



ANNALS

DE

L'ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

X

Curs Acadèmic 2020-2021

Amb el suport de



Generalitat de Catalunya
**Departament
de Justícia**

© Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Dipòsit Legal: B. 50686-2007

Impressió: Offset Derra S. L.

Índex

ÍNDEX

PRESENTACIÓ

Francesc Tusquets i Trias de Bes, President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya	7
---	---

MEMBRES DE L'ACADÈMIA

(de l'1 de gener al 21 de desembre de 2021).....	11
--	----

CURS ACADÈMIC 2021-2022

COMUNICACIONS

<i>La responsabilitat del poder judicial per la presó provisional acordada en casos d'absolució o sobreseïment posterior. L'evolució de la jurisprudència</i> (19-1-2021)	
Joaquín Tornos Mas	19
<i>Reflexiones en torno a democracia y conformación de la opinión pública</i> (2-2-2021)	
Eugeni Gay Montalvo	33
<i>El arbitraje de equidad ante las normas imperativas</i> (16-2-2021)	
Elías Campo Villegas	41
<i>El divorcio notarial: cuestiones de Derecho Internacional Privado</i> (13-4-2021)	
Cristina González Beilfuss	51
<i>Fideicomiso inter vivos, fundación de interés particular y fiducia expresa: una propuesta de política jurídica</i> (11-5-2021)	
Pablo Salvador Coderch	67
<i>Tribunals col·legiats: La col·legialitat i les opinions individuals</i> (1-6-2021)	
Josep D. Guàrdia i Canela	77
<i>Reforma para el apoyo a las personas con discapacidad</i> (30-11-2021)	
Tomás Giménez Duart	95
<i>Provisión judicial de apoyos</i> (30-11-2021)	
Ignacio Sancho Gargallo	105

NECROLÒGIQUES

<i>Necrològica d'en Lluís Puig Ferriol</i>	
Encarna Roca Trias	121

ACTES ESPECIALS

<i>Homenatge a títol pòstum a l'Excm. Sr. Josep Joan Pintó Ruiz</i>	
<i>Benvinguda. M. Eugènia Gay Rosell</i>	129

<i>Necrològica de l'Excm. Sr. Josep Joan Pintó Ruiz</i> Eugeni Gay Montalvo	131
<i>Josep Joan Pintó Ruiz, el darrer gran advocat de Barcelona</i> Francesc Tusquets i Trias de Bes	139
<i>Acte solemne commemoratiu 50è aniversari del II Congrés Jurídic Català</i> <i>Benvinguda.</i> Jesús Sánchez García	143
<i>Els eixos fonamentals del II Congrés Jurídic Català</i> Josep D. Guàrdia i Canela	147
<i>Discurs amb motiu del 50è aniversari del II Congrés Jurídic Català</i> Maria Eugènia Alegret Burgués	161
<i>L'empremta del II Congrés Jurídic Català. Una visió des de la Universitat</i> Joan Egea Fernández	175
<i>Discurs de cloenda commemoració del 50è aniversari del II Congrés</i> <i>Jurídic Català</i> Francesc Tusquets i Trias de Bes	185
<i>Homenatge a títol pòstum a l'Excm. Sr. Joan Córdoba Roda</i> <i>En memoria del Académico Doctor D. Juan Córdoba Roda</i> Agustín Luna Serrano	189
<i>Discurs de cloenda en homenatge al Dr. Juan Córdoba Roda</i> Francesc Tusquets i Trias de Bes	199

SESSIONS SOLEMNES

<i>La patologia dels pactes successoris des d'una perspectiva substantiva i fiscal</i> <i>Discurs d'ingrés.</i> Tomás Giménez Duart	205
<i>Contestació.</i> Enric Brancós Núñez	239
<i>Paraules de cloenda de la Sessió Pública i Solemne de recepció com</i> <i>acadèmic de número de l'Il·lm. Sr. Tomás Giménez Duart</i> Francesc Tusquets i Trias de Bes	257
<i>Inauguració del Curs Acadèmic i discurs d'ingrés</i> <i>Memòria de les activitats de l'Acadèmia de Jurisprudència i</i> <i>Legislació de Catalunya. Curs 2020/2021</i> Joaquín Tornos Mas	261
<i>El delito de administración desleal en el sistema penal español:</i> <i>pasado y presente</i> <i>Discurs d'ingrés.</i> M ^a José Magaldi Paternostro	267
<i>Contestació.</i> Encarna Roca Trias	349
<i>Discurs de cloenda de la sessió d'apertura del curs i de la sessió</i> <i>solemne de discurs d'ingrés de la Il·lma. Sra. M^a José Magaldi</i> Francesc Tusquets i Trias de Bes	361

Presentació

SEGUIM AVANÇANT

per

FRANCESC TUSQUETS TRIAS DE BES

President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Octubre de 2022

Un cop més, qui signa aquest escrit té l'honor de presentar i oferir al món acadèmic el volum X dels Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

Aquest volum recull els treballs dels acadèmics presentats durant l'any 2021.

El lector podrà comprovar que es tracten assumptes de gran interès, d'actualitat o històrics, i de les diverses branques del dret.

L'any 2021 es van complir 50 anys del II Congrés Jurídic Català. Un congrés històric que va significar un gran avenç en el desenvolupament del dret propi de Catalunya.

La nostra Acadèmia va voler commemorar aquest aniversari amb un acte acadèmic en el que es va homenatjar als congressistes. En aquest volum dels Annals publiquem els textos de les ponències i discursos que es van presentar en l'esmentat acte acadèmic, perquè considerem necessari que tinguin la màxima difusió.

L'Acadèmia, com és ben sabut, està formada per trenta-sis acadèmics, procedents de les diferents professions jurídiques: advocats, notaris, professors, jutges i registradors, i aquesta composició plural és sens dubte enriquidora, doncs permet afrontar els debats acadèmics des de perspectives diferents.

D'altra banda, cal destacar que els acadèmics col·laborem i participem en altres institucions i estem oberts a la societat per tal de contribuir al progrés i a la difusió de la ciència jurídica.

Volem que l'activitat acadèmica gaudeixi d'una major projecció i la publicació dels treballs ha de contribuir a aquest objectiu. Esperem que els fruits del nostre treball siguin d'interès per a professionals del dret, universitaris i investigadors, i tant de bo pel públic en general.

És el nostre deure estatutari fomentar la cultura jurídica i amb aquest volum estem convençuts que ho estem fent.

Recomano fortament la lectura dels treballs que conté aquest volum que, en contra del que malauradament és avui habitual, no són superficials sinó profunds; però com ja digué Rilke, cal afrontar-se a les dificultats perquè l'esforç per superar-les ens fan millors persones.

Membres de l'Acadèmia de
Jurisprudència i Legislació
de Catalunya

Curs 2021

MEMBRES DE L'ACADÈMIA

(01.01.2021 – 21.12.2021)

JUNTA DE GOVERN

President:	Francesc Tusquets i Trias de Bes
Vicepresidenta:	Ma Eugènia Alegret Burgués
Censor:	Joan Egea Fernández
Tresorer:	Antonio Cumella Gaminde
Secretari:	Joaquim Tornos Mas
Vicesecretari:	Vacant

ACADÈMICS DE NÚMERO

Josep-D. Guàrdia Canela	Encarna Roca Trias
Enric Brancós Nuñez	Robert Follia Camps*
Joan Josep López Burniol	Rafael Jiménez de Parga Cabrera
Agustín Luna Serrano	Josep-E. Rebés Solé
Núria de Gispert Català	Elías Campo Villegas
Lluís Jou i Mirabent	Eugeni Gay Montalvo
Joan Egea Fernández	Ma Eugènia Alegret Burgués
Francesc Tusquets i Trias de Bes	José Juan Ferreiro Lapatza
Lluís Martínez Sistach	Pau Salvador Coderch
Joaquim Tornos Mas	Antonio Cumella Gaminde
Ma José Magaldi Paternostro	Tomás Giménez Duarte

ACADÈMICS HONORARIS

Ignacio Sancho Gargallo

ACADÈMICS ELECTES

Ferran Badosa i Coll	Eudald Vendrell i Ferrer
Pilar Fernández-Bozal	Miquel Tarragona i Coromina
Cristina González Beiluss	Antonio Recio Córdoba
Carles Viver Pi Sunyer	Tomás Font i Llovet

* Es troben pendents de declarar les vacants corresponents als acadèmics numeraris, Robert Follia Camps (+2021), Lluís Puig Ferriol (+2020), Josep-Joan Pintó i Ruiz (+2020), Juan Córdoba Roda (+2020) i Alegría Borrás Rodríguez (+2020).

CURS ACADÈMIC
2021-2022

Comunicaciones

LA RESPONSABILITAT DEL PODER JUDICIAL PER LA PRESÓ PROVISIONAL ACORDADA EN CASOS D'ABSOLUCIÓ O SOBRESEÏMENT POSTERIOR. L'EVOLUCIÓ DE LA JURISPRUDÈNCIA

per
JOAQUÍN TORNOS MAS
*Acadèmic de Número i Secretari de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*
19 de gener de 2021

I. INTRODUCCIÓ

En el procés penal la presó provisional és una mesura secundària, instrumental, però és també una peça important i problemàtica en la seva aplicació, ja que s'ha de ponderar l'interès general en l'eficàcia del propi procés penal amb els principis de llibertat personal i de presumpció d'innocència.

La presó provisional s'adopta mitjançant una resolució judicial motivada. Si després de la presó provisional es dicta una sentència ferma que condemna a la persona afectada a una pena de presó igual o major a la soferta anticipadament, no hi ha problema. El problema jurídic es planteja si durant el procés penal s'acorda el seu sobreseïment o al finalitzar el procés penal no hi ha condemna, la condemna no implica pena de presó o la pena de presó és inferior al temps de la presó provisional.

Aquesta qüestió té un primer tractament genèric en l'article 121 de la Constitució: «*Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley*».

La previsió constitucional va ser desenvolupada en l'article 294 de la Llei orgànica del poder judicial:

«1. *Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.*

2. *La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.*

3. *La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior»¹.*

D'aquesta forma la LOPJ va introduir un supòsit especial de responsabilitat del poder judicial al marge dels supòsits d'error judicial o de funcionament anormal de l'administració de justícia. De fet es va voler establir un tractament més beneficiós respecte dels supòsits abans esmentats, de manera que no s'hagués de demostrar l'existència d'un error judicial o un mal funcionament de l'administració de justícia per poder obtenir la indemnització.

Com s'ha interpretat aquest precepte? Què comporta la seva nova redacció i quins problemes planteja? Aquest és l'objecte d'aquesta comunicació.

II. LA PRIMERA INTERPRETACIÓ DEL TRIBUNAL SUPREM

En un primer moment, d'acord amb una interpretació literal del precepte legal, per reconèixer el dret a una indemnització a qui havia sofert presó preventiva, havia d'existir una sentència absolutòria per raó d'inexistència del fet imputat. Interpretació literal del precepte que comportava una aplicació molt restringida del dret a ser indemnitzat.

Per aquesta raó, la limitada aplicació del precepte legal, el Tribunal Suprem no va trigar a realitzar una interpretació més àmplia del precepte legal. Així, la sentència de 27 de gener de 1989, atenent a la finalitat de l'article 294 va entendre que el seu contingut «exige su aplicación no sólo en los casos de inexistencia del hecho, sino también en los de probada falta de participación».

Amb aquesta doctrina el Tribunal Suprem va crear dos tipus d'inexistència. L'objectiva (el fet no es va produir) i la subjectiva (el fet sí va existir però el subjecte imputat no va ser el seu autor).

En tot cas, d'acord amb aquesta nova interpretació, no es reconeixera el dret a ser indemnitzat si els fets es van produir i l'absolució es deu a la manca de prova suficient. Per tenir dret a la indemnització l'absolució s'ha d'haver acordat perquè els fets no van existir o s'ha demostrat la manca de participació de l'imputat en els fets.

¹ El destacat en lletra no cursiva és el que ha estat declarat inconstitucional i nul per la sentència del Tribunal Constitucional 85/20019 de 19 de juny, el que constitueix el nucli central d'aquesta comunicació.

III. LA DOCTRINA DEL TEDH QUE OBLIGA AL TRIBUNAL SUPREM A MODIFICAR LA SEVA JURISPRUDÈNCIA

Aquesta interpretació es va veure afectada per una sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans, la sentència de 25 d'abril de 2006, Puig Panella c. España. Sentència complexa en el seu raonament atenent als drets que són objecte de protecció per aquest tribunal. Analitzem què va dir el TEDH:

En primer lloc, afirma que el Conveni Europeu de Drets Humans no reconeix el dret a ser indemnitzat per presó preventiva en cap cas i, per tant, els Estats signants del Conveni no estan obligats a establir un sistema intern de reparació.

En segon lloc, afegeix que el dret a la presumpció d'innocència sí està reconegut al CEDH, i que una resolució denegatòria de la indemnització, segons la seva motivació, podria lesionar la presumpció d'innocència. En el cas examinat, un cas espanyol, el TEDH conclou que la denegació de la indemnització per una manca de total certesa sobre la innocència del recurrent (va ser absolt per manca de prova suficient) és incompatible amb el respecte de la presumpció d'innocència. Per al TEDH no es pot admetre una resolució que al denegar la indemnització dóna a entendre que una persona és culpable malgrat la seva absolució, ja que se li denega el dret a ser indemnitzat per manca de prova suficient. El TEDH desqualifica d'aquesta forma la doctrina del Tribunal Suprem.

En la sentència de 13 de juliol de 2010, Tendom c. España, el TEDH torna sobre el tema i afirma: «exigir a una persona que presente la prueba de su inocencia en el marco de un proceso de indemnización por prisión preventiva no parece razonable y denota una violación de la presunción de inocencia». Pel TEDH, sí existeix un sistema de responsabilitat del poder judicial per presó provisional amb posterior sentència absolutòria; tota sentència absolutòria ha de comportar el dret a la indemnització. Més recentment, en el mateix sentit, la sentència de 16 de febrer de 2016, Vhieland y Lanni c. España.

En definitiva, per al TEDH del CEDH no es deriva el dret a ser indemnitzat per una presó preventiva si després existeix una sentència absolutòria. Però sí es reconeix el dret a una indemnització, no es pot diferenciar en raó de la causa de l'absolució, ja que aquesta distinció pot vulnerar el dret a la presumpció d'innocència, dret que sí està reconegut al CEDH, article 6,2.

IV. EL TRIBUNAL SUPREM MODIFICA LA SEVA DOCTRINA

Atenent a la jurisprudència del TEDH el Tribunal Suprem tenia dues opcions. Generalitzar el dret a ser indemnitzades totes les persones que havent estat en presó preventiva després són absoltes, o tornar a la interpretació restrictiva inicial de l'article 294 de la LOPJ, per tant, només reconèixer el dret a ser

indemnitzat per inexistència dels fets, no per la valoració de la conducta subjectiva de qui reclama la indemnització (absolució per manca de prova suficient).

Davant d'aquesta doble opció el Tribunal Suprem va optar per la segona opció, ja que entén que la primera, reconèixer el dret a ser indemnitzat en cas d'absolució posterior, és contrària al que estableix l'article 294 de la LOPJ. Així ho han establert les sentències de 23 de novembre de 2010, 24 de maig de 2011 i 7 de juny de 2011.

En la sentència de 23 de novembre de 2010, rec. 1908/2006, es diu:

«Pues bien, en estas circunstancias, conforme se dice en sentencia de esta misma fecha, dictada en el recurso de casación n.º 4288/2006, se hace preciso revisar ese criterio jurisprudencial sobre la inexistencia subjetiva del hecho y su inclusión entre los supuestos amparados por el art. 294 de la LOPJ, a cuyo efecto no puede perderse de vista que la interpretación y aplicación del indicado precepto ha de mantenerse, en todo caso, dentro de los límites y con el alcance previstos por el legislador, que en modo alguno contempla la indemnización de todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria, como se ha indicado antes, ni siquiera de todos los casos en los que el proceso termina por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, planteamiento que, por lo demás y según se desprende de las referidas sentencias del TEDH, no supone infracción del art. 6.2 del Convenio, pues, como se indica en las mismas, ni el art. 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio dan lugar a reparación por una detención provisional en caso de absolució n y no exigen a los Estados signatarios contemplar en sus legislaciones el derecho a indemnización por prisión preventiva no seguida de condena. No cabe, por lo tanto, entender que, atendiendo al criterio sentado por el TEDH en dichas sentencias, basta prescindir de la argumentación acerca de la acreditación de la falta de participación del imputado en los hechos objeto de enjuiciamiento civil, que se refleje en la sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, y considerar que al margen de ello, producidas tales resoluciones penales surge el derecho a la indemnización al amparo del art. 294 de la LOPJ, pues es claro que no es esa la voluntad del legislador plasmada en el precepto, como se ha puesto de manifiesto en todo momento por la jurisprudencia de esta Sala, ni viene impuesta por otro precepto de derecho interno o del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales... Es evidente que con dicho cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de responsabilidad patrimonial amparado por el art. 294 de la LOPJ aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que hasta ahora venía reconociendo la jurisprudencia anterior, pero ello resulta impuesto por el respeto a la doctrina del TEDH que venimos examinando junto a la mencionada imposibilidad legal de indemnizar siempre que hay absolució n. Por otra parte, ello no resulta extraño a los criterios de

interpretación normativa si tenemos en cuenta que, como hemos indicado al principio, el tantas veces citado art. 294 LOPJ contiene un supuesto específico de error judicial, que queda excepcionado del régimen general de previa declaración judicial del error establecida en el art. 293 de dicha LOPJ y aparece objetivado por el legislador, frente a la idea de culpa que late en la regulación de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia en cuanto viene referida al funcionamiento anormal de la misma, por lo que una interpretación estricta de sus previsiones se justifica por ese carácter singular del precepto. Ha de añadirse que ello no supone dejar desprotegidas las situaciones de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o sobreseimiento libre, que venían siendo indemnizadas como inexistencia subjetiva al amparo de dicho precepto, sino que con la modificación del criterio jurisprudencial tales reclamaciones han de remitirse a la vía general prevista en el art. 293 de la LOPJ».

Es torna, doncs, a l'inici de la seva doctrina. No es reconeix el dret a ser indemnitzat per inexistència subjectiva. Només es reconeix aquest dret per inexistència objectiva, per haver-se acreditat la inexistència dels fets.

Pel Tribunal Suprem si la interpretació àmplia (responsabilitat del poder judicial en tot cas d'absolució) és contrària a la llei espanyola, i si la interpretació que podem qualificar d'intermèdia (responsabilitat del poder judicial en els supòsits d'inexistència objectiva i subjectiva, és a dir, manca de fets o de participació del condemnat) és contrària al CEDH, cal tornar a la interpretació restrictiva. Només hi ha responsabilitat del poder judicial en cas d'inexistència objectiva, manca dels fets. Afirmar al mateix temps el Tribunal Suprem que sempre pot intentar acollir-se a l'article 293 de la LOPJ, és a dir, tractar de demostrar que hi ha hagut error judicial per poder demanar una indemnització si es tracta d'inexistència subjectiva.

V. L'APARICIÓ DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La nova doctrina del Tribunal Suprem va arribar al Tribunal Constitucional en virtut de recursos d'empara en els que s'al·legava la vulneració del dret a la presumpció d'innocència en supòsits de denegació de la indemnització per absolució per manca de prova suficient. En els recursos es feia referència a la jurisprudència del TEDH.

