneficio de inventario.

#### **1.1. Obligaciones del fiduciario.**

Las garantías que debe prestar el fiduciario con el fin de entregar, al segundo llamado, los bienes que disfrutará, son las de formar inventario y prestar caución para asegurar la posterior restitución.

1º. Formar inventario: El art. 30,2 y 3 CDCIB prescribe la obligación de formar inventario de acuerdo con las reglas enumeradas en el art. 29 CDCIB. Estos párrafos 2 y 3 del art. 30 son de nueva creación de la reforma de 1990. La Compilación de 1961 no exigía la formalización de inventario, salvo para distraer la Cuarta Falcidia, como exige el vigente art. 29, tercer párrafo a).

La norma dispensa a unos fiduciarios de formar inventario. El cuarto párrafo del art. 30 CDCIB releva de la obligación de formar inventario, los que el propio testador dispensa; y “los hijos y descendientes del fideicomisario que resulten recíprocamente sustituidos”.

2º Prestar caución. El art. 30,2 CDCIB añade que, además de hacer inventario, debe prestar garantía con la finalidad de restituir los bienes fideicomitados. El párrafo tercero del citado art. 30 interpreta los términos “garantizar la restitución de los bienes fideicomitados”; entiende que “serán válidas, previo acuerdo de los interesados o, en su defecto por decisión judicial, cualesquiera admisibles en Derecho”; añade que si la caución es sobre bienes inmuebles será suficiente la “inscripción de la titularidad del fiduciario en el Registro de la Propiedad”.

3° Responsabilidad por deudas y obligaciones del causante. El art. 31 CDCIB da el tratamiento de heredero al fiduciario, que lo es, por lo que desde que acepta la herencia es responsable de las deudas de la herencia, al subrogarse en la posición del fideicomitente. Esta cuestión fue muy debatida por la *Tratadística del Derecho Intermedio* (ver ZAFORTEZA, *El Fideicomiso...*, pp. 92 y ss. PASCUAL GONZÁLEZ, *Derecho...*, pp. 249 y ss) por la especial situación del fiduciario, que tiene que entregar los bienes al fideicomisario.

Para atender a esta responsabilidad, el art. 31 CDCIB le otorga dos opciones al fiduciario: 1) Que pague las deudas y obligaciones del causante “sin perjuicio a reintegrarse con cargo a la herencia” (incluso, otorgándole un derecho de retención, art. 36 CDCIB); además, el art. 33 CDCIB le permite poder “enajenar y gravar en concepto de libre, los bienes fideicomitados (...) para pagar deudas y cargas de la herencia...” apartado c) del art. 33 CDCIB. Si no resultan suficientes, responderá con sus propios bienes. 2) La otra opción que le otorga la *Compilación* (en su art. 31) es acogerse al beneficio de inventario, por lo que hasta donde alcancen los bienes de la herencia, éstos responderán de tales obligaciones.

4° Obligación de satisfacer legítimas y legados. El art. 30 CDCIB, en su apartado 1, determina expresamente entre las cargas del fiduciario, la de pagar legítimas y legados, como heredero que es, en la que se incluye su legítima, si es el caso. El art. 33, en su último párrafo, (es de nueva creación por la reforma de 1990) remite a la sección cuarta “de las legítimas”, art. 41 y ss CDCIB, en especial al art. 48 respecto al pago de la legítima.

5° Conservar los bienes fideicomitados, conforme al inventario practicado. Al rendir cuentas, mediante la liquidación de su estado posesorio, responderá de aquello que no hubiere conservado, si bien, podrá ser reintegrado de todos aquellos gastos que no correspondan a la conservación necesaria ordinaria; en cuanto a los otros le serán reintegrados o, en su caso, compensados por gastos extraordinarios, o no necesarios pagados por el fiduciario.

6° Entregar la posesión de la herencia al fideicomisario. El fiduciario o sus herederos “vendrán obligados a entregar la posesión de la herencia al fideicomisario dentro de los treinta días siguientes al requerimiento precedente...” (art. 35 CDCIB. Si no hicieren la entrega en este plazo serán considerados como meros detentadores. Tenemos que tener en cuenta que el art. 36 CDCIB no permite al fideicomisario entrar en posesión de la herencia sin que se haya practicado la previa liquidación; a la vez otorga al fiduciario y a sus herederos un derecho de retención hasta su total reintegro (STSJIB de 28 de febrero de 1991, FJ 5º; y FJ 7º STSJIB de 12 de marzo de 2003).

## 1.2. Derechos del Fiduciario.

1°. Uso y disfrute de los bienes fideicomitidos. El fiduciario es heredero de los bienes fideicomitidos, con la obligación de entregarlos, a su fallecimiento al fideicomisario. Tiene título para usar y disfrutar de todos los bienes, como propietario (art.30 CDCIB); que extiende a “sus subrogados y accesiones”. La referencia a los “subrogados” en su caso, son en referencia a los bienes que han sustituido, por subrogación real, a los existentes. Por esto el segundo párrafo del art. 30 dispone que el fiduciario está obligado a formar inventario y prestar fianza, con el fin de asegurar la entrega al fideicomisario. El uso y disfrute se ha dicho que comporta una situación parecida al usufructuario en cuanto hace suyos los frutos; sin embargo el fiduciario es propietario y entre sus facultades está el uso y disfrute, y tiene la obligación de atender los gastos necesarios de mantenimiento, que sean ordinarios (art. 32 CDCIB).

El fiduciario es un propietario que gestiona y administra sus bienes (los fideicomitidos) en calidad de tal, y que como todo propietario de bienes se extiende a sus “subrogados y accesiones”. Esto implica que debe cuidar de los bienes fideicomitidos, realizando los gastos encaminados a tal conservación. Su gestión debe estar presidida por la diligencia del buen padre de familia. Ahora bien, el problema se plantea en el *ius disponendi*, al ser un heredero que debe conservar los bienes para entregarlos a otro (el fideicomisario), cuando se cumpla la condición.

2°.Derecho a reintegrarse por gastos no ordinarios y deudas del causante. También tiene derecho a los frutos, como propietario que es, hasta el momento de la restitución de los bienes fideicomitidos, que serán a partir de este momento del fideicomisario. El art. 32 CDCIB le exime de atender con su peculio los gastos necesarios extraordinarios y los de refacción, porque son gastos que “serán satisfechos por el fiduciario con cargo a la herencia”. También se reintegrará por las deudas y obligaciones del causante pagadas con su peculio; o acogerse al beneficio de inventario.

Hay que determinar a cargo de quién se deben realizar los gastos que derivan del uso, llamados gastos de conservación ordinarios necesarios, así como los gastos útiles y los llamados de recreo. Parece evidente que aún sin decirlo la Compilación, los gastos necesarios que sean ordinarios son de cargo del fiduciario, por ser consecuencia del uso, y está obligado a conservar para posteriormente entregar. No ocurre lo mismo con los extraordinarios, que el art. 32 permite imputarlos a la herencia, junto a los de refacción. No resulta tan claro quien responde de los gastos que acomete voluntariamente el fiduciario, llamados útiles y los de puro ornato o de recreo, porque la

Compilación no lo determina. Estos gastos, entiendo que siguen el régimen general, el fiduciario podrá repercutirlos al fideicomisario en el momento de la entrega, al tratarse de gastos efectuados por un poseedor de buena fe (ver comentarios a los arts.451 a 458, y al art.453 CC, FERRER VANRELL, en *Comentarios...*, dirigidos por ALBALADEJO, vol.VI, pp. 354 a 439 y pp. 378 y ss). En cuanto a los de ornato o puro recreo, puede optar por retirarlos, siempre que no produzca deterioro, o bien el fideicomisario prefiera pagar lo gastado.

3º El derecho de disposición. Todo propietario por el hecho de serlo, salvo que exista una prohibición de disponer, puede enajenar y gravar sus bienes como estime oportuno. El heredero fiduciario tiene una situación especial porque estos bienes, que ha recibido del fideicomitente, los tiene que conservar y entregar al fideicomisario al cumplirse la condición o cuando llegue el término. Es por esta razón que el art. 33 CDCIB le permite “enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitidos...”, en situaciones especiales que determina expresamente. El fiduciario podrá disponer de los bienes en los siguientes supuestos: “a) Mediante el consentimiento de los fideicomisarios. b) Para satisfacer su cuota legitimaria y la cuarta trebeliánica, previa notificación a los fideicomisarios conocidos. c) Para pagar deudas y cargas de la herencia, legados en metálico y gastos extraordinarios de conservación o refacción de bienes fideicomitidos”.

Esta cuestión fue muy debatida por la Tradadística y las Sentencias de la Real Audiencia (ver ZAFORTEZA, *El Fideicomiso...*, PP. 151 Y ss.). Los Proyectos de Apéndice al Cc, de 1903; de 1921 y de 1949, no permitían la disponibilidad de los bienes al fiduciario; la Compilación de 1961 permite la posibilidad de gravar y disponer en los casos que determina expresamente; artículo que sigue literalmente la reforma de 1990 en el antes mencionado art.33. En tales supuestos, la Compilación otorga el poder de disposición al fiduciario para disponer de los bienes en concepto de libres.

El art. 34 amplía el derecho a disponer de los bienes, “siempre que el testador no lo hubiere prohibido expresamente”, permitiéndole enajenar y gravar los bienes siempre que invierta el contravalor en otros bienes de mayor rentabilidad o utilidad, previa autorización judicial. “En el Expediente de autorización judicial serán citados los fideicomisarios o el Ministerio Fiscal, en el caso que no fueren conocidos o no comparecieren”. (Ver ZAFORTEZA, *El Fideicomiso...*, pp.172 y ss. y, COLL CARRERAS, comentario a los arts. 33 y 34, en *Comentarios...*, dirg. Por ALBALADEJO, vol XXXI, 1990, pp.624 a 644)

4°. Derecho de retención. El fiduciario o sus herederos gozan de un derecho de retención sobre los bienes fideicomitidos, al tiempo de entregar la posesión de los mismos al fideicomisario, con el fin de reintegrarse los gastos efectuados que sean reintegrables (art. 36 CDCIB), y por la cuarta trebelánica que le corresponda, en su caso.

5°. Derecho a detraer la cuarta trebelánica y la cuota legitimaria. Si el fiduciario es legitimario podrá detraer la porción legítima, que es compatible con la cuarta trebelánica. Podrá detraer la cuarta trebelánica “si el fideicomitente no lo hubiere prohibido expresamente” (art. 29 CDCIB). La cuota legitimaria puede recibirla desde el momento que se cause la sucesión del fideicomitente, sin necesidad de esperar la liquidación por la entrega de los bienes al fideicomisario. Para detraer su legítima, podrá hacer uso de lo prevenido en el art. 33,b) CDCIB.

### **1.3. Derechos y deberes del fideicomisario.**

El fideicomisario, hasta que se produzca la delación fideicomisaria no tendrá derecho alguno sobre la herencia fideicomitida (art.27 CDCIB).

1. El fideicomisario, sin embargo, tiene derecho, si es conocido, a intervenir en la formación del inventario que debe practicar el fiduciario, por lo que se le tiene que convocar con treinta días de antelación (art.29,3 b) CDCIB), aun siendo un fideicomisario en situación de pendencia (art.29,3 b) 2 CDCIB).

2. Tiene derecho, en caso que el fiduciario enajene o grave los bienes fideicomitidos, a prestar su consentimiento (art.33, a) CDCIB).

3. Es derecho del fideicomisario, recibir la posesión de la herencia fideicomitida “dentro de los treinta días siguientes al requerimiento procedente (art. 35 CDCIB).

4. Tendrá el derecho y la obligación de liquidar con el fiduciario o sus herederos. En realidad, el art. 36 CDCIB, en su primera parte, parece que presenta la liquidación como una obligación del fideicomisario, otorgando (en la segunda parte del art. 36) un derecho de retención al fiduciario sobre los bienes.

La razón la podemos hallar en la obligación del fiduciario de atender gastos y cargas de la herencia fideicomitida, aunque tal obligación puede satisfacerla mediante la enajenación de bienes de la herencia.

La liquidación es, por una parte, un sistema para que el fiduciario o sus herederos, se reintegren de lo gastado o lo debido sobre sus derechos; pero lo cierto es que la liquidación es un sistema de rendición de cuentas que hace al fiduciario o sus herederos, cuando entregan los bienes fideicomitidos al fideicomisario. El art. 36 tiene que ponerse en relación con el art. 35.

La liquidación siempre originó numerosos pleitos. En esta materia es importante el precedente histórico legal de la Real Cédula del Rey Felipe V de 31 de agosto de 1716 (para un más amplio tratamiento ver ZAFORTEZA, *El Fideicomiso...*, pp. 254-273; COLL CARRERAS, “Comentario al art. 36”, *Comentarios...*, pp. 650 y ss)

## **2. La *quarta* Trebeliánica.**

El art. 29,2 CDCIB define la cuarta trebeliánica diciendo que “la trebeliánica consiste en la cuarta parte de la herencia fideicomitida previa deducción de los gastos y deudas y de las legítimas, incluso la que corresponda al propio fiduciario”.

### **2.1. Precedente histórico de la *quarta* trebeliánica.**

El origen, en el Derecho Romano, de la *quarta* Trebeliánica, como de la *quarta* Falcidia, se basa en articular estímulos para que el heredero acepte la herencia. La *quarta* Falcidia, por el poco interés que puede producir, al heredero, aceptar una herencia gravada con legados, que no le resta ni la cuarta parte de los bienes; esta situación se neutraliza con la *quarta* Falcidia. Con la Trebeliánica, el heredero fiduciario, en los fideicomisos (no en las sustituciones fideicomisarias), tampoco tenía interés en aceptar una herencia, porque su misión consistía en hacer tránsito inmediato de los bienes fideicomitidos al fideicomisario. La *quarta* Trebeliánica incentiva la aceptación, al permitirle detraer una cuarta parte de los bienes. El origen de la llamada Trebeliánica es la conjunción del senadoconsulto Trebeliano, que dispuso que el Pretor, mediante acciones ficticias, considera al fideicomisario universal como un heredero, con lo que independizaba al fiduciario del fideicomisario, pero podía suceder que el fiduciario no aceptara la herencia; para solventar esta situación, junto al mantenimiento del senadoconsulto Trebeliano, se añadió el senadoconsulto Pegasiano (Instituta 2,23,5) que otorgaba al fiduciario un derecho frente al fideicomisario a la cuarta parte de la herencia, y quedaba obligado a aceptar forzosamente la herencia, que de no hacerlo se entendía aceptada, perdiendo el derecho a la cuarta parte (ver la problemática que representó esta combinación en, D’ORS, *Derecho...*, & 329).

Por la Trebeliánica, el heredero fiduciario tiene derecho a una cuarta parte de los bienes fideicomitidos, salvo que el testador lo prohíba. El art. 29, segundo párrafo CDCIB define la cuarta Trebeliánica diciendo que “consiste en la cuarta parte de la herencia fideicomitida, previa deducción de los gastos y deudas y de las legítimas, incluso la que corresponda al propio fiduciario”, o a sus herederos.

## **2.2. Análisis del art. 29 CDCIB.**

La cuarta Trebeliánica es el derecho que se le concede al primer heredero fiduciario (salvo que el testador lo prohíba expresamente) para que, inventariados los bienes relictos que provienen del fideicomitente, pueda adquirir una parte de los mismos, salvo que el fideicomitente lo hubiere prohibido.

La cuarta Trebeliánica se obtiene, deduciendo del montante de los bienes fideicomitidos, los gastos y deudas, las legítimas, incluso la correspondiente al fiduciario, en su caso.

Para obtener la cuarta parte de los bienes, se tiene que tener en cuenta como interpreta la STSJIB de 8 de febrero de 2000, en el FJ 4º, “1) que para el cómputo de la cuarta trebeliánica de la herencia fideicomitida no solamente deben tenerse en cuenta el valor de los bienes que ya constituían el patrimonio fideicomitado en el momento de la muerte del fideicomitente, sino que también el valor de las mejoras y accesiones incorporadas a aquellos bienes durante el período en que éstos han permanecido en poder del fiduciario”; (también incluye las mejoras, la STSJIB de 28 de febrero de 1991, Magistrado-ponente Sr. Zaforteza).

No es posible detraer la cuarta Trebeliánica si no se forma inventario con los requisitos que la norma exige (art. 29 CDCIB).

Los requisitos son:

1º. Formar inventario de la herencia fideicomitida.

El sistema procedimental de formar inventario, según el citado artículo 29, se tiene que atender a la forma y al tiempo para realizarlo.

1) Forma de realizar inventario: El art. 29 a) CDCIB exige que el inventario se realice en documento público sea “judicial o notarial”.

2) Tiempo: Tiene que realizarse en el tiempo que determina la norma, esto es, que “esté terminado dentro de los ciento ochenta días siguientes a su delación”. El apartado a) del citado art. 29 excepciona el tiempo prescrito cuando “los bienes que la constituyan (se refiere a la herencia fideicomitada) se encuentren en municipios distintos, o que el fiduciario resida fuera de la isla, en cuyos supuestos el plazo será de un año”; también se excepciona del cumplimiento del plazo “el retraso no imputable al fiduciario”; esta excepción fue una adición de nueva creación en la reforma de la Compilación de 1990.

3) Lugar: Debe realizarse “en el lugar donde el causante hubiese tenido su último domicilio habitual”, apartado c) del art. 29 CDCIB.

2º Procedimiento para inventariar. En el plazo de 30 días antes de iniciar el trámite de inventariar los bienes fideicomitados, deben convocarse “a los fideicomisarios si fueren conocidos, y, de no serlo, al representante del Ministerio Fiscal”. El párrafo segundo del apartado b) del art. 29, realiza una interpretación auténtica de lo que se entiende por “fideicomisarios conocidos”, diciendo que son “los que en el momento de practicarse el inventario, ostenten la calidad de fideicomisarios, aunque tal titularidad esté sujeta a condición y, como consecuencia, no sea definitiva”.

3º Detracción de la cuarta trebeliánica. El fiduciario o sus herederos, practicado inventario en la forma y tiempo determinados en el art. 29 CDCIB, podrán detraer la cuarta parte del líquido obtenido de los bienes fideicomitados, practicadas las deducciones pertinentes. Esta cuarta parte es compatible con la cuota legitimaria, si el fiduciario ostenta esta condición; ahora bien, en el supuesto de concurrir los requisitos para poder detraer la cuarta Falcidia, tendrá que elegir entre una u otra cuarta, ya que no puede detraer ambas (art.40,2 CDCIB).

Si el fiduciario, que ha practicado inventario, de acuerdo con el art. 29, fallece sin haber hecho uso de la detracción de la cuarta Trebeliánica, transmite este derecho a sus herederos, ya que este derecho forma parte de su patrimonio.

## IV EL FIDEICOMISO DE RESIDUO.

### 1. Fideicomiso de residuo.

El origen en Roma del fideicomiso de residuo se ha pretendido encontrar en fragmentos pertenecientes a PAPINIANO, en su Libro Responsorum D. 31.71 y entre otros D.22.1.3.2; D.31.70.3; D. 31.72; ULPIANO, en su libro quinto

*Disputationum* D.36.1.23(22).4, D.3.25.16; SCAEVOLA en el fragmento del libro quinto de sus *Digesta*, donde trataba de *Conditione*, D.36.1.82(80).

En el fideicomiso de residuo cobra principal importancia la *fides* (*verba enim fideicommissi bonam fidem inesse constant*, dice PAPINIANO, D. 36.1.56 (54)), presente en todo fideicomiso, pero especialmente en esta modalidad. Cuestión importante, porque no se trata de defraudar las expectativas del fideicomisario, sino de otorgar un mayor poder de disposición, según fue la voluntad del causante. Por esto, aun siendo de residuo, es sustitución fideicomisaria, aunque en esta clase, el fideicomitente ha preferido favorecer al fiduciario antes que al fideicomisario. PAPINIANO, ante una eventual enajenación fraudulenta determina *si non...probetur*; con carga de probarlo para el fideicomisario. (Para el estudio histórico de la figura, entre otros, CUENA BOY, “Notas...”).

La Compilación, en su artículo 37, en su primer párrafo, define en los mismos términos que el primero del art.30 de la originaria CDCEB de 1961, la sustitución fideicomisaria de residuo, diciendo: “Si se sujetaren a sustitución fideicomisaria solamente los bienes que quedaren al fiduciario el día de su fallecimiento, podrá éste enajenar y gravar a título oneroso las tres cuartas partes de los comprendidos en la sustitución, debiendo restituir al fideicomisario la otra cuarta parte, si el testador no le hubiere relevado”.