La sentència del Tribunal Constitucional 8/2017 de 19 de gener va estimar el recurs d'empara, va anul·lar la sentència del Tribunal Suprem i va ordenar retrotraure les actuacions per fallar d'acord amb el fonament final de la sentència del Tribunal Constitucional, que deia el següent:

«El TEDH apunta que, en aplicación del principio in dubio pro reo, ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una absolución fundada en una inexistencia de pruebas y una absolución resultante de una constatación de la inocencia de manera incontestable. En efecto, las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos aducidos por el juez de lo penal. Muy al contrario, en el ámbito del artículo 6 § 2 del Convenio, la parte resolutive de una sentencia absolutoria debe ser respetada por toda Autoridad que se pronuncie de manera directa o incidente sobre la responsabilidad penal del interesado (Allen, anteriormente citada, § 102, Vassilios Stavropoulos c. Grecia, no 35522/04, § 39, 27 de septiembre de 2007). Exigirle a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento indemnizatorio por detención provisional se presenta como irrazonable y revela un atentado contra la presunción de inocencia. (Capeau c. Bélgica, no 42914/98, § 25, CEDH 2005-I). En suma, con arreglo a esta doctrina, la decisión judicial recurrida en este amparo constitucional refleja la sensación de que sí hubo conducta delictiva cometida por el recurrente».

La sentència esmentada té dos vots particulars, del magistrat Juan José González Rivas al que s'adhereix el magistrat Antonio Narváez Rodríguez. El vot particular entén que no era aplicable al cas enjudiciat la doctrina del TEDH sobre la vulneració del principi de presumpció d'innocència. El mateix es va establir en la sentència del Tribunal Constitucional 10/2017 de 30 de gener.

La situació va canviar radicalment quan el Tribunal Constitucional, al resoldre un recurs d'empara que plantejava el mateix problema, va decidir qüestionar la legislació aplicable i anul·lar part del seu contingut. Calia modificar el marc legal en virtut del qual decidia el Tribunal Suprem.

En el cas de la sentència 95/2019 de 19 de juny el recurrent al·legava que la negativa a reconèixer-li el dret a la indemnització en un cas d'inexistència subjectiva vulnerava els drets fonamentals d'igualtat i de presumpció d'innocència. Tenint en compte la doctrina del TEDH el Tribunal Constitucional va admetre el recurs d'empara, però a més va portar la qüestió al Ple i va decidir plantejar una qüestió interna d'inconstitucionalitat respecte a l'article 294,1 de la LOPJ. El problema de justícia material plantejat no es podia resoldre amb la interpretació de la llei, calia analitzar si la llei era o no constitucional.

En la seva sentència 85/2019 de 19 de juny, el Tribunal Constitucional va declarar la inconstitucionalitat parcial de l'article 294 de la LOPJ. En el seu llarg raonament el Tribunal vol, en primer lloc, deixar clar que l'article 294 de la LOPJ permet indemnitzar supòsits de presó preventiva legítims, que no vulnereu l'ordenament jurídic. Per tant, la responsabilitat del poder judicial de l'article 294,1 no conté cap element de «reprochabilidad» respecte a la conducta del poder judicial. No és un supòsit d'error judicial. No existeix una presó preventiva er-

ròniament acordada pel jutge ni és fruit d'un funcionament anormal del poder judicial. Però l'imputat que després d'estar en presó preventiva és absolt o el seu cas sobresegut, pot haver sofert una lesió antijurídica, un perjudici que no tenia el deure de suportar, segons la construcció de la responsabilitat objectiva de l'administració. I per aquesta raó la societat, que necessita que es mantingui la institució de la presó preventiva, indemnitzarà a aquest imputat pel perjudici que ha sofert de forma individualitzada. Es tracta, com diu el fonament cinquè de la sentència, de la compensació d'un sacrifici especial que ha sofert una persona de forma individualitzada per raó d'una finalitat d'interès general. Un sacrifici especial que afecta de forma intensa a la llibertat i la dignitat personal.

Més endavant la sentència diu, en el seu FJ 8: *«la persecución de intereses objetivos vinculados a la protección de la comunidad permite la limitación de derechos a la libertad, en las condiciones y en los casos previstos por la ley, pero activa un mecanismo solidario de reparación del sacrificio en los casos concernidos de prisión preventiva no seguida de condena»...* *«la prisión preventiva es una restricción de libertad correctamente acordada que no deviene incorrecta por la ulterior absolución o sobreseimiento».*

En segon lloc el Tribunal Constitucional es pregunta si és constitucional vincular el dret a la indemnització per presó preventiva, només en els supòsits en els que la resolució judicial determina la inexistència dels fets imputats. I conclou, FJ 13, que: *«al poner en relación los problemas de constitucionalidad de la selección de supuestos indemnizables que dibujan los incisos controvertidos desde la perspectiva de los arts. 14 y 24.2 CE, se observa que circunscribir el ámbito aplicativo del art. 294 LOPJ a la inexistencia objetiva del hecho establece una diferencia de trato injustificada y desproporcionada respecto a los inocentes absueltos por no ser autores del hecho al tiempo que menoscaba el derecho a la presunción de inocencia al excluir al absuelto por falta de prueba de la existencia objetiva del hecho. Tampoco una interpretación amplia del art. 294.1 LOPJ, que reconozca el derecho a ser indemnizado tanto en caso de inexistencia objetiva como subjetiva, puede eludir las objeciones de ausencia de justificación razonable de la diferencia de trato y, sobre todo, de desproporción en las consecuencias, sin que, por lo demás, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia se mitigue, al perpetuar la distinción entre absoluciones por prueba de la inocencia y falta de prueba de la culpabilidad.*

Los incisos del art. 294 LOPJ “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” reducen el derecho a ser compensado por haber padecido una prisión provisional acordada conforme a las exigencias constitucionales y legales en un proceso que no concluyó en condena de forma incompatible con los derechos a la igualdad y a la presunción de inocencia. La selección de supuestos indemnizables excluye otros abarcados por la finalidad de la previsión resarcitoria, atenta a indemnizar los daños fruto del sacrificio de la libertad de un ciudadano en aras del interés común, de modo que introduce una diferencia entre supuestos de prisión provisional

no seguida de condena contraria al art. 14 CE, en tanto que injustificada, por no responder a la finalidad de la indemnización, y conducente a resultados desproporcionados. De otro lado, en tanto la referida delimitación del ámbito resarcible obedece a las razones de fondo de la absolución, establece de forma inevitable diferencias entre los sujetos absueltos vinculadas a la eficacia del derecho a la presunción de inocencia, obliga a argumentar con base en esas diferencias y deja latentes dudas sobre su inocencia incompatibles con las exigencias del art. 24.2 CE».

La conclusió a la que s'arriba és declarar la inconstitucionalitat i nul·litat parcial de l'article 294: «Todo ello conduce a declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, “por inexistencia el hecho imputado” y “por esta misma causa”, lo que hace innecesario que nos pronunciemos acerca de si, además, conllevan una vulneración del derecho a la libertad».

El Tribunal Constitucional aplica la teoria de la responsabilitat objectiva per sacrifici. El perjudici sofert per qui ha estat en presó preventiva és un dany lícitament imposat, perquè respon a una finalitat d'interès general, assegurar la possibilitat d'un procés penal efectiu. Per tant, s'imposa un sacrifici legítim a la llibertat, valor superior de l'ordenament jurídic, article primer de la CE, i un dret fonamental, article 17 de la CE. Però aquest sacrifici legítim, comporta des de la vessant dels drets dels administrats el dret a ser indemnitzats.

En definitiva, després de la sentència comentada la conseqüència és que el dret a ser indemnitzat per presó provisional requereix que es donin tres pressupòsits: haver patit un temps de presó preventiva; haver-se produït amb posterioritat el sobreseïment o l'absolució i acreditar uns perjudicis.

Però amb aquestes consideracions no acaba el contingut de la sentència. El FJ 13 conté una altra afirmació d'interès. El Tribunal diu que la reforma legal que es deriva de la seva sentència no comporta que en tots els supòsits de presó provisional en els que el procés penal finalitzi amb l'absolució o sobreseïment hagin de donar lloc a una indemnització pels perjudicis causats a l'imputat. L'absència de condemna no comporta automàticament el naixement d'un dret subjectiu a la indemnització, raó per la qual el crèdit de rescabament s'haurà d'afirmar o negar en el marc de la teoria general de la responsabilitat civil (que inclou les subteories del dany, la causalitat i la imputació subjectiva), sense perdre de vista la seva íntima finalitat (compensar el sacrifici legítimament imposat a la llibertat d'un individu per raó de l'interès general)². En aquest sentit la sentència diu:

«La redacción resultante del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, una vez excluidos los incisos declarados inconstitucionales y nulos, es la siguiente:

² En aquest sentit, vid. MEDINA/RODRÍGUEZ, *Razones para (no)indemnizar la prisión provisional seguida de absolución*, Revista española de derecho administrativo, n.º 200, 2019, pág. 152.

“Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”. Una interpretación literal del precepto así depurado de su tacha de inconstitucionalidad permitiría ciertamente sostener que la prisión provisional, cuando el proceso penal concluya con un pronunciamiento de absolución (o de sobreseimiento libre), daría lugar a indemnización por los perjuicios irrogados de modo automático y en todos los casos. Ha de advertirse que tal conclusión no se deriva de esta sentencia ni puede deducirse del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985 por la sola circunstancia de que lo hayamos depurado de los incisos que lo hacían contrario a los arts. 14 y 24.2 CE. Antes bien debe entenderse que los presupuestos y el alcance de la indemnización previstos en el art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985 habrán de acotarse a través de la eventual intervención legislativa y, en su ausencia, mediante las interpretaciones congruentes con su finalidad y la teoría general de la responsabilidad civil que realicen la administración y, en último término, los órganos judiciales. De modo que la doctrina de esta sentencia no solo respeta los amplios márgenes de configuración legislativa o de interpretación judicial en lo que afecta al quantum indemnizatorio, sino que tampoco impide rechazar que exista en el caso concreto derecho a indemnización en virtud de la aplicación de criterios propios del Derecho general de daños (como pueden ser la compensatio lucri cum damno o la relevancia causal de la conducta de la propia víctima).»

També afirma el Tribunal que, d'acord amb l'article 40.1 de la LOTC la seva sentència d'inconstitucionalitat «no permitirá revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de la ley que se declara inconstitucional. Tampoco permite reabrir los plazos para formular reclamaciones indemnizatorias».

La decisió de la sentència, com hem vist, declara la inconstitucionalitat i nul·litat dels incisos «por inexistencia del hecho imputado» i «por esta misma causa» de l'article 294.1 de la LOPJ, amb els efectes establerts al FJ 13. L'article 294,1 de la LOPJ passa a tenir aquesta redacció: «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios».

La sentència té tres vots particulars, el de la magistrada Encarna Roca i Trias, i els dos vots concurrents dels magistrats Antonio Narváez Rodríguez i Ricardo Enriquez Sancho.

Per la magistrada Encarna Roca l'article 294.1 no vulnera els drets de llibertat i igualtat ni el de presumpció d'innocència. La remissió que l'article 121 de la Constitució fa al legislador per determinar els supòsits de responsabilitat del po-

der judicial permetia la redacció donada al precepte de la LOPJ. El seu principal argument en defensa de la seva tesi és que el que es tracta d'establir per la sentència majoritària són unes compensacions derivades d'un criteri de justícia material, però per arribar a aquesta solució es força el concepte de responsabilitat i s'actua com a legislador. En aquest sentit afirma que *«ello lleva a una última pregunta, que ligaría con el propósito de la sentencia, que en definitiva es la justicia material, en el ámbito de la privación de libertad constitucionalmente correcta, pero que ocasiona un sacrificio irreparable al afectado. Es claro que el legislador, como he dicho antes, ha acordado leyes que incluyen compensaciones, que no indemnizaciones, en determinados supuestos en que el daño no podrá indemnizarse, como ya se ha señalado o bien quien tiene la obligación es insolvente. Por tanto es el legislador y no el Tribunal Constitucional quien está legitimado para acordar este tipo de compensaciones, que no vienen tampoco exigidas por el Tribunal europeo. No corresponde al Tribunal Constitucional actuar como legislador. Al Tribunal Constitucional solo le compete controlar el respeto del legislador a lo establecido en la CE»*.

El vot dels dos altres magistrats, Srs. Narváez y Enríquez, defensen la constitucionalitat de l'article 294,1 de la LOPJ, ja que per aquests dos magistrats la llibertat del legislador al configurar aquesta responsabilitat li permetia limitar-la als supòsits d'inexistència objectiva del fet imputat, sense que aquesta decisió vulneri el principi d'igualtat ni la presumpció d'innocència.

VI. L'APLICACIÓ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

L'aplicació de la doctrina del Tribunal Constitucional ja ha tingut el seu reflex en la jurisprudència del Tribunal Suprem, a la que el propi Tribunal Constitucional es remetia en tant no es dugui a terme una reforma legislativa que també reclama. En aquest sentit podem esmentar les sentències de 10 d'octubre de 2019, rec. 339/2019 i 20 de desembre de 2019, rec. 3847/2018. El posicionament del Tribunal Suprem és simple i clar. En tots els supòsits d'absolució posterior o sobreseïment, el temps de privació de llibertat ha de ser indemnitzat. La sentència de 10 d'octubre de 2019, en el seu FJ 8, diu:

«Pese a la advertencia de la falta de automatismo en la indemnización, es lo cierto que el Tribunal Constitucional ha procedido de hecho a dar una nueva redacción al precepto, que pasa a tener el siguiente tenor literal “Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”, esto es, salvo los supuestos de que no se hayan irrogado perjuicios, lo que es prácticamente imposible de sostener en el

caso de haber padecido prisión injusta, en todos los demás supuestos el tiempo de privación de libertad debe ser indemnizado, esto es, aunque el Tribunal Constitucional defiera a los Tribunales ordinarios la fijación en cada caso de la procedencia de la indemnización, debemos concluir que partiendo de nuestra sujeción a la norma y tomando en cuenta la nueva redacción de la misma, en la que desaparece la mención “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa”, en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización».

A aquesta afirmació afegeix uns criteris generals sobre el *quantum* de la indemnització, fent referència als danys que s'hauran de considerar. En el FJ 11 es diu:

«A este respecto, debemos tener en cuenta que el artículo 294.2 LOPJ establece, respecto de los casos de prisión preventiva indebida, que “la cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido”, pudiendo concluirse que tales criterios son aplicables a los restantes casos de privación indebida de la libertad. Este Tribunal Supremo ha tratado de desarrollar jurisprudencialmente este precepto, estableciendo “pautas que sirven de orientación a fin de lograr un trato equitativo en cada caso y evitar desigualdades en la indemnizabilidad de los referidos perjuicios”. En primer lugar, se han identificado los diversos daños que puede comportar la prisión indebida: “a cualquiera le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social y la ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar”. En algunas sentencias, hemos declarado que no sólo la indemnización ha de aumentar cuanto mayor sea el tiempo que duró la privación indebida de la libertad, sino que ha de hacerlo a una tasa creciente: la indemnización ha de ser progresiva, “dado que la prolongación indebida de la prisión agrava gradualmente el perjuicio”. En tercer lugar, hemos señalado que son relevantes “las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios, rehabilitación de la honorabilidad perdida, mayor o menor probabilidad de alcanzar el olvido social del hecho, así como la huella que hubiera podido dejar la prisión en la personalidad o conducta del que la hubiese padecido”. Por su parte el TEDH afirma que deben valorarse otras circunstancias, como el lucro cesante, es decir, los ingresos que la persona tenía y ha perdido durante ese tiempo; o más en general, los efectos económicos gravosos que haya tenido para esa persona la permanencia en prisión durante ese período; o también la duración de la prisión preventiva en ese caso; si ha enfermado física o mentalmente con motivo de su ingreso; cuáles eran sus condiciones físicas o

mentales durante el ingreso que hacían su estancia en prisión aún más gravosa; existencia de personas a su cargo fuera de prisión; hijos menores, etc.».

En els dos supòsits de les sentències esmentades es fixa, respectivament, una indemnització de 9.000 euros (per 351 dies de presó provisional) dels que 6.000 ja s'havien cobrat, i en el segon cas de 3.000 euros més la quantia proporcional del salari mínim interprofessional (461 dies de presó provisional), i 400 euros per danys morals. Quanties que per cert són similars a les que s'abonen en altres països pel mateix fet.

Sobre el *quantum*, que personalment em sembla mol baix, però que depèn del cas concret i del que digui el Tribunal Suprem segons els seus propis paràmetres generals, és d'interès fer referència a la quantia que ha demanat el Sr. Sandro Rosell pels 643 dies en què va estar en presó provisional. En la seva reclamació davant de l'administració demana un total de 29.7454.465,02 milions d'euros desglossat en els següents conceptes: 28.062,950 per les pèrdues en els seus negocis al entrar en la presó, 200.000 euros per dany psicològic, 405.000 per l'afectació a la seva reputació i 320.000 pel dany afectiu.

VII. REFLEXIÓ FINAL.

ÉS CORRECTA LA DOCTRINA ACTUAL DEL TRIBUNAL SUPREM?

En el moment actual, segons la doctrina del Tribunal Suprem posterior a la sentència 85/2019 del Tribunal Constitucional, en tot cas d'absolució o de sobreseïment existeix un dret subjectiu a ser indemnitzat pel temps en què s'hagi estat en presó preventiva. La quantia de la indemnització s'ha de fixar de forma casuística segons els criteris generals que ha assenyalat el Tribunal Suprem.

Aquesta nova doctrina jurisprudencial, adoptada sense massa justificació, ha estat objecte de crítica per la doctrinal³, que ha recordat que també en el cas de responsabilitat objectiva existeixen límits al reconeixement de la responsabilitat, límits que Tribunal Suprem hauria de considerar.

En aquest sentit s'ha recordat que la responsabilitat desapareix si el dany infligit (la privació de llibertat) és imputable a la pròpia víctima, no supera un mínim llindar d'intensitat o resulta materialment compensat per beneficis especials.

Aplicant aquesta doctrina general al cas concret de la presó preventiva i posterior absolució es fan les següents consideracions. En primer lloc es podria

³ COBEROS MENDAZONA, E. *El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada*, Revista de administración pública, n.º 209, 2019. MEDINA/RODRÍGUEZ. Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolució. Revista española de derecho administrativo, n.º 200, 2019.

aplicar en alguns supòsits la consideració de que la presó preventiva no ha superat el mínim llindar d'intensitat, d'aquesta manera atenent a les circumstàncies del cas concret es podria considerar com un dany suportable per l'imputat. Però més importants són els supòsits en els que es pugui considerar que la presó preventiva, malgrat la posterior absolució, és imputable a l'actuació de l'imputat, de manera que trenca la relació causal exclusiva amb la decisió del poder judicial i fa desaparèixer el seu dret a la indemnització. Alguns exemples: Si l'investigat fuig d'Espanya, la posterior presó preventiva serà imputable a la seva conducta evasiva, raó per la qual l'absolució o sobreseïment no comportarà el dret a ser indemnitzat (en aquest sentit la STC 50/2019 de 9 d'abril). O si l'investigat tracta de destruir proves o coacciona testimonis. O, supòsits d'especial interès, com quan la persona absoluta realment va cometre els actes pels quals va ser jutjat, i així es dedueix del propi procés penal. Però, és absoluta per prescripció, o per existir només proves il·lícites. Les garanties formals del procés penal impedeixen la condemna, però no està justificat el dret a una indemnització, ja que estaria justificada la presó provisional. La conducta de la persona absoluta converteix el dany sofert en un dany suportable i fa desaparèixer la justificació per raons de justícia material del dret a una indemnització. Malgrat aquestes consideracions, el Tribunal Constitucional ha reconegut en les sentències 175/2019 i 64/2020 el dret a una indemnització en aquests supòsits.