La institución tiene su origen en el Digesto 36,1,54 que mandaba restituir el sobrante al fideicomisario; posteriormente el Capítulo 1 de la Novela 108, permitió al fiduciario disponer de tres cuartas partes de los bienes fideicomitados, dejando una cuarta parte para el fideicomisario, salvo que tenga que disponerla para atender necesidades concretas.

El fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria que otorga una mayor facultad dispositiva sobre los bienes fideicomitados, ya que es el excedente de estos bienes que, a la muerte del fiduciario (pár. primero del art. 37 CDCIB), pasarán al fideicomisario designado por el fideicomitente.

La libertad dispositiva se concreta, o bien a las tres cuartas partes de los bienes fideicomitados, siempre que el fiduciario transmita tales bienes mediante un negocio jurídico dispositivo fundamentado en la causa onerosa (“enajenar y gravar a título oneroso” art.37,1 CDCIB); o bien aquello que quedare de los bienes (pár. 1 *in fine* y 5 del art.37 CDCIB) al tiempo de la restitución al fideicomisario. Estas dos opciones responden a las dos posibilidades permitidas de restitución de los bienes no dispuestos, a) *si de eo quod supererit* (correspondiente al pár. 1 del art.37), y *si aliquid supererit* (pár. 1 *in fine* y pár.5 del art. 37).

El límite a la facultad dispositiva del fiduciario estará en función de la voluntad del causante-fideicomitente según haya dispuesto esta sustitución, si en una cuarta parte, o bien *si aliquid supererit*.

### **1.1 Libertad dispositiva del fiduciario.**

La sustitución fideicomisaria de residuo parte de un concepto distinto respecto a la facultad dispositiva que tiene el fiduciario en toda sustitución fideicomisaria, porque el poder de disposición de los bienes fideicomitidos es la excepción, ya que los bienes van destinados al fideicomisario, una vez cumplida la condición; en tanto que en el fideicomiso de residuo lo que transmite el fiduciario al fideicomisario es el residuo, ya sea la cuarta parte de los bienes, ya sea lo que no haya dispuesto el fiduciario. Esto no lo configura como una institución distinta, ya que sigue siendo sustitución fideicomisaria; si bien el interés del disponente es preferente el fiduciario que el fideicomisario.

La libertad dispositiva del fiduciario alcanza no sólo a lo regulado para todo fiduciario en los arts. 33 y 34 CDCIB, sino a cualquier negocio de disposición *inter vivos* siempre que esté fundamentado en un título oneroso (art. 37,1 CDCIB “podrá éste enajenar y gravar a título oneroso...”). Esto implica que no podrá ejercitar la facultad dispositiva mediante negocios jurídicos con causa gratuita; ni destinar bienes *mortis causa*.

El alcance cuantitativo del poder de disposición sobre los bienes fideicomitidos es, según lo dispuesto por el fideicomitente, 1) las tres cuartas partes de lo recibido del fideicomitente, ya que a esta porción se le imputa lo que deba recibir por legítima, si es el caso, y por trebeliánica, o por cualquier otro derecho que le corresponda (pár. 2 del art. 37 CDCIB); incluso, podrá excederse de esta cantidad cuando lo necesite por causa de “indigencia o extrema necesidad” (pár.5 del art. 37 CDCIB). 2) El residuo de los bienes que no hubiere dispuesto al fallecimiento del causante, *si aliquid supererit* (pár. 1 *in fine*, art. 37 CDCIB). Su poder de disposición está regido por la *fides*, sin que pueda realizar actos defraudatorios.

### **1.2 Derechos y deberes del fiduciario y del fideicomisario.**

El fiduciario tiene la obligación propia de todo fiduciario, de formar inventario (pár. tercero del art. 37 CDCIB), con las normas establecidas para la cuarta trebeliánica (art. 29 CDCIB).

La Compilación no prescribe, expresamente, la obligación de prestar garantía; indirectamente queda garantizada la cuarta parte de los bienes al

permitir asegurar esta restitución mediante la determinación de los bienes que componen esta cuarta parte (pár. tercero del art. 37 CDCIB) permitiendo “impugnar los actos dispositivos del fiduciario”(pár. cuarto del art. 37 CDCIB) en fraude de su derecho; garantía que puede asegurar mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad si estos bienes determinados son inmuebles (art. 30,3 CDCIB).

Los fideicomisarios para asegurar la restitución de la cuarta parte que debe reservar el fiduciario “podrán éstos pedir su determinación”. En caso de no usar esta facultad “no podrán ejercitar acción alguna para impugnar los actos dispositivos del fiduciario” (pár. cuarto del art. 37 CDCIB). Esta facultad intenta salvaguardar los derechos del fideicomisario que el fiduciario haya realizado en fraude a su derecho.

El fiduciario tiene derecho a la cuarta trebeliánica y a la porción legítima, si ostenta tal cualidad, que, se imputará al valor de los bienes que haya dispuesto (pár. segundo del art. 37 CDCIB).

## **2. La cuarta inversa.**

El fiduciario o sus herederos, tiene la obligación de restituir la cuarta parte de los bienes fideicomitidos, la llamada “cuarta inversa”, salvo que le haya relevado el fideicomitente.

El fideicomisario tiene derecho a una cuarta parte de la herencia, cuando se articula la sustitución fideicomisaria de residuo como *si de eo quod supererit* (pár. 1 del art.37). La herencia fideicomitida está formada por tres cuartas partes que el fiduciario puede disponer y una cuarta parte que debe entregar, al fallecimiento del fiduciario, al fideicomisario. Es un derecho que el fideicomitente puede eliminar (pár.primero *in fine*, del art. 37 CDCIB); o las circunstancias “indigencia o extrema necesidad” del fiduciario (pár. quinto del art. 37 CDCIB).

La cuarta parte de los bienes que conforman la cuarta inversa no puede reclamarse por el fideicomisario hasta el fallecimiento del fiduciario. Para asegurarla puede pedir su determinación, pero no la entrega de los bienes.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, “Comentario al art. 784”, *Comentario del Código Civil*. Tomo I, Ministerio de Justicia. Madrid 1993

BORRELL I SOLER, Antoni M<sup>a</sup>, *Dels fill posats en condició*, RJC 1935, Vol. XLI, pág 250; parecida opinión en *Derecho civil vigente en Cataluña*. Barcelona 1944, p. 132, nota 2 y p.136)

-*Derecho Civil vigente en Cataluña*, Barcelona 1944,

COLL CARRERAS, Miguel, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*”, dirigidos por ALBALADEJO-DÍAZ ALABART, T. XXXI, Vol.1º, Edersa 2000.

CUENA BOY, F “Notas sobre el fideicomiso de residuo: sus clases, obligación de conservar del fiduciario”. SCDR, VII. 1995.

CUJACIUS *Opera omnia*, I, Nápoles 1722-1727.

DE DIEGO, F.C. *Naturaleza de las disposiciones o cláusulas de residuos*. (Discurso leído en la sesión inaugural del curso 1926-1927 de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al art. 759”, *Comentario del Código Civil*. Tomo I, Ministerio de Justicia. Madrid 1993.

D’ORS, *Derecho Privado Romano*, séptima edición , revisada. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona 1989.

FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, : “Comentario a los artículos 451 a 458 del Código civil”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos M. ALBALADEJO . Segunda Edición actualizada y puesta al día. Revista de Derecho Privado. Edersa Madrid 1993.

-“Sustituciones fideicomisarias en el derecho balear”, en Tratado de derecho de Sucesiones, Tomo I (Directora M<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera. Editorial Thomson Reuters-Civitas. Pamplona 2011.

FUSARIUS *Tractatus de substitutionibus* Coloniae Allobrogum. MDCLXXV.

GARCÍA GRANERO Y ARREGUI GIL, “Comentario a la ley 230 del Fuero Nuevo de Navarra”, en *Comentarios añ CC y Compilaciones Forales*, dirig. ALBALADEJO-DÍAZ ALABART, Madrid 1998, T. XXXVII, vol.1º).

GONZÁLEZ PALOMINO, *Enajenación de bienes pseudos-usufructuados*, AAMN, Tom.V.

IGLESIAS SANTOS, Juan, “*En torno al fideicomiso familiar catalán*”. Barcelona 1952.

LACRUZ BERDEJO, (La cláusula “*si sine liberis decesserit*” en el Derecho aragonés y en el Código civil. Estudios de Derecho Civil. Barcelona 1958

MENOCHIUS, *De Praesumptionibus, Coniecturis, Signis, & Iudiciis. Comentariorum pars secunda. Non ante hac in Iudicem edita.* Venecia 1590.

MOLL, Antonio, *De Arte Notariae Tractatus*, 1714 (edición facsímil)  
ZAFORTEZA DE CORRAL, MUT CLAFELL, Y OLIVER MORAGUES, *Tratados de Notaria en el Reino de Mallorca*, edición Facsímil, Colegios Notariales de España. Gráficas Minaya, Guadalajara 1995.

MONTANER, P.de y MOREY,A en *Notas para el Estudio de la mano mayor mallorquina durante los siglos XVI y XVII*, en *Estudis Balàrics* nº 34, 1989.

PASCUAL GONZÁLEZ, Luís, *Derecho Civil de Mallorca. Herencias y otras especialidades forales.* Mallorca 1951.

PASTOR, Francisco Juan *Fori Regni Valentiae*, 1547.

RIPOLL Y PALOU, Pedro “Memoria sobre las instituciones que se deben conserva” Se puede consultar en *Materials Precompilatoris del Dret Civil de les Illes Balears* preparados por FERRER VANRELL y MUNAR BERNAT. Coeditado por Ediciones UIB y Parlamento de las Illes balears. Palma 2002.

ROCA SASTRE, RAMÓN M<sup>a</sup> “El fideicomiso si sine liberis decesserit y el código Civil”. *Revista crítica de Derecho Inmobiliario* 1956.

SAGUER I OLIVET, Emilio, *Institución de los fideicomisos y sus efectos en Cataluña.* Gerona 1913.

- “Cuestiones prácticas de los hijos puestos en condición”, *Revista de Derecho Privado*, 1934, T. XXI.

SERRAYMAURA, Michael (*Observationes Iuridicae*, T.II, (BCC, manuscrito 556).

SERRA MAURA, M. *Decissiones majooricenses super diversos varioque tum canonica tum civiles Jurisprudentiae.* Palma Balearium, anno salutis 1719 (BCC manuscrito. Núm. 558)

SESSE *Decissionum Sacri Senatus regii Regni Aragonum*, III, Zaragoza 1627.

ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz, *El Fideicomiso en el Derecho Civil de Mallorca y Menorca*, Palma 1992.

ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz, “Los filii possiti in conditione en el derecho histórico de las Islas Baleares”. *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul.liana*, 1989, n° 45.

VALLET DE GOYTISOLO, *Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula “Si sine liberis decesserit” en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil (notas a dos discursos)*. ADC 1956.

## **ABREVIATURAS**

ACV: Archivo Casa Vivot

CDCEB: Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares

CDCIB: Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears

STSJIB: Sentencia Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears.



### **XIII.- .1 D) ACTA DE LA REUNIÓN DE LA COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO CELEBRADA EL DÍA 26 DE ABRIL DE 2016**

Siendo las diecisiete treinta horas del mencionada día se reúne, en la sede del Ilustre Colegio de Abogados de las Illes Balears, la Comisión Académica de Derecho Privado, al objeto de tratar sobre las ponencias y comunicación presentadas sobre el tema de la sustitución fideicomisaria en el Derecho civil de las Illes Balears.

Asisten a le reunión los Académicos Señores Ferrer Pons, Gómez Martínez, Jiménez Gallego, Martínez-Piñeiro Caramés y Masot Miquel y la Señora Ferrer Vanrell.

Abierto el acto por el Presidente de la Academia Sr. Masot Miquel, los reunidos manifiestan su felicitación a los ponentes y comunicante por los trabajos presentados que, sin duda alguna, enriquecen el tratamiento doctrinal de la institución estudiada y muestran las vicisitudes de la misma a lo largo del tiempo así como su aceptación o rechazo en diferentes sistemas jurídicos.

Se debate, en primer término, la realidad actual de la sustitución fideicomisaria, señalándose que su uso ha decrecido de una manera notoria, teniendo en cuenta las afirmaciones de los tratadistas (Ripoll y Palou y Zaforteza de Corral) que nos hablan de un habitual inserción en los testamentos hasta bien entrado el siglo XX. Ello es corroborado por los Académicos que ejercen, o han ejercido de Notario, los cuales apuntan que han sido pocos los testamentos con sustituciones fideicomisarias que han autorizado, aunque, por el contrario, sí lo han hecho respecto de los fideicomisos de residuo, abogando, por ello, para una regulación más detallada del mismo en nuestra Compilación.

Otros de los reunidos manifiestan que ellos, en el desempeño de su profesión jurídica, sí se han encontrado en ocasiones los fideicomisos, particularmente en los casos de familias en que tan solo uno de los hermanos se había casado, siendo frecuente que las hermanas solteras se instituyeran herederas una a otra, pero estableciendo una sustitución fideicomisaria a favor de los hijos del hermano casado. De todos modos, coinciden todos los reunidos en el hecho de que, al ser una institución meramente potestativa, de ningún modo hay que pensar en su supresión de los textos legales, pues pueden darse casos en que el fideicomiso constituye precisamente el camino a través del cual el disponente quiere estructurar su sucesión, por lo que es de la mayor evidencia que debe tener un cauce legal para ello. Su conservación entre las instituciones propias de nuestro Derecho civil exige, a juicio unánime de los reunidos, depurar la regulación de la misma, a fin de darle, en la medida de lo posible, la mayor agilidad que exigiría una buena administración del caudal relicto. Se acuerda que la norma dedicada al fideicomiso de residuo –el art. 37 CDCB– no es de mucha extensión, por lo que tal vez pueda no ser suficiente para resolver la problemática que plantea el mismo; pero también se pone de relieve que el fideicomiso de residuo no deja de ser una sustitución fideicomisaria, siendo, por tanto, de aplicación al mismo todo cuanto se establece de manera general respecto de las mismas: formalización de inventario, garantías, derechos y obligaciones del fiduciario, la delación fideicomisaria, etc...

Habiéndose indicado, en una de las ponencias, que los fideicomisos no dejan de ir contra el orden público económico, al sustraer momentáneamente unos bienes al tráfico jurídico, al ser obligatoria su conservación por parte del fiduciario, se pone de relieve, por alguno de los intervinientes que, en el Derecho civil de Mallorca y Menorca, siempre –salvo disposición en contra del testador– hay una parte del caudal relicto de la que se puede disponer por parte del fiduciario, cual es la cuarta parte de la herencia, dado que puede hacerla suya de manera inmediata.

Pasándose a tratar de los hijos puestos en condición, se apunta el interés que podría tener la institución en el caso de testamentos otorgados –obviamente de manera separada– por cónyuges, en que la institución de heredero del uno a favor del otro sería para el caso de que se falleciera sin hijos, pues, de existir éstos, serían fideicomisarios de una sustitución en la que el cónyuge sería el fiduciario, siendo muy apropiado, para tal caso, el fideicomiso de residuo, quedando siempre a salvo las legítimas, cual es de rigor.

A continuación se plantearon los reunidos la copiosa problemática suscitada por la novedosa sustitución fideicomisaria sobre la legítima, partiendo de los arts. 782 y 808 Cc modificados por la ley 41/2003 de 18 de noviembre y

del texto que figura en el Avantprojecte de modificación de la Compilación elaborado por la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear.

Particularmente fueron objeto de amplias disquisiciones la cuestión de si, en caso de establecerse tal sustitución fideicomisaria sobre la legítima, también la parte libre ha de disponerse a favor del legitimario con capacidad judicialmente modificada, pues no es de recibo perjudicar a los restantes legitimarios gravando la legítima con la sustitución fideicomisaria si la parte libre se ha dispuesto a favor de otras personas. Lo cierto es que en los textos legales –o prelegales– no hay una exigencia de dejar también al legitimario incapacitado judicialmente la parte de libre disposición. Por otra parte, puede haber otras personas a las que sería de justicia dejarles algo de la herencia, cual sería el caso del cónyuge viudo, pues su legítima podría no ser suficiente para mantenerse dignamente. La opinión mayoritaria es la de que no quedaría más remedio que dejar la cuestión al arbitrio judicial, ya que el Juez podría anular la sustitución si, de la atenta contemplación de las circunstancias del caso, podría deducirse que el establecimiento de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima se ha hecho en fraude de los demás legitimarios, atendiendo particularmente a la consideración de si había otros medios más *normales* para solventar o paliar la situación del legitimario con capacidad judicialmente modificada, antes que acudir a esta extraña sustitución fideicomisaria.



# ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA EN DERECHO GERMÁNICO Y EN DERECHO ESPAÑOL

Antonio Monserrat Quintana.

**Advertencia preliminar.-** No es nuestro propósito, ni puede serlo ante la obligada limitación del espacio asignado a este artículo, agotar las intrincadas e innumerables cuestiones que surgen del enunciado general del presente trabajo. Por ello, nos limitaremos a destacar algunos aspectos de interés, incluyendo algunos comentarios relativos al *certificado sucesorio europeo*, rogando que el paciente lector nos disculpe.

**El fenómeno hereditario.-** Como es bien sabido, el *fenómeno hereditario* puede descomponerse, en nuestro Derecho, en las siguientes fases: 1º *Apertura* de la sucesión, lo que ocurre con la muerte del causante (*ex* Art. 657 del Código Civil); 2º el *llamamiento* a la adquisición de la herencia (delación), que puede ser testamentario, contractual o por ministerio de la ley; 3º la *aceptación* del llamado; y 4º la *adquisición* hereditaria, expresa o tácita, propiamente dicha. Todo ello, “dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante”<sup>1</sup>.

A pesar de que el art. 657 CC, citado, afirme que los derechos de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, lo cierto es que, como ha quedado expuesto, esa transmisión no tiene efectos inmediatos, por cuanto se requiere la aceptación de la herencia. En palabras de la STS de 19 de octubre de 1963<sup>2</sup>, “comprendiendo la herencia, por determinación del 659, todo el patrimonio de la persona fallecida, dicho precepto, unido al 657 y 661, vienen a señalar el momento en que la sucesión se transmite con

---

1.- STS (Pleno) 539/2011, de 11 Septiembre 2013, FJ 5, Pon.: Francisco-Javier ORDUÑA MORENO.

2.- STS 19 Octubre 1963, Pon.: Pablo MURGA CASTRO.

referencia al heredero, transmisión que no puede tener inmediata efectividad, por requerir una decisión favorable la aceptación de la herencia, aun cuando siempre se retrotraiga al tiempo de la muerte”.

**La herencia yacente.**- De lo dicho se desprende que, entre el momento de la apertura de la sucesión (muerte del causante), y eventual aceptación del llamado a aquélla, que produce la adquisición hereditaria, existe un período interino que la doctrina ha venido llamando de *herencia yacente*. El Tribunal Supremo habla de que en este supuesto se produce una *transmutación* del patrimonio del causante. En concreto, afirma la STS 12 de marzo de 1987<sup>3</sup> que “la apertura de la sucesión de una persona se abre justamente en el momento de su muerte en el cual su patrimonio se transmuta en herencia yacente que no es sino aquel patrimonio relicto mientras se mantiene interinamente sin titular, por lo que carece de personalidad jurídica, aunque, para determinados fines, se le otorga transitoriamente una consideración y tratamiento unitarios, siendo su destino el de ser adquirida por los herederos voluntarios o legales”.

Veremos, *infra*, que el concepto de *herencia yacente*, (en alemán *Ruhende Erbschaft* o *Ruhender Nachlass*), es desconocido o más bien inoperante para el Derecho *germánico*, por lo que hemos simplemente apuntado su naturaleza, sin entrar en los intrincados problemas que suscita en la teoría y en la práctica.

**Los sistemas *germánico* y *romano* de adquisición de la herencia.**- Es clásica la distinción entre los derechos *germánico* y *español* (en cuanto romano con matices) en lo relativo a la adquisición<sup>4</sup> de la herencia. Sin embargo, procede hacer alguna aclaración inicial respecto del llamado sistema *germánico*, en cuanto que pudiera inducir a pensar que rige en todos los países a los que corresponde esta denominación. Decimos esto, por cuanto en dicho sistema se incluye, en primer término, el derecho alemán<sup>5</sup>; pero también el suizo —que sólo en parte puede denominarse germánico, debido a las improntas *latinas* que caracterizan a la Confederación Helvética<sup>6</sup>; y, en su origen, el derecho francés. En cambio, el derecho austríaco ofrece grandes

---

3.- Pon.: Cecilio SERENA VELLOSO.