En definitiva, la història jurisprudencial de la responsabilitat per presó provisional indeguda pot ser una història no definitivament tancada. La qüestió relativa a la quantificació de la reparació i els possibles supòsits de denegació del dret a la indemnització malgrat l'absolució posterior, són temes sobre els que els tribunals encara han de dir la seva última paraula.

REFLEXIONES EN TORNO A DEMOCRACIA Y CONFORMACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA

por

EUGENI GAY MONTALVO

*Académico de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*

2 de febrero de 2021

SALUTACIÓN Y JUSTIFICACIÓN

I. Ciertamente, el Estado de Derecho como sistema de ordenación jurídica debe conjugar los conceptos de Constitución, Democracia y Libertad habida cuenta que hoy en día no puede concebirse sin la necesidad de proteger y preservar la dignidad de la persona, que es la base sobre la que precisamente se asienta. El gran avance jurídico que se produjo como consecuencia del desastre causado por las dos grandes guerras del siglo xx, propició el alumbramiento de un nuevo orden, primero proclamado en la Declaración Universal de 1948 y, luego transpuesto mediante la positivización a la que apela en su artículo 28 [al pedir un orden social internacional en el que los Derechos y Libertades proclamados en la misma se hagan plenamente efectivos] a los Ordenamientos democráticos post-bélicos y a otros Convenios de carácter internacional que se fundan en la referida Declaración Universal. Ya no era propiamente la necesidad sino la obligación de proteger la dignidad de la persona y los derechos inherentes a la misma, lo que supuso una gran transformación geopolítica en el mundo occidental tanto *ad intra* de los propios estados europeos como *ad extra* mediante el proceso de descolonización de sus posesiones extraterritoriales, lo que ha conformado un nuevo mapa y unas nuevas relaciones que obligan a contemplar esta distinta realidad internacional que nos permite al instante saber lo que ocurre en cualquier rincón del mundo.

No podemos olvidar que los postulados nacidos de las constituciones de finales del siglo xviii de América y de Europa hacen descansar la soberanía de los Estados en los individuos, que pasan de ser súbditos a ciudadanos y los soberanos a estar sometidos a la Constitución, en la que el principio de libertad es su primer postulado.

Hoy en día el elemento nuclear del sistema jurídico de los Estados de derecho no lo constituye ya la declaración sino la garantía de los Derechos Humanos de carácter fundamental que conforman la parte dogmática de sus constituciones y que, a su vez, van abriendo paso a la exigencia de superar el ámbito de la soberanía de los Estados y apelan a la efectividad de su protección más allá de sus propias fronteras, al exigir y prever su protección en el ámbito supranacional que, poco a poco, va configurando un más complejo orden jurídico.

Centrándonos, pues, en nuestras sociedades democráticas asentadas sobre estos derechos, es evidente que la participación ciudadana en la conformación de los órganos rectores de la política, mediante el voto de todos y cada uno de los ciudadanos con derecho al mismo, pasa necesariamente por elementos de conocimiento e información que le han de permitir formularlo de manera consciente e informada; esa es la garantía de la democracia.

Los derechos reconocidos, en el caso de España en el artículo 20 de la Constitución, como son «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» o «a comunicar o recibir libremente información veraz sobre cualquier medio de difusión, sin más límite que el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia» deberán propiciar, en la diversidad de opiniones, la formulación del voto; y así, poder decir con normalidad «un hombre informado, un voto».

Sin embargo, el tema desde un principio no deja de ser tan sencillo como parece y ya hace mucho tiempo que viene ocupando a la doctrina jurídica y, muy particularmente, a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional que ha sido abundante y, ya desde sus más tempranas sentencias, ha venido afrontando a lo largo de los años la problemática que suscita la libertad de información. Desde el principio, la veracidad ha sido la que determina para el Tribunal Constitucional el objeto de la libertad de información, pues la protección del artículo 20.1.d) se otorga a la narración de hechos que sean veraces. Y así, en una señalada sentencia (STC 69/2006) se manifiesta:

«Este Tribunal ha establecido una consolidada doctrina [...] según la cual este requisito constitucional no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. La razón se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información

sea “veraz” no está privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo transmita como “hechos” que hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos [...] *que la indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información*».

De igual manera, nuestro país, como todos los que conforman el Consejo de Europa, tiene en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950, la garantía de los derechos de libertad de expresión que, como indica, comprende tanto la libertad de opinión como la de expresión e información, cuando textualmente dice: *«toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras»*. Pero ese mismo artículo, en su segundo apartado, puntualiza para reforzar de verdad los contenidos de esos derechos en plenitud que *«el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial»*.

De igual manera hoy, la Unión Europea recoge en el artículo 6 del Tratado de Lisboa lo dispuesto anteriormente en la Carta de Derechos fundamentales de Niza, en su artículo 11, al que se remite el Tratado en cuanto a la libertad de expresión e información.

Lo cierto, pues, es que la libertad se convierte en el principio general y las restricciones que pueden efectuarse a ese principio son, sin duda, la excepción, de tal manera que, como ha venido manteniendo la doctrina constitucional generalizada sobre esta materia, no existe un derecho fundamental con carácter absoluto cuando se opone al ejercicio de otro de igual naturaleza, solo la dignidad de la persona es inviolable e indisponible y de ella derivan esos derechos, pero es la dignidad la base de los Ordenamientos Jurídicos democráticos y el fundamento del Estado de Derecho.

II. Como es lógico, la importancia que tiene la conformación de la «opinión pública», que no deja de ser un concepto jurídico indeterminado y de difícil delimitación, es enorme, pero se forma a partir de las informaciones, publicacio-

nes y opiniones libres que inciden en la vida social y que, a su vez, pueden ser determinantes. Ello resulta evidente de la numerosa bibliografía filosófica y jurídica a la que podemos acudir. ¿Puede ser lo que indican las encuestas publicadas? ¿Puede asegurarse de una opinión más o menos generalizada que pueda tener la consideración de opinión pública? ¿Es la opinión de la fuerza política dominante, reflejada después de un escrutinio democrático? Lo cierto es que, para la consolidación y normal funcionamiento de las democracias, la libertad de expresión resulta fundamental y está precisamente al servicio de una opinión pública libre que, como ya se dijo en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1982 (STC 12/1982), está indisolublemente ligada al pluralismo político, que es «valor fundamental y requisito del funcionamiento del Estado democrático». Por tanto, la opinión pública como concepto unívoco probablemente no exista, pues sería contradictorio pensar que en democracia puede existir una sola opinión.

Sentadas estas bases, comprenderemos que la evolución y sorprendente transformación que se ha producido en la elaboración y divulgación de noticias y opiniones, a la que debemos añadir la irrupción de nuevos medios tecnológicos, telemáticos y audiovisuales de transmisión «en tiempo real o a la carta», ha supuesto un cambio extraordinario en la recepción de noticias, muchas veces contradictorias, que pueden situar a los ciudadanos en la perplejidad y la necesidad de conocer y poder distinguir entre ellas lo que hay de cierto y objetivo. Por ello, resulta muy importante saber quiénes son los que detentan cada uno de esos medios y de dónde proceden e incluso «*cui prodest?*».

En las sociedades libres y democráticas, el control jurisdiccional sobre las desviaciones del poder, sea político o de otro orden, es, sin duda, un contrapeso necesario; pero no podemos olvidar que también las desviaciones del poder pueden ser controladas por los «*media*», que han sido considerados, no sin razón, como un contrapoder que sirve, en definitiva, al ejercicio de la democracia, pues sin ellos no podríamos hablar con propiedad de la misma.

Queda claro en los países democráticos, que las libertades de información, expresión, opinión y difusión resultan esenciales pues se integran en el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, que, como hemos dicho, tendrán su garantía última en el ámbito de la jurisdicción de sus respectivos países.

En este sentido, y a modo de ejemplo, no podemos obviar que en España la cláusula de conciencia de los periodistas, a pesar de que se encuentra también reconocida como derecho fundamental en el artículo 20.1.d) de la Constitución, no fue desarrollada hasta el 19 de junio del año 1997 mediante la Ley Orgánica 2/1997 que, tardía y pobremente, contiene tres exiguos artículos, que han servido para bien poco.

En cualquier caso, el control de la información ha sido desde siempre la tentación tanto de los poderes públicos como de los intereses privados, incluso en los países democráticos, quienes, como hemos dicho, no serían viables sin su

pluralidad y el libre acceso a los mismos por parte de la ciudadanía; de ahí su fundamental importancia y la necesidad de preservarlos. A pesar de ello, resulta evidente que en ocasiones es difícil distinguir entre medios públicos y privados, pues estos últimos en no pocas ocasiones son concertados mediante importantes subvenciones provenientes de los poderes públicos que resultan apetitosas para mejorar las cuentas de resultado de sus empresas.

La globalización de la vida y de las relaciones humanas pone en cuestión, hoy en día una vez más, la garantía de los derechos fundamentales basados en la dignidad de la persona en lo que aquí se refiere, que es tener una opinión personal bien informada. Así, un poder emergente y desconocido hasta hace pocos años se ha puesto de manifiesto en lo que hemos venido a denominar «las redes». Ciertamente a ellas se acude de manera constante para recabar información e incluso para obtener conocimientos varios. La concentración en pocas manos de quienes suministran esa información ya no conoce fronteras y la tecnología va quedando, prácticamente en todo el mundo, en manos de pocos oligopolios mediáticos, con sedes que pueden estar en cualquier parte y también bajo el control de Estados no democráticos que los utilizan para ejercer sus estrategias, interviniendo de esta manera en la política de países terceros, como se ha venido poniendo de manifiesto últimamente en no pocas elecciones celebradas en países democráticos.

Ya no se trata solo de apelar a la deontología que debe observar el periodista o el propio medio de comunicación sino de descifrar hasta qué punto las noticias que recibimos a través de las redes son ciertas o no, puesto que la opinión aparentemente pública puede mediatizarse en los países dictatoriales o tiránicos, a través del control absoluto dentro de sus fronteras tanto en lo producido dentro de las mismas como en la interferencia de las que puedan llegar del extranjero, pero sin embargo en ningún caso puede imponerse la intervención previa o la censura en los países democráticos si no es poniendo en cuestión las libertades y los derechos sobre los que se sustentan sus sistemas políticos, que, fuertes en sus principios, tienen como sostén las bondades pero también la fragilidad de las democracias.

Sin embargo, la aparición cada vez más frecuente de noticias falsas; es decir, de aquellas que ni tan siquiera están manipuladas, sino que son simple y llanamente falsas, representa un peligro enorme pues, de no ser descubiertas como tales a tiempo, pueden conducir sin duda a una confusión en la percepción de la realidad. El daño que causa y puede seguir causando este perverso fenómeno podría tener dimensiones y consecuencias, todavía imprevisibles, y cambiar el rumbo de la Humanidad hacia el progreso y avocarla a la más absoluta indefensión e incluso a un retroceso histórico.

Por ello, tanto la jurisprudencia de nuestros países democráticos como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha ido perfilando una doctrina en la que acepta la intervención de los poderes públicos y, especialmente, de los

poderes jurisdiccionales, tanto el ordinario como el constitucional, para impedir y castigar a aquellos que ensalcen sentimientos xenófobos, totalitarios y excluyentes, que puedan incidir en la vida democrática de una manera perversa al ofender la dignidad de las personas y aquellos derechos fundamentales que le son inherentes. Valga como ejemplo la Sentencia n.º 235/2007, de 7 de noviembre, del Tribunal Constitucional y la STEDH «*The Sunday Times c. Royaume-Uni* (Nº 2)», de las cuales me permito destacar esta parte de sus contenidos.

STC 235/2007-FJ 9º: «*De ese modo, resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP). Tal comprensión de la justificación pública del genocidio, y siempre con la reseñada cautela del respeto al contenido de la libertad ideológica, en cuanto comprensiva de la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas, permite la proporcionada intervención penal del Estado como última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidos, cuya directa afectación excluye la conducta justificativa del genocidio del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), de manera que, interpretada en este sentido, la norma punitiva resulta, en este punto, conforme a la Constitución».*

STEDH «*The Sunday Times c. Royaume-Uni* (Nº 2)», de 26 de noviembre de 1991: 1. *Principios generales*

50. *La argumentación ante la Corte se centró en la cuestión de si la injerencia denunciada podía considerarse “necesaria en una sociedad democrática”. En este sentido, las sentencias de la Corte relativas al artículo 10 (art. 10), comenzando por Handyside (7 de diciembre de 1976; Serie A no. 24), concluyendo, más recientemente, con Oberschlick (23 de mayo de 1991; Serie A no. 204) e incluyendo, entre otros, Sunday Times (26 de abril de 1979; Serie A no. 30) y Lingens (8 de julio de 1986; Serie A no. 103) - enuncia los siguientes principios fundamentales:*

a) *La libertad de expresión constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática; sujeto al párrafo 2 del artículo 10 (art. 10-2), es aplicable no solo a las “informaciones” o “ideas” que se perciban favorablemente o se consideren inofensivas o indiferentes, sino también a las que ofendan, conmocionan o perturban. La libertad de expresión, consagrada en el artículo 10 (art. 10), está sujeta a una serie de excepciones que, sin embargo, deben*

interpretarse de manera restrictiva y debe establecerse de manera convincente la necesidad de cualquier restricción.

b) Estos principios son de especial importancia en lo que respecta a la prensa. Si bien no debe traspasar los límites establecidos, entre otras cosas, en “interés de la seguridad nacional” o para “mantener la autoridad del poder judicial”, le incumbe, no obstante, impartir información e ideas sobre asuntos de interés público. La prensa no solo tiene la tarea de difundir esa información e ideas: el público también tiene derecho a recibirlas. De lo contrario, la prensa no podría desempeñar su papel vital de “perro guardián público”.

c) El adjetivo “necesario”, en el sentido del artículo 10 párr. 2 (art. 10-2), implica la existencia de una “necesidad social urgente”. Los Estados Contratantes tienen cierto margen de apreciación a la hora de valorar si tal necesidad existe, pero va de la mano de una supervisión europea, acogiendo tanto la ley como las decisiones que la aplican, incluso las dictadas por tribunales independientes. Por tanto, la Corte está facultada para pronunciarse definitivamente sobre si una “restricción” es conciliable con la libertad de expresión protegida por el artículo 10 (art. 10).

(...)

51. Para evitar dudas, y teniendo en cuenta los comentarios escritos que en este caso fueron presentados por el “artículo 19” (ver párrafo 6 supra), la Corte solo agregaría a lo anterior que el artículo 10 (art. 10) del Convenio no prohíbe en términos generales la imposición de restricciones previas a la publicación, como tal. Esto se demuestra no solo por las palabras “condiciones”, “restricciones” y “prevención” que aparecen en esa disposición, sino también por las sentencias del Tribunal Sunday Times de 26 de abril de 1979 y Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann de 20 de noviembre de 1989 (Serie A núm. 165). Por otro lado, los peligros inherentes a las restricciones previas son tales que exigen un escrutinio más cuidadoso por parte de la Corte. Esto es especialmente cierto en lo que respecta a la prensa, ya que las noticias son un bien perecedero y retrasar su publicación, incluso por un período breve, bien puede privarlas de todo su valor e interés».

Una vez más, nos enfrentamos ante el dilema de tener que elegir entre la libertad y la protección de la dignidad humana, por una parte, o el dirigismo y la intromisión en la vida privada y pública de poderes que no se encuentran sometidos al escrutinio social, y que, inmunes a él, pueden llegar a controlar nuestras vidas. El Derecho debe poder responder a esta nueva situación no solo por la necesidad que tiene de defender los derechos inherentes a la dignidad humana y a su inviolabilidad, que en ningún caso es disponible, sino también a la defensa de la veracidad y la democracia como reglas de convivencia. Asimismo, tienen la obligación de proteger las democracias de aquello que pueda desnaturalizarlas.

A esta revolución digital-tecnológica que puede ser la más importante herramienta de progreso social de los últimos tiempos, se le ha de dedicar una atención prioritaria para el bien de todos, pues ya los derechos y libertades no pueden vivirse en un determinado espacio geográfico político, sino que han de extenderse a la realidad multilateral y multicultural en la que nos encontramos que, por necesidad, ha de ser solidaria y conectada, pero libre y democrática.

EL ARBITRAJE DE EQUIDAD ANTE LAS NORMAS IMPERATIVAS

por
ELÍAS CAMPO VILLEGAS
*Académico de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*
16 de febrero de 2021

SUMARIO

- I. *Perfil del arbitraje a decidir en equidad*
 - A. Sentido residual del arbitraje en equidad
 - B. Sobre el alcance de arbitrar en equidad
- II. *Las normas imperativas en el arbitraje de equidad*
 - II.1. Previo
 - II.2. Sobre la arbitrabilidad de las cuestiones regidas por normas imperativas
 - II.3. Sobre el arbitraje de equidad en materias regidas por normas imperativas y en la impugnación de acuerdos sociales
 - 1. Posturas que rechazan el arbitraje de equidad en materias regidas por normas imperativas
 - 2. Nuestra opinión
 - 3. Consecuencias negativas de la doctrina que impugnamos
 - 4. Más doctrina aperturista
 - 5. Cierre de nuestra posición

I. PERFIL DEL ARBITRAJE A DECIDIR EN EQUIDAD

A. *Sentido residual del arbitraje en equidad*

La autonomía de la voluntad prima, no solo respecto a someter la controversia a la resolución arbitral, sino también a la determinación de cómo tiene que decidirse, si con arreglo a derecho o a equidad. Ante la inactividad de las partes, la Ley de 2003 estableció que los árbitros tenían que resolver necesariamente con arreglo a derecho, «solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente a ello» (art. 34.1).

Se puede decir pues que en adelante en el arbitraje se decidirá con arreglo a derecho, salvo que expresamente las partes opten por la solución en equidad, que de esta manera deviene con un sentido residual.

B. *Sobre el alcance de arbitrar en equidad*

Dada la finalidad de este trabajo, en principio interesa dejar despejado lo que consiste resolver en equidad y qué facultades otorga el ordenamiento jurídico a los árbitros que actúan de esta manera; y simultáneamente precisar los límites de aquellas atribuciones.

Tanto en el derecho histórico, como en la doctrina y jurisprudencia, se definen las facultades de los antiguos amigables componedores, hoy árbitros de equidad, con expresiones y términos muy amplios, pero con una generalización que no permite fijar los límites de los mismos, ni siquiera su propia existencia. Así tenemos «... avenirlas en cual manera quisieran» ... en Las Partidas; «según su saber y entender en las Leyes de Enjuiciamiento Civil del siglo XIX y Leyes de Arbitraje de 1953 y de 1988»; deduciéndose así que los árbitros de equidad no tendrán que ajustarse a derecho en cuanto al fondo; «sin más límites en el arbitraje de equidad que la conciencia de los árbitros» en STS 12 junio 1987. Sin embargo, es de recordar la preocupación surgida en cierta jurisprudencia que, en sentir de COCA PAYERAS, tiende a acotar o limitar el ámbito del arbitraje de equidad, alejándose del «leal saber y entender» de los árbitros. Amplitud de facultades que en ocasiones llega, con LORCA NAVARRETE, a sostener que «en el arbitraje de equidad, en donde el árbitro actúa según su saber y entender, su actividad no debe tropezar con los límites que marcan las normas de *ius cogens*»¹; o incluso en la STS de 24 septiembre 2002, en la que, refiriéndose a los árbitros de equidad, dice que «deben prescindir del ordenamiento jurídico y de los criterios legales, resolviendo en base exclusivamente a la equidad según su saber y entender».