4.- Del verbo *adquirir*: *Hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece, o se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción* (Diccionario de la Lengua Española, 19ª ed., Voz “adquirir”, 4ª acepción, Madrid, 1970, p. 28).

5.- En particular, § 1942 BGB.

6.- Artículos 537, 567, 571 del Código Civil Suizo de 10 diciembre 1907.

diferencias con el alemán, en cuanto que, por ejemplo, se exige la aceptación expresa de la herencia <sup>7</sup>.

Del mismo modo, el sistema sucesorio *romano* está vigente en países tan poco latinos como Japón, en cuyo Código Civil encontramos, entre otros, el artículo 920, por ejemplo, donde se dice que “con la aceptación (incondicional) el heredero hereda todos los derechos y obligaciones del causante sin limitación”, así como los conceptos de la aceptación a beneficio de inventario (*qualified acceptance*, en el art. 922), o la herencia yacente, a la que se concede el estatuto de persona jurídica (*Cf.* art. 951: “si no es evidente que existe un heredero, un patrimonio que debería heredarse se considerará como una persona jurídica”) <sup>8</sup>.

La principal diferencia entre ambos sistemas estriba en que en el sistema germánico no hay un *ius delationis* <sup>9</sup> propiamente dicho, en el sentido de los artículos 988 ss. CC (aceptación y repudiación de la herencia), sino que la herencia se adquiere *ipso iure* y, una vez así adquirida, surge el derecho a repudiarla <sup>10</sup>. Esta repudiación (*Ausschlagung*), que sólo cabe practicar en el plazo legalmente establecido para ello (tres meses en Derecho Suizo <sup>11</sup>; seis semanas en Derecho Alemán <sup>12</sup>) se realiza por tanto con efectos retroactivos <sup>13</sup>.

En cambio, en el sistema del Código Civil, en éste no se define un plazo expreso establecido para el ejercicio del *ius delationis*, de manera que, según mantiene ROCA SASTRE en sus comentarios a KIPP, el plazo sería, más que de prescripción –dependiendo éste de la consideración del *ius delationis* como de derecho

---

7.- (.../...) *ausdrücklich erklären, dass er die Erbschaft annahme* (§ 799 ABGB).

8.- Las traducciones de los correspondientes artículos del Código Civil Japonés son nuestras, tomadas de la versión oficial en Inglés.

9.- El origen del *ius delationis* puede encontrarse en el *Digesto*, 50, 16, 151: *Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi* : “Se entiende deferida la herencia, que uno puede conseguir adiéndola”, en versión de Ildefonso GARCÍA DEL CORRAL: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, 1ª Parte, T. III, Barcelona, 1897, p. 930.

10.- *Vide* ALBALADEJO: *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, en “Anuario de Derecho Civil”, 1955, pp. 3 y ss.

11.- Art. 567 Código Civil Suizo.

12.- § 1944 (1) BGB.

13.- “Nach dem BGB geht die Erbschaft mit dem Erbfall ohne Mitwirkung des Erben auf diesen über; der Erbe kann jedoch die Erbschaft in bestimmter Frist und Form ausschlagen und dadurch den Anfall des Nachlasses *rückwirkend* wieder beseitigen (§§ 1942 I, 1944, 1945, 1953 I)”: Hans BROX: *Erbrecht*, 10. verbesserte Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1986, Seite 165, Rdnr. 775).

real o personal—, de caducidad, *ex art.* 1005 Código Civil, de duración de cuatro años, por aplicación analógica de los arts. 1299, 1301 del Código Civil y del art. 14-3º del Reglamento Hipotecario<sup>14</sup>. LACRUZ defiende que la prescripción del derecho a aceptar una herencia tiene un plazo de quince años<sup>15</sup>. Plazo fundamental, por cuanto el heredero puede repudiar en tanto conserve el derecho de aceptar, postura que parece más lógica y concorde con el sistema del Código. Sin que pueda confundirse con la *actio petitio hereditatis*, la cual, conforme a reiterada jurisprudencia, prescribe a los treinta años (SSTS 30 marzo 1889; 18 mayo 1932; 25 octubre 1950; 12 abril 1951; 12 noviembre 1953, etc.).

Como afirma CASTÁN, en esta materia existen dos sistemas: el *romano*, que constituye como elemento esencial la aceptación expresa o tácita de la herencia; y el *germánico* o francés, en el que basta la muerte del causante —unida al llamamiento o delación— para la adquisición *ipso iure* de la propiedad o titularidad, e incluso la posesión de los bienes hereditarios por el heredero, sin perjuicio del derecho de éste de repudiar la herencia<sup>16</sup>.

Volviendo al sistema *germánico*, curiosamente, aunque es doctrina común que el BGB, al decidirse por el sistema de la delación automática con posibilidad de repudiar, se inspiró *abiertamente* en el ALR<sup>17</sup> prusiano<sup>18</sup>, parece ser que inicialmente la doctrina se fijó en Francia, con el principio *Le mort saisit le vif*, que, en su origen, justificó la sucesión instantánea real, como garantía y defensa de la monarquía sucesoria frente a la electiva, con supuesto —y muy interesado apoyo— en el *Digesto*, 28, 2, 11 (*in suis heredibus*)<sup>19</sup>. En definitiva, lo que entre nosotros conocemos como el adagio *A rey muerto, rey puesto*<sup>20</sup>.

Resulta sumamente interesante la opinión de BINDER, quien atribuye el origen y aceptación del sistema automático de adquisición de la herencia

---

14.- *Vide* en KIPP: *Tratado de Derecho Civil*, T. Quinto, Vol. Segundo, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1976, p. 41.

15.- LACRUZ: *Derecho de Sucesiones*, Parte General, Bosch, Barcelona, 1961, pp. 160 y 600.

16.- CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, T. VI, Vol. I, Reimpr. de la 7ª ed., Reus, Madrid, 1969, p. 110.

17.- *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, de 1794.

18.- KIPP: *Derecho de sucesiones*, en *Tratado de Derecho Civil*, T. V, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1976, p. 23.

19.- Jacques KRYNEN: *Le mort saisit le vif. Genèse médiévale du principe de l'instanéité de la succession royale française*, "Journal des savants", 1984, pp. 187-221.

20.- Como también recoge, sólo para los aspectos sucesorios, ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado*, T. II, cit., p. 38.

propio del BGB justamente a los problemas derivados del concepto de *herencia yacente*. En concreto, éstas son sus palabras traducidas por mí del original alemán: “El BGB ha intentado dar final al inacabable y poco fructuoso debate sobre la «naturaleza jurídica» de la herencia yacente, puesto que elimina esta figura de forma definitiva. Según éste (el BGB) la herencia no debería quedar en ningún momento sin heredero”<sup>21</sup>. De lo que resulta que la concepción *germanista* procedería de la voluntad de querer dar solución al inacabable problema de la herencia yacente.

Otra aportación sugestiva es la de MANRESA Y NAVARRO, que nos dice que “el Código alemán adopta el sistema de la *posesión civilísima*, tomada del francés y del italiano, declarando (art.<sup>22</sup>1942) que la herencia pasará a los herederos llamados a ella, sin perjuicio del derecho de repudiarla”<sup>23</sup>. Afirmación que entendemos no puede tomarse como que el BGB ha instaurado el sistema que consagra emulando al derecho francés e italiano, por lo que se ha venido diciendo de los remotos orígenes de la peculiar transmisión *ipso iure* de la herencia.

Desde otro punto de vista, cabe destacar la postura de DE LA CÁMARA ÁLVAREZ que, en el planteamiento general de los sistemas sucesorios, en lugar de comparar los modelos *germánico* y *romano*, examina los sistemas *anglosajón* y el *latino o romano*, haciendo hincapié en la característica del primero consistente en que “es indispensable que al morir el causante se haga cargo de la herencia una persona distinta de aquélla o aquellas que van a disfrutarla”<sup>24</sup>.

De manera similar, PUIG BRUTAU, con una clara formación e influencia anglosajona, expone, citando a RHEINSTEIN, que la diferencia entre el Derecho de sucesiones de base romana y el angloamericano estriba en que, en el primero, la muerte del causante no afecta a la relación entre crédito y deuda, mientras que en el segundo se considera que el fallecimiento del causante señala el momento oportuno para satisfacer sus deudas y, en general, para extinguir el pasivo de su patrimonio a base de su activo<sup>25</sup>.

---

21.- Julius BINDER: *Bürgerliches Recht. Erbrecht*, 2. Auflage, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg GmbH, 1930, VI.

22.- Más bien debería decir *parágrafo*, o “§”.

23.- MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil Español*, T. V, Reus, Madrid, 1972, p. 453.

24.- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley, Madrid, 1990, pp. 12 ss.

25.- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, Vol. I, 2ª ed., Bosch, Barcelona 1975, p. 11.

Sintéticamente, VALLET DE GOYTISOLO resume la posición de PUIG BRUTAU afirmando que “fundamentalmente el criterio de *civil law* [o *romano*, en la terminología inglesa] ha sido de *continuación* y el criterio de *common law* [o *anglosajón* en la misma terminología] ha sido de *liquidación* <sup>26</sup>.

¿Cuál es el sistema adoptado por el Código Civil español? En la doctrina se ha discutido mucho esta cuestión, hasta el punto de que el maestro ROCA SASTRE afirma que “en la determinación de cuál es el sistema adoptado por el Código Civil, todo es confusión, debido a la mezcla de preceptos inspirados en los dos sistemas dispares, romano y germánico”. Para justificar su aseveración, señala, a modo de ejemplo, los artículos 661, 657, 988, 998, 999, 1004, 1005, 1006, 1088, 1016 y 440 de dicho Código, añadiendo que “esta conmixción, o mejor dicho, adjunción de preceptos dispares, es verdaderamente desconcertante, dificultando la puntualización del sistema que en definitiva adopta el Código Civil”<sup>27</sup>. Por su parte, el Tribunal Supremo parece obviar estas dificultades afirmando sin ambages que el sistema del Código Civil es el romano<sup>28</sup>.

Distinta es la situación de los Derechos Civiles de las Comunidades que lo tienen propio, cual es el caso de Baleares, donde nuestra Compilación asume, en punto a sucesiones, el Derecho romano, sin matices. Así, por ejemplo, MASOT MIQUEL, cuya solvencia en este campo está fuera de toda duda, significa que “el Derecho sucesorio mallorquín está fundamentado en el Derecho romano [antes ha añadido “Derecho romano justinianeo”], del cual extrae sus características más esenciales. La absoluta vigencia del Derecho sucesorio romano en Mallorca ha estado siempre fuera de toda duda, tanto antes como después de la promulgación del Código civil”<sup>29</sup>. Afirmación que, también de forma rotunda, suscribió el Tribunal Supremo en tempranas sentencias, como se lee, por ejemplo, en STS 21 marzo 1883: “Rigiendo, como rige en Mallorca, el derecho romano en materia de sucesiones testadas é intestadas y de partición de herencia, según tiene declarado este T.S., es inoportuna la cita ... de las leyes 4ª y 5ª, tit. XIV, Part. 6ª ...”<sup>30</sup>.

---

26.- VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho Civil*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1973, p. 266.

27.- ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado*, con la colaboración en el capítulo IV de José Puig Brutau, Tomo II, Aranzadi-Thomson Reuters, 1ª ed., Pamplona, 2009, pp. 48-49.

28.- *Ad exemplum*, STS 3/1998, de 20 de enero, citada más abajo.

29.- MASOT MIQUEL: en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T. XXXI, Vol. 1º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 2000, p. 187.

30.- *Vide* Marcelo Martínez ALCUBILLA: *Diccionario de la Administración Española*, 5ª ed., Tomo IX, Madrid, 1894, p. 619.

Lo dicho vale igualmente para Menorca, en virtud de lo prevenido en el artículo 65 de la Compilación que, en esta materia, excluye solamente lo relativo a la sucesión contractual (incluyendo una de sus modalidades, la *definición*), por ser incompatible con el Derecho menorquín<sup>31</sup>.

En cuanto a Eivissa-Formentera, el Derecho sucesorio pitiuso ha sido calificado por su máximo exponente doctrinal como de *carácter mixto y trifronte* (*Derecho mallorquín, Derecho catalán, C.c.*)<sup>32</sup>, si bien podemos concluir en que, básicamente, el Derecho romano justinianeo está latente en toda su regulación.

Sostiene CASTÁN, con cita de RUGGIERO, GARCÍA VALDECASAS y LACRUZ, que “la discusión y divergencia en orden al problema de la adquisición de la herencia tiene trascendencia meramente doctrinal o teórica, ya que, en el orden práctico, las normas legales que regulan la aceptación y la renuncia y el carácter retroactivo de éstas permiten prescindir del problema y hacen que, por lo general, no resalten las diferencias prácticas entre una y otra concepción”<sup>33</sup>.

Decíamos al principio que no nos es dado analizar en su totalidad los aspectos divergentes entre ambos sistemas. Sin embargo, nos centraremos en dos de ellos, con indudable trascendencia práctica, contra lo acabado de consignar en el párrafo anterior sobre la opinión de CASTÁN.

Es el primero el que puso de relieve la STS 3/1998, de 20 de enero<sup>34</sup>, en la que se fijó la doctrina de que la petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio no significa aceptación tácita de la herencia. A este respecto, nos dice que “la ley tributaria no puede imponer una adquisición de la herencia, contraria a los principios del código civil que derivan directamente del Derecho romano: adquisición por aceptación voluntaria, no por cumplimiento del deber fiscal (si éste se asimilara a la aceptación tácita); la legislación fiscal parece responder al sistema germánico de adquisición de la herencia, que se produce por la muerte del causante, al exigir al *heredero* el pago del impuesto, so pena de sanción económica, a partir del instante de la muerte, como si en este momento fuera ya heredero (.../..). La petición de liquidación

---

31.- *Vide* COLL CARRERAS: en *Comentarios al Código Civil...*, cit., pp. 1156 ss.

32.- CERDÁ GIMENO: en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXXI, Vol 2º, Edersa, 1981, pp. 211-212. Con un comentario muy extenso y profundo, *loc. cit.*, pp. 203-221.

33.- CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español...*, T. VI, Vol. I, cit., p. 116.

34.- Pon.: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ.

y el pago del impuesto sucesorio no tiene por sí mismo la consideración de aceptación tácita” (FJ 6).

En segundo lugar, toda vez que el heredero se convierte automáticamente en propietario de los bienes de la herencia desde la muerte del causante, no es necesario que acepte expresamente la herencia: “Una declaración expresa de aceptación de la herencia como presupuesto de la adquisición de la propiedad de la herencia es por ello desconocida para el derecho alemán”<sup>35</sup>.

Cabe añadir que el heredero llamado ha de tomar sobre la herencia una decisión unitaria y omnicomprensiva. Según KIPP, “sólo puede *tomar* [nótese que no dice *aceptar*] o repudiar la totalidad de lo que le ha sido deferido; una declaración que se limite a una parte de ello, es ineficaz, § 1950 [del BGB]”<sup>36</sup>.

La justificación de la calidad de heredero, que no hay que confundir con la adquisición de la herencia, que, como venimos diciendo, se produce inmediatamente a partir de la muerte del causante, sin que se precise declaración de aceptación alguna, si bien con la posibilidad de repudiación<sup>37</sup>, se produce mediante la obtención del *Erbschein*, o certificado de heredero<sup>38</sup>, que emite el Tribunal (Juez) de Herencias o Juzgado del Caudal Relicto (*Nachlassgericht*), sin que se exija aceptación expresa alguna. Cabe sólo referirse a que, en el lapso de tiempo concedido por el BGB para la repudiación (seis semanas, como ya hemos indicado), se puede entender como un “estado de suspensión” (*Schwebezustand*). Transcurrido dicho plazo sin que se haya producido la repudiación, se entiende definitivamente adquirida la herencia, sin formalidad alguna, ni necesitada de que sea recepticia<sup>39</sup>.

En consecuencia, la inscripción en el Registro del cambio de la titularidad de los bienes en favor del heredero se produce con la mera presentación del referido *Erbschein*, incluso para el caso de que sea coheredero, para lo

---

35.- “Eine ausdrückliche Erklärung der Erbschaftsannahme als Voraussetzung der Eigentumserlangung am Nachlaß ist dem deutschen Recht insoweit fremd”: BERTRAM, Karsten: *Rechtsgutachten* 6-1-1999.

36.- KIPP: *Tratado de Derecho Civil*, T. V, Vol. 2º, cit., p. 49.

37.- “Der Erbanfall tritt unmittelbar ein, d.h. ohne dass es einer Annahmeerklärung bedarf, aber mit der Möglichkeit einer Ausschlagung” (CREIFELDS: *Rechtswörterbuch*, 5. Auflage, C.H. Beck, München, 1978, “Erbe”, Seite 350).

38.- Sobre el *Erbschein*, véanse los §§ 2353 a 2370 del BGB.

39.- Cf. BROX, Hans: *Erbrecht*, 10. verbesserte Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1986, pp. 170-171.

relativo a su cuota hereditaria, sin que se precise el concurso de los demás coherederos, ya que, como queda reiteradamente dicho, la adquisición ha sido automática e independiente para lo que se refiere al interesado.

A pesar de lo dicho, hemos conocido algún caso en que el Registro de la Propiedad español ha exigido la aceptación ante notario, en clara contradicción con los principios y conceptos antedichos<sup>40</sup>.

### **El certificado sucesorio europeo.-**

¿En qué medida afecta a todo lo indicado el Certificado Sucesorio Europeo<sup>41</sup> (en lo sucesivo, el *certificado*)?

La reciente implantación y entrada en vigor del certificado en el ámbito de la Unión Europea<sup>42</sup> nos obliga a dedicarle nuestra atención, aunque sea en el limitado espacio permitido a estas líneas.

Como es sabido, el Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de Julio de 2012, aplicable a partir del 17 de agosto de 2015<sup>43</sup>, por medio de sus artículos 62 a 73, *creó* y reguló el Certificado Sucesorio Europeo, aplicable a las sucesiones de las personas fallecidas desde el 17 de agosto de 2015 en adelante<sup>44</sup>, con los efectos que se contienen en el artículo 69.

Según este último artículo, parafraseando sus distintos apartados:

1.- El certificado surte sus efectos en todos los Estados miembros sin necesidad de ningún procedimiento especial, es decir, tiene validez y eficacia por sí mismo.

---

40.- Sobre la posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto de la inscripción de adquisición de herencia causada por súbdito extranjero, pueden verse, *ad exemplum*, las RRDGRN de 1 Julio 2015 (súbdito alemán); 13 octubre 2015 (francés); 18 enero 2005 (respuesta a consulta); etc.

41.- *Certificado Sucesorio, Nachlasszeugnis, Certificate of Succession; Certificato successorio; Certificat successoral*, etc.

42.- El Reglamento no es aplicable en Dinamarca (por su especial *status* dentro de la Unión), ni en Irlanda y Reino Unido, como se afirma en el Considerando 82 del Reglamento. Desde la reciente decisión del Reino Unido, de separación de la Unión, es obvio que no va a cambiar esta inaplicabilidad: si no les era aplicable cuando estaban *dentro*, menos lo será estando *fuera*.

43.- Art. 84 § 2, a excepción de los artículos 77 y 78, aplicables desde el 16 de enero de 2014, y de los arts. 79, 80 y 81, aplicables a partir del 5 de julio de 2012.

44.- Artículo 83.1.

2.- Se presume que el certificado prueba los extremos que acredita y, en particular, que la persona que figura en él como heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de la herencia tiene la cualidad indicada en él o es titular de los derechos o de las facultades que se expresen, en la medida y con las limitaciones que lucen en el propio certificado.

3.- Se considera que cualquier persona que haya efectuado pagos o entregado bienes a una persona facultada según el certificado para recibirlos, ha tratado con una persona autorizada para ello, salvo que el que pague o entregue tenga conocimiento de que el certificado no responde a la realidad, o pudiera haberlo tenido de no concurrir negligencia grave. Se trata de una consecuencia del principio de la buena fe y de la confianza a la que, justamente, sirve el certificado.