Estas últimas posturas son inadmisibles. Si bien el árbitro de equidad puede resolver sin sujetarse a derecho, esta libertad de actuación no implica que puedan llegar a infringir normas imperativas o prohibitivas, como tampoco atentar al orden público. Los principios que emanan de los artículos 6 y 1255 del Código Civil se imponen a la actuación de los árbitros de equidad, de igual manera, y por las mismas razones, que limitan a los árbitros de derecho. Nunca el arbitraje, en cualquiera de sus dos formas de resolver, puede constituir la cobertura del fraude de la Ley. La norma imperativa, al igual que el orden público, se imponen tanto a los contratantes como al juez y a los árbitros, sean estos de derecho o de equidad. Debemos desestimar el razonamiento de Lorca Navarrete, pues esta doctrina nos

¹ LORCA NAVARRETE en «Comentarios a la Ley de Arbitraje», Ed. Dykinson, 1991, pág. 6.

conduciría a admitir que en los arbitrajes de derecho el árbitro podría prescindir de las normas jurídicas aplicables por la razón de que no cabe el recurso de nulidad por infracción de Ley. Los árbitros de derecho están obligados a laudar con arreglo a derecho, sin que pueda concluirse que no tienen tal obligación por razón de la circunstancia de que su incumplimiento no puede ser controlado por el recurso de nulidad. Admitir lo contrario abocaría al desmoronamiento de la institución. Por tan peligroso camino incluso también se llegaría a admitir que los árbitros de equidad no están obligados a resolver según su leal saber y entender, por cuanto su decisión carece de control judicial posterior.

Este criterio ponderado que sostenemos, afortunadamente es el que impera tanto en la jurisprudencia como en los autores. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 29 de mayo de 2002, con referencia a los árbitros de equidad, se lee «El derecho imperativo siempre ha de ser respetado y dicho respeto es además objeto de un específico control jurisdiccional a posteriori»; y también, entre otros, Silvia BARONA afirmando que el leal saber y entender de los árbitros de equidad «no equivale a discrecionalidad absoluta», idea esta recogida con frecuencia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia; y además dicha autora rechaza que los árbitros de equidad puedan «no tomar en consideración lo dispuesto en las normas imperativas»².

En el mismo sentido TUSQUETS TRIAS DE BES, para quién «el árbitro de equidad formulará él mismo un enjuiciamiento valorativo sobre la base de la regulación positiva concreta de la hipótesis particular que se le somete a su conocimiento»; destacando acertadamente la doctrina de la STS de 23 de junio de 2009 cuando enseña que «La aplicación de la equidad no supone, como ha declarado esta Sala, prescindir de los principios generales del Derecho y la Justicia, ni contravenir el Derecho positivo...»³.

Por último, siguiendo la doctrina más segura, MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, nos dice que «No parece razonable entender que el arbitraje de equidad implique que los árbitros puedan ignorar las normas imperativas»⁴.

En definitiva, nosotros concluimos con cuanto hemos dicho, tanto para los árbitros de equidad como para los de derecho, por lo que las consecuencias de su infracción se han de predicar para ambas maneras de arbitrar. El problema hoy es otro, al que dedicamos lugar adecuado en este mismo estudio. Se trata de la cuestión relacionada con las normas imperativas, cual es discernir si estas impiden arbitrar en equidad.

² BARONA VILLAR, S. en «Comentarios a la Ley de Arbitrajes», Ed. Thomson, 2004, pág. 1117.

³ «Una visión renovada del arbitraje de equidad y sus ventajas», formando parte de la obra colectiva «el nuevo arbitraje después de su reforma de 2011». Revista Jurídica de Catalunya anuario de justicia alternativa, pág. 153, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

⁴ «El arbitraje societario» en «Cuadernos de Derecho y Comercio», Rev. Semestral. Fundación Notariado, 1019, dic., pág. 29.

II. LAS NORMAS IMPERATIVAS EN EL ARBITRAJE DE EQUIDAD

II.1. *Previo*

Durante décadas, una de las cuestiones más controvertidas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ha sido cuanto se refiere a las normas imperativas en una doble vertiente:

- Si cabe el arbitraje en áreas en que imperan las normas imperativas.
- Si es admisible el arbitraje de equidad en temas regidos por normas imperativas.

II.2. *Sobre la arbitrabilidad de las cuestiones regidas por normas imperativas*

Este tema corrió naturalmente parejo con el de la arbitrabilidad de la impugnación sobre la validez o nulidad de los acuerdos sociales, dividiendo en su día a la jurisprudencia y a la doctrina. El Tribunal Supremo, en Sentencias de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907, admitió la arbitrabilidad de los acuerdos sociales. Sin embargo, a partir de la Sentencia de 15 de octubre de 1956 la jurisprudencia cambió de signo a consecuencia de la influencia de la doctrina encabezada por URÍA al comentar la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, de importante normativa imperativa (Sentencias del Tribunal Supremo de 15.10.56, 27.01.68, 21.05.70 y 15.10.71 e incluso la sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencias de 13 de marzo de 1998 y 17 de febrero de 1999). Y en el mismo sentido la mayoría de la doctrina, casi la unanimidad; sin que pueda olvidarse la minoritaria doctrina existente favorable al arbitraje en relación con la impugnación de los acuerdos sociales⁵.

Todo cambió tras dos pronunciamientos jurisprudenciales capitales. La RDGRN de 19 de febrero de 1998, seguida por la Resolución de 1 de octubre de 2001. Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 que dio un giro total a la jurisprudencia anterior y «estima que en principio, no quedan excluidos del arbitraje, y por tanto del convenio arbitral, la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales». Doctrina reiterada por la sentencia de 30 de noviembre de 2001, ambas del mismo ponente, O'Callaghan Muñoz.

⁵ VICENT CHULIÁ, F. «El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales». RGD n.º 646-647, julio-agosto 1998; CAMPO VILLEGAS, E. «El arbitraje en las sociedades mercantiles» RJC n.º 2, 1998, págs. 9-45; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. «Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales» RGD junio 1995, núm. 609, págs. 6913 y ss.

II.3. *Sobre el arbitraje de equidad en materias regidas por normas imperativas y en la impugnación de acuerdos sociales*

En la doctrina se ha puesto de manifiesto la encrucijada en que se encuentra el arbitraje de equidad respecto de las materias regidas por normas imperativas, tal como en su día nosotros recordamos⁶, dado que una de dos:

—O no se admite el arbitraje de equidad sino únicamente el de derecho, que constituye el criterio de la mayoría de la doctrina, como luego veremos.

—O bien, se admite el arbitraje de equidad, con la cautela de que el árbitro deberá respetar la norma imperativa, que, adelantando, resulta ser nuestra posición, junto a una minoría de autores.

1. *Posturas que rechazan el arbitraje de equidad en materias regidas por normas imperativas*

Entre los autores que con diversos argumentos arrojan esta posición presentaremos los siguientes:

Para VICENT CHULIÀ, al referirse a ciertas normas de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, afirma que «son imperativas o prohibitivas y, por tanto, de necesaria observancia por los árbitros en un arbitraje que ineludiblemente habrá de ser de derecho»⁷.

CARAZO LIÉBANA, en tema de impugnación de acuerdos sociales, nos dice «que no podrá someterse a arbitraje de equidad o amigable composición una materia regida por normas imperativas»⁸.

PICÓ I JUNOY y VÁZQUEZ ALBERT entienden que la impugnación de los acuerdos sociales tendrá que someterse siempre a un arbitraje de derecho, por cuanto no existe un control judicial posterior sobre la aplicación del ordenamiento jurídico⁹.

Por su parte, GUILARTE ZAPATERO, en otras áreas impregnadas de normas imperativas y derechos irrenunciables, como en sede de arrendamientos urbanos, admite solo el arbitraje de derecho, en modo alguno el de equidad, por afectar a beneficios irrenunciables¹⁰.

⁶ (Aspectos del convenio y del laudo arbitral, vistos por un Notario. Cuestiones en la nueva Ley. Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. 3 de junio de 2004, pág. 41).

⁷ «El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales» en RGD, n.º 646-647, julio-agosto de 1998, págs. 6368 y 6369.

⁸ CARAZO LIÉBANA, M.ª J. en «La aplicación del arbitraje a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital», en RDM n.º 229 de 1998, págs. 1215, 1216 y 1220.

⁹ PICÓ I JUNOY, J. y VÁZQUEZ ALBERT, D. en «El arbitraje en la impugnación de los acuerdos sociales. Nuevas tendencias y nuevos problemas» en RDS, Ed. Aranzadi, 1999, n.º 11, p. 198.

¹⁰ GUILARTE ZAPATERO, V. en «El arbitraje con arrendamiento urbano». Ed. en 1992, Corte Vasca de Arbitraje en San Sebastián.

MONTERO AROCA, niega la posibilidad del arbitraje de equidad en áreas regidas por normas imperativas «porque la cuestión litigiosa no queda comprendida» en materias de «libre disposición conforme a derecho». Según la dicción del artículo 1 no puede admitirse que por el camino del arbitraje las partes hagan lo que de otra manera no podrían hacer¹¹.

GASPAR LERA, refiriéndose a las normas del *ius cogens*, nos dice que «en estos casos el árbitro quedará obligado a resolver conforme a lo establecido en las normas de dicha naturaleza». Es decir, no debería admitirse un arbitraje de equidad¹².

CHILLON Y MERINO, en sede de Propiedad Horizontal, con respecto a la impugnación de acuerdos tomados en Juntas de Propietarios, niegan el arbitraje de equidad porque lo que se ventila es una controversia que no admite solución fuera de estrictos márgenes del derecho¹³.

Más recientemente TARRIO BERJANO, citado por MADRIDEJOS FERNÁNDEZ¹⁴, con referencia al arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales, considera que no queda ámbito para la equidad¹⁵.

2. Nuestra opinión

—Se dice que no cabe el arbitraje de equidad en materias regidas por normas imperativas porque estas son de necesaria observancia (Vicent Chuliá), y que solo cabe el arbitraje de derecho en tales áreas por ser este el único que por prescripción legal debe aplicar el Derecho vigente (Carazo, Guillarte Zapatero, Gaspar Lera, Chillón y Merino). También que si se permitiera la exclusión de una norma imperativa o prohibitiva, se estaría vulnerando por esa vía el artículo 6.2 del Código civil (Montero Aroca). Razonamientos que inciden en una petición de principio pues dan a entender que el árbitro de equidad podría infringir la norma imperativa si se le permitiera arbitrar; pero las cosas no son así, ya que el árbitro de la clase que sea, está constreñido por ciertas normas de superior rango. Por supuesto cede ante los principios básicos que emanan de los artículos 6 y 1255 del Código civil. El árbitro de equidad no solo está sujeto a las normas imperativas y prohibitivas, sino también a las tenazas del orden público y al concepto de la «moral» del artículo 1255, estándole prohibido dictar un laudo inicuo.

¹¹ MONTERO AROCA, J. en «Comentario breve a la Ley de Arbitraje», Ed. Civitas, 1990, pág. 42.

¹² GASPAR LERA, S. en «El ámbito de la aplicación del arbitraje». Ed. Aranzadi, 1998, págs. 150 y 163.

¹³ CHILLON, J.M. y MERINO, J.E. en «Tratado de arbitraje privado interno e internacional». Ed. Civitas, 1995, pág. 175.

¹⁴ MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso, en «El arbitraje societario», Cuadernos de Derecho y Comercio-72, Dic. 2019. Revista semestral. Fundación Notariado, pág. 26.

¹⁵ TARRIO BERJANO, Manuel Gerardo, en «Comentario al artículo 11 bis, Arbitraje estatutario, en Comentarios a la Ley de Arbitraje», coordinado por Carlos González Bueno. Consejo General del Notariado, 2014, pág. 300.

—Se afirma que las materias regidas por normas imperativas no son de libre disposición y, consecuentemente, no arbitrales en equidad (Montero Aroca); pero el razonamiento es doblemente erróneo, puesto que si la materia fuera indisponible habría de serlo tanto para un arbitraje como para otro; aparte que la imperatividad de las normas en modo alguno implica la no disponibilidad de la materia sino únicamente que la norma no pueda ser infringida.

—También se afirma que no cabe el arbitraje de equidad en áreas regidas por normas imperativas, porque no cabe el control de su eventual infracción (Vázquez i Picó); pero, frente a esta aprensión, hay que contestar, que tanto en el arbitraje de derecho como en el de equidad, el control de la norma imperativa es el mismo.

Este control por la vía del recurso de nulidad o no lo tienen ninguna de las formas de arbitrar o lo tienen ambas. En la situación actual, frente a una infracción de normas imperativas, no cabe el recurso de nulidad en el arbitraje de derecho, como no lo cabe por infracción de normas dispositivas; y lo mismo debe predicarse para el arbitraje de equidad. No cabe admitirse la reiterada y preocupante jurisprudencia del TSJ de Madrid en el sentido de que la infracción de normas imperativas por el árbitro implica un atentado al orden público, dando lugar a la nulidad del laudo, permitiendo así revisar la actuación del árbitro, lo que nos conduciría a una segunda instancia, olvidando que el sistema español de la Ley de 1988 rompió con nuestra tradición jurídica de poder impugnar los laudos de derecho por infracción de Ley; lo que en su día analizamos¹⁶; lo mismo, que a su vez, TUSQUETS TRIAS DE BES había hecho al comentar otras cinco sentencias del mismo Tribunal en idéntico sentido¹⁷. Ahora bien, aquella dañosa doctrina del TSJ de Madrid fue contradicha por el Tribunal Constitucional en su sentencia 46/2020, de 15 de junio, que interpretó el concepto de «orden público», como motivo de la acción de anulación, acotándolo en sus justos términos, pronunciándose que debe ser entendida como un proceso de control externo sobre la validez del laudo, que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros, explicando que la finalidad última del arbitraje, no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto que se vería inevitablemente desnaturalizado ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo, siguiendo así la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJCE de 26 de octubre de 2008, asunto Mostaza Claro, C-168/05 y STJE de 1 junio de 1999, asunto Eco Swiss).

¹⁶ CAMPO VILLEGAS, Elías en «Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 32/2016, de 13 de abril de 2016». Anuario Justicia Alternativa *Derecho Arbitral* n° 14, Año 2017, págs. 185-192.

¹⁷ TUSQUETS TRIAS DE BES, Francesc, en «*El control judicial de l'Arbitratge*. A propósito de la doctrina del TSJ en materia de permutas financieras». Comunicación a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña el 7 de junio de 2016.

3. *Consecuencias negativas de la doctrina que impugnamos de vedar el arbitraje de equidad en materias regidas por normas imperativas*

PRIMERO. Quedaría impedido el arbitraje societario, pues, ante las cláusulas usuales de someter a arbitraje todas las cuestiones societarias entre socios o entre estos y la sociedad, se pondría en duda la validez de tal cláusula, o también en cada caso en particular podría proponerse como cuestión previa su arbitrabilidad en equidad. Se negaría la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales... etc. Y ello frente a la actual jurisprudencia que admite el arbitraje societario sin límites, desde la STS 18/4/98 y otras.

SEGUNDO. En cualquier arbitraje de equidad sobre temas que aparentemente no están regidos por normas imperativas, pueden surgir cuestiones sobre las que en concreto aleteen normas imperativas. Sería absurdo que el árbitro paralizara su función sobre tales particularidades, ya que la contienda es inescindible. El árbitro de equidad tendría que resolver sin más limitación que la que pregonamos con carácter general: la de juzgar sin violar la ley imperativa. ¿Dejaríamos indefenso al demandado que en su oposición invocara situaciones o relaciones jurídicas regidas por normas imperativas? ¿Impediríamos al demandado una reconvencción que tuviera por base derechos, situaciones, relaciones o negocios jurídicos regidos por normas imperativas? Y admitida esta posibilidad ¿por qué razón vamos a negar en otros supuestos la competencia del árbitro de equidad?

TERCERO. Queda en la sombra el alcance de las doctrinas que niegan el arbitraje de equidad en las áreas regidas por normas imperativas. De admitirse esta doctrina debería contestarse a algunas preguntas; y perfilarse el alcance de la prohibición: ¿Qué prohíbe? ¿Queda viciado el convenio arbitral? Si a pesar de la referida prohibición se tramitara un arbitraje de equidad que terminara con un laudo en el que no se infringiera norma imperativa alguna, ¿podrá impugnarse el laudo por considerar que era nulo el convenio arbitral al amparo del motivo a) del artículo 41-1-a) de la Ley de Arbitraje? De admitir esta posibilidad se abriría una inseguridad intolerable pues ya no se precisaría inquirir si el laudo infringe una norma imperativa pues bastaría escudriñar si el convenio arbitral introducía el arbitraje de equidad a posibles áreas impregnadas con normas imperativas.

4. *Más doctrina aperturista sobre el arbitraje de equidad societario y áreas impregnadas de normas imperativas*

Consideremos representativa la doctrina de los siguientes autores y sentencias:

4.1. Como resumen de su estudio FERNÁNDEZ DEL POZO¹⁸ entiende que la previsión de un arbitraje de equidad para resolver las controversias societarias puede reportar ventajas indudables de orden práctico; haciendo posible una interpretación más flexible y ponderada de las normas y estatutos; y sobre todo, puede servir para encontrar más adecuados «equitativos-remedios» a la situación permanente de conflicto interno entre socios.

4.2. Por su parte, TUSQUETS TRIAS DE BES¹⁹, en visión progresiva, sostiene que, no obstante la imperatividad de la normativa societaria, la mayor discrecionalidad que el árbitro en equidad posee, lleva a destacar ventajas para resolver controversias en torno a materias conflictivas, como la remuneración de los administradores, o para enjuiciar la diligencia exigible a los mismos, o decidir en situaciones de opresión de la minoría, o también respecto de la conflictividad derivada de la falta de una adecuada regulación en materia de grupos de sociedades, o incluso ante la complejidad de las nuevas tecnologías.

4.3. En la misma línea, últimamente MADRIDEJOS FERNÁNDEZ²⁰ entiende que no se puede prohibir el arbitraje de equidad pese a la gran complejidad del régimen jurídico societario, cuyas normas imperativas habrán de respetarse.

Interesa destacar que para los arbitrajes referidos, los dos últimos autores citados entienden razonablemente que el árbitro sea un jurista.

5. *Finalmente, a guisa de cierre de nuestra posición, o como botones de muestra, citaremos sendas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en las que se admite en arbitrajes de equidad la impugnación de acuerdos sociales*

5.1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998, confirmada por la de 30.09.2001, citadas anteriormente, admitieron paladinamente la impugnación de acuerdos sociales en un arbitraje de equidad.

5.2. Y por último la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2005, en cuanto en un arbitraje de equidad, no solo se anularon acuerdos sociales, sino que, en una situación de conflicto permanente, la interpretación en equidad entendió que al socio minoritario no le era exigible permanecer en la sociedad, concediéndole un derecho de separación, que ocasionó la reducción del capital social, previa compra de las acciones al socio excluido. Sentencia co-

¹⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, en «La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima». En torno a la STS 9/2005, de 17 de enero de 2005, pág. 299.

¹⁹ TUSQUETS TRIAS DE BES, Francesc, en «Una visión renovada del arbitraje de equidad y sus ventajas». Obra colectiva «El nuevo arbitraje después de la Reforma de 2011». *Revista Jurídica de Catalunya* anuario de justicia alternativa. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 159.