4.- Si una persona facultada para ello según el certificado, dispone de bienes de la herencia a favor de otra persona, se considerará que ésta, si ha actuado en virtud de la información contenida en el certificado, ha tratado con una persona facultada para la disposición de los bienes en cuestión, salvo que tenga conocimiento de que el contenido del certificado no responde a la realidad, o no tenga conocimiento de ello por negligencia grave. Es un trasunto del principio de protección del tercer adquirente de buena fe y, en particular, del tercero hipotecario caso de tratarse de bienes inmuebles.

5.- El certificado es título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro, aunque, como veremos enseguida, esta afirmación no puede entenderse con rotundidad.

El Reglamento (UE) 650/2012 prevé que el certificado sirve para su utilización por los herederos y demás beneficiarios de la herencia, así como los albaceas o administradores de la herencia, que hayan de invocar su cualidad de tales o ejercer sus respectivos derechos o facultades, *en otro Estado miembro* (Cf. Art. 63.1). Se trata, por ello, de un instrumento destinado al Derecho Internacional Privado, sin que afecte a la regulación interna de cada uno de los Estados. Debe haber, por ello, una conexión internacional, sea por las personas intervinientes, sea por los bienes de que se trate, sea por la elección de la ley sucesoria que resulte de aplicación.

Esta finalidad de Derecho transfronterizo o internacional en el ámbito de la Unión Europea viene claramente establecida en el Considerando 67 del Reglamento (UE) 650/2012, donde se nos dice que *la tramitación rápida, ágil y eficiente de las sucesiones con repercusión transfronteriza en la Unión requiere que los herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o*

*administradores de la herencia puedan probar fácilmente su cualidad como tales o sus derechos o facultades en otro Estado miembro, por ejemplo, en el Estado miembro en que estén situados los bienes sucesorios.*

La vocación exclusivamente transnacional –o de “Derecho Internacional Privado”<sup>45</sup>– del certificado, así como su subdiariedad, se confirman con las afirmaciones del referido Considerando 67, que, por una parte indica que el certificado *se expedirá para su uso en otro Estado miembro*, y añade que *Conforme al principio de subsidiariedad, el certificado no debe sustituir a los documentos que puedan existir con efectos similares en los Estados miembros.*

La razón de ser de la creación del Certificado Sucesorio Europeo, de inspiración claramente alemana<sup>46</sup>, fue la de proporcionar un instrumento de fácil reconocimiento y eficacia en todo el ámbito de la Unión Europea, cada vez más necesario ante el enorme incremento de las cuestiones sucesorias de carácter internacional. El vertiginoso aumento de la movilidad sea por turismo, segundas residencias, cambios familiares, el fenómeno de los *expatriados*, etc., han provocado que las categorías habituales durante muchos años se hayan demostrado insuficientes o excesivamente complejas<sup>47</sup>.

En este apartado de las circunstancias que hacían imperativa una norma como la del Reglamento que comentamos, está de acuerdo la totalidad de la doctrina. Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, por ejemplo, junto a las causas –digamos *sociológicas*– de la mayor movilidad de las personas; el creciente número de matrimonios de nacionalidad mixta; la adquisición –tan frecuente en España– de inmuebles en país o países distintos del de la residencia habitual del adquirente; la segunda o incluso principal residencia en caso de jubilados extranjeros, etc., que han dado lugar a un gran aumento de sucesiones transfronterizas, añade que en ellas se detectan gran número de problemas derivados de los distintos sistemas, no sólo sucesorios en sentido material, sino de Derecho Internacional Privado.

Diferencias que se revelan importantes, sobre todo en las diferentes concepciones respecto de la unidad de la sucesión o el fraccionamiento de

---

45.- En algún otro momento utilizamos esta expresión, aunque parece que va quedando paulatinamente obsoleta, o por lo menos, claramente desbordada.

46.- Baste recordar el similar *Erbschein*, pensado para efectos internos, mientras que –como hemos dicho –, el Certificado Sucesorio Europeo se denomina *Europäisches Nachlasszeugnis*.

47.- Puede verse una exposición de las causas indicadas, con mayor detalle, en CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Reglamento Sucesorio Europeo y Actividad Notarial*, en “Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2014), Vol. 6, Nº 1, pp. 5-7, y los autores que él cita.

ésta, lo que, en este segundo caso, implica la formación de distintas masas hereditarias, reguladas de manera distinta según la ley sustantiva aplicable en cada supuesto<sup>48</sup>.

El Reglamento (UE) 650/2012 tenía, sin embargo, algunas carencias que lo hacían de difícil aplicación; y en el caso de España, inviable en la práctica ante la ausencia de una regulación legal específica.

La primera omisión significativa era la falta de un *formulario* que pudiera utilizarse para la confección del certificado. Paradójicamente, el artículo 65.2 del Reglamento (UE) 650/2012 afirmaba que *para presentar una solicitud, el solicitante podrá utilizar el formulario establecido de acuerdo con el procedimiento consultivo a que se refiere el artículo 81, apartado 2*, artículo éste que, a su vez, remitía al artículo 4 del Reglamento (UE) n° 182/2011, que nada aclara sobre la cuestión<sup>49</sup>.

Dicha falta de formulario fue subsanada por el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1329/2014 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) n° 650/2012.

Por lo que se refiere a España, faltaba una norma, largamente esperada, que por fin se plasmó en la Ley 29/2015, de 30 de Julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil, que ha modificado diversos artículos, de gran importancia, entre los que destacamos, por su conexión con el Certificado Sucesorio Europeo. los siguientes:

1.- El artículo 14 de la Ley Hipotecaria, que ahora recoge que el certificado es título de la sucesión hereditaria a los efectos del Registro.

2.- La expedición del certificado por Órgano Judicial, viene ahora regulada por la Disposición Final Vigésima Sexta, 11, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, además, prevé los casos de rectificación, modificación o anulación de un certificado emitido por órgano judicial, en su número 12, que, en cuanto a procedimiento, remite al artículo 267, 1 a 4 de la Ley Orgánica del Poder

---

48.- Vide Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ: *La ley aplicable a las sucesiones "mortis causa" en el Reglamento (UE) 650/2012*, en "InDret Revista para el análisis del Derecho", 2/2013, [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona, Abril 2013.

49.- El *Artículo 4* del referido Reglamento (UE) n° 182/2011, dice lo siguiente: "Procedimiento consultivo 1. Cuando se aplique el procedimiento consultivo, el comité emitirá su dictamen, procediendo, cuando sea necesario, a una votación. Si se procede a una votación, el dictamen se adoptará por mayoría simple de los miembros que lo componen. 2. La Comisión decidirá sobre el proyecto de acto de ejecución que deberá adoptarse teniendo en cuenta en la mayor medida posible las conclusiones de los debates del comité y el dictamen emitido".

Judicial. Es decir, al procedimiento (si es que puede denominarse así) del llamado recurso de aclaración (apartados 1 y 2); a la rectificación de errores materiales manifiestos y los aritméticos (apartado 3); y a la subsanación de omisiones o defectos que fuere necesario remediar para llevar a pleno efecto las respectivas sentencias y autos (apartado 4).

3.- Con una mayor importancia y trascendencia en la práctica, se regula la expedición del certificado por Notario<sup>50</sup>, en la Disposición Final Vigésima Sexta, apartado 14, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el número 16. 3ª de la referida Disposición Final Vigésima Sexta LEC, se especifica el recurso contra las decisiones notariales en materia del certificado, que habrá de ser tramitado por los cauces del juicio verbal, en única instancia, por tanto, inapelable. De este modo, la negativa del Notario a rectificar, modificar, anular o expedir el certificado podrá ser recurrida ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar de residencia oficial del notario, sustanciándose, como hemos dicho, por los trámites indicados.

¿Resolverá el Certificado Sucesorio Europeo los importantes, numerosos y complejos problemas que pretende solucionar?

Aunque es obvio que el certificado es un avance de gran fuste, mucho nos tememos que su eficacia en la práctica se vea obstaculizada por algunos problemas que, en definitiva, derivan de la falta de una convicción y determinación reales y hasta sus últimas consecuencias, en lo referido a la unión real y efectiva del Derecho Europeo. Atinadamente apunta a este problema CARRASCOSA GONZÁLEZ, que, en referencia al certificado, afirma que *esta opción de política jurídica a favor de este Certificado Sucesorio Europeo constituye un duro golpe para las aspiraciones de ciertos colectivos de profesionales que se han negado, durante años, a dar efectos jurídicos en su país a los documentos «nacionales» expedidos en otros Estados miembros*. En particular, dicho autor menciona que estas reticencias son particularmente visibles en el Reino Unido, que, tal como hemos visto, y como se recoge en el propio Reglamento (UE) 650/2012, se negó a participar en él, de modo que *los herederos que tengan intereses en el Reino Unido no podrán emplear allí el Certificado Sucesorio Europeo y tendrán que recurrir a abogados locales, abogados ingleses que, en posesión de un saber arcano, son los únicos que*

---

50.- Es unánime la percepción de que el Reglamento (UE) 650/2012 y, en particular, el certificado sucesorio europeo, ha representado un sonado logro para el Notariado Español, que ha visto claramente confirmadas y ampliadas sus ya de por sí importantes competencias. Para un mayor detalle sobre este logro, calificado claramente de *victoria*, puede verse: Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial*, cit., pp. 42 ss., que se refiere a *Las cinco victorias notariales*.

*podrán gestionar las herencias en el Reino Unido.* Terminaba diciendo CARRASCOSA GONZÁLEZ, en relación a este punto que *una vez más, el proteccionismo jurídico nacionalista amenaza la construcción europea*<sup>51</sup>. Hemos de repetir que la salida del Reino Unido de la Unión Europea no hace sino confirmar los peores presagios que ya existían.

¿Y en España? Por lo que a nuestro país respecta, existen también nubarrones que pueden hacer peligrar la plena eficacia pretendida por el certificado.

Una de las primeras complicaciones puede proceder de la reticencia –ampliamente demostrada– por parte de un buen número de Registradores de la Propiedad, a la inscripción de documentos notariales basándose en un gran número de objeciones que, si en muchos casos pueden ser plenamente fundadas, en otros han demostrado ser artificiosas. Baste referirnos a la consabida dialéctica, nunca superada, respecto de la función notarial básica del juicio de suficiencia y legitimación de los comparecientes. Aunque parezca mentira, todavía se pueden ver situaciones de este tipo, contra lo que viene afirmado no sólo por los tribunales, sino por la misma doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Otra muestra de las reticencias a dar plena eficacia a los documentos notariales que, siendo europeos, siguen considerándose extranjeros en el peor de los sentidos, la tenemos en la negativa a inscribir escrituras notariales alemanas, que, a pesar de haber sido otorgadas en Alemania, cumpliendo escrupulosamente todas las formalidades exigidas por la ley alemana, vieron denegada la inscripción en un Registro Español, so pretexto de que el juicio de suficiencia material ha de ser otorgado por Notario Español y revisado por el Registrador, al tratarse de bienes radicados en España<sup>52</sup>.

Aunque sea a modo de breve paréntesis, recordemos que la RDGRN de 7 de febrero de 2005 (BOE 6 abril 2005), denegó la inscripción de una compraventa notarial alemana de la mitad indivisa de una finca en Canarias, entre dos ciudadanos alemanes, en la que el vendedor se reservaba, con carácter gratuito, el derecho de usufructo vitalicio sobre la misma finca (*constitutum possessorium*).

---

51.- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Reglamento Sucesorio Europeo y actividad notarial*, cit., p. 38.

52.- RRDGRN 7 febrero y 20 mayo 2005.

Esta Resolución, en su momento, fue muy favorablemente comentada en el informe nº 127 publicado en la página web [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com)<sup>53</sup>, que destacaba *la defensa del Notariado Español y en definitiva de Nuestro Sistema Notarial y Registral (sic) por parte de los dos Registradores intervinientes en el Recurso, así como la valiente postura de nuestra Dirección General.*

A la RDGRN citada, de 7 de febrero de 2005, siguió la de 20 de mayo de 2005 (BOE 1 agosto 2005), que también denegó la inscripción de una escritura notarial alemana, otorgada por un ciudadano austriaco residente en Alemania, que vendió la nuda propiedad de una finca radicada en Denia a una Fundación austríaca.

Esta segunda Resolución fue anulada definitivamente por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª), nº 95/2011, de 2 de marzo<sup>54</sup>, que, confirmando la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Alicante, de 5 de Julio de 2007, declaró nula la Resolución y la procedencia de la inscripción de la mencionada escritura.

Por su parte, la RDGRN de 7 de febrero de 2005, primeramente citada, fue anulada por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Santa Cruz de Tenerife; confirmada en apelación por la Audiencia Provincial (Sección 4ª) de Santa Cruz de Tenerife mediante sentencia de 2 de marzo de 2006; y confirmada definitivamente, por desestimación del recurso de casación contra ella interpuesto, por Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) nº 998/2011, de 19 de junio de 2012 (Pon.: Antonio SALAS CARCELLER)<sup>55</sup>.

Esta última sentencia, que, por ser de Pleno, parece zanjar definitivamente la cuestión, al menos a nivel jurisdiccional, fue criticada de forma muy áspera por la Profesora Pilar BLANCO-MORALES LIMONES, aunque hay que reconocer que en la acritud demostrada pudiera haber influido el haber sido la firmante, como Directora General que fue de los Registros y del Notariado, de la Resolución cuestionada<sup>56</sup>.

---

53.- "Informe nº 127 (BOE de abril de 2005)", epígrafe 81.

54.- Pon.: Francisco Javier PRIETO LOZANO. Puede verse el Fallo de dicha SAP en el BOE 26-11-2014, y la sentencia completa en el Repertorio CENDOJ, Roj: SAP A 812/2011 - ECLI:ES:APA:2011:812.

55.- La sentencia (ECLI:ES:TS:2012:5354) cuenta con dos votos particulares discrepantes (FERRÁNDIZ GABRIEL y GIMENO-BAYÓN COBOS).

56.- Vide: Pilar BLANCO-MORALES LIMONES: *Del cándido europeísmo al turismo documental: reflexiones a propósito de la inscripción en el registro de la propiedad de una escritura autorizada por notario alemán*, en "Diario La Ley", nº 7940, Sección Doctrina, 09/10/2012.

En mi modesta opinión, la tendencia expresada por la Dirección General de los Registros era muy negativa para el superior objetivo de la unificación europea, sobre todo por demostrar analógicamente una adhesión a ultranza a la *jurisprudencia de conceptos*, en detrimento de la *jurisprudencia de intereses*, de la que es muestra, entre otras muchas afirmaciones caracterizadas por una dureza poco habitual y con escasa atención a los sufridos ciudadanos, que se diga –a guisa de *mal de muchos...*– que *las partes pueden compelerse a otorgar nueva escritura ante notario español si [se trata de] inscribir en el Registro español*.

Aunque parezca al menos de momento que este escollo pueda haberse superado, a pesar de que no puede descartarse que la mentalidad de suspicacia permanezca por lo menos latente y pueda seguir causando problemas, como sucedió ¡y sigue sucediendo a pesar de los sucesivos fallos en contra del Tribunal Supremo! con la cuestión del juicio notarial de suficiencia, puesto en jaque repetidamente por muchos Registros de la Propiedad, tal como hemos apuntado ya *supra*, hemos de referirnos a un problema interno del Reglamento (UE) 650/2012, y es éste que el artículo 69.5 del mismo, dedicado, como hemos dicho, a los *Efectos del certificado*, nos dice que *El certificado será un título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro, pero añade sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, letras k) y l)*<sup>57</sup>.

¿Qué alcance tiene ese “sin perjuicio”?

Para empezar, los apartados 2.k) y 2.l) del artículo 1 dicen lo siguiente:

“k) la naturaleza de los derechos reales

l) cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo”.

Para la correcta interpretación de ambos epígrafes, hemos de acudir, por lo que respecta al apartado 2.k) del artículo 1, a los Considerandos 15, 16 y 17 del Reglamento.

El Considerando 15 prescribe que no se debe exigir a un Estado miembro que reconozca un derecho real relativo a bienes ubicados en ese Estado miembro si su ordenamiento jurídico desconoce ese derecho. De aquí resulta

---

57.- La negrilla es nuestra.

que ningún derecho real desconocido en España, por mucho que pueda estar vigente en el país donde se expide el certificado, o resulte del propio tenor de éste, tendrá posibilidad de ser inscrito en el Registro.

El Considerando 16, ante la expresada posibilidad, atenúa sus efectos, mediante la adaptación de un derecho real desconocido al derecho real equivalente que sea más cercano del Derecho del Estado miembro donde se pretenda hacer surtir efectos a aquel derecho real desconocido en éste. Esta prescripción tiene su reflejo en el artículo 31 del Reglamento, *Adaptación de los derechos reales*, sin que puedan excluirse otras formas de adaptación que fueren posibles (Considerando 17).

En cuanto al apartado 2.1) del artículo 1 del Reglamento, hay que referirse a los Considerandos 18 y 19. Es particularmente importante el Considerando 18, de una extrema incidencia sobre cualquier interpretación que, ingenuamente, pudiera entender que con el certificado sucesorio europeo quedan resueltas todas las cuestiones y obstáculos que pudieran encontrarse para la inscripción en el Registro de los derechos hereditarios incluidos en aquél.

El Considerando 19 se limita a decir que los efectos de la inscripción en el Registro, constitutivos o declarativos, no son materia que regule el Reglamento 650/2012, puesto que dichos efectos se regulan por la legislación interna.

En cambio, el Considerando 18 tiene una enorme trascendencia. Dice así (los resaltes en negrita son nuestros):

***Los requisitos de la inscripción en un registro de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles se deben excluir del ámbito de aplicación del presente Reglamento. Por consiguiente, debe ser el Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro (para los bienes inmuebles, la lex rei sitae) el que determine en qué condiciones legales y de qué manera se realiza la inscripción, así como qué autoridades, como registradores de la propiedad o notarios, se ocupan de verificar que se reúnen todos los requisitos y que la documentación presentada es suficiente o contiene la información necesaria.***

*En particular, las autoridades podrán comprobar que el derecho del causante sobre los bienes sucesorios mencionados en el documento presentado para su inscripción es un derecho inscrito como tal en el registro o un derecho que de otro modo se haya probado que es conforme con el ordenamiento jurídico del Estado miembro en que esté situado el registro. (.../...).* ***En particular, el certificado sucesorio europeo expedido en virtud del***

*presente Reglamento debe constituir un documento válido para inscribir los bienes sucesorios en el registro de un Estado miembro. Ello no debe impedir que las autoridades que tramiten la inscripción puedan pedir a la persona que la solicita que presente la información o los documentos adicionales requeridos en virtud de la ley del Estado miembro en el que esté situado el registro, por ejemplo información o documentos relativos al pago de impuestos. La autoridad competente puede indicar a la persona que solicita la práctica del asiento cómo puede proporcionar la información o los documentos que falten.*

No hace falta extenderse sobre los potenciales efectos contrarios a la efectividad *automática* del certificado en el Registro español que las anteriores afirmaciones comportan. De lo hasta aquí indicado, parece que el juicio de calificación registral se seguirá aplicando en todo su rigor, por mucho que el presentante vaya investido de un certificado sucesorio europeo, aparentemente formalizado con arreglo a todas las prescripciones del Reglamento 650/2012, complementado con el formulario contenido en el Reglamento de Ejecución 1329/2014.

Por estos motivos, nos atreveríamos a aconsejar que cualquier ciudadano europeo que pretenda otorgar actos de disposición o adquisición sobre bienes inmuebles radicados en España, tendrá menos motivos de preocupación si acude a un Notario español, que podrá encauzarle mejor sus pretensiones con mayores posibilidades de ausencia de impedimentos y objeciones por parte del Registrador. Aunque este consejo sea contrario, en espíritu y letra, al ideal europeísta unificador que está en la base de los Reglamentos UE citados.