²⁰ MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso, en «El arbitraje societario», Cuadernos de Derecho y Comercio 72, dic. 2019, Revista semestral, Fundación Notariado, pág. 30.

mentada laudatoriamente por los dos autores anteriores FERNÁNDEZ DEL POZO y MADRIDEJOS; si bien PERALES VISCASILLAS²¹ entiende que supone la *invención arbitral de un derecho de separación del socio* que implica una extralimitación de la función de los árbitros.

²¹ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, en «Sociedades de capital y arbitraje (Reforma de la Ley de Arbitraje. Arbitraje de equidad y separación por justa causa)», en Revista del Club Español del Arbitraje, ISSN 1888-4377, n.º 13, 2012, pág. 10.

EL DIVORCIO NOTARIAL: CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

por

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS
*Académica Electa de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*
13 de abril de 2021

INTRODUCCIÓN

La desjudicialización de la disolución del vínculo conyugal operada en España en virtud de la Ley de Jurisdicción voluntaria de 2015¹ es consecuencia de la extensión de la concepción del divorcio como un remedio. Un divorcio por mutuo consentimiento no exige que se dirima ninguna controversia, sino únicamente que se tramite un expediente en el que se compruebe la concurrencia de la voluntad conjunta de terminar el matrimonio, así como otros requisitos legales². No hay, por consiguiente, obstáculo para confiar la tramitación a una autoridad que no sea judicial, si se entiende que se trata de una medida oportuna.

La desjudicialización del divorcio y la separación aporta obvios beneficios. Contribuye a reducir los costes económicos y reducir los tiempos de tramitación. Sirve, además, para descongestionar los tribunales de justicia, reservando su intervención para las disoluciones contenciosas, o en las que hubiera la necesidad de tutelar a menores o personas con la capacidad jurídica modificada. En un momento en el que 57 de cada 100 matrimonios acaba en divorcio³ parece, por consiguiente, una medida adecuada.

¹ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).

² El divorcio notarial solo cabe en España si el matrimonio ha durado al menos tres meses, los cónyuges no tienen hijos menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores y exige además la formulación de un Convenio regulador. Se prevé además que los cónyuges han de intervenir en el otorgamiento de escritura pública de manera personal, que han de estar asistidos por letrado y que es necesario que los hijos mayores de edad o menores emancipados que carezcan de ingresos propios y convivan en el domicilio familiar presten su consentimiento respecto de las medidas que les afecten. (*Vide* arts. 81, 82 y 87 del Código civil).

³ *Vide* https://www.abc.es/sociedad/abci-espana-entre-diez-paises-mas-divorcios-201907171729_noticia.html (página visitada el 26 de marzo de 2020).

En algunos países de nuestro entorno inmediato como Portugal⁴, se ha confiado la tramitación del divorcio a autoridades administrativas. En España se ha optado, en cambio, por atribuir competencia a los notarios, previéndose la posibilidad alternativa de tramitar el divorcio o separación frente a los letrados de la Administración de Justicia. El divorcio notarial tiene arraigo en Latinoamérica⁵. Existe en Cuba, que fue el primer Estado que lo estableció, en 1994⁶, y también en países como Colombia⁷, Ecuador⁸, Perú⁹, Nicaragua¹⁰ y Brasil¹¹, que lo incorporaron a sus ordenamientos jurídicos en la primera década del s. XXI. En Europa occidental, su introducción es un poco posterior. El divorcio notarial existe, además de en España, en Grecia¹², Francia¹³ e Italia¹⁴.

El estudio del divorcio notarial es de interés desde una perspectiva de Derecho comparado. No solo porque existe en algunos ordenamientos y en otros no, sino también por las importantes divergencias que presentan las regulaciones materiales de los países que lo conocen. Mientras que en España únicamente pueden divorciarse ante notario las parejas sin hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente¹⁵, en Italia el régimen es más restrictivo, pues se exige que no se tengan hijos económicamente dependientes¹⁶. En Francia, en cambio, el divorcio extrajudicial está abierto a todas las parejas; los divorcios únicamente se tramitan ante los tribunales, si los hijos menores solicitan ser oídos¹⁷. También es distinta

⁴ Decreto-Ley 272/2001, de 13 de octubre.

⁵ Vide al respecto J.A. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS: «La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, noviembre núm. 734.

⁶ Decreto-Ley n.º 154/1994 de 6 de septiembre sobre el divorcio por mutuo acuerdo ante notario.

⁷ Ley n.º 962/2005 de 8 de julio y el Decreto n.º 4436 de 28 de noviembre del 2005 del Ministerio de Justicia e Interior de Colombia, sobre el divorcio ante notario.

⁸ Se introdujo mediante una reforma de la Ley notarial de 2006.

⁹ Ley n.º 29227/2008, de 15 de mayo, por la que se regula el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las Municipalidades y las Notarías.

¹⁰ Título IV Capítulo III del Código de Familia de Nicaragua.

¹¹ Ley n.º 11441/2007, de 4 de enero.

¹² Ley n.º 4509/2017 (GG A 201/22.12.2017).

¹³ Loi n.º 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (JORF n.º 0269 du 19 novembre 2016).

¹⁴ Legge 10 novembre 2014, n.162 - Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. n. 132 del 2014, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile (Gazzetta ufficiale del 10 novembre 2014, n. 261).

¹⁵ Art. 81 Cc *a contrario*.

¹⁶ Vid. S. PATTI: «Stand des Scheidungsrechts in Italien» en A. DUTTA, D. SCHWAB, D. HENRICH, P. GOTTFELD y M. LÖHNIG: *Scheidung ohne Gericht? Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*, Bielefeld: Giesecking, 2017, pp. 105-118, p. 104.

¹⁷ Esto ha sido objeto de feroces críticas pues no parece compatible con una adecuada tutela del interés superior del menor. Vide H. GAUDEMET TALLON: «La loi française sur le divorce sans juge confrontée au droit européen et international» en B. HESS, E. JAYME y H.P. MANSSEL: *Europa als Rechts- und Lebensraum. Liber Amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld: Giesecking, 2018, pp. 91-102, p. 98; F. FERRAND: «Non-judicial divorce in France: progress or mess?» en G. DOUGLAS, M. MUNCH y V. STEPHENS: *International and National Perspec-*

la función del notario. En España el notario puede denegar el otorgamiento de la escritura pública de separación y divorcio si concluye que alguno de los acuerdos alcanzados por los cónyuges puede ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores de edad o menores emancipados¹⁸. En Francia, en cambio, la función del notario es meramente recepticia¹⁹. Por esa razón se ha llegado a decir que no se trata tanto de un divorcio notarial, como de un divorcio por acto de abogado²⁰.

El objeto de esta comunicación es, sin embargo, otro. Se pretende estudiar las cuestiones de Derecho internacional privado que plantean los divorcios notariales que se tramiten en España. A tal efecto se distinguirá entre las cuestiones de competencia y las de ley aplicable. Se abordará también brevemente la cuestión del reconocimiento del divorcio notarial español en el extranjero, particularmente en los Estados de la Unión Europea. Con carácter previo habrá de determinarse si los divorcios notariales están comprendidos en el ámbito material de aplicación de los Reglamentos europeos en materia de cooperación civil que rigen respecto al divorcio y sus efectos.

I. APLICABILIDAD DE LOS REGLAMENTOS EUROPEOS

El análisis de la aplicabilidad de los Reglamentos europeos ha estado muy condicionado por las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en el asunto *Sabyouni*, relativo al ámbito de aplicación del Reglamento 1219/2010 (Roma III)²¹. Este asunto dio lugar a dos pronunciamientos distintos, un Auto de 12 de mayo de 2016 en el que el TJUE se declaró incompetente²², y una sentencia de 20 de diciembre de 2017²³, en la que se falló que «un divorcio resultante de

tives on Child and Family Law. Essays in honour of Nigel Lowe, Antwerp, Cambridge: Intersentia, 2018, pp. 193-204, p. 203.

¹⁸ Vid. J. FERRER RIBA: «Stand des Scheidungsrechts in Spanien» en A. DUTTA, D. SCHWAB, D. HENRICH, P. GOTTFELD y M. LÖHNIG: *Scheidung ohne Gericht? Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*, Bielefeld: Giesecking, 2017, pp. 119-143, pp. 138-140.

¹⁹ Vid. D. COESTER-WALTJEN: «Die verpasste Chance- der EUGH und die Privatscheidung», *IPRax*, 2018, pp. 238-242, p. 241.

²⁰ Se ha señalado que la reforma francesa «desnaturaliza por completo la labor del notario de tipo latino como garante de la seguridad jurídica preventiva». Vide M. PEREÑA VICENTE: «El divorcio sin juez en el Derecho español y francés: entre el divorcio por notario y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas y prácticas», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXXII, 2019, fasc. I, pp. 5-52, p. 11.

²¹ Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343, 29.12.2010.

²² Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de mayo de 2016, *Sabyouni I*, Asunto C-281/15, EU:C:2016:343.

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 20 de diciembre de 2017, *Sabyouni II*, Asunto C-372/16, EU:C:2017:988.

una declaración unilateral de voluntad de uno de los cónyuges ante un tribunal religioso... no está comprendido en el ámbito de aplicación material de este Reglamento».

Si este pronunciamiento del TJUE ha sido relevante en el debate acerca del divorcio notarial pese a referirse a una cuestión tan distinta como el reconocimiento de un repudio islámico pronunciado en Siria, es porque el TJUE afirmó que el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III únicamente comprende «a los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal o bien por una autoridad pública o bajo el control de esta»²⁴. Con carácter previo, el Abogado General Saugmansgaard Oe fue incluso más restrictivo pues propuso en sus Conclusiones que dicha exclusión alcanzara a «los divorcios declarados sin que una resolución de efectos constitutivos sea adoptada por un órgano jurisdiccional o una autoridad pública»²⁵.

El asunto *Sabyouni* ponía en tela de juicio la aplicabilidad del Reglamento Roma III y, por extensión²⁶, del Reglamento Bruselas II bis²⁷ a los divorcios notariales. Puesto que, como ya se ha señalado anteriormente, la regulación material del divorcio notarial presenta diferencias en los distintos Estados, la cuestión no se plantea necesariamente de forma idéntica respecto a cada uno de ellos.

Por lo que respecta al divorcio notarial español me parece clara la aplicabilidad de los Reglamentos europeos. La función del notario español no es meramente recepticia, sino que le corresponde efectuar un control de legalidad, pudiendo, además, cerrar el expediente si estima que los acuerdos alcanzados en el Convenio regulador lesionan el interés de uno de los cónyuges o de los hijos mayores de edad o menores emancipados, aunque ciertamente ese control se refiera no a la disolución del vínculo sino a los acuerdos relativos a los efectos del matrimonio. La actuación del notario está, por otra parte, sujeta a supervisión judicial pues puede recurrirse en vía gubernativa frente a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes Dirección General de Registros y el Notariado) y una vez agotada la vía administrativa frente a los tribunales de justicia.

La propia Dirección General afirmó, por otra parte, la aplicabilidad de los Reglamentos en una consulta-circular de 7 de junio de 2016. La Dirección entendió que el notario es «órgano jurisdiccional»²⁸. A tal efecto trajo a colación

²⁴ *Sabyouni* II, apartado 48.

²⁵ Conclusiones *Sabyouni* II, EU:C:2017:686, apartado 105.

²⁶ Es opinión común que los ámbitos de aplicación de los Reglamentos Roma III y Bruselas II bis han de ser interpretados de manera coherente. Cf. Considerando 10 del Reglamento 1259/2010.

²⁷ Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, OJ L 338, 23.12.2003, pág. 1-29.

²⁸ Esta cuestión se plantea también respecto al Reglamento de sucesiones y el Reglamento de régimen económico matrimonial. En relación al Reglamento de sucesiones España ha declarado que es autoridad competente el notario, en relación a las declaraciones de herederos abintestato,

los arts. 2 del Reglamento 2201 y 3.2 del Reglamento de sucesiones, así como el Considerando 13º del Preámbulo de este último. Interpretó que estos preceptos efectúan una remisión al Derecho nacional al incluir en el concepto de órgano jurisdiccional a «todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento».

El análisis de la Dirección General es anterior en el tiempo al realizado por el TJUE en *Sahyouni*. Es también obviamente distinto el punto de partida, pues en *Sahyouni* se preguntaba acerca de la aplicabilidad del Reglamento Roma III respecto a una disolución matrimonial puramente privada. El análisis da, no obstante, por sentado que el notario es «autoridad»²⁹ y que quién disuelve el matrimonio, es el notario, lo que podría cuestionarse. En la doctrina española hay autores que defienden que el divorcio notarial es un divorcio contractual³⁰. Lo que disuelve el matrimonio no es ninguna decisión del notario sino la voluntad de las partes, de la que la escritura pública da fe. El notario se limitaría a declarar la disolución del matrimonio y a supervisar el acto³¹. De ahí que las Conclusiones *Sahyouni* crearan alarma, pues hacían depender la aplicabilidad del Reglamento de que el divorcio fuera consecuencia de una resolución de efectos constitutivos.

Las dudas quedan, no obstante, superadas a partir de dos datos. El TJUE en la sentencia *Sahyouni* deslizó un argumento, ciertamente *obiter dicta*, conforme al cual el Reglamento Roma III se aplica no solo a los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal o por una autoridad pública, sino también a aquellos sujetos al control de un órgano jurisdiccional o de una autoridad pública³². Se mostró, por consiguiente, más flexible que el Abogado General. Por consiguiente, incluso si se concluye que el notario español no es autoridad que pronuncie la disolución del matrimonio con efectos constitutivos, se podría defender la aplicación de los Reglamentos pues las escrituras públicas de divorcio son recurribles frente a la Dirección General y los tribunales.

En la sentencia *Sahyouni*, el Tribunal de Justicia puso, además, de manifiesto que la incorporación de los divorcios privados al ámbito de aplicación de los Reglamentos exige adaptaciones que son de la competencia exclusiva del legis-

a los procedimientos de presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, ológrafos y orales y a la formación de inventario. *Vide* https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-es-es.do?member=1. En relación al Reglamento de régimen económico matrimonial no se ha declarado, en cambio, que fueran competentes autoridades distintas a las judiciales. *Vide* https://e-justice.europa.eu/content_matters_of_matrimonial_property_regimes-559-es-es.do?member=1.

²⁹ *Vide* no obstante C.P. BARRIO DEL OLMO: «Función notarial y desarrollo práctico de la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 67 mayo-junio 2016, p. 3.

³⁰ A. NÚÑEZ IGLESIAS: «Apuntes sobre el divorcio ante notario y su naturaleza», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 4, 2015, pp. 153-171.

³¹ P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA: «El divorcio ante notario», *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio 2012, núm. 43.

³² *Sahyouni* II, marg. 39.

lador de la Unión³³. Este llamamiento a una intervención legislativa tuvo eco en las negociaciones del Reglamento 2019/1111 (Bruselas II ter)³⁴, que se estaba en esos momentos negociando. El Considerando 14 de este nuevo Reglamento que será plenamente aplicable a partir de agosto de 2022 aclara que «debe darse al término “órgano jurisdiccional” un sentido amplio, a fin de abarcar igualmente a las autoridades administrativas u otras autoridades, como los notarios...»³⁵.

Puede, por consiguiente, afirmarse la aplicabilidad de los Reglamentos de la Unión Europea al divorcio notarial. Ello tiene consecuencias sobre los diversos sectores del Derecho internacional privado en ellos regulados.

II. COMPETENCIA DE AUTORIDADES

La aplicación del Reglamento 2201/2003 al divorcio notarial implica, en primer lugar, que el notario español está sujeto a los foros establecidos en el art. 3 del Reglamento. Puede, por tanto, únicamente intervenir si los cónyuges tienen su residencia habitual en España, sea cual sea su nacionalidad, o si son de nacionalidad española, sea cual sea su lugar de residencia. También puede intervenir si solo uno de los cónyuges tiene su residencia en España, sea cual sea su nacionalidad, pues es plenamente aplicable el foro establecido para las demandas conjuntas³⁶.

La aplicación del Reglamento 2201 implica asimismo la vigencia de las normas sobre competencias residuales de los arts. 6 y 7. Tal y como ha interpretado el TJUE en el asunto *Sundelind*³⁷, no cabe recurrir a las normas de competencia judicial internacional de carácter autónomo, *ergo* en nuestro caso, a las normas de la LOPJ, salvo que de las normas de competencia del Reglamento se deduzca que ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro tiene competencia. En el caso español ello significa que el notario español no va a poder intervenir si quienes quieren divorciarse son una pareja residente en Dinamarca o en un Estado tercero y solo uno de los cónyuges es nacional español, pues en este caso no otorga competencia ni el Reglamento ni la LOPJ. La voluntad de las partes,

³³ Sahyouni II, marg. 47.

³⁴ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores ST/8214/2019/INIT, OJ L 178, 2.7.2019.

³⁵ Conforme a lo que prevé el art. 103.a) cada Estado miembro habrá de notificar a la Comisión la identidad de las autoridades competentes en materia de divorcio.

³⁶ Decaen, en cambio, el foro del domicilio del demandado o los dos foros *actoris* previstos en el art. 3, por la simple razón de que el divorcio notarial no se plantea en términos de procedimiento contradictorio.

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, C-68/07, EU:C:2007:740.

el hecho de que comparezcan frente al notario es irrelevante, pues no es criterio atributivo de competencia.

Ha de tenerse en cuenta, por otro lado, que el Reglamento Bruselas II bis no regula la competencia territorial interna, esto es, no especifica qué concreto notario ha de intervenir. A tal efecto ha de acudirse al art. 54 de la Ley del notariado³⁸. En este precepto se establece que el notario competente será el del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes.

De la lectura de este precepto se deduce que hay una laguna de regulación en el supuesto de que ambos cónyuges sean de nacionalidad española y no residan en España, pues el Reglamento 2201/2003 permitiría la tramitación de un divorcio notarial pero ningún notario sería competente en virtud de la Ley del notariado. No es correcto interpretar que cuando no existe notario territorialmente competente en virtud del art. 54 de la Ley del notariado no se puede tramitar el divorcio ante notario en España³⁹, puesto que eso supone desconocer el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea. Ha de preservarse el efecto útil de las normas de los Reglamentos. Las reglas de competencia judicial internacional son además un *prius* lógico respecto a las de competencia territorial, por lo que, con carácter general, si es competente la jurisdicción española ha de localizarse a un juez territorialmente competente⁴⁰. Para colmar la laguna cabría entender que el art. 54 se refiere al último domicilio conyugal en España. Puesto que cabe que los cónyuges no hayan tenido nunca un domicilio conyugal en España o que este sea muy lejano en el tiempo me parece, no obstante, preferible permitir a los cónyuges acudir a cualquier notario, a su libre elección.

Conforme establece el art. 17 del Reglamento Bruselas II bis, el notario está obligado a controlar su competencia y a declinar su intervención en caso de no concurrir ningún foro de competencia. Puesto que no se permite la sumisión expresa o tácita, la voluntad de las partes no exime de la obligación de verificar la nacionalidad española común o la residencia de al menos uno de los esposos en España. Tampoco es compatible con la obligación de control de oficio una actitud pasiva en la que se dé por buena la declaración de las partes. Corresponde al notario realizar las averiguaciones necesarias para llegar a la convicción de que es competente.

³⁸ Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. El art. 54 fue añadido por la disposición final 11.1 de la Ley de Jurisdicción voluntaria.