# **XIII.- 3. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL TRABAJO PARA LA FAMILIA Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO CIVIL DE LAS ILLES BALEARS**

**Miquel Masot Miquel**

## **SUMARIO**

**I.- LA APARICIÓN DE LA COMPENSACIÓN DEL TRABAJO PARA LA CASA EN EL CÓDIGO CIVIL**

**II.- LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA MATERIA**

**III.- SOMERO ANÁLISIS COMPARATIVO DEL TRABAJO PARA LA CASA DEL CÓDIGO CIVIL Y EL TRABAJO PARA LA FAMILIA DE LAS LEGISLACIONES CATALANA Y VALENCIANA (ANULADA ESTA ÚLTIMA POR LA STC DE 28 DE ABRIL DE 2016)**

- 1) La compensación económica del Código civil se ciñe exclusivamente al trabajo para la casa.
- 2) La compensación económica del trabajo para la casa del art. 1438 Cc no exige desequilibrio patrimonial
- 3) La compensación no procede durante el matrimonio, sino a la extinción del régimen de separación
- 4) La exclusividad del trabajo para la familia

#### IV.- LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL TRABAJO PARA LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL DE LAS ILLES BALEARS

- 1) Preceptos legales de aplicación
- 2) Dos consideraciones sociológicas previas
- 3) La aplicación supletoria del art. 1438 Cc
- 4) La aplicación analógica del art. 9.2 LPE

A.- La sentencia 2/2010 de 24 de marzo de la Sala Civil y Penal del TSJ de las Illes Balears (Ponente Sr. Capó Delgado)

B.- Las sentencias de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de las Illes Balears posteriores.

C.- Crítica

- 5) La compensación del trabajo para la familia a través de los arts. 4.1 y 67.2 CDCB. Un “maladetto imbroglio”
- 6) A modo de conclusión: jurisprudencia de conceptos, jurisprudencia de intereses y un Avantprojecte de règim patrimonial del matrimoni injustamente olvidado

#### I.- LA APARICIÓN DE LA COMPENSACIÓN DEL TRABAJO PARA LA CASA EN EL CÓDIGO CIVIL.

La aparición en el Código civil del “trabajo para la casa”<sup>1</sup> fue consecuencia de la importante reforma efectuada por la ley 11/1981 de 13 de mayo. Reforma esperada e importante, de necesaria adaptación del Código civil a nuestra Constitución, pero que –en lo que respecta a la compensación económica de que se trata– no dejó de suscitar división de opiniones.

De entrada, la doctrina coincidía en señalar que el precepto respondía a los propósitos de conseguir una igualdad plena entre los cónyuges, en cumplimiento de las exigencias impuestas por los arts. 66 y 67 Cc (igualdad en derechos y deberes, ayuda mutua) y de la “plena igualdad jurídica

---

1.- Tal es la denominación que aparece en el art. 1438, con la primera consecuencia de plantear la cuestión de si se contempla tan solo el trabajo efectuado en el hogar doméstico, cuidando del mismo y de sus moradores, pero excluyendo, en cambio, el trabajo realizado para el otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente.

entre el hombre y la mujer que contraen matrimonio” proclamada por el art. 32 CE. Delgado Echevarría sostenía que el trabajo hogareño de la mujer ha de valorarse, a efectos de contribución a las cargas, no según los criterios del mercado por prestaciones similares (personal del servicio doméstico, niñeras, planchadoras...) sino precisamente como equivalente a la actividad extrahogareña del marido que revierte al hogar en forma monetaria<sup>2</sup>. En este sentido es clásica la afirmación de Letournerie según la cual el que transforma a su cónyuge en un empleado *au pair* debe sufrir las consecuencias.

Crítico se mostraba en cambio con el art. 1438 Cc Rebolledo Varela. Si bien consideraba plausible la finalidad del precepto lo sometía a una severa crítica, señalando que la ayuda al cónyuge que se ha dedicado al hogar familiar debería haber derivado de una reforma del régimen sucesorio, con incremento de la legítima viudal, y ello con independencia de si el cónyuge sobreviviente tiene más o menos recursos y de si se ha dedicado o no a las labores del hogar. Con la compensación económica del art. 1438 Cc, considera que se ha introducido una norma que contradice los principios básicos de la separación de bienes hasta transformarla en algo muy similar a un régimen de participación. Con la consideración añadida del hecho de no ser la separación de bienes, en el Código civil, un régimen primario, sino que debe venir establecido en virtud de pacto; y, en estas circunstancias, nada impide a los cónyuges convenir lo que estimen preciso para evitar el principal inconveniente del régimen de separación: la posible precariedad, a su extinción, del cónyuge que ha permanecido dedicado a las actividades de la casa<sup>3</sup>.

Una postura crítica presentaba asimismo el ilustre civilista Lacruz Berdejo. En contemplación del proyecto de 1979, que anudaba la compensación económica del trabajo familiar con la desigualdad patrimonial de los cónyuges, había mostrado su completa aceptación, señalando que el nuevo precepto representaba un enclave comunitario plenamente justo y equitativo, reconociendo el valor y mérito del trabajo prestado para la casa, hasta el punto de no sólo contemplarlo como contribución a las cargas –éste es un mínimo de consideración que alcanza siempre– sino correlacionándolo con la actividad adquisitiva del otro cónyuge, cuando así proceda en equidad<sup>4</sup>. La supresión –en el definitivo texto del art. 1438 Cc– del desequilibrio patrimonial le parece absolutamente criticable, diciendo que, en la versión

---

2.- Delgado Echevarría, El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña pág. 364.

3.- Rebolledo Varela Separación de bienes en el matrimonio pag. 437 y siguientes.

4.- Lacruz Berdejo La reforma del Derecho de familia del Código civil español pag. 93.

actual, en cambio, la compensación representa un jornal, el sueldo de una empleada doméstica, que la mujer –o, en su caso, el marido dedicado a muchacha para todo– puede reclamar aunque su cónyuge no haya obtenido ganancias durante el matrimonio<sup>5</sup>.

Precisamente, las últimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo reiteran de manera contundente esta total desvinculación de la compensación económica del trabajo para la casa con el desequilibrio patrimonial entre los cónyuges y a las mismas voy a referirme a continuación.

## **II.- LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA MATERIA.**

Con contundencia –e incluso con una cierta agresividad– se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia 614/2015 de 25 de noviembre (ponente Sr. Seijas Quintana), en la que se comienza por culpar al Tribunal de instancia del hecho de que “ignora el contenido de este artículo (art. 1438 Cc) como ignora la jurisprudencia reiterada de esta Sala en interpretación del mismo”. Y es que las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo –Pleno– de 26 de marzo de 2015, 31 de enero de 2014 y 14 de abril de 2015 –Pleno– han reiterado la doctrina jurisprudencial expresada en la sentencia de 14 de julio de 2011, en la interpretación del art. 1438 del Código civil, del tenor literal siguiente: “el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario, para obtener la compensación, que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge”.

Y ante las posibles dudas interpretativas que esta doctrina podía haber suscitado en la decisión de algunas Audiencias Provinciales, señaló, en las sentencias de Pleno, lo siguiente: “Por un lado, se ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, se exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, (“solo con el trabajo realizado para la casa”), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del

---

5.- Lacruz Berdejo Elementos de Derecho civil IV Derecho de familia pag. 525.

hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen - STS 14 de julio de 2011 -”.

Añadiendo lo siguiente: “Es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente en conciliar la vida familiar y laboral. Pero también lo es que no todos los ordenamientos jurídicos españoles admiten la compensación para el cónyuge que contribuye a las cargas del matrimonio con su trabajo en casa cuando la relación termina (Navarra, Aragón y Baleares) y que aquéllos que establecen como régimen primario el de la sociedad de gananciales, que permite hacer comunes las ganancias, no impiden a marido y mujer convenir otro distinto, como el de separación de bienes, en el que existe absoluta separación patrimonial pero en el que es posible pactar con igualdad el reparto de funciones en el matrimonio y fijar en su vista los parámetros a utilizar para determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ellos, lo que no ocurre en aquellos otros sistemas en los que se impone como régimen primario el de separación de bienes y en el que, salvo pacto, no es posible regular convencionalmente aspectos de este régimen, como el de la compensación, que se establece en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del artículo 1438 del Código civil, como es el caso del artículo 231.5 del Código Civil de Cataluña en el que se tiene en cuenta el mayor trabajo de uno de los cónyuges para el caso (“sustancialmente”), así como el incremento patrimonial superior, o del artículo 12 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia en el que también se compensa el trabajo para la casa considerando como tal, no solo lo que constituye este trabajo específico, sino “la colaboración no retributiva o insuficientemente retribuida que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional”.

El supuesto fáctico contemplado en la sentencia 614/2015 de 25 de noviembre era el de un matrimonio adinerado, que vivía en un chalet de lujo, en una zona exclusiva, con chófer y servicio doméstico, pero en el que la esposa –con un innumerable patrimonio– se dedicaba al cuidado de

la casa y de los hijos de forma exclusiva, con exención de estas labores al esposo. Se considera evidente que, a pesar de la ayuda de la que disponía, sobre la esposa recaía –según se decía en el recurso– “la dirección del trabajo doméstico, el interés de la familia y el amor por la prole, todo lo cual difícilmente forma parte de las tareas domésticas realizadas por el servicio doméstico”. Sin embargo, la existencia de tales ayudas fue un factor para rebajar la indemnización solicitada, que se fijó en 250.000 € – se solicitaban 733.056 €– en atención a los años de convivencia. El esposo se había opuesto a la demanda alegando –es de suponer que entre otros extremos– la situación concursal o preconcursal en que se encontraban sus sociedades, declarando la sentencia que no consta que esta situación de insolvencia, que ha afectado a sus sociedades, haya también afectado de forma sustancial a su importante patrimonio personal ni a la capacidad para generar nuevos negocios en la actualidad.

### **III.- SOMERO ANÁLISIS COMPARATIVO DEL TRABAJO PARA LA CASA DEL CÓDIGO CIVIL Y EL TRABAJO PARA LA FAMILIA DE LAS LEGISLACIONES CATALANA Y VALENCIANA (ANULADA ESTA ÚLTIMA POR LA STC DE 28 DE ABRIL DE 2016).**

Cuando tenía ya redactada esta ponencia, el carácter cambiante del Derecho del que nos hablaba Kelsen me ha situado ante el hecho –ciertamente esperado en bastantes sectores jurídicos– de la inconstitucionalidad –y consiguiente anulación– de la ley 10/2007 de 20 de marzo de régimen económico matrimonial valenciano.

Obviamente no es éste ni el momento ni el lugar para realizar un estudio depurado de dicha importantísima sentencia, por lo que me limitaré a apuntar que el fundamento de la inconstitucionalidad resulta, según la misma, del propio art. 149.1.8 CE, por considerar que la competencia legislativa para la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles especiales o forales exige, como requisito indispensable, que la institución jurídica que se pretende regular haya sido recogida por norma positiva o consuetudinaria de innegable acreditación en el momento de entrada en vigor de la CE. Por lo que –y a diferencia de lo ocurrido con los arrendamientos históricos valencianos– la validez de la ley impugnada dependería de que la Comunidad Autónoma hubiera podido acreditar la existencia de reglas consuetudinarias que, en materia de régimen económico matrimonial, existieran a la entrada en vigor de la CE, o bien se diera una relación de conexidad con alguna de las instituciones integrantes del Derecho civil propio.

Como no se daban ninguna de dichas circunstancias se declara inconstitucional, y consiguientemente se anula, la totalidad de la ley por falta de competencia de la Comunidad Autónoma valenciana para legislar sobre esta materia. Aun cuando, previamente, se ha dicho en la misma sentencia que el recurso debe considerarse circunscrito a los preceptos de la ley que fueron especialmente considerados como de posible inconstitucionalidad por la Comisión Bilateral de Cooperación de la Administración General del Estado y la Generalitat Valenciana en virtud de acuerdo de 8 de junio de 2007, al final de la sentencia se extiende la inconstitucionalidad a toda la ley por aplicación del art. 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a cuyo tenor 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, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia<sup>6</sup>

Como es lógico, la propia sentencia declara que el pronunciamiento de inconstitucionalidad no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues, si durante la vigencia de la ley anulada, los cónyuges sujetos al Derecho civil foral valenciano no han hecho uso de su facultad de capitulación, se debe a su voluntad de someterse al régimen subsidiario de primer grado que la ley establece.

En base a ello se mantienen en el presente trabajo las referencias a la maltrecha ley valenciana. Y pasando a desarrollar el análisis comparativo de las tres legislaciones indicadas en el título de este apartado, se aprecian entre las mismas las siguientes similitudes o diferencias.

1)La compensación económica del Código civil se ciñe exclusivamente al trabajo para la casa, no al trabajo para la familia.

Según el art. 232-5.1 y 2 de la ley 25/2010 de 29 de julio del libro II del Código civil de Cataluña, tienen derecho a esta compensación el cónyuge que ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro y también el cónyuge que ha trabajado para el otro sin retribución o con retribución insuficiente. Y según la anulada ley de la Comunidad Valenciana 10/2007 de 20 de marzo daría lugar a compensación el trabajo para la casa, la atención especial a los hijos, discapacitados y ascendientes que convivan en la casa o que, sin hacerlo, estén en régimen de dependencia económica y asistencia del matrimonio, y también la colaboración no retribuida, o insuficientemente retribuida, en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del otro cónyuge (art. 12).

---

6.- Fue ponente de la sentencia la Magistrada Encarnación Roca Trías y la misma cuenta con el voto particular del Magistrado Juan Antonio Xiol Rios.

El hecho de que el art. 1438 Cc hable sólo de trabajo para la casa plantea la cuestión de si estos otros supuestos son también indemnizables. Indudablemente se trata de unos trabajos que deben ser tenidos en cuenta como contribución a las cargas, por lo que, en principio, aparecen como absolutamente indemnizables. La duda es si tal indemnización debe encauzarse por la vía de la interpretación analógica del art. 1438 Cc o debe solicitarse sobre la base del enriquecimiento injusto o de la existencia de una sociedad irregular o de hecho entre el cónyuge que prestaba sus servicios y el cónyuge que los recibía en el ámbito de su empresa o profesión. Una u otra opción podría determinar, en principio, la competencia objetiva de los Juzgados de Familia o de los de Primera Instancia, aunque el carácter inequívocamente familiar de la cuestión hace que sea perfectamente planteable en los procedimientos de separación y divorcio –con el consiguiente conocimiento de la misma por parte de los Juzgados de Familia– sea cual sea el fundamento jurídico que avale la pretensión.

2) La compensación económica del trabajo para la casa del art.1438 Cc no exige desequilibrio patrimonial.

Nada se dice sobre el particular en el precepto y la doctrina jurisprudencial se manifiesta sobre ello, como hemos visto, con absoluta rotundidad.

Por el contrario, el art. 232-5.1 de la ley catalana exige que el cónyuge contra el que se dirige la reclamación “haya obtenido un incremento patrimonial superior de acuerdo con lo establecido en la presente sección”. Y fija, en el art. 232-5.4, un límite para la compensación económica, que será la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges, calculada de acuerdo con las reglas establecidas en el art. 232-6. La ley valenciana no considera el desequilibrio patrimonial como una exigencia, sino que lo sitúa –en su art. 13– entre los criterios de valoración del trabajo para la casa, al señalar que debe tenerse en cuenta, con carácter orientativo y como mínimo...”los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario de tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos”, siendo otro criterio de valoración “los ingresos que el cónyuge que preste los servicios haya podido dejar de obtener en su profesión u oficio como consecuencia de su dedicación al trabajo doméstico en cualquiera de sus manifestaciones”.

La doctrina jurisprudencial reflejada en el apartado II, según la cual la compensación económica del art. 1438 Cc exigirá tan sólo que se haya extinguido el régimen de separación de bienes y que uno de los cónyuges haya trabajado para la casa –sin que a estos requisitos se añada el desequilibrio

patrimonial– puede dar lugar a situaciones injustas, cuál sería el caso de que el cónyuge que trabaja fuera del hogar haya destinado íntegramente lo percibido por su trabajo al levantamiento de las cargas familiares sin que en su patrimonio personal se aprecie enriquecimiento de ninguna clase al tener lugar la extinción del régimen. Entender que en estos casos también procede la compensación económica por el trabajo de la casa no dejaría de ser una resolución injusta, a pesar de venir avalada por la letra del art. 1438 Cc y por la interpretación que de la misma hace el Tribunal Supremo.

3) La compensación no procede durante el matrimonio, sino a la extinción del régimen de separación.

Así lo señala expresamente el art. 1438 Cc y hay concordancia con las otras legislaciones analizadas. El art. 232-5.1 señala que la compensación será exigible “en el momento de la extinción del régimen (de separación) por separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges”; y el art. 13.2 de la ley valenciana determina que la obligación de compensar surgirá “al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial”.

Ello no quiere decir que, constante matrimonio, el cónyuge que realiza estos trabajos, no pueda exigir del otro cónyuge una mayor contribución a las cargas familiares, ya que es evidente que dichos trabajos se adscriben dentro del levantamiento de las cargas familiares que realiza el cónyuge que trabaja para la familia. Aunque la percepción económica que, a consecuencia de los mismos, pueda percibir dependerá de los recursos de cada cónyuge, ya que es en proporción a los mismos como debe hacerse la contribución al levantamiento de las cargas familiares. Por lo que puede darse el supuesto de que el cónyuge que trabaja para la familia no perciba remuneración alguna por disponer de recursos muy superiores a los de su cónyuge.

Es, por tanto, a la extinción del régimen de separación de bienes cuando puede operar la compensación de que se viene tratando. Lo cual es muy lógico y de total justicia en los casos en que la extinción del régimen de separación tiene lugar por pacto, divorcio o separación judicial, supuestos en que rigen criterios de puro Derecho patrimonial y no de Derecho de familia. Pero plantea dudas el caso en que dicha extinción ha tenido lugar por fallecimiento del cónyuge que prestó los servicios, pues en este caso serán sus herederos quienes podrán ejercitar la acción de compensación contra el cónyuge sobreviviente, posibilidad que se dará particularmente en aquellos casos en que estos herederos no sean hijos comunes del matrimonio, siéndolo sólo del premuerto. Si en vida de ambos cónyuges no existió contienda judicial o reclamación en solicitud de una especial compensación económica

por parte de quien realizaba los trabajos familiares, no deja de ser anómalo que sus herederos “resuciten” estos hechos. Como también sería anómalo que, habiendo fallecido el otro cónyuge, sea el sobreviviente que realizó los trabajos familiares quien reclamara la compensación a los herederos de aquél.

Las legislaciones catalana y valenciana no excluyen la compensación en caso de muerte de uno de los cónyuges, pero dan muestras de tratar la materia con más sentido común que el art. 1438 Cc., el cual no realiza matización o precisión alguna sobre dicho particular.

En cambio, el art. 232-5.5 de la ley catalana señala que en caso de extinción del régimen de separación por muerte, el cónyuge superviviente puede reclamar la compensación económica por razón de trabajo como derecho personalísimo, siempre y cuando los derechos que el causante le haya atribuido, en la sucesión voluntaria o en previsión de su muerte, o los que le corresponderían en la sucesión intestada, no cubran el importe al que tendría derecho. De lo cual resulta: que el cónyuge sobreviviente que trabajó para la familia tiene un derecho personalísimo (no transmisible, por tanto, a los herederos) a reclamar la compensación con cargo a la herencia del premuerto. Pero que este derecho no será ejercitable cuando, vía sucesoria, haya ya obtenido la compensación correspondiente.

Por el contrario, el art. 14 de la ley valenciana no contempla esta posibilidad de disposiciones sucesorias que neutralicen la compensación, sino que, de manera general – aplicable a todos los supuestos de extinción del régimen económico matrimonial– señala, en su apartado 1, que, salvo pacto en contrario, la compensación ... no tendrá lugar cuando, de otra forma, el cónyuge con derecho a ella haya obtenido ventajas patrimoniales equiparables a tal compensación, como consecuencia precisamente del régimen económico que ordenó su matrimonio. Resulta acertado acudir al criterio de las “ventajas patrimoniales” como elemento condicionador de la efectividad de la compensación económica, pues, si las mismas han existido –sea por vía sucesoria, sea a consecuencia de donaciones efectuadas a favor del cónyuge que trabajó para la familia– y son de la entidad suficiente para cubrir el posible importe de la compensación económica, ésta ya está pagada con anterioridad.