³⁹ *Vide*, no obstante, J.R. GARCÍA PÉREZ y M.P. DÍAZ PITA: «Tramitación de las separaciones y divorcios ante notario, y sus posibles consecuencias procesales» en G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir): *Separaciones y divorcios ante notario*, 2016, pp. 105-148, p. 113.

⁴⁰ Sobre el problema *vide* con carácter general, C. GONZÁLEZ BEILFUSS: «La adaptación de normas de competencia territorial: arts. 50, 52 y 54 de la nueva LEC», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2001, pp. 339-363.

En el caso de la nacionalidad bastará la exhibición de los documentos de identidad españoles. En la sentencia *Hadadi* el TJUE afirmó que, si los cónyuges tienen dos nacionalidades comunes, cualquiera de ellas es atributiva de competencia⁴¹. Por tanto, en principio, es indiferente si la nacionalidad española es o no efectiva⁴².

En relación con la residencia habitual, las dificultades a las que se enfrenta el notario no son distintas que las que se le plantean a la autoridad judicial. La noción de residencia habitual no se define legalmente en los Reglamentos europeos. Aunque la jurisprudencia del TJUE no se refiera a la residencia habitual de los cónyuges sino a la del niño, el notario ha de seguir las siguientes pautas derivadas de dicha jurisprudencia. En primer lugar, es indubitado que el concepto ha de interpretarse de manera autónoma y que corresponde a la autoridad competente, en nuestro caso, al notario hacer un examen del conjunto de circunstancias del caso concreto. La residencia habitual es algo más que la mera presencia física y exige un arraigo social, pues ha de tratarse del centro habitual o permanente de intereses de una persona⁴³. Se determina a partir de datos objetivos que reflejen no solo la realidad de la vida familiar sino cuál ha sido la voluntad de los cónyuges. Comprende, por consiguiente, también elementos intencionales o subjetivos, pero no ha de dárseles un valor preponderante pues ello equivaldría a introducir, por la puerta de atrás, la posibilidad de prórroga. El Tribunal Supremo español, ha destacado, por otro lado, que la valoración del conjunto de circunstancias ha de estar guiada por un «criterio realista adaptado a la movilidad de los cónyuges», en el que no debe darse un valor preponderante a la inscripción en el Padrón o el Registro consular⁴⁴.

Es también aplicable al divorcio notarial la regla de litispendencia del art. 19 del Reglamento Bruselas II bis. Por consiguiente, si se hubiera presentado

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de julio de 2009, *Laszlo Hadadi (Hadady)*, C-168/08, EU:C:2009:474.

⁴² Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la jurisprudencia *Hadadi* se refiere a un supuesto en el que las dos nacionalidades comunes eran nacionalidades de Estados Miembros de la Unión Europea. No es aplicable a una pareja residente en el extranjero que además de la nacionalidad común española ostenta la nacionalidad de un Estado tercero, sea o no la del lugar de residencia. En este caso cabría cuestionar la tramitación de un divorcio notarial español. Me parece, no obstante, que el cuestionamiento no se refiere tanto a la competencia del notario español, que podría justificarse en virtud del derecho de acceso al divorcio, sino a la posible falta de efectividad de la escritura pública de divorcio en el extranjero. Como se desarrollará en el apartado correspondiente no puede darse por sentado que la escritura española de divorcio vaya a producir efectos en un Estado tercero, por lo que convendría, tal vez, advertir a las partes.

⁴³ Vide con ulteriores referencias A. LIMANTE: «Establishing habitual residence of adults under the Brussels IIa regulation: best practices from national case-law», *Journal of Private International Law*; 2018, pp. 160-181.

⁴⁴ STS (Sala 1.ª) de 21 de noviembre de 2017, ES:TS:2017:4113. Respecto a esta sentencia véase G. PALAO MORENO: «La residencia habitual como criterio de jurisdicción en materia de divorcio en el Reglamento Bruselas II bis: comentario a la STS de 21 de noviembre de 2017», *REEL*, 2018, pp. 9-14.

demanda de separación, nulidad matrimonial o divorcio ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con anterioridad, el notario debería abstenerse. En coherencia con lo anteriormente desarrollado, la regla se aplica tanto si se ha planteado la petición de divorcio ante tribunales de justicia como ante autoridades administrativas o ante notario, según como esté regulado el divorcio en el Estado extranjero de que se trate. La regla de litispendencia rige si las distintas peticiones se han planteado en Estados miembros, si se tratara de una litispendencia respecto a Estado tercero se aplicaría por analogía el art. 39 de la Ley de cooperación jurídica internacional⁴⁵.

Por la propia naturaleza del divorcio notarial, que presupone, que el divorcio es de mutuo acuerdo, es menos probable que se produzca una situación de litispendencia que típicamente ocurre cuando un cónyuge plantea la demanda en un país y el otro acude a los tribunales de otro. En cualquier caso, no está de más que el notario pregunte a las partes al respecto, pues la existencia de una resolución judicial inconciliable impediría que la escritura pudiera producir efectos extraterritoriales.

El divorcio notarial regido por Derecho español exige que los cónyuges formulen un Convenio regulador sobre las cuestiones enumeradas en el art. 90 del Código civil. Puesto que el divorcio notarial solo cabe si no hay hijos menores de edad ni con la capacidad modificada judicialmente las principales cuestiones que han de acordarse en dicho Convenio son la liquidación del régimen económico matrimonial y las pensiones entre cónyuges.

Ni el Reglamento 2201, ni el Reglamento 1219 contemplan en su ámbito material de aplicación los efectos del divorcio⁴⁶. Por consiguiente, procede examinar la competencia y la ley aplicable a dichos efectos con sujeción a las normas que los rigen.

La competencia del notario para intervenir en materia de régimen económico matrimonial deriva, desde el 29 de enero de 2019, del art. 5 del Reglamento 2016/1103⁴⁷, que dispone que un órgano jurisdiccional competente respecto al divorcio en virtud del Reglamento 2201/2003 será también competente para resolver sobre las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial que surjan en conexión con la demanda de divorcio⁴⁸.

⁴⁵ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

⁴⁶ *Vide* la lista de materias excluidas en los arts. 1.2 de los Reglamentos 2201 y 1259.

⁴⁷ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DO L 183, 8.7.2016.

⁴⁸ Puesto que el divorcio notarial presupone la existencia de acuerdo y la inoperancia del foro del domicilio del demandante, no operan las limitaciones establecidas en el precepto referidas al *forum actoris*.

Por lo que respecta a la pensión compensatoria, la conclusión es análoga, aunque técnicamente plantee una mayor complejidad. El art. 90 del Código civil hace referencia a la pensión compensatoria contemplada en el art. 97, esto se presupone, que es aplicable Derecho español. En nuestro ordenamiento se prevé una compensación para «el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio» que no tiene parangón en otros ordenamientos europeos que, en cambio, establecen pensiones de alimentos entre excónyuges. Puesto que la competencia es una cuestión que se plantea con anterioridad a la ley aplicable, de lo que se trata es de determinar si el notario español que conoce del divorcio es también competente respecto a estas pensiones entre excónyuges. Luego procederá interrogarse acerca de la ley que las rige.

El concepto de obligación alimenticia empleado en el Reglamento europeo de alimentos⁴⁹ ha de interpretarse de manera autónoma⁵⁰. Existen pronunciamientos ya antiguos del Tribunal de Justicia favorables a la calificación alimenticia de la prestación compensatoria⁵¹. La aplicabilidad del Reglamento 4/2009 a la pensión compensatoria es por lo demás pacífica en la doctrina y jurisprudencia españolas⁵². Fue confirmada muy recientemente en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2021⁵³.

Existen dos vías que permitirían atribuir competencia en materia de alimentos al notario frente al cual se tramita el divorcio. El art. 3c) del Reglamento 4/2009 establece, con carácter general, que el órgano jurisdiccional competente respecto de una acción relativa al estado de las personas será también competente en relación con las obligaciones de alimentos accesorias. El art. 4 i) del Reglamento 4/2009 permite, además, que los cónyuges o excónyuges atribuyan competencia en materia de alimentos al órgano jurisdiccional competente para conocer de sus litigios en materia matrimonial.

⁴⁹ Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DO L 7, 10.1.2009.

⁵⁰ Considerando 11 del Reglamento 4/2009.

⁵¹ Sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 1997, asunto C-220/95, *Van den Boogaard*, EU:C:1997:91 y de 6 de marzo de 1980 asunto 120/79, *De Cavel*, EU:C:1980:70.

⁵² A. ORTEGA GIMÉNEZ: La pensión compensatoria entre cónyuges en el derecho internacional privado español. *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2016 (3), pp. 201-212.

⁵³ Tribunal Supremo, Sala Primera, Sentencia 89/2021 de 17 de febrero de 2021, ECLI:ES:TS:2021:532.

III. LEY APLICABLE

Una vez establecida la competencia del notario español, la siguiente cuestión que se plantea es qué ordenamiento ha de aplicarse a la disolución del matrimonio y a los efectos que del mismo derivan. El notario ha de aplicar de oficio las normas de conflicto⁵⁴.

La ley aplicable a la suspensión o extinción del vínculo conyugal se determina a partir de las normas de conflicto del Reglamento 1219/2010. En el art. 5 del mismo se establece que los cónyuges pueden elegir la ley aplicable, limitándose la facultad de elección a la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges en el momento de la designación, o a la ley del foro, esto es a la ley del lugar en el que se tramita el divorcio. En defecto de elección rigen las normas de conflicto objetivas establecidas en el art. 8.

Si ponemos en relación el art. 5 del Reglamento Roma III con las reglas de competencia anteriormente estudiadas cabrá siempre que las partes elijan el Derecho español. La elección de este ordenamiento tiene la evidente ventaja de la facilidad en la aplicación. No solo porque se trata de una ley conocida por el notario sino también porque, desde un punto de vista material, al contemplar el divorcio notarial, contiene reglas adaptadas a la intervención de este funcionario. En algunos supuestos, especialmente en aquellos vinculados con Estados terceros, podría, no obstante, ser interesante valorar la aplicación de un ordenamiento extranjero, si de la aplicabilidad del mismo dependiera, por ejemplo, la validez extraterritorial del divorcio⁵⁵.

Una cuestión que podría plantearse es la elección de algún ordenamiento que conozca el divorcio notarial con el objetivo de eludir las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico español. Podría, por ejemplo, pensarse en elegir el Derecho francés para permitir el divorcio frente a notario español de cónyuges con hijos menores de edad.

En mi opinión, esta estrategia no debería prosperar. Las limitaciones que respecto a la intervención de los notarios establece el ordenamiento jurídico español se refieren a la «jurisdicción». Esa capacidad para divorciar, de la que los notarios carecían hasta que se les atribuyó en virtud de la Ley de jurisdicción voluntaria está sujeto a límites que no se pueden sortear a través de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado, pues la jurisdicción es un *prius* lógico a las normas reguladoras de su ejercicio. Esta interpretación me parece preferible que la efectuada por la DGRN en la Resolución-circular de 2016. En

⁵⁴ Art. 12.6 CC.

⁵⁵ G. MORENO CORDERO: «La identidad causal como condición para el reconocimiento en Colombia de las decisiones españolas de divorcio: incidencia del Reglamento “Roma III”», *REEL*, 2015, pp. 1-40.

ella se dice que «la limitación a matrimonios sin hijos o con hijos capaces y mayores de edad, ligada a la ley aplicable deberá ser apreciada por el notario como regla de orden público». Técnicamente me parece difícil esta aproximación, pues exige argumentar que la atribución al juez de la facultad de disolver matrimonios en los que haya hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente es una regla necesaria para la defensa de los principios fundamentales del Derecho español.

El ejercicio de la facultad de elección de ley que reconoce el Reglamento Roma III ha de ajustarse a las reglas aplicables en materia de capacidad, fondo y forma. La capacidad para celebrar el acuerdo de elección de ley se excluye del ámbito de aplicación del Reglamento y ha de regirse por la ley personal de cada uno de los cónyuges conforme estipula el art. 9.1 CC. En relación con el consentimiento y la validez material el art. 6 del Reglamento Roma III establecen la aplicación de la ley elegida.

Por lo que respecta a la forma, el Reglamento establece unas reglas mínimas que habrán de completarse con las establecidas por el ordenamiento del Estado miembro participante⁵⁶ correspondiente a la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la elección (art. 7.2)⁵⁷. Si residieran en Estados miembros participantes distintos bastaría con que se respetaran las normas de uno de ellos (art. 7.3). Si únicamente uno de los cónyuges residiera en un Estado miembro participante serían aplicables las reglas de forma establecidas en dicho ordenamiento jurídico (art. 7.4) y, *a sensu contrario*, no son aplicables reglas de forma adicionales, si ninguno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante en el momento de la elección. Bastaría, por consiguiente, que el pacto de elección de ley constara por escrito y estuviere fechado y firmado por ambos cónyuges (art. 7.1).

En este contexto ha de tenerse en cuenta que España declaró que el pacto de elección de ley «debe concluirse en un documento público con fuerza ejecutiva (ante un notario público) o un “documento auténtico” (un documento cuya fecha y firmas por las partes sean inequívocas, aun si no adopta la forma de un instrumento notarial)». Estas limitaciones no operarían en caso de que la elección de ley la formularan cónyuges de nacionalidad española residentes en el extranjero o si uno de los cónyuges residiera en un Estado miembro participante que hubiera establecido reglas más laxas.

En la práctica ha de entenderse, que, puesto que el divorcio notarial implica el otorgamiento de escritura pública, el pacto de elección de ley figurará en escritura pública. Lo que plantea dificultades es el cumplimiento de las reglas respecto al momento en el cual hay que realizar el pacto de elección de ley. El

⁵⁶ El Reglamento Roma III se aprobó a través del procedimiento de cooperación reforzada. Por consiguiente, no todos los Estados miembros son estados miembros participantes.

⁵⁷ La información respecto a estos requisitos puede consultarse el portal e-justicia.

Reglamento establece que solo puede efectuarse tras el inicio del procedimiento, si la ley del foro así lo establece. España comunicó en su momento que «según la legislación española, los cónyuges no pueden designar la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento». Para cumplir con lo declarado, la Resolución-circular de la Dirección General propone que se otorguen dos escrituras, una de determinación de la ley aplicable inmediatamente anterior a la de separación y divorcio. Esta estratagema no oculta, en mi opinión que estamos frente a un supuesto de unidad de acto. Encarece innecesariamente el divorcio ante notario cuando concurre un elemento internacional⁵⁸, por lo que debería valorarse la modificación de lo declarado por España.

Siendo aplicable el Derecho español, será necesario cumplir con los requisitos en él establecidos. Se ha de comprobar, en primer lugar, que el matrimonio existe y, si se ha celebrado en el extranjero, que es susceptible de reconocimiento⁵⁹. Seguidamente, se habrá de verificar que el matrimonio ha tenido una duración de al menos tres meses y que los cónyuges están de acuerdo en su disolución. Como cuestión de procedimiento, y por tanto independientemente de cuál sea la ley rectora del divorcio, es preceptivo que los cónyuges comparezcan personalmente ante el notario asistidos por letrado⁶⁰.

La ley española exige además que las partes presenten un Convenio regulador relativo a los efectos derivados de su separación o divorcio. Como ocurre en materia de competencia, la ley aplicable al divorcio se refiere únicamente a la disolución del matrimonio y no alcanza a sus efectos. Respecto a las pensiones de alimentos entre excónyuges, concepto que ha de definirse de manera autónoma e incluye, como hemos visto, las pensiones compensatorias, procede aplicar el Protocolo de La Haya de 2007⁶¹, al que remite el art. 15 del Reglamento 4/2009. En el art. 8 del citado instrumento se permite a las partes elegir la ley aplicable a la separación y divorcio, cabiendo también la opción por la ley de la nacionalidad o residencia habitual de las partes en el momento de la designación. En virtud de la nueva redacción del art. 9.7 del Código civil las reglas del Protocolo se aplicarán también para los conflictos de leyes internos, debiéndose únicamente sustituir la conexión nacionalidad por la vecindad civil.

⁵⁸ Puede prescindirse del pacto de elección de ley si los cónyuges tienen residencia habitual común en España en el momento en el que inician el expediente pues la aplicación del Derecho español ya resulta de la norma de conflicto objetiva contenida en el art. 8.

⁵⁹ Si el matrimonio no constara inscrito en el Registro civil español, por no haberse celebrado en España o no afectar a nacionales españoles la existencia del matrimonio deberá ser valorada por el notario español a partir de la aportación del certificado de matrimonio o documento extranjero equivalente,

⁶⁰ Entiendo que se trata de una regla de procedimiento pese a estar contenida en el art. 82.2 del Código civil, pues la naturaleza jurídica de una norma es independiente de su sede.

⁶¹ Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias. DOUE núm. 331, de 16 de diciembre de 2009.

Puesto que los acuerdos en materia de pensiones pueden tener vocación de ser duraderos en el tiempo el notario español debería extremar sus cautelas para evitar que con posterioridad una de las partes intente invalidarlos. Es, en primer lugar, esencial tener en cuenta que el art. 8.4 del Protocolo contiene una regla especial relativa a la renuncia al derecho de alimentos. Se establece que esta cuestión se rige por la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos. Adicionalmente, el art. 8.5 establece que el acuerdo de elección de ley no se aplicará si conlleva consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes, a menos que las partes fueran debidamente informadas y conscientes de las consecuencias derivadas de la ley designada⁶².

El Convenio regulador ha de contener además los acuerdos relativos a la disolución del régimen económico matrimonial. La ley aplicable a este se determinará conforme a la ley designada por el art. 9.2 del Código civil, en sus diferentes versiones según cual sea la fecha de celebración del matrimonio⁶³.

En caso de que el matrimonio se hubiera celebrado con posterioridad al 29 de enero de 2019, sería aplicable el Reglamento europeo en materia de régimen económico matrimonial. Este instrumento permite, como es sabido, la elección de ley, no únicamente en el momento de celebración del matrimonio sino con posterioridad, durante el matrimonio, por lo que cabría pensar en una elección de ley en el momento de disolución del matrimonio. Ha de tenerse, en cuenta, sin embargo, que, salvo pacto en contrario, el acuerdo solo produce efectos *ex nunc* y que en todo caso quedan salvaguardados los derechos de terceros. Por otro lado, corresponde al notario velar porque los acuerdos no perjudiquen a uno de los cónyuges. Para ello se habrá de comparar el resultado del acuerdo con lo que hubiera correspondido a las partes de acuerdo con la ley aplicable con anterioridad a la elección. Adicionalmente se ha de tener presente que las normas del Reglamento no determinan cuál es el concreto ordenamiento jurídico español que rige. Este se determina en virtud del art. 9.2 del Código civil, lo que plantea dos tipos de dificultades. El art. 9.2 permite únicamente la elección de la ley aplicable si se carece de vecindad civil común y limita además la autonomía de la voluntad conflictual al momento anterior a la celebración del matrimonio.

⁶² Estas reglas deben respetarse para evitar una impugnación del acuerdo de elección de ley en los Estados vinculados por el Protocolo. En los demás Estados dicha impugnación dependerá de las reglas de Derecho internacional privado del foro.

⁶³ La versión actual del art. 9.2 se introdujo en virtud de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo y se aplica a los matrimonios celebrados con posterioridad a su entrada en vigor. El texto anterior, que en defecto de nacionalidad común establecía la aplicación de la ley nacional del marido ha de considerarse afectado por inconstitucionalidad sobrevenida una vez entra en vigor la Constitución del 78. Los matrimonios celebrados con posterioridad se sujetarían a la ley de la residencia habitual común. *Vide A. LAMARCA I MARQUÈS: «Règim econòmic dels matrimonis catalans celebrats entre el 29/12/1978 i el 6/11/1990, de l'art. 9.2 CC en la redacció anterior a la Llei 11/1990, de 15 d'octubre», Revista Jurídica de Catalunya, 2002, pp. 737-770.*

IV. RECONOCIMIENTO DE DIVORCIOS NOTARIALES EN EL EXTRANJERO

¿Cuál es la suerte de un divorcio notarial español en el extranjero, en el país en el que uno u ambos cónyuges tuvieron la residencia habitual o del que fueran nacionales? Depende, obviamente, de las normas de Derecho internacional privado en vigor en el Estado de que se trate.

Tratándose de un Estado tercero el notario español debería extremar las cautelas y realizar las oportunas advertencias a los cónyuges. Podría ser que en un Estado tercero se entendiera que la disolución del matrimonio solo se puede reconocer si ha sido consecuencia de una decisión judicial. Como ya se ha señalado anteriormente hay además Estados que controlan la ley aplicada al divorcio, haciendo depender el reconocimiento de los divorcios de sus nacionales de que se haya aplicado la ley nacional.

El reconocimiento de un divorcio notarial español en los demás Estados de la Unión Europea participantes en la cooperación civil se sujeta, en cambio, a las reglas europeas. Nuevamente hay que distinguir entre la disolución del vínculo a la que se aplica el Reglamento 2201/2003 y los efectos de la misma sujetos respectivamente a los Reglamentos 4/2009 y 2016/1103. Por lo que respecta a la aplicabilidad del Reglamento 2201/2003 se suscitan las dudas anteriormente examinadas en relación a si los divorcios «privados» se incluyen o no en el ámbito de aplicación material. En tanto y cuanto el divorcio notarial español está sujeto a la supervisión de una autoridad judicial podría afirmarse dicha aplicabilidad.

Todos estos instrumentos distinguen entre el tratamiento que se ha de dispensar a las resoluciones judiciales extranjeras y el que corresponde a los documentos públicos. En relación a las primeras las facilidades son mayores porque se renuncia al control de la competencia judicial internacional y al control de la ley aplicada.

Por consiguiente, habría que decidir si la escritura notarial de divorcio española se asimila o no a una resolución judicial. En la Resolución-circular de 2016, la Dirección General abordó la cuestión de la emisión del certificado previsto en el art. 39 del Reglamento 2201/2003. Daba por sentado que el notario español es un órgano jurisdiccional y que las escrituras públicas de divorcio o separación han de reconocerse como decisiones judiciales y no como documentos públicos. El problema que se abordaba es que mientras que la Disposición final vigésima segunda de la Ley 15/2015 designa al secretario judicial como autoridad competente para emitir el certificado, omite, incomprensiblemente, toda referencia al notario. Entendió la Dirección General que para salvar esta circunstancia se han de seguir las reglas de los Reglamentos sobre el título ejecutivo europeo⁶⁴ y de su-

⁶⁴ Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, DO L 143, 30.4.2004.

cesiones⁶⁵. Por consiguiente, el notario debe expedir el certificado incorporando copia a la matriz de la escritura de separación y divorcio, si las partes lo solicitan. Si lo hicieran con posterioridad al otorgamiento de la escritura pública de separación o divorcio, cabría que el notario expidiera el certificado mediante un acta de la que tendría que dejar nota de relación en la matriz y las copias de la escritura de separación y divorcio.

En la doctrina alemana ya se anticipó que para garantizar la libre circulación de los divorcios notariales españoles e italianos se imponía que se asimilara la escritura pública de separación y divorcio a una resolución judicial⁶⁶. Las dudas que pudiera haber al respecto se han disipado en el nuevo Reglamento 2019/1111, pues el Considerando (70) del Preámbulo dispone que «los documentos públicos y los acuerdos entre partes relativos a la separación legal y al divorcio que tengan efecto jurídico vinculante en un Estado miembro deben asimilarse a “resoluciones” a efectos de la aplicación de las normas sobre reconocimiento».

⁶⁵ Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DO L 201, 27.7.2012.

⁶⁶ *Vide* T. HELMS: “Neue Entwicklungen im Scheidungsrecht als Herausforderung für das Internationale Privatrecht” en A. DUTTA, D. SCHWAB, D. HENRICH, P. GOTTFELD y M. LÖHNIG: *Scheidung ohne Gericht? Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*, Bielefeld: Gieseking, 2017, pp. 337-351, p. 347.

FIDEICOMISO *INTER VIVOS*, FUNDACIÓN DE INTERÉS PARTICULAR Y FIDUCIA EXPRESA: UNA PROPUESTA DE POLÍTICA JURÍDICA

por
PABLO SALVADOR CODERCH
*Académico de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*
11 de mayo de 2021

1. EL FIDEICOMISO *INTER VIVOS* COMO PATRIMONIO SEPARADO, COMO PERSONA JURÍDICA Y LA EXCLUSIÓN LEGAL DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PARTICULAR: ¿TAMBIÉN DE *LEGE FERENDA*?

En el fideicomiso *inter vivos*, el fideicomitente, persona física o jurídica, dispone de bienes de su propiedad a favor de un propietario fiduciario, quien habrá de administrarlos y, en su caso, disponer de ellos, en beneficio de una o varias personas beneficiarias, durante un tiempo limitado por el título de constitución dentro del máximo determinado por la ley.

El fideicomiso constituye un patrimonio de afectación, separado y distinto del patrimonio del fiduciario, no responde por las deudas anteriores de este y, en la propuesta que aquí se formula, habría de ser de constitución expresa y formal, en escritura pública. Al igual que en el caso de la fiducia es defendible la exigencia de causa onerosa.

Hay muchos supuestos de patrimonios separados en el derecho vigente. Por solo citar el más característico y cercano al que es objeto de esta Comunicación, véanse arts. 998 y 1010 yss. del Código Civil español y art. 461-20 del Codi Civil de Catalunya, sobre el beneficio de inventario, cuyo efecto básico es la separación patrimonial.

Para gozar, además, de personalidad jurídica, el fideicomiso habría de poder constituirse como una fundación de interés particular o familiar, pero, probablemente, de duración temporal para evitar objeciones históricas relacionadas con la propiedad vinculada.

A ello se oponen obstáculos de nota, pero ninguno es de naturaleza constitucional: la figura del fideicomiso *inter vivos*, entendido como fundación de inte-

rés particular, no está prohibida por el derecho español, no hay una prohibición constitucional de su constitución.

Es cierto que la legislación actualmente vigente en materia de fundaciones prohíbe la constitución de fundaciones de interés particular o familiar, pero incluso y como veremos tal legislación reconoce una salvedad de nota. Una cosa es que el derecho vigente excluya, *de lege lata*, las fundaciones de interés particular o familiar; otra que ello sea así *de lege ferenda*.

En efecto, en el derecho español, el art. 34 de la Constitución Española reconoce «el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley». Luego la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, establece que las «fundaciones deberán perseguir fines de interés general» (art. 3.1), añadiendo que «[n] ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general» (art. 3.3).

Pero, con independencia del *nomen* «fundación», no hay ninguna buena razón para excluir la regulabilidad del fideicomiso *inter vivos*, con personalidad jurídica. El derecho español regula las fundaciones para fines de interés general, pero no prohíbe la constitución de fideicomisos *inter vivos*, ni por supuesto la de fundaciones en sentido estricto —de interés general— cuyo patrimonio incluya la propiedad de acciones o participaciones en compañías mercantiles. En todo caso, la exclusión histórica de las fundaciones de interés particular no obedece a razones de orden público, como pone de manifiesto la circunstancia de que el derecho español no rechaza la constitución de tales fundaciones, de acuerdo con, por ejemplo, el sistema legal de un ordenamiento nacional de un Estado miembro de la Unión Europea que así lo haga.

Un ejemplo de referencia es un tipo de fundación holandesa, la *Stichting Administratienkantoor (STAK)*, en inglés «*Trust Foundation*». Cumpliendo sus requisitos legales, la fundación es un instrumento utilizado para separar el control de los beneficios financieros, permite la planificación multigeneracional de compañías familiares y provee una alternativa civil al trust del *Common Law*. El derecho civil holandés de fundaciones (arts. 2:285 del Código Civil holandés y concordantes) permite la constitución de una fundación cuya finalidad sea la tenencia, gestión y disposición de activos en interés de terceros, que no sean los fundadores, o los miembros de sus órganos de administración o control.

A veces, la doctrina no parte de la base de que las fundaciones de interés particular no están reguladas en el derecho español, sino de que no son regulables, es decir, que están prohibidas, pero no es así, pues ni son contrarias al orden público, ni el derecho español desconoce patrimonios separados, ni patrimonios personificados de acuerdo con un sistema jurídico que los acoja, ni, incluso, des-

conoce salvedades a la exigencia legal de perseguir fines de interés general y en beneficio de colectividades genéricas de personas.

Véase, en relación con la doctrina comentada, la síntesis de Jesús Alfaro, *La fundación como persona jurídica*, en El Almacén de Derecho, 7 de julio de 2015. Para el autor, las finalidades de las fundaciones de interés particular, excluidas *a radice* por nuestro sistema jurídico, pueden conseguirse en España mediante las sociedades unipersonales.

Ciertamente, el art. 3.3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones dice que «[e]n ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador, a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general». Pero a continuación el siguiente apartado 4 del mismo art. 3 establece un caso en el cual sí podrán constituirse tales fundaciones: aquel en el cual «la finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español». En todo caso, en este texto se propugna de *lege ferenda* la ampliación a los negocios *inter vivos* de las alternativas que el derecho sucesorio reconoce en materia de sustituciones fideicomisarias, aunque siempre con una duración limitada a, por ejemplo, 50, 75 o 99 años. Exigencias de transparencia, de constitución expresa y formal, de aplicación rigurosa de las disposiciones aplicables a la fiducia en el derecho tributario español deberían bastar para alejar la sospecha de fraude a terceros. Asimismo, un adecuado tratamiento tributario de la figura descartaría el fraude a un tercero cualificado, Hacienda Pública, cuestión que desarrolla en otra sede.

En todo caso, una regulación futura del fideicomiso *inter vivos* habría de partir de una paralela regulación general de la fiducia, de la propiedad fiduciaria.

2. FIDUCIA DE GESTIÓN Y DE SEGURIDAD O GARANTÍA

A diferencia del derecho de propiedad, que es derecho naturalmente perpetuo, la fiducia es temporal. Pero, a diferencia también del mandato representativo, que es instrumental y suele ser naturalmente constituido para la realización de uno o más actos o negocios jurídicos concretos, la fiducia establece una posición jurídica subjetiva formal y duradera. Dos contenidos posibles y muy básicos son la fiducia de gestión (*Verwaltungstreuhand*), en cuya virtud, el fiduciario gestiona los bienes fiduciarios en beneficio del fiduciante o de terceros, y la fiducia de seguridad o garantía (*Sicherungstreuhand*), por la cual, «se transmite al acreedor la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho mediante una forma eficaz frente a terceros y, cumplida la obligación garantizada, el transmitente podrá exigir del fiduciario la retransmisión de la propiedad o del derecho cedido» (Ley 466

de la Compilación Navarra), (Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2. Aufl. Mohr, Siebeck, Tübingen, 2006, n 1312, pp. 499 y ss.).

La prohibición del pacto comisorio en el art. 1859 del Código Civil español obsta claramente a la venta en garantía con efectos transmisivos de la propiedad plena (aunque no, en cambio, a aquella que tiene lugar tras la concesión del crédito). A la venta se asimila la concesión de una opción de compra, pero no necesariamente la constitución de un derecho de tanteo o retracto a favor del acreedor para el caso en que el deudor resuelva vender a un tercero (véase Ramón Durán Rivacoba, *La propiedad en garantía; prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998. Recientemente: Sergio Tudela Chordá, *La prohibición del pacto comisorio en los negocios fiduciarios cum creditore*. Revista de Derecho UNED, 17, 2015, pp. 511 y ss.). Pero la fiducia no transmite la propiedad real, pura y simple, sino que tiene una finalidad de garantía más estricta y que no lleva aparejado el pacto comisorio, antes bien el pacto que instrumenta la fiducia conlleva la exigencia de retransmisión de la titularidad formal. Un pacto comisorio adicional está sujeto al art. 1859 CC (véase STS, 1.ª, 312/2020, de 4 de febrero y las allí citadas). El derecho civil catalán, en cambio, desconoce una prohibición general del pacto comisorio (véanse, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de febrero de 2019 y 28 de febrero de 2019).

3. MODELOS REGULATORIOS DE LA FIDUCIA: PREFERENCIA POR LOS MODELOS DEL CIVIL LAW. DOCTRINA ESPAÑOLA

Y a diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de las jurisdicciones del *Common Law*, donde se regula el *trust*, y en muchas jurisdicciones del *Civil Law*, donde se regulan el *trust* mismo, o instituciones funcionalmente análogas, como la fundación de interés particular, la fundación familiar, el fideicomiso *inter vivos*, o los patrimonios protegidos, el derecho español no acoge generalmente una regulación típica de la propiedad fiduciaria.

En cambio, en la mayor parte de los ordenamientos latinoamericanos, la figura del fideicomiso, como trasunto del *trust*, es ampliamente conocida y regulada. Por ejemplo, en el derecho argentino, la Ley 24.441, de 22 de diciembre de 1994, de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, estableció que «habrá fideicomiso cuando una persona fiduciante transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario». El contrato establece un patrimonio de afectación, sin personalidad jurídica por una duración no superior a treinta años. Esta regulación, con algunos cambios, pasó a integrar los arts. 1666 a 1700 del Código Civil y Comercial de la Nación, en vigor

desde 1 de agosto de 2015. Véanse además el art. 733 del ejemplar Código Civil de Chile o, para México, el art. 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de la Federación, de 27 de agosto de 1932, última actualización, 1.3.2021, o los artículos 794 y ss. del Código Civil de Colombia.

Urge un modelo regulatorio general, pero expreso, de la fiducia. El derecho español es, en este punto, una anomalía: no hay ninguna buena razón para que el derecho español sea uno de los pocos ordenamientos europeos continentales que carezcan de una regulación genérica de la fiducia y de sus efectos. La fiducia está regulada en sistemas tan próximos al nuestro como el francés o el italiano. Y no la hay porque se pierde sin ella una institución que, razonablemente regulada, permite alcanzar finalidades merecedoras de tutela legal y evitar los riesgos, tradicionalmente asociados a esta figura, de fraude de derechos de terceros.

No se contempla en estas líneas, la recepción de los modelos angloamericanos del trust, propios del *Common Law*, como el amplísimamente contemplado en el *Restatement of the Law Third, Trusts*, vols. 1 a 4, del *American Law Institute*. En este apunte, se considera preferible un modelo del *Civil Law*, como concretamente, el ejemplo francés de la Loi n.º 2007-211, du 19.2.2007, arts. 2011 y ss. del *Code Civil*.

El artículo 2 de la Ley Hipotecaria permitiría la inscripción de una futura regulación de la propiedad fiduciaria inmobiliaria en el Registro de la Propiedad.

El art. 2645-ter del *Codice Civile Italiano* prevé la transcripción de los actos y negocios en forma pública por los cuales bienes inmuebles o bienes muebles inscritos en registros públicos son destinados, por una duración no superior a 90 años o durante la vida de una persona física beneficiaria, a la realización de intereses merecedores de tutela referidas a personas con discapacidad, administraciones públicas u otros entes y personas físicas en el sentido del art. 1322, segundo párrafo, a fin de permitir la oponibilidad a terceros del vínculo de la destinación. Los bienes afectados únicamente pueden ser empleados en la realización de la finalidad prevista y pueden ser objeto de ejecución únicamente por las deudas contraídas con tal finalidad.

En estas líneas se propone regular la posibilidad de que una persona física o jurídica, el fiduciante, constituya formal y expresamente —en escritura pública— y de acuerdo con otra u otras, como fiduciarios, un patrimonio separado en propiedad temporal de estos últimos y en interés, al menos parcialmente, del fiduciante mismo o de una o varias terceras personas como beneficiarios. No se excluye el que la fiducia sea también constituida en interés parcial del fiduciario, pero sí que lo sea en el suyo exclusivo. No se contempla la constitución de un patrimonio fiduciario por acto o negocio unilateral *inter vivos*.

El negocio jurídico fiduciario fue entendido tradicionalmente como uno tal que generaba un doble efecto jurídico, real, el primero y transmisivo de la propiedad, y obligatorio el segundo, el cual limitaba entre las partes las facultades del

fiduciario, en beneficio de un tercero (*fiducia cum amico*), o en garantía del pago de una deuda (*fiducia cum creditore*). Por todos, puede verse la obra clásica editada por Richard Helmbolz y Reinhard Zimmermann, *Itinera Fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Duncker & Humblott, Berlín, 1998.

En España, hace poco más de medio siglo, el gran civilista Federico de Castro y Bravo (1903-1983), unificó la figura del negocio fiduciario con base en la *causa fiduciae* y caracterizó al fiduciario como un propietario o titular formal limitado por el pacto fiduciario (*El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, capítulo IV, pp. 379 y ss.). Pero la institución nunca acabó de emanciparse del entorno de los negocios anómalos.

Al respecto, la obra de referencia es el libro de Sergio Cámara Lapuente, *La fiducia sucesoria secreta*, Dykinson, Madrid, 1996. Del mismo autor: *Trusts y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión*. En Consejo General del Notariado, «*La autonomía de la voluntad en el Derecho privado (Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado)*, Tomo I, *Derecho de la persona, la familia y la sucesión*». Wolters-Kluwer, Madrid, 2012. También Sonia Martín Santisteban, *La afectación de bienes en el ámbito del Derecho de la persona, la familia y la sucesión*, Tirana, 2020.

Pese a los años transcurridos desde la construcción de la tesis de la *causa fiduciae*, la asimetría entre el efecto real, transmisivo del dominio formal, y el pacto fiduciario obligacional, limitativo de aquel —privado y, a menudo, reservado o secreto— permanece en la práctica real del negocio fiduciario, con el riesgo de fraude de derechos de terceros, fundamentalmente de los acreedores del fiduciante, o del fiduciario mismo y, señaladamente, de la Hacienda Pública. Así, en nuestro derecho, la fiducia es un negocio marginal, situado fuera de los perfiles típicos de la regulación del derecho de propiedad. Como en la obra mencionada de F. de Castro, la fiducia aparece horquillada entre el negocio simulado, o no querido como expresado, y el negocio indirecto, querido ciertamente, pero con finalidades distintas de las que le son típicas. Y así ocurre en la nutrida jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la cual, la fiducia es considerada válida en función de las circunstancias del caso y, siempre, en ausencia de fraude a terceros.

La fiducia en sentido propio —*Treuhand* en la tradición jurídica alemana— se diferencia de la representación indirecta, aunque coincida con ella en su finalidad de salvaguarda de intereses ajenos por parte del fiduciario, quien actúa en nombre propio, pero en interés del fiduciante mismo o de otras personas. Basta con que el fiduciario no esté facultado para ejercer el derecho que le ha sido transferido en interés exclusivamente propio, pero puede estarlo parcialmente (*Volrrechtstreuhand*). Cabe también la posibilidad de que el fiduciario haya recibido únicamente el poder de disposición de los bienes o derechos que se le ha encargado gestionar (*Ermächtigungstreuhand*). Típicamente, la fiducia, en cual-

quiera de las formas anteriores, no se constituye, como la representación, para un solo acto o negocio, o para un tiempo limitado, sino para la realización de una actividad duradera (cfr., por ejemplo, Karl Larenz/Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, (8. Aufl. München, Beck, 1997, parágrafo 46, n.º 28 y ss., pp. 866 y ss). La fiducia de pura gestión y administración —sin facultades de uso ni disfrute, ni dispositivas en favor del fiduciario— es concebible como un tipo distinto al mandato, incluso irrevocable, si se establece como tal, y con una duración lo suficientemente larga como para configurar la posición jurídica del fiduciario como mucho más fuerte que la del mandatario típico.