También resulta acertado, a mi juicio, el acercamiento al tema por parte del Avantprojecte de Llei de Règim Patrimonial del Matrimoni, redactado por la Comissió Assessorada de Dret Civil del Govern Balear desde hace años, el cual todavía no ha iniciado su debate en el Parlament de las Illes Balears. Según los arts. 37 y 38 del mismo la extinción del régimen de separación de bienes abre

el período de liquidación, con la consiguiente determinación de los créditos a favor de uno u otro cónyuge, resultantes de lo dispuesto en el *non natus* proyecto de texto legal. Entre estos posibles créditos está el levantamiento de las cargas familiares, con contemplación específica –en el art. 9– del trabajo para la familia. Pero, cuando la extinción del régimen sea por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, quedan excluidos de la liquidación los créditos derivados del levantamiento de las cargas familiares y de las acciones de regreso derivadas de la responsabilidad solidaria o subsidiaria por las deudas contraídas en interés de la familia (art. 38.2). Créditos que, por el contrario, sí existen cuando la extinción del régimen tiene lugar por nulidad, separación o divorcio. Se considera –a mi juicio acertadamente– que no ha de darse a los herederos del cónyuge premuerto que trabajó para la familia una acción contra el sobreviviente para resucitar temas –como todo lo relativo a cargas familiares– que quedaron enterrados con la extinción del régimen por fallecimiento de uno de los cónyuges; ni es tampoco lógico, si el sobreviviente fue quien trabajó para la familia, que pueda reclamar a los herederos del premuerto una compensación por el trabajo realizado. Establecer, para tal caso, un posible ejercicio de acciones legales por parte de los herederos sería introducir un elemento de litigiosidad que no parece aconsejable.

#### 4) La exclusividad del trabajo para la familia.

El art. 1438 Cc habla tan solo de trabajo para la casa, sin la exigencia de que el mismo tenga carácter exclusivo. Tampoco se exige la exclusividad en el art. 12 de la ley valenciana al hacer referencia al concepto de trabajo para la casa y conceptos asimilados, en la amplia concepción que del mismo se tiene. Y es claro que no apuesta por la exclusividad la ley catalana, que no impone en modo alguno la exclusividad y se contenta con exigir que un cónyuge haya trabajado para la casa “sustancialmente más que el otro”.

Por lo tanto, tanto la doctrina como la jurisprudencia parecían conformarse en que existiera esta dedicación al trabajo para la familia, aunque la misma no tuviera carácter exclusivo, e incluso se viniera compatibilizando con un trabajo realizado fuera del hogar. La realidad social –criterio interpretativo consagrado por el art. 3 Cc– nos pone ante la evidencia de que es normal hoy en día –aunque desgraciadamente no siempre posible– que ambos cónyuges accedan, en mayor o menor medida, al mercado laboral. Lo esencial era que el cónyuge que reclama la compensación económica haya realizado una “sobreaportación” respecto del otro cónyuge, y, en todo caso, la mayor o menor dedicación –consecuencia de la compatibilización con un trabajo fuera del hogar– será un elemento a tener en cuenta para determinar la cuantía de la compensación.

Por ello no ha dejado de causar sorpresa la STS 614/2015 de 25 de noviembre –comentada en el apartado II–, la cual señala como doctrina, derivada de las sentencias de Pleno que en la misma se citan, la de que se exige, para que proceda la compensación, que la dedicación del cónyuge al trabajo del hogar sea exclusiva, no excluyente (“sólo con el trabajo realizado para la casa”), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene; al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento.

Ciertamente, no acaba de comprenderse que la realización de un trabajo a tiempo parcial fuera del hogar pueda determinar la improcedencia de la compensación del art. 1438 Cc, si resulta acreditada la dedicación del cónyuge que la reclama al trabajo ara la casa. Indudablemente tal doctrina no sería aplicable, a mi juicio, en los tipos compensatorios contemplados por la legislación catalana y valenciana.

En cambio el hecho de contar con ayudas y, en especial, con servicio doméstico no deja sin efecto la posible compensación, pues como se dice acertadamente en la sentencia de referencia –recogiendo una frase del recurso de casación– “la dirección del trabajo doméstico, el interés de la familia y el amor por la prole difícilmente forman parte de las tareas domésticas realizadas por el servicio doméstico”. En todo caso, el contar con las mencionadas ayudas no es sino un elemento a tener en cuenta para la cuantificación de la compensación, pero no una circunstancia excluyente de la misma.

#### **IV.- LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL TRABAJO PARA LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL DE LAS ILLES BALEARS.**

##### **1) Preceptos legales de aplicación.**

Para Mallorca y Menorca:

Art. 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.

Si se incumpliere, total o parcialmente, este deber por parte de uno de los cónyuges, podrá el otro solicitar del Juez que adopte las medidas oportunas a fin de asegurar su cumplimiento.

Para Eivissa y Formentera:

Art 67.2.- Los cónyuges vendrán obligados a contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de pacto lo harán en proporción a sus recursos económicos

Si existiere dote u otros bienes afectos al sostenimiento de las cargas familiares, sus frutos y rentas se aplicarán preferentemente a dicho fin. De los dos mencionados preceptos puede, en una primera aproximación, deducirse:

1º) Los dos preceptos establecen con claridad –como no podía ser menos– el esencial deber de cada cónyuge de contribuir al levantamiento de las cargas familiares. Aunque el art. 4.1 va más allá, pues proclama la afectación de los bienes propios de cada cónyuge al levantamiento de dichas cargas. Sin embargo esta afectación –que, hay que reconocerlo, queda muy bonita– no deja de ser pura retórica. Ello quedó comprobado a través del *iter* legislativo de la ley modificadora de la Compilación de 28 de junio de 1990. La Comisión de Juristas creada por el Real Decreto 1007/81 de 22 de mayo que redactó el anteproyecto de ley insertó, dentro del régimen económico matrimonial, un precepto de contenido similar al del art. 1320 del Código civil, vedando, por tanto, la posibilidad de que el cónyuge propietario de la vivienda familiar pudiera, por sí solo, disponer de la misma o gravarla sin autorización del otro cónyuge. Y tal propuesta fue descartada por el Parlament. Evidentemente ello no se aviene en absoluto con la afectación de los bienes propios al levantamiento de las cargas, pues la habitación o cobijo de la familia resulta una evidente carga familiar. El Parlament estableció, pues, la absoluta disponibilidad de la vivienda familiar por parte de su propietario, diciéndose claramente –en el art. 3.1– que cada cónyuge estará facultado para realizar cualesquiera actos o negocios de dominio, administración, disfrute y disposición de sus bienes, sin excepción alguna. Con lo cual era enteramente lógico que la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, en su conocida sentencia de 3 de septiembre de 1998, desestimara la demanda interpuesta por el cónyuge no propietario de la vivienda familiar para que se anulara la hipoteca –y subsiguiente ejecución hipotecaria– otorgada por el otro cónyuge sobre la misma sin su autorización. Por lo tanto, no hay una verdadera afectación de los bienes propios al levantamiento de las cargas familiares, sino la obligación personal de contribuir en proporción al montante de los mismos. Y, precisamente, esta proporción será la siguiente cuestión a considerar.

2º) Los dos preceptos reseñados en el encabezamiento de este apartado coinciden en afirmar que la contribución al levantamiento de las cargas la harán los cónyuges de acuerdo con lo que hayan pactado. Y aquí hay que entender que la ley se refiere tanto a un posible pacto capitular como a los continuos convenios que los cónyuges entre sí establezcan sobre la manera como ha de realizarse la contribución a las cargas.

Y, a falta de pacto, coinciden asimismo los dos preceptos en señalar que la contribución se hará en proporción a los recursos económicos de cada cónyuge. La introducción del término *recursos económicos* como determinante de la participación en el levantamiento de cargas por parte de cada cónyuge es una novedad de la Compilación de 1990, pues la de 1961 decía en su art. 4 (aplicable a Mallorca y Menorca) que contribuirán *proporcionalmente* al sostenimiento de las cargas del matrimonio, pero sin precisar en proporción a qué, mientras que en ninguno de los tres preceptos del libro III dedicado al régimen económico matrimonial pitiuso (arts. 66, 67 y 68) se recogía el deber de los cónyuges de hacer esta contribución.

La referencia al concepto de *recursos económicos* venía motivada por la necesidad jurídica de superar la consideración de que sólo mediante los ingresos, frutos y rentas se ha de contribuir al levantamiento de las cargas, para salir al paso de aquellos supuestos en que uno de los cónyuges no contribuía al levantamiento de cargas a pesar de tener un patrimonio de considerable valor pero productor de rentas nulas o mínimas. Es evidente que ello no se aviene con la igualdad jurídica entre los cónyuges proclamada por la Constitución. De tal manera venía arraigada esta consideración en quienes integraban la Comisión de Juristas redactora del anteproyecto que la referencia a la contribución según los recursos económicos venía seguida de un segundo párrafo expresivo de que, si se incumpliere el deber contributivo por parte de uno de los cónyuges, podrá el otro solicitar del Juez que adopte las medidas oportunas a fin de asegurar su cumplimiento, a lo que se añadía: “y, entre ellas, en caso de falta o insuficiencia de ingresos, las encaminadas a obtener una mayor rentabilidad o utilidad del patrimonio del que lo hubiere incumplido”. Palabras, estas últimas, que desaparecieron en el *iter* legislativo, no figurando en la Compilación de 1990.

Como he tenido ocasión de decir<sup>7</sup>, tal omisión no es trascendente, pues queda claro que la contribución es en proporción a los *recursos*, dentro de cuyo concepto se incluyen los ingresos, frutos y rentas pero también el conjunto de bienes de cada cónyuge, por lo que los que resulten improductivos se

---

7.- Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, tomo XXXI vol 1º pág 140.

tienen en cuenta para el cálculo de la proporción; dando, como es de rigor, un amplio margen al arbitrio judicial para que pondere las circunstancias del caso y las someta siempre al superior interés de la familia. Y es evidente que lo que realmente puede interesar a la misma, en ciertos casos, es la disposición de ciertos bienes de nula rentabilidad, igualando, de esta manera, la contribución de ambos cónyuges.

En el art. 67 de la Compilación, relativo a Eivissa y Formentera, no se contiene disposición relativa a la posible solicitud judicial de establecimiento de las medidas precisas para que la contribución de cada cónyuge sea efectivamente proporcional a sus recursos económicos; omisión que, sin embargo, no tiene trascendencia, pues es evidente que, en aplicación del principio de la tutela judicial efectiva, puede cada cónyuge pedir el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 67 en cuanto a contribución a las cargas en proporción a los recursos económicos.

3º) Sólo el art. 4, y no el art. 67, contiene una referencia al trabajo para la familia, para decir que se entenderá como contribución al levantamiento de las cargas. Ninguno de los dos preceptos señala que el mismo pueda dar lugar a una especial compensación económica.

De entrada es intrascendente que el art. 67 omita cualquier referencia al concepto de trabajo para la familia pues es de la mayor evidencia que el mismo supone una contribución a las cargas. Tan obvia era tal consideración que en la Comisión de Juristas redactora del anteproyecto se pensó en algún momento retirar la referencia al concepto. Precisamente este tema fue uno de los que más debate suscitó en el seno de dicha Comisión. Formé parte de ella por designación del Ilustre Colegio de Abogados de las Illes Balears. Por ello recuerdo –y estos recuerdos se han visto reforzados por las copias de las actas que me ha entregado el que fuera Secretario de dicha Comisión Tomás Mir de la Fuente, Abogado del Estado y Académico– que el tema consumió por sí solo tres sesiones de la Comisión; por la sencilla razón de que había coincidencia absoluta en la propuesta de la ponencia –que yo había redactado– según la cual el trabajo para la familia se considera contribución a las cargas del matrimonio; pero había verdadera preocupación sobre las consecuencias a qué podría dar lugar la inserción de tal principio. En un informe presentado por Eduardo Martínez–Piñeiro Caramés – ex Decano del Colegio Notarial y ex Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears– se resume el tema exponiendo los argumentos que se fueron vertiendo para no establecer una compensación económica por el trabajo para la familia, que eran los siguientes: significaría la conversión del régimen de separación de bienes en un régimen de participación; desconoce

la realidad de las familias mallorquinas en las que las adquisiciones de los bienes de importancia (vivienda familiar, segunda vivienda, inmuebles que se adquieren para inversión...) se suelen escriturar a nombre de los dos cónyuges; podría ser un arma peligrosa en los casos de separación y divorcio y también en los casos de fallecimiento del cónyuge que trabajó para la familia si sus herederos no están en buena relación con el cónyuge sobreviviente, dado que podría reclamarse compensación por años atrasados de trabajo familiar; desigualdad respecto del cónyuge que trabajó fuera del hogar, que contribuye al levantamiento de las cargas con su aportación económica sin compensación ulterior. También se temía que la mera declaración de que el trabajo para la familia se considera como contribución a las cargas del matrimonio, sin hacer referencia alguna a la compensación económica del mismo, podría determinar la aplicación supletoria del art. 1438 Cc, en base al art. 1.3 de la Compilación, pues entonces todavía no se había dictado la sentencia del TSJ de las Illes Balears 1/1998 de 3 de septiembre, establecedora del carácter completo, coherente y armónico del régimen económico matrimonial establecido por la Compilación, que vedaba la entrada de preceptos del Código civil.

Como sea que, por otra parte, evidentes razones de justicia y equidad podían avalar, en ciertos casos, la compensación económica, el informe presentado por el Sr. Martínez-Piñeiro acababa proponiendo un precepto del tenor literal siguiente:

“El trabajo para el hogar familiar durante la vida en común será considerado como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio y dará derecho, a la extinción del régimen, a obtener una compensación equitativa, salvo que resultare probado haber sido compensado en vida o lo fuere por acto de última voluntad. La atribución del usufructo universal se entenderá en todo caso como compensación suficiente.

A falta de acuerdo el Juez determinará la cuantía de la compensación atendiendo a la dedicación prestada a la familia, a la colaboración en las actividades profesionales, industriales o agrícolas del otro cónyuge, a la duración de la vida en común y a las ganancias obtenidas durante ella.

La acción para reclamar la compensación caducará al año, a contar desde el cese de la vida en común”

La bien intencionada propuesta no prosperó, posiblemente por la influencia de las afirmaciones de la doctrina que criticaba el art. 1438 Cc, considerándose que la introducción de un precepto similar podría dar lugar

a una considerable problemática, introduciendo un factor de litigiosidad en el régimen de separación de bienes de nuestras islas. De manera definitiva, tanto la Comisión de Juristas como el Parlament dejaron el precepto en su redacción actual, limitándose a proclamar que el trabajo para la familia constituye una contribución al levantamiento de las cargas, pero sin referencia alguna a una especial compensación del mismo. Y ello, claro está, nos pone ante el capítulo siguiente de este estudio que no es otro que contestar a la pregunta de si se puede o no pedir esta especial compensación económica en el Derecho de nuestras islas.

Dentro del marco diseñado por los dos preceptos legales que se han venido comentando (arts. 4.1 y 67.2 CDCB), se impone ahora pasar a exponer la cuestión relativa a la compensación económica del trabajo para la familia en el Derecho civil de las Illes Balears.

## 2) Dos consideraciones sociológicas previas.

Son las siguientes:

1ª) El art. 1438 Cc, en su referencia al trabajo para la casa, tenía una finalidad harto evidente, cual era la protección de la esposa que tenía a su cargo el cuidado de la casa, en previsión a la posibilidad de que el marido no la hiciera partícipe de las ganancias que obtenía en su trabajo fuera del hogar familiar. Sin embargo, desde la fecha de la aparición de la ley hasta la actualidad las cosas han cambiado mucho, pues la incorporación de la mujer al mundo del trabajo y al desempeño de las diversas profesiones es un hecho notorio; en contemplación de las profesiones jurídicas se puede apreciar que son mayoría las opositoras que sacan plaza en las más representativas oposiciones para la integración de los diversos cuerpos de funcionarios, cual ocurre en judicatura, registros y notariado.

Pero esta incorporación de la mujer al mundo del trabajo no puede hacer olvidar que, a pesar de ello, su trabajo para la familia suele ser más intenso que el del otro cónyuge. Es significativa, a este respecto, la encuesta efectuada por Gadeso entre los trabajadores del sector turístico<sup>8</sup>, de la cual resulta que las mujeres trabajadoras confiesan dedicar cada día casi cinco horas a las tareas del hogar (4 horas y 50 minutos), mientras que los hombres lo hacen apenas una hora; pasando sustancialmente lo mismo en cuanto al cuidado de los hijos, a los que las mujeres dedican casi tres horas (2 horas y 55 minutos), mientras que los hombres apenas les

---

8.- Publicada en Diario de Mallorca de 25 de abril de 2016.

dedican cuarenta y cinco minutos diarios. No es extraño que el 92'7% de las entrevistadas consideren complicada o muy complicada la conciliación familiar y la laboral, mientras que dicho porcentaje, en el caso de los hombres, se reduce al 64'3%.

La consecuencia de ello es que la incorporación de la mujer casada al mundo del trabajo, a pesar de su evidencia e intensidad, no ha resuelto por sí solo el problema de que la existencia de los patrimonios separados de los cónyuges en el régimen de separación de bienes pueda dar lugar a supuestos en que existe un mayor trabajo para la familia por parte de uno de los cónyuges –generalmente la esposa, según se ha visto–, planteándose entonces la cuestión de si el mismo está o no suficientemente compensado y, particularmente, si se puede –en el sistema jurídico de las Illes Balears– reclamar judicialmente dicha compensación.

2ª) Al abordar, en nuestra separación de bienes, el tema que se viene tratando, hay que comenzar señalando la costumbre habitual de que las adquisiciones onerosas realizadas durante la vigencia del matrimonio se escrituran comúnmente a nombre de ambos cónyuges, por mitades indivisas. Ya Pascual Gonzalez, en el año 1950, decía<sup>9</sup> que si al final del matrimonio se pasara una liquidación, seguro que, en la mayoría de casos, no sería la mujer la perjudicada. El recordado Notario y Académico Raimundo Clar Garau señalaba que estas adquisiciones entre los cónyuges pro indiviso eran las necesarias cuñas gananciales que humanizan el régimen de separación de bienes, ya que, entre dos personas que viven juntas, con una comunidad de intereses centrada en la familia, no puede existir una separación de bienes *absoluta*. Y en la actualidad, el Notario con ejercicio desde hace años en Palma –y notable estudioso de nuestro Derecho– José Antonio Carbonell Crespi dice que el noventa y cinco por ciento de adquisiciones que se realizan en los matrimonios casados en régimen de separación de bienes se escrituran a nombre de los dos cónyuges por mitades iguales e indivisas. Este es un hecho absolutamente reconocido. Como he tenido oportunidad de decir,<sup>10</sup> en muchos casos la realidad práctica de nuestra contratación –y los Notarios con ejercicio en nuestra Comunidad Autónoma pueden dar buena fe de ello– es que las compraventas de los pisos que constituyen el hogar familiar, la vivienda de recreo, e incluso los inmuebles que se adquieren por un simple propósito de inversión, se escrituran a nombre de los dos cónyuges conjuntamente. Y es que lo contrario no sería de recibo. Un matrimonio en que todos los incrementos patrimoniales se escrituran a nombre del cónyuge

---

9.- Pascual González, Derecho Civil de Mallorca. Herencias y otras especialidades forales pag.125.

10.- Comentarios al Código civil y Compilaciones forales tomo XXXI vol 1º pag. 75.

que trabaja fuera del hogar, no participando en los mismos en modo alguno el que trabaja para la familia, tendría sus días contadísimos.

Con ello no se quiere decir que no puedan existir supuestos abusivos, pero éstos, evidentemente, constituyen la excepción y en modo alguno la regla general. Aunque bien está que el ordenamiento jurídico prevea una solución para estos pocos supuestos abusivos. Sobre cuál deba ser ésta es de lo que se va a tratar a continuación.

### 3) La aplicación supletoria del art. 1438 Cc

Trata sobre el tema Mijancos Gurruchaga en la obra ganadora del XIII Premio Luis Pascual González<sup>11</sup>. Parte de la base de la existencia en la Compilación de una verdadera laguna legal, al no contemplarse expresamente la compensación económica del trabajo para la familia; con refutación del parecer de otros autores<sup>12</sup>, que consideran que el Parlament no introdujo la cuestión en la ley de 1990 porque ésta fue su voluntad, entiende que la laguna legal podría perfectamente deducirse de la inexistencia de discusión parlamentaria al respecto, así como del hecho de que la sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia 2/2010 de 24 de marzo hiciera uso de la *analogía legis*, con aplicación del art. 9 de la ley 18/2001 de 19 de diciembre de Parejas Estables (LPE), con lo cual es claro que dicha aplicación analógica presupone una previa laguna de ley.

Existiendo tal laguna de ley, la indicada sentencia 2/2010 de 24 de marzo la colma mediante el auxilio del art. 9 LPE; pero entiende Mijancos Gurruchaga que, siendo cierto que la misma no aplica el art. 1438 Cc, en caso de que no se hubieran dado los requisitos a) y b) del art. 9 LPE, es decir en el supuesto de no haberse producido un desequilibrio económico, hubiera podido aplicarse supletoriamente el art. 1438 Cc para que se produjera la indemnización al trabajo del hogar, por corresponsabilidad en las tareas domésticas<sup>13</sup>. Como argumento que abona su interpretación cita la sentencia de la Audiencia de Palma de 17 de Julio de 2012 (AC 2012/1207 FD3), en la cual se dice que no existe unanimidad de criterios doctrinales ni jurisprudencia en la fijación del proceso mediante el cual debe articularse la acción del artículo 1438

---

11.- Mijancos Gurruchaga, Situación jurídica de la mujer casada en el Derecho histórico balear. Publicada en el XVII Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

12.- Verdera Izquierdo La compensación económica por trabajo para la casa en la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, XIV Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears pág 270, ganadora asimismo del X Premio Luis Pascual González.

13.- Mijancos Gurruchaga, ob cit pag. 57.

del Código civil. Por lo que parece razonable que, en caso de laguna legal, cual es la materia que nos ocupa, y agotada la vía de la autointegración, no existiendo costumbre que pueda llenar esta laguna, no puede quedar la mujer balear, o el cónyuge trabajador de la casa, desprotegida por una negación a aplicar supletoriamente el art. 1438 Cc, tal como nos permite el art. 1 CDCB, y sólo mientras el legislador balear se decide de una vez por todas a regular y llenar esta laguna legal.

Con pleno respeto a tal posición doctrinal, pueden existir dudas sobre su procedencia. En primer lugar por ser dudosa la existencia de una verdadera laguna legal, ya que no siempre la falta de mención en la ley la supone, dado que puede ser debida a la voluntad del órgano legislativo de no declararla expresamente. El Parlament contempló al trabajo para la familia, considerándolo como contribución a las cargas del matrimonio, señalando que los cónyuges contribuirán al levantamiento de éstas en proporción a sus recursos económicos y dando a los cónyuges la posibilidad de solicitar medidas judiciales en caso de incumplimiento de esta obligación de contribuir. Tal es el tratamiento dado por el legislador balear – o, mejor diríamos mallorquín y menorquín– al trabajo para la familia; y si no figura una especial compensación económica anudada al mismo es porque el Parlament así lo decidió.

Además, debe tenerse en cuenta la consideración fundamental de constituir el régimen económico matrimonial de separación de bienes del Título I del Libro I “una regulación completa, coherente y armónica de los efectos patrimoniales de los matrimonios sujetos al Derecho civil de Mallorca”, completud que haría inaplicables los preceptos del Código civil, “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” (Sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ de las Illes Balears 1/1998 de 3 de septiembre Ponente Sr. Perera Mezquida). De la misma manera que esta sentencia vetó la aplicación del art. 1320 Cc, el mismo criterio debe imperar en cuanto a la aplicación supletoria del art. 1438 Cc.

Pero es que se da, además, la circunstancia de que esta vía de la aplicación supletoria del art. 1438 Cc está superada, dado el hecho de haber optado nuestro Tribunal Superior de Justicia I por otra vía para resolver la cuestión de la compensación económica del trabajo para la familia: la aplicación analógica del art. 9 LPE. A ella vamos a dedicar el siguiente apartado.

#### 4) La aplicación analógica del art. 9.2 LPE

Como es sabido, este precepto establece:

El conviviente 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 y se haya dado uno de los siguientes supuestos:

- a) Que el conviviente haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja.
- b) Que el conviviente se haya dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización de trabajo para la familia.

Voy a referirme, en diferentes apartados, a la sentencia 2/2010 de 24 de marzo de la Sala Civil y Penal del TSJ establecedora de la interpretación analógica, a las sentencias que la han seguido y a su crítica.

A.- La sentencia 2/2010 de 24 de marzo de la Sala Civil y Penal del TSJ de las Illes Balears (Ponente Sr. Capó Delgado)

Bueno será referir brevemente el supuesto de hecho de la sentencia.

Interpuesta por el marido demanda de separación del matrimonio, la esposa solicita el divorcio, y entre las medidas complementarias solicitadas se encuentran las siguientes: una pensión alimenticia para los cuatro hijos de 8000€ mensuales, una pensión compensatoria a su favor de 2000€ mensuales y una indemnización a su favor de 1.650.000€. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial estableció una pensión para los hijos de 2800€ mensuales y estableció una indemnización de 100.000€ “por su contribución (de la esposa) a las cargas del matrimonio”(sic). Interpuesta contra la sentencia recurso de casación por el marido fue desestimado por nuestro Tribunal de casación.

La sentencia comienza analizando el art. 4.1 CDCB, poniendo de relieve que dicho precepto, a diferencia del art. 1438 Cc, no habla de compensar especialmente el trabajo para la familia, posiblemente debido a las fuertes discrepancias doctrinales que surgieron a consecuencia de la reforma de dicho precepto por la ley 11/1981 de 13 de mayo. Tal vez por ello, sugiere la sentencia, el Parlament balear no se refirió a la compensación del trabajo

para la familia en la ley de reforma de la Compilación de 28 de junio de 1990. Pero, indudablemente, la establece de manera expresa al aprobar la ley 18/2001 de 19 de diciembre de parejas estables, provocando, por tanto, una aparente desigualdad en el tratamiento de los dos tipos de pareja. A continuación, la sentencia se plantea la posibilidad de aplicar análogicamente a los matrimonios el art. 9 LPE, la cual viene facilitada por la equiparación entre parejas estables y matrimonio, proclamada en diversos preceptos de la LPE y, particularmente, por el hecho de que la ley autonómica 3/2009 de 27 de abril introduce un nuevo párrafo en el art. 5 LPE expresivo de 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”. De ello concluye que es clara e incontrovertible la *identidad de razón*.

Allanada la vía de la interpretación analógica, el paso siguiente será el de comprobar si se dan, en el caso contemplado, las circunstancias exigidas por el art. 9 LPE para que proceda la compensación económica; particularmente, si se ha producido, entre los esposos, una situación de desigualdad patrimonial que implique un enriquecimiento injusto y si la esposa se ha dedicado, en exclusividad o de forma principal, a la realización de trabajo para la familia. Las sentencias de instancia proclaman, efectivamente, que el marido incrementó considerablemente su patrimonio, cosa que no hizo la esposa debido a que, durante su matrimonio, se dedicó, de forma no exclusiva, pero sí principal, a la realización de trabajo para la familia. Ello determina la procedencia de la compensación económica solicitada por la esposa, aunque su dedicación a la familia –dice la sentencia– “no ha sido exhaustiva, pues la familia formada por los litigantes ha dispuesto de servicio doméstico y la accionada ha dedicado una pequeña parte de su tiempo a sus propias ocupaciones laborales”, a pesar de lo cual la cantidad en que se cifra la compensación concedida “sin duda la esposa la habría obtenido con el fruto de su trabajo durante los once años de unión conyugal, si hubiese dedicado la mayor parte de su tiempo al ejercicio de su profesión en lugar de al cuidado de la prole”.

Es de destacar que la compensación económica que, en la demanda de la esposa, se había cifrado en la suma de 1.650.000 €, fue rebajada por el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Palma a 350.000 € y la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial siguió con la rebaja hasta dejarla en 100.000 €, fundamentándola, por cierto, en la contribución de la esposa a las cargas del matrimonio y no en una especial compensación económica por el trabajo para la familia. La esposa se conformó con la sentencia no recurriéndola en casación, ya que fue tan solo el marido el recurrente.

B.- Las sentencias de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Baleares posteriores.

La número 493/2013 de 30 de diciembre (Ponente Sra. Gelabert Ferragut) si bien hace una referencia a la posible aplicabilidad al matrimonio del art 9 LPE, la rechaza en el caso de autos al resultar probado que la convivencia matrimonial de los hoy litigantes no ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos cónyuges que haya implicado un enriquecimiento injusto a favor del esposo y en perjuicio de la esposa.

La número 116/2014 de 25 de marzo (Ponente Sr. Artola Fernández) resulta más explícita, al hacer suya, reproduciendo su fundamento de derecho cuarto, la STSJ 2/2010 de 24 de marzo, sancionando, por tanto, la absoluta aplicabilidad de la compensación económica del art. 9.2 LPE; sin embargo la rechaza en el caso de autos, por entender que no ha quedado suficientemente acreditada una sobreaportación de la actora al trabajo para la familia, dado que ella misma reconoció que desde que llegó a Mallorca trabajó, que lo hizo hasta diez días antes de tener a su hija, que al año y medio de tener a la hija volvió a trabajar, que se fue cinco meses a Dinamarca con su hija y también trabajó; ello unido a que no justifica la forma e intensidad con que la actora ha colaborado en el supuesto incremento patrimonial del demandado, ni la cuantía con la que aquélla contribuyó económicamente al sostenimiento de las cargas familiares a pesar de haber obtenido –según ha reconocido– ingresos por su trabajo.

Y la número 223/2014 de 2 de junio (Ponente Sr. Aguiló Monjo) asimismo hace suya la doctrina sentada por la STSJ 2/2010 de 24 de marzo, preconizando el reconocimiento de la compensación económica del art. 9.2 LPE también en los casos de ruptura de la convivencia matrimonial o de disolución del vínculo y no solo en el supuesto de parejas estables. Sobre la cuantificación de esta compensación, señala: se exige que al fin de la convivencia concurra, por no haber sido corregido de otro modo, el elemento objetivo de “desigualdad patrimonial” entre los miembros de la pareja, que, en su caso, se articula a través del instituto del “enriquecimiento injusto” que, a su vez, supone: a) el aumento del patrimonio del enriquecido, que no solo se produce cuando hay un aumento del patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también cuando se da una no disminución del patrimonio (damnum cessans); b) correlativo empobrecimiento de la contraparte que no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del otro; c) falta de causa que justifique el empobrecimiento; y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio.

Sigue diciendo la sentencia que, la compensación económica de que se trata precisa que la acreedora demuestre que se ha dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización del trabajo para la familia, sin que sea computable a tales efectos el simple “trabajo para la familia” al que se refiere el artículo 4.1 de la CDCB, que no es sino contribución obligatoria al levantamiento de las cargas del matrimonio. Lo que produce la compensación económica no es, por tanto, el mero hecho de trabajar en la casa o para la familia, sino la causación de una desigualdad patrimonial, no corregida de alguna otra manera, subsistente al cese de la convivencia, por el motivo de que uno de los convivientes haya podido promocionarse profesionalmente y así aumentar su patrimonio, con sólo cumplir la obligación legal que se le impone, en detrimento del otro que por su mayor dedicación a la familia, aunque no sea exclusiva ni tampoco prioritaria, ha perdido sus normales posibilidades de progresión laboral y profesional y de incremento de su patrimonio, lo que, por la anteriormente dicho, implica empobrecimiento, aunque sea en el concepto de “lucrum cesans”.

Tal situación –sigue diciendo la sentencia– no ocurre en el caso enjuiciado, pues no aparece la prueba concluyente sobre los requisitos anunciados anteriormente, ya que no consta la dedicación exclusiva o primordial de la actora a la familia en los términos indicados, ni que se le haya impedido que siguiera ocupada laboralmente, como así ha sucedido, o que, por tales circunstancias, no haya podido promocionarse profesionalmente, perdiendo sus normales oportunidades o posibilidades en tal sentido. La desigualdad patrimonial detectada entre los litigantes, desde la inicial al momento del matrimonio a la final a su disolución, se considera en cualquier caso, en sede del presente procedimiento, corregida por la intululación de un importante patrimonio inmobiliario conjuntamente a nombre del demandado y su esposa, con o sin los dos hijos comunes. No se considera trascendente, en la actual controversia, que se mantuviera de la exclusiva propiedad del esposo uno sólo de los inmuebles adquiridos, ya que ello no supone enriquecimiento injusto en su favor, con los requisitos antes enunciados, ni provoca por lo argumentado, la necesidad de compensación en los términos invocados en la demanda, más allá, incluso de la importante pensión compensatoria (aunque compatibles ambas) que ahora se confirma y concede.

En la sentencia de instancia se condenaba al marido a abonar a la esposa, en concepto de compensación por el trabajo para la familia, la cantidad de 200.000 €, a satisfacer en cuatro plazos anuales de 50.000 € cada uno, pronunciamiento que es revocado en la sentencia de la Audiencia.

### C.- Crítica

Una posición crítica frente a la doctrina sentada por la sentencia 2/2010 de 24 de marzo de la Sala Civil y Penal de nuestro TSJ la asume Coca Payeras<sup>14</sup>, quien comienza afirmando, no sin razón, que dicha sentencia todavía no es doctrina legal. Considera que la misma es brillante argumentalmente, pero crea dos inquietudes o interrogantes sobre la bondad de postular la aplicación analógica al matrimonio del art. 9.2 LPE.

En primer lugar, no aparece acreditada la existencia de una laguna legal, que es el primer condicionamiento que debe producirse para que pueda operar la *analogía legis*. Y ello es así porque, siendo el supuesto fáctico contemplado el trabajo para el hogar o para la familia realizado por un cónyuge en el seno del matrimonio sujeto al régimen de separación de bienes de Mallorca, el art. 4.1 CDCB contempla este supuesto específico señalando que este trabajo será computado como contribución al levantamiento de cargas. Siendo esto así –se pregunta– ¿porqué acudir a un bloque normativo especial –la LPE y, en especial, su art. 9.2 b)– para concluir que dicho trabajo para el hogar le permite en ciertos casos a su autor reclamar una compensación económica, una indemnización en suma? Si la norma directamente aplicable al supuesto da una solución, no tiene sentido –sigue diciendo– recurrir a la *analogía legis*, pues ésta nunca puede tener por objeto la desidia o falta de acierto del legislador en la redacción de las leyes.

La segunda cuestión que plantea dicha autor es la de si, con este recurso a la *analogía legis*, en realidad se puede estar propiciando *mutatis mutandi* la aplicación analógica del art. 9.2 LPE a las uniones de hecho no reguladas, pues la situación fáctica de las mismas es absolutamente idéntica a la que nos muestran los matrimonios y las parejas estables sometidas a la ley 18/2001 de 19 de diciembre.

Ambas afirmaciones resultan, a mi juicio, absolutamente ciertas; aunque la segunda ha quedado desvirtuada a consecuencia de la STC 93/2013 de 23 de abril, que declara la inconstitucionalidad de muchos artículos de la ley navarra de parejas estables, conteniendo, además, un voto particular que defiende la inconstitucionalidad de toda la ley. Según esta sentencia el establecimiento de un régimen jurídico de aplicación a la pareja estable puede chocar con la libertad de contraer matrimonio, pues una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, de la convivencia, puede

---

14.- Coca Payeras, Reflexiones sobre el trabajo para el hogar y la analogía legis en el Derecho civil de Mallorca, XIV Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears pág 311 y siguientes.

colisionar con dicha libertad, ya que se imponen 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 sabido que en la ley navarra no existe una inscripción constitutiva en el registro de parejas estables sino que la misma se entiende constituida –además de por su constancia documental– por la mera convivencia de un año o el nacimiento de un hijo en común. De acuerdo con dicha sentencia no podría realizarse una interpretación analógica de la que resulte la aplicación a las uniones de hecho de las normas que rigen los matrimonios y las parejas estables.

Pero sí mantiene todo su vigor, a mi juicio, la improcedencia de la interpretación analógica por inexistencia de laguna legal. En un artículo que publiqué en la Revista *Missèr*<sup>15</sup> titulado “Indemnització per desequilibri patrimonial en el règim de separació de béns?”, si bien mostraba mi conformidad con la sentencia, ya indicaba que la *ratio decidendi* de la indemnización podría haberse derivado del art. 4.1 CDCB, apostillando que “la conclusió és, en aquest punt, que de l’article 4.1 CDCB es deriva la posible procedència d’una indemnització en els supòsits de treball per a la família no compensat, acompanyat d’un desequilibri patrimonial al que es pugui donar la consideració d’enriquiment injust”. Y ello me obliga a pasar a exponer la interesante cuestión de cómo se compensaría económicamente el trabajo para la familia dentro del sistema de contribución al levantamiento de cargas establecido por el art. 4 CDCB. Tema al que, por su complejidad, hay que dedicar capítulo aparte.

5.- La compensación del trabajo para la familia a través de los arts. 4.1 y 67.2 CDCB. Un “maladetto imbroglio”.

Anteriormente –en el apartado IV.1– se ha realizado un pequeño análisis de estos dos preceptos, glosando los conceptos que se contienen en los mismos, y, en especial, lo que debe entenderse por recursos económicos y hasta donde es exigible el deber de contribuir en proporción a los mismos. También se ha puesto de manifiesto que el mecanismo diseñado por los dos preceptos sólo entraría en aplicación en defecto de pacto, como se cuidan los mismos de advertir expresamente. Y es que la realidad social lo que nos muestra es que los cónyuges van pactando continuamente su contribución a las cargas, echando mano normalmente de sus ingresos y siendo mayor o menor la proporción de contribución de cada uno de los cónyuges según las variaciones que aquéllos puedan tener. Son, evidentemente, los principios de Derecho de

---

15.- Revista *missèr* n° 85, abril 2010.

familia los que se imponen a unos criterios de Derecho de obligaciones, que exigirían a los cónyuges operaciones de contabilidad ciertamente complejas. En definitiva se debería realizar algo de lo que los juristas solemos huir: *cuantificar y valorar*.

Tal vez podría ser fácil la cuantificación de las cargas; pero evidentemente no lo es la de los recursos, cuando dentro de este concepto entran ingresos y bienes; como no es fácil tampoco la valoración en términos económicos del trabajo para la familia. Todo ello puede justificar –dada mi inveterada afición al cine– el hecho de que haya apostillado con el título de una conocida película de Pietro Germi –“Un maldito embrollo”– el mecanismo de compensar el trabajo para la familia a través de su consideración como contribución al levantamiento de las cargas y en base a los preceptos de nuestra Compilación.

Por una parte, es evidente que el empleo, en los dos preceptos antes indicados, de la palabra *recursos económicos* obedece al propósito de superar la anterior concepción según la cual, en la separación de bienes, las cargas se satisfacen en proporción a los ingresos, frutos y rentas de cada cónyuge, pero sin tener en cuenta el conjunto de sus bienes. Al entrar en vigor el nuevo art. 1438 Cc, Rebolledo Varela<sup>16</sup> señalaba que, después de la reforma, no se puede distinguir entre frutos y rentas de los bienes y los bienes mismos. La proporción ya no se establece, primero, en cuanto a los frutos, y, agotados éstos, con los capitales como se mantenía anteriormente, sino en base a una consideración en conjunto de todos los recursos económicos, de tal manera que si un cónyuge tiene bienes improductivos y el otro sólo sus ingresos por su trabajo personal, aquél puede ser obligado a venderlos para cumplir su obligación, sin que puedan ya admitirse razones válidas para seguir manteniendo una contribución primaria con las rentas antes que con los capitales. Por mi parte <sup>17</sup> indicaba que la idea que presidió el proyecto reformador de la Compilación de 1990 era la de que debía superarse la primitiva consideración de que las cargas familiares debían hacerse efectivas con base a los ingresos, rentas y frutos; con lo cual se juzgaba idónea la expresión *recursos*, al ser suficientemente amplia para que, en caso de discrepancia entre los cónyuges, el Juez pudiera tomar la decisión acertada, teniendo en cuenta las circunstancias e interés de la familia; es obvio que la imprecisión del término *recursos* coadyuvaba a tal fin. Se consideraba, igualmente, que el principio de igualdad jurídica de los cónyuges no se avenía con supuestos en que uno de ellos no contribuía en modo alguno al levantamiento de las cargas familiares por tener un patrimonio, tal vez importante, pero improductivo.

---

16.- Rebolledo Varela, ob cit pag. 429 y 430.

17.- Masot Miquel, Comentarios... pag. 139.

Sumergiéndome –con todas las precauciones posibles y pidiendo perdón de antemano por mis errores– en el proceloso mar de la *cuantificación y valoración*, es evidente que la búsqueda del tanto por ciento con que debe contribuir cada cónyuge a los gastos exige la determinación de los mismos, de una parte, y, de otra, la de los recursos económicos de cada cónyuge. La primera no presenta mayor problema, ya que se trata de unos gastos realizados o una previsión de gastos futuros de los que se puede conocer nítidamente su importe. Pero sí presenta mayores problemas la *cuantificación* de los recursos económicos de cada cónyuge. Dentro de ellos será fácil hacer la suma de los ingresos, sueldos y rentas, pero ¿qué valor damos a los bienes, los cuales necesariamente han de ser tenidos en cuenta? Si los dos cónyuges tienen bienes tal vez sea factible considerar los valores catastrales, pues en definitiva solo se trata de establecer una proporción para determinar la mayor participación de uno u otro cónyuge, pero el problema se plantearía en caso de que los bienes los tuviera sólo uno de los cónyuges, pues es evidente que no podemos sumar su valor al de los ingresos y rentas, ya que ello podría dar lugar a proporciones exageradas.

Idénticas dificultades se presentan a la hora de cuantificar –como parte de los recursos económicos y como gasto a retribuir– el trabajo realizado para la familia. Es evidente que no puede despacharse la cuestión acudiendo al parámetro del sueldo del servicio doméstico, pues como antes se ha tenido ocasión de señalar, la STS 614/2015 de de 25 de noviembre considera –acertadamente– que la dirección del trabajo doméstico, el interés de la familia y el amor por la prole difícilmente forman parte de las tareas realizadas por el servicio doméstico.

Ello no puede sino llevarnos a la conclusión de que el arbitrio judicial comparará a sus anchas en esta materia, lo cual, por otra parte, no es nada sorprendente, dado que el mismo se aprecia comúnmente en los procedimientos indemnizatorios derivados del art. 1438 Cc o del art. 9 LPE.

Para despachar esta materia se impone hacer tres precisiones.

1ª) En caso de reclamarse una compensación del trabajo para la familia a través de los arts. 4.1 o 67.2 CDCB puede darse un resultado absolutamente negativo, dado que la misma dependerá de lo que resulte de la aplicación del criterio proporcional de los recursos económicos de cada cónyuge. Con la consecuencia de que, de ser el cónyuge que ha trabajado para la familia quien ostenta mayores recursos económicos, será también quien mayormente ha de satisfacer las cargas y, por tanto, también la derivada del trabajo para la familia.

2ª) El sistema de inclusión de la compensación económica del trabajo para la familia dentro del cálculo general de las cargas del matrimonio no permitiría tener en cuenta, en principio, las donaciones que precisamente han tenido por objeto compensar este trabajo ni tampoco el hecho – sociológicamente acreditado, según se ha visto– de que los cónyuges realizan comúnmente, durante el matrimonio, adquisiciones por mitades indivisas de los más importantes bienes, particularmente inmuebles.

3ª) Esta reclamación de la compensación económica del trabajo para la familia a través de los dos indicados preceptos puede realizarse constante matrimonio, sin tener que esperar a que se produzca la extinción del régimen de separación de bienes. Al efecto señala Cerdá Gimeno <sup>18</sup> que no es necesaria una previa ruptura de la convivencia conyugal. El derecho a la prestación de contribuir a las cargas es independiente de la culpa en el eventual deterioro de las relaciones matrimoniales. Lo que ocurre es que, en las *situaciones normales*, plantear la demanda suele ser la antesala o la preparación de un pleito futuro de separación conyugal.

Por otra parte, no se trata de una acción que tenga carácter personalísimo, por lo que podrían ejercitarla los herederos del cónyuge que trabajó para la familia una vez éste hubiera fallecido. El plazo de prescripción sería 5 años desde que se realizaron los trabajos cuya compensación económica se reclama, al no existir un especial plazo de prescripción y en virtud de lo dispuesto por el art. 1964 Cc, reformado por la ley 42/2015 de 5 de octubre, teniéndose en cuenta lo dispuesto en el art. 1939 en cuanto a la prescripción comenzada antes de la reforma operada por la mencionada ley. El plazo de prescripción comenzaría a contarse desde que se realizaron los trabajos cuya compensación económica se reclama *ex art.* 1969 Cc.

Ciertamente no deja de ser un absurdo que puedan los herederos ejercitar dicha acción si el cónyuge que trabajó para la familia no interpuso, en vida, reclamación alguna por este concepto, pudiendo darse el caso, además, de haber recibido bienes del otro cónyuge que ya compensaban dicho trabajo.

La conclusión de cuanto antecede es la de que la reclamación de la compensación económica del trabajo para la familia a través de la vía de los arts. 4.1 y 67.2 CDCB tiene muchas más luces que sombras, siendo lógico, dada la STSJ 2/2010 de 24 de marzo, que se opte por la vía de la interpretación analógica del art. 9 LPE. Y ello porque dicha ley está en un plano de técnica legislativa muy superior a la normativa de nuestra

---

18.- Cerdá Gimeno Comentarios al Código civil y Compilaciones forales tomo XXXI Vol 2º A pág 937.

Compilación, con lo que se da el absurdo de que, en nuestra Comunidad Autónoma, las parejas estables están mejor reguladas –y, por tanto, mejor protegidas– que los matrimonios; a pesar de los esfuerzos de la Comissió Assessora de Dret Civil del Govern Balear que, para superar este absurdo, ha venido elaborando sucesivos proyectos de reforma del régimen patrimonial del matrimonio que el legislador ni siquiera ha tenido en cuenta.

6.- A modo de conclusión: jurisprudencia de conceptos, jurisprudencia de intereses y un Avantprojecte de règim patrimonial del matrimoni injustamente olvidado.

Uno de los grandes artistas de la ciencia del Derecho –Rudolf Von Ihering– preconizaba, junto con otros juristas como Bernard Windscheid y Georg Jellinek, la llamada *jurisprudencia de conceptos* que convertía al Juez en un mecánico aplicador de los conceptos jurídicos contenidos en las leyes como si fuera una operación matemática o lógica. Tal aplicación dio lugar a la teoría de la subsunción, que suponía el examen pormenorizado de la totalidad del ordenamiento jurídico –cuya completud asimismo se predicaba– para encontrar la norma en la que *subsumir* el caso que se iba a juzgar. Pero el mismo Ihering se dio cuenta pronto que tal frío mecanismo podía dar lugar a resultados ilógicos e injustos, orientando entonces su análisis hacia la *jurisprudencia de intereses*, según la cual lo esencial, al juzgar el caso, era la determinación de cuál de los dos intereses contrapuestos en el litigio era el más digno de protección; y una vez delimitado el mismo, examinar el ordenamiento jurídico para seleccionar las normas y conceptos jurídicos que mejor podrían fundamentar la sentencia proclamadora de la superposición de este interés sobre el otro deducido en el litigio. Y ello tiene un campo de aplicación aún más amplio hoy en día, dado que se ha producido, en palabras de Gómez Martínez <sup>19</sup>, “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...que es caracteritza per la incorporació al ordenament jurídic de valors pre-jurídics que són els que están a la base dels drets fonamentals”. Ello es particularmente a tener en cuenta si se considera que juega, en sede matrimonial, un principio constitucional cual es el de igualdad jurídica entre los cónyuges.

Aplicando estos esquemas doctrinales a la cuestión de que se viene tratando, es posible que la *jurisprudencia de conceptos* nos llevaría a conclusiones similares a las expuestas por Coca Payeras, dada una referencia expresa al trabajo para la familia en el art. 4.1 CDCB, que señala claramente su

---

19.- Gómez Martínez, Breu introducció a una posible ética judicial, XVI Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears pag. 256.

conceptuación como carga, establece el sistema de contribuir al levantamiento de las cargas y prevé la posible adopción de medidas judiciales para la efectividad de una contribución proporcionada a los recursos económicos. Con lo cual se diluye la posibilidad de interpretación analógica –en este caso del art. 9.2 LPE– que exige, de entrada, la laguna legal. Pero si se acude al parámetro del *interés digno de protección* pronto se cae en la cuenta que el trabajo para la familia debe ser compensado económicamente y que la compensación a realizar, dentro del sistema general de contribución al levantamiento de cargas en base a los recursos económicos, puede engendrar considerables dificultades y presenta los serios inconvenientes que se han expuesto líneas atrás.

En cambio, el sistema previsto en el art. 9.2 LPE es de mayor simplicidad, al no tener que combinarse con la contribución general al levantamiento de cargas en proporción a los recursos económicos; y es también de mayor justicia, al venir ligada la compensación al desequilibrio patrimonial, por lo que no habrá esta especial compensación si el desequilibrio no se ha producido. Por ello, no es rechazable la doctrina sentada por la STSJ 2/2010 de 24 de marzo, como tampoco lo son las sentencias posteriores de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial que se han apuntado a esta doctrina, si bien han sido remisas a conceder indemnizaciones por no ser procedentes según las características de los casos enjuiciados.

Es una lástima tener que acabar este estudio diciendo que la cuestión estaría satisfactoriamente resuelta si se hubieran convertido en ley los anteproyectos de ley de régimen patrimonial del matrimonio que ha elaborado, durante casi diez años, la Comissió Assessora de Dret Civil del Govern Balear. En ellos se considera el trabajo para la familia como una de las formas de levantamiento directo de las cargas familiares si no es retribuido o compensado debidamente; se considera trabajo para la familia el trabajo para la casa, el cuidado y atención de los miembros que convivan en el domicilio familiar y la colaboración no retribuida en la actividad empresarial o profesional del otro cónyuge; se señala que la valoración de este trabajo, a falta de pacto, corresponderá a la autoridad judicial, que ponderará su coste, la dedicación, la eventual incidencia en el incremento patrimonial de uno de los cónyuges y la pérdida de oportunidades; y se establece que, cuando el valor del trabajo hecho por uno de los cónyuges sea superior a lo que estaba obligado a llevar a cabo, tiene derecho al valor de este exceso, siendo este crédito indemnizatorio compatible con la pensión compensatoria prevista por el ordenamiento del Estado, si bien deberán reclamarse conjuntamente para que se puedan ponderar.

Y acierta especialmente el anteproyecto al establecer que este crédito indemnizatorio, empero, no procederá cuando la extinción del régimen de separación de bienes haya tenido lugar por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges. De esta manera, al quedar circunscrito a los supuestos de extinción del régimen por pacto, separación judicial, nulidad del matrimonio o divorcio, se elimina un factor de litigiosidad que podría enfrentar a herederos del cónyuge premuerto y cónyuge sobreviviente en base a hechos pasados ocurridos en el seno del matrimonio.

No puede haber mejores palabras para cerrar este trabajo que las dichas por Coca Payeras en su intervención académica en el acto de entrega del XI Premio Luis Pascual González<sup>20</sup>, donde se expresó así: nuestro Derecho civil “moderno”, de comienzos del siglo XXI, continua asentado en una estructura decimonónica como es la Compilación, sobre la que se intenta edificar un derecho de laboratorio, virtual, que se nutre en esencia de anteproyectos de ley, comentarios a los anteproyectos y estudios sobre los mismos, y no de lo que estructura y vigoriza un sistema jurídico, que son las normas jurídicas y la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de las mismas.

Ni que decir tiene que suscribo absolutamente dichas palabras.

---

20.- Coca Payeras, Elegía a nuestro Derecho civil XV Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears pág. 281.

#### **XIV.- RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS PUBLICADOS.**

**AIGE MUT, MARIA BELÉN.** Licenciada en Derecho por la UIB en 2004 con el Premio Extraordinario de Licenciatura. Doctora en Derecho por la UIB en 2014, habiendo obtenido la calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad. Abogado en ejercicio durante los años 2005 a 2010. Profesora ayudante doctora del Departamento de Derecho procesal de la UIB. Autora de la monografía “Los documentos electrónicos en el ámbito del proceso”. Autora de numerosos artículos y de capítulos de libro. Ha participado en varios proyectos de investigación, sobre “Títulos valores electrónicos” y “Turismo y nuevas tecnologías; en especial el régimen jurídico de las denominadas centrales electrónicas de reservas turísticas”. Es miembro del grupo de investigación de la UIB “Derecho y nuevas tecnologías”.

**CARRAU MELLADO, JUAN.** Licenciado en Derecho, en Filosofía y Ciencias de la Educación por la Universidad Literaria de Valencia. Ingresó en la Carrera Fiscal en 1988 y, desde 1989, ocupa plaza de Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears. Ha impartido clases en la Universitat de las Illes Balears, en la Escuela de Práctica Jurídica, en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia y en otros diversos organismos y Consellerías. Ha trabajado como Fiscal en diversas áreas y, desde 2004, es Fiscal Coordinador de los delitos económicos y relativos a la corrupción en la Administración Pública, así como Delegado de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada. Le fue otorgada la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort así como otras condecoraciones.

**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 Baleares 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.

**FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ MARIA.** Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense. Ingresó en la Carrera Judicial en el año 1990, habiendo sido titular de diversos Juzgados y, en la actualidad, Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona. En el año 2004 aprobó la especialidad en Derecho mercantil (primera promoción), pasando a ser titular del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona y, posteriormente, de la Audiencia Provincial. Autor de importantes publicaciones en la materia, destacan “El efecto de la declaración de concurso sobre los contratos” (Editorial Bosch 2010), “La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias” (Editorial Bosch 2013) y “La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad” (Editorial Bosch 2015).

**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.

**GARCÍAS PLANAS, GABRIEL.** Doctor en Derecho por la Universidad Central de Barcelona. Sobresaliente “CUM LAUDE”. Profesor Titular de Derecho penal en la UIB. Abogado. Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Entre otros trabajos ha publicado: “Notas sobre la riña tumultuaria en el Código Penal” en Revista Jurídica de Cataluña 1979, “Consideraciones en torno al agente provocador”

en Cuadernos de Política Criminal, Madrid 1982, “Consecuencias del principio non bis in idem en Derecho penal” en Anuario de Derecho penal, Madrid 1989, “El nuevo delito de tráfico de influencias” en Revista del Poder Judicial, Madrid 1993, “El delito urbanístico”, Valencia 1977 y “Relaciones concursales entre los delitos de estafa y falsedad”, obra conjunta, Madrid 2005 y 2008.

**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 de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

**IZQUIERDO TÉLLEZ, CARLOS.** Licenciado en Derecho en 1987 por la UIB, accedió en el año 1989 a la Carrera Judicial. Magistrado desde el año 1992. Ha estado al frente de diversos Juzgados de Cataluña y Mallorca y ha formado parte de la Audiencia Provincial (Sección Primera). Desde el año 2010 es titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número Uno de Palma. Profesor Asociado de Derecho procesal y de Derecho civil de la UIB. Ha impartido conferencias y participado en mesas de debate sobre temas procesales y penales. En el año 2014 recibió el II Premio Degà Miquel Frontera a la ética Jurídica instituido por el Ilustre Colegio de Abogados 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”.

**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 Presidente de misma. Autor de libros y numerosos artículos sobre temas diversos, en especial desde Enero de 2009 a Diciembre de 2016 de Derecho civil de las Illes Balears.

**MIJANCOS GURRUCHAGA, LILIANA.** Licenciada y Doctora en Derecho. Ha realizado Másters de Postgrado en Gerencia de Empresas para Comunidades Europeas y en Educación Familiar, así como un curso de Economía Aplicada en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo. Ha sido Profesora del Instituto Europeo de Estudios de la Educación y Técnico Superior en el Centro Balears Europa. Ha participado en diversos Proyectos de Investigación y es autora de múltiples publicaciones sobre temas diversos: desarrollo filosófico-jurídico del camino hacia la igualdad entre la mujer y el hombre, feminización de los títulos nobiliarios, legado de cosa propia y legado de cosa ajena, comentarios al art. 50 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, etc... Ganadora del XIII Premio Luis Pascual González de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación 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. 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”, además de las que se contienen en los Boletines XIV, XV y XVI. Coautor de libros y autor

de artículos sobre instituciones de Derecho civil balear. Ha sido Secretario de la Comisión de Juristas oficialmente designada para la redacción del anteproyecto que dio lugar a la Compilación de 1990.

**MISAS TOMÁS, JAVIER.** Licenciado en Derecho por la Universidad de Málaga. Registrador de la Propiedad desde el año 2005, habiendo ejercido en Villadiego (Málaga), Montefrío (Granada), Málaga y, desde el año 2010 Eivissa, con la doble titulación de Registrador de la Propiedad y Mercantil. Desde el año 2005 es preparador de opositores y, desde el año 2012, es director del Centro de Estudios Registrales dependiente del Decanato del Colegio de Registradores de las Illes Balears. Ha colaborado en cursos y ha dictado ponencias sobre temas de urbanismo, derechos reales, concurso de acreedores y mediación. Ha participado en la obra “Jurisdicción Voluntaria y práctica procesal civil” en lo relativo a los expedientes de jurisdicción voluntaria encomendados a los Registradores Mercantiles.

**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. 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. (La visión luliana del mundo del Derecho y las sociedades de responsabilidad .....entre otros).

**MORA TORRENS, MARTINA.** Licenciada en Derecho en la Universidad de Navarra (promoción 1994-1998), con obtención del Premio Extraordinario de Fin de Carrera. Ingresó en la Carrera Judicial en marzo de 2004, habiendo estado al frente de diversos Juzgados y, en la actualidad, del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Palma de Mallorca. Ha sido Juez Decana del partido judicial de Manacor desde 2005 a 2008. Ha impartido docencia en la Escuela Balear de la Administración Pública. Ha participado como ponente en diversas jornadas y cursos de formación organizadas por la Audiencia Provincial de Baleares y por la Escuela Judicial.

**ORTIZ GONZALEZ, MARIA ARÁNTZAZU.** Ingresó en la Carrera Judicial por oposición –turno libre– en el año 2003. Desde entonces ha sido titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Seis de Vendrell

y del Juzgado de lo Mercantil de la provincia de Tarragona. En 2010 ganó la plaza de especialista en asuntos mercantiles y en el año 2011 concursó a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Baleares. Desde su ingreso en la carrera judicial ha participado en actividades de formación en el área internacional del Consejo General del Poder Judicial, habiendo trabajado en proyectos de formación de jueces en Francia, Reino Unido, Hungría y Estados Unidos, así como en numerosas jornadas de especialización de diversos temas de Derecho mercantil.

**RIPOLL Y MARTÍNEZ DE BEDOYA, MARÍA DOLORES.** Licenciada en Derecho y en Ciencias Económicas por la Universidad Pontificia de Comillas en 1994. En 1997 ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado, ha sido Abogado del Estado Jefe en León en los años 1998 y 1999 y, desde el año 2009, es el Abogado del Estado Jefe en las Illes Balears. Ha participado en congresos y cursos de formación y es autora de diversas ponencias y publicaciones, destacando su intervención en las siguientes: Manual de Delitos contra la Hacienda Pública, La responsabilidad de las Administraciones Públicas, Régimen jurídico del transporte aéreo, Manual de revisión de actos en materia tributaria, Comentarios a la ley 13/2013 reguladora del contrato de concesión de obras públicas, Homenaje a D. Antonio Hernández Gil, Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y los Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

**SECADES RUESTRA, CRISTINA.** Licenciada en Derecho por la Universidad de Oviedo en 1998. Estudios en el Instituto de Altos Estudios Europeos de Estrasburgo, curso de economía (Economics of European Integration) en la LSE de Londres y de Cooperación Jurídica Internacional. Desde el año 2008 es Letrada de la Administración de Justicia, desempeñando en la actualidad sus funciones en el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Palma de Mallorca. Forma parte de la Red Española de Secretarios Judiciales (RESEJ), habiendo intervenido en diversas jornadas realizadas por dicha entidad sobre la modernización de la oficina judicial, cooperación jurídica internacional, mediación, conciliación y ejecución civil.

**TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL.** Licenciada y Doctora en Derecho. Catedrática de Derecho procesal de la UIB. Autora de diversas monografías como “La ejecución de sentencias no dinerarias”, “La compensación en el proceso civil”, “La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual”, “La reconvencción”, “El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada” y “La cosa juzgada. Estudio de jurisprudencia civil”. Ha publicado más de medio centenar de artículos científicos y ha impartido conferencias en los más importantes foros jurídicos y ha participado

en congresos científicos nacionales e internacionales habiendo sido ponente en los mismos. Es Académica de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears desde el año 2005.

**ANTONIO JOSÉ TERRASA GARCÍA.** Magistrado. Ingresó en la Carrera Judicial en 1984 y ha sido Juez Decano de los Jueces de Palma de Mallorca desde 1990 a 1996, Presidente de la Audiencia Provincial de 1994 a 2004 y, en la actualidad, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears. Autor de numerosos artículos sobre temas de Derecho Penal y Derecho Procesal publicados en las revistas especializadas. Académico de Número de la 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.