4. EL MODELO REGULATORIO DEL *CODE CIVIL* FRANCÉS: LA FIDUCIA EXPRESA

Una solución razonable es establecer en el Código Civil una regulación típica de la fiducia, formalmente constituida, transparente y normativamente delimitada en sus efectos. Un modelo próximo, históricamente muy cercano lo ofrece el *Code Civil Français*, el cual acogió la fiducia en 2007.

El art. 2011 del *Code Civil*, en relación con su art. 2016, definen la fiducia de modo similar a como se ha hecho en las líneas anteriores (« *La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires que, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». « *Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie* »).

La fiducia, legal o contractual, ha de ser necesariamente expresa y, en determinados casos, ha de constituirse en escritura pública: no hay fiducias tácitas. Se excluye además la fiducia con ánimo liberal en beneficio de un tercero, la cual es radicalmente nula (art. 2012).

Si los bienes transmitidos son inmuebles o derechos reales inmobiliarios, rigen estrictos requisitos de registro y publicidad fiscales y el fiduciario asume obligaciones contables muy rigurosas.

Solo pueden ser fiduciarios los establecimientos de crédito y las entidades financieras que determina la ley, las compañías de seguros y los abogados (art. 2015). Los fiduciarios disponen de amplios poderes de gestión presuntos.

El fiduciante que sea persona física no puede renunciar a la facultad de designar a una tercera persona que asegure la preservación de sus intereses en la ejecución de la fiducia y que pueda disponer de los poderes y facultades del fiduciante (art. 2017).

El contenido mínimo de la fiducia requiere para su validez:

- 1) La determinación de los bienes, derechos o garantías transmitidos.

- 2) La duración de la fiducia, que no puede exceder los 99 años.
- 3) La identidad de los constituyentes de la fiducia.
- 4) La identidad de los fiduciarios.
- 5) La identidad de los beneficiarios, o, en su defecto, las reglas que establezcan su determinación.
- 6) La misión de los fiduciarios, así como la extensión de sus poderes de gestión y disposición (art. 2018).

La cesión de créditos derivada de la fiducia produce efectos desde la fecha de esta, pero es inoponible al deudor al que no se le haya notificado (art. 2018-2). La exigencia de registro a efectos fiscales es condición de validez de la fiducia, la cual es nula si no se lleva a cabo en un mes. Igualmente rigen requisitos muy estrictos de designación de beneficiarios, a efectos tributarios, pues, so pena de nulidad, el contrato de fiducia y sus accesorios deben ser registrados en el plazo de un mes, a contar de la fecha de su constitución, en el servicio de impuestos del domicilio del fiduciario, o en el servicio de impuestos de no residentes, si el fiduciario no tiene domicilio en Francia (art. 2019). Se constituye un registro nacional de fiducias (art. 2020). El fiduciario ha de indicar siempre cuando actúa por cuenta de la fiducia (art. 2021).

La fiducia supone la constitución de un patrimonio separado, de afectación, pero carece de personalidad jurídica. En todo caso, el patrimonio fiduciario no responde ante los acreedores personales del fiduciario, los acreedores personales del constituyente tampoco pueden acceder al patrimonio fiduciario salvo fraude, como tampoco pueden hacerlos los acreedores de los terceros beneficiarios. Sin embargo, los acreedores del patrimonio fiduciario que no hayan aceptado la limitación de responsabilidad de este pueden agredir el patrimonio del fiduciante si aquel es insuficiente.

En sus relaciones con terceros, se presume que el fiduciario tiene las facultades y poderes más amplios disponibles sobre el patrimonio fiduciario, a menos que resulte probado que los terceros conocían las limitaciones de sus poderes (art. 2023).

El patrimonio fiduciario responde por las deudas nacidas de su conservación y gestión, salvo fraude o por aquellas deudas del constituyente nacidas antes de la constitución de la fiducia. Igualmente, en el caso de insuficiencia del patrimonio fiduciario, salvo estipulación contraria en el contrato de fiducia, en virtud de la cual, se excluya la responsabilidad subsidiaria del patrimonio del fiduciante; el contrato de fiducia puede limitar la responsabilidad por el pasivo fiduciario al patrimonio fiduciario, pero esta cláusula solo es oponible a los acreedores que la hayan aceptado expresamente (art. 2025). El fiduciario responde con su propio patrimonio por dolo o culpa en el ejercicio de su misión (art. 2026) y, en todo caso de incumplimiento de sus obligaciones o de puesta en peligro de los intereses

que le han sido confiados, el fiduciante, los beneficiarios, o el tercero designado por aplicación del art. 2017 pueden pedir al juez la sustitución del fiduciario o el nombramiento de un fiduciario provisional (art. 2027).

La fiducia se extingue por el fallecimiento de su constituyente que sea persona física, la finalización de su duración, la realización de las finalidades perseguidas por la fiducia, la renuncia de los beneficiarios a la fiducia, el concurso y liquidación del fiduciario persona física, o su disolución y liquidación si es persona jurídica, o su inhabilitación profesional si es abogado (art. 2029).

TRIBUNALS COL·LEGIATS:
La col·legialitat i les opinions individuals
Pràctiques i mètodes de deliberació

EL CAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL D'ANDORRA
I ALGUNA REFERÈNCIA AL SISTEMA ESPANYOL

per
JOSEP-D. GUÀRDIA i CANELA
*Acadèmic de Número i ex-President de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya.
President del Tribunal Constitucional del Principat d'Andorra
1 de juny de 2021*

I. INTRODUCCIÓ

Aquesta comunicació neix d'una inquietud que sovint m'ha voltat sobre el capteniment dels òrgans judicials col·legiats¹. Té uns precedents una mica anecdòtics². L'havia detectat tant en l'inici de la meva activitat professional³ com

¹ Cal tenir present que pertanyo a una generació que, en els inicis de la seva activitat professional (1966), pràcticament —amb alguna mínima excepció— no entrava en contacte amb els vots reservats en el si dels Tribunals col·legiats, que no començaren a proliferar fins després de l'entrada en vigor de la Llei Orgànica del Poder Judicial (1985).

² A inicis dels anys vuitanta del segle passat, m'ocupava com a membre de la Junta de Govern del Deganat d'Antonio Plasencia, de la Direcció de l'Escola de Pràctica Jurídica «Frederic Roda Ventura» de l'ICAB. Amb aquest motiu vaig ser invitat a una reunió dels organismes equivalents francesos que es va celebrar a Annecy (Haute Savoie), ciutat a la que em sentia vinculat des de la meua joventut. En aquesta reunió, els col·legues francesos s'estranyaren que hi participés el representant d'un organisme similar als seus, del nostre país. Per ells, l'únic sistema a imitar era l'alemany i els sorprenia —i alhora satisfieia— que nosaltres hi anéssim a aprendre de les seves experiències. Doncs bé, un dels temes que més debat va suscitar fou el de si els advocats en formació podien i havien d'assistir a deliberacions dels tribunals col·legiats per veure, des de dins com es desenvolupaven i com s'havia de garantir el secret de les informacions que en aquestes sessions rebien.

³ Per diverses circumstàncies des de l'inici de la meua actuació com advocat (finals dels seixanta i inicis dels setanta), vaig haver d'intervenir en vistes o judicis orals en les diverses Sales i Seccions de l'Audiència Territorial i l'Audiència Provincial de Barcelona. Recordo que en una ocasió un dels magistrats més prestigiosos entre els que les integraven, a la meua pregunta sobre si es discutien molt les ponències em va contestar que, en un principi, ell sí, però posteriorment

formant part en més d'una ocasió d'un òrgan arbitral col·lectiu del Tribunal Arbitral de Barcelona⁴. Es va fer més present amb ocasió del meu nomenament com a Magistrat del Tribunal Constitucional d'Andorra⁵. I ara he constatat que segueix essent d'actualitat⁶, ja que ha constituït l'objecte de la Conferència de l'Associació dels Tribunals Constitucionals Francòfons, de la qual forma part el Principat d'Andorra, celebrada⁷ telemàticament el passat mes de maig d'enguany⁸.

La meua voluntat no és òbviament resoldre un problema tan complex ni tan sols donar una resposta personal definitiva, sinó posar sobre la taula per a discussió per part dels companys acadèmics, especialment els Magistrats i els advocats que han estat àrbitres, un tema d'indubtable interès teòric i pràctic.

La comunicació intentarà presentar l'estat de la qüestió en el món doctrinal i en el camp d'alguns Tribunals Constitucionals, amb una evident projecció sobre el cas d'Andorra que conec amb una certa profunditat i el cas espanyol.

Tractaré doncs del sentit de la col·legialitat en els òrgans judicials pluripersonals i de les conseqüències sobre el secret de les deliberacions i decisions i el sentit dels vots separats, particulars o dissidents.

cada vegada menys perquè quan dissentia, se l'instava a que fos ell qui redactés la ponència. Estic convençut que ara les coses han canviat però el fet és real i em va impressionar molt.

⁴ A part de les designacions directes «ad hoc», per les parts, en dues ocasions vaig formar part d'un Tribunal arbitral col·legiat, en les dues amb el recordat Josep-J. Pintó i Ruiz (a.C.s). En el primer cas, presidia jo i en el segon, ell. Vaig aprendre força sobre el funcionament dels òrgans jurisdiccionals col·legiats. Aprofito l'avinentsa per recordar, molt agraït, totes les amabilitats dels companys acadèmics que han format part de la Junta Directiva del TAB, qui en fou el primer president Antoni de P. Escura Viñuela (a.C.s.) i els que afortunadament segueixen entre nosaltres, Elías Campo Villegas i el nostre actual president, Francesc Tusquets Trias de Bes.

⁵ Des de desembre 2017 fins l'actualitat han estat aproximadament tres-centes les resolucions —autes i sentències— que hem dictat en aquest Tribunal col·legiat. En ell he advertit amb molta major claredat els avantatges i els inconvenients en el funcionament d'aquest tipus de Tribunals.

⁶ Ja l'any 2000, *Cabiers du Conseil Constitutionnel*, número 8, el mes de juliol, va publicar en l'apartat « Études et doctrine » una sèrie de treballs, coordinats per qui en l'actualitat és Magistrat del Tribunal Constitucional d'Andorra, Dominique Rousseau i amb la participació de qui també ho va ser, François Luchaire, amb el títol « Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles ».

⁷ Organitzada pel Tribunal Suprem del Canadà, va tenir dues parts clarament diferenciades sobre les matèries que constitueixen el subtítol d'aquesta comunicació. Comptà amb les intervencions dels presidents o magistrats delegats dels Tribunals Constitucionals, o equivalents de Canadà, França, Senegal, Romania, Cambodja, Benín, Algèria, Bèlgica, Mònaco, Moçambic, Camerun i Burkina Faso.

⁸ Concretament va tenir efecte el dia 25 de maig de 2021. Per a poder participar en aquesta Conferència, vaig demanar al President de l'Acadèmia que ajornés a la data d'avui, la sessió que, per la cadència quinzenal, havia d'haver-se celebrat aquell dia.

II. LA CONFERÈNCIA DE L'ASSOCIACIÓ DELS TRIBUNALS CONSTITUCIONALS FRANCÒFONS. LA COL·LEGIALITAT DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL D'ANDORRA

Sota el títol general de la Conferència —«*La col·legialité*»— i després d'una llarga preparació durant la qual s'envià un qüestionari complimentat pels Tribunals que formen part de l'Associació, es tractaren amb major detall els quatre temes següents, que desplegaré referint-me, en primer terme, a les matèries objecte del qüestionari i, en segon lloc, a les respostes pel que fa al cas concret d'Andorra, amb una lleugera projecció sobre el futur. Val a dir que el desenvolupament de la Conferència no va aportar massa llum als problemes apuntats⁹. En general els diferents països estan satisfets amb la situació en la que es troben sense una actitud gaire crítica.

1. *Situació general (l'Estatut de la col·legialitat)*

a) Es tractava d'informar, en primer terme, sobre si la col·legialitat estava explicitada en algun text positiu (Constitució, llei orgànica, llei, norma interna) i si aquesta idea s'articulava com una regla, una garantia o un principi de funcionament del Tribunal Constitucional. I si el Tribunal havia pres en consideració alguna exigència extranacional que imposés el principi de col·legialitat. I es demanava opinió sobre si la col·legialitat era un principi de dret judicial —processal o orgànic— protegit en la pròpia jurisprudència i si existien costums o usos interns en aquesta matèria.

Pel que fa a Andorra, des del punt de vista de la situació general i l'estatut de la col·legialitat, l'article 31.1 de Llei Qualificada (Orgànica) del Tribunal Constitucional de 3 de setembre de 1993 (LQTC) estableix expressament: «*El Tribunal, com òrgan col·legiat, actua en Ple, constituït en Sala única*». I l'article 22 LQTC disposa igualment: «*El Ple del Tribunal, com a òrgan col·legiat, és l'òrgan superior del Tribunal Constitucional...*».

La col·legialitat del Tribunal Constitucional d'Andorra es manifesta fonamentalment en els aspectes següents:

—El torn rotatori biennal de la Presidència (art. 96.2 de la Constitució del Principat d'Andorra i art. 26.2 LQTC)

—Les deliberacions i els vots són secrets (art. 97.1 CA i art. 32.1 LQTC)

—El vot de qualitat en cas d'empat s'atribueix al ponent i no al President (art. 97.1 CA i 25 c) LQTC)

—Autovinculació del Tribunal als precedents que fixi ell mateix (Exposició de motius i art. 3 de la LQTC)

⁹ De tota manera vàrem disposar d'un excel·lent informe de síntesi general, redactat pel professor Mathieu Disant, de la Universitat Paris-1 Panthéon Sorbonne.

—En els assumptes no jurisdiccionals, l'empat de vots impedeix l'adopció de l'acord (art. 31.4 LQTC)

b) Un altre subgrup de qüestions interessava si els textos legals regulaven les modalitats d'implementació d'aquest principi, si la col·legialitat s'organitzava de manera diferent segons les diverses competències del Tribunal i si hi havia excepcions a la col·legialitat en alguns supòsits.

En el cas d'Andorra, les excepcions al principi de la col·legialitat són poques i normals. Així l'article 26 LQTC estableix: «*El president és l'òrgan individual de direcció, govern i representació del Tribunal Constitucional*». Solament la tramitació ordinària dels assumptes es realitza en forma individual, per part del Ponent (assumptes jurisdiccionals —art. 25 LQTC—) i del President (assumptes no jurisdiccionals —art. 34.4 LQTC).

c) S'interpel·lava també sobre els avantatges i els inconvenients de la col·legialitat i si aquest principi era pacífic o es discutia en el si del Tribunal. I es demanava si la col·legialitat del Tribunal Constitucional presentava característiques específiques respecte d'altres jurisdiccions superiors del país.

Les avantatges i els inconvenients són, a parer meu, efectivament aquells que la doctrina científica ha assenyalat respectivament per als sistemes oberts (Alemanya, Espanya, països anglosaxons) i els sistemes hermètics (França, Itàlia, Àustria...). El sistema andorrà respon als criteris de l'hermetisme. Cal notar, però, que el projecte de Constitució seguia el sistema obert (art. 103). Al si de la *Comissió Tripartita*¹⁰ es va passar a un sistema hermètic.

En principi, el sistema obert respon més fidelment als principis de transparència, visibilitat i publicitat (segons la coneguda i feliç expressió de Norberto Bobbio: «*Democràcia és el govern del poder públic, en públic*»). El sistema hermètic reforça la cohesió interna dels Tribunals i preserva i manté millor la independència dels magistrats.

d) Una nova qüestió important feia referència a la consideració dinàmica de la matèria en el sentit d'analitzar si el caràcter col·legial del Tribunal en els supòsits del procediment contenciós constitucional s'anava reforçant o atenuant amb el pas del temps.

Els diferents sistemes han estat objecte de discussió al si del Tribunal Constitucional d'Andorra i existeix un corrent favorable a anar vers un sistema més obert i que, entre altres coses, admeti els vots separats, particulars o dissidents.

e) Finalment pel que fa a aquest punt es demanava si la col·legialitat era perfectible i quines eren les evolucions previsibles i desitjables en aquesta matèria.

¹⁰ Va rebre aquest nom la Comissió que es va constituir en el seu moment per elaborar el text constitucional i en la que estaven representades les Tres Parts que intervingueren decisivament en el text constitucional: el Copríncipat del Bisbe d'Urgell, el Copríncipat francès i el Consell General de les Valls.

En aquest punt el sistema del Tribunal Constitucional coincideix amb el de la jurisdicció ordinària andorrana i el caràcter col·legial dels diversos Tribunals és molt fort. Òbviament tot és perfectible. També la col·legialitat. En tot cas, sembla que les eventuais evolucions de futur més aviat aniran en la línia de reforçar el posicionament particular dels membres del Tribunal.

2. *La col·legialitat en la fase preparatòria de la decisió*

a) En primer terme es preguntava si les decisions del Tribunal havien de ser pronunciades en un termini concret i si aquest termini prefixat afavoria o limitava la col·legialitat. També sobre si les qüestions sorgides durant la tramitació de les causes es decidien de forma col·lectiva o individual pel ponent i com operava la circulació de la informació respecte de les diverses mesures preparatòries (audiències, declaracions, eventual intervenció d'un *amicus curiae*, consultes, etc.).

El Tribunal Constitucional es troba vinculat per determinats terminis previstos a la LQTC. En concret així ho estableix amb caràcter general l'article 36.1 en dir: «Els procediments i processos constitucionals se substancien... dins els terminis assenyalats en la present Llei...» i l'article 42 disposa: «Els terminis determinats a la present Llei per a l'exercici de les diverses actuacions processals són d'obligat compliment per a les parts i per al Tribunal Constitucional. No obstant això, en supòsits de necessitat i sempre que aquests terminis no es trobin determinats per la Constitució, a iniciativa del magistrat ponent adoptada d'ofici o a instància de part, el Tribunal pot acordar reduir o ampliar la seva durada mitjançant aute motivat».

D'una manera específica, hi ha terminis que vinculen el Tribunal com els establerts als articles 49 (15 dies i un màxim de 2 mesos per dictar Sentència en el recurs o procés directe d'inconstitucionalitat); 57.1 (mateixos terminis en el procés incidental d'inconstitucionalitat iniciat pels Tribunals ordinaris); 61.2 (15 dies des de l'escrit de contestació en el procediment previ de control de constitucionalitat dels tractats internacionals per formular la proposta de dictamen i 3 dies més per emetre el dictamen); i 91 2 (2 mesos comptats des de la data d'admissió, en el recurs d'empara).

La fixació de terminis afavoreix en principi els aspectes formals de la col·legialitat i, d'altra banda, poden constituir un límit a la formació material de la voluntat col·legiada.

b) Es qüestionava també si al llarg de la fase preparatòria de la deliberació es produïen, per costums formals o pràctiques informals, canvis d'impressions i discussions entre els magistrats i si d'alguna manera es formalitzaven o, al contrari, restaven lliures i obertes. I quins actes o situacions escapaven de la col·legialitat. S'interessava igualment informació i criteri sobre la participació dels lletrats assistents dels magistrats en la preparació de la deliberació i si els mateixos criteris es donaven en eventuais Seccions o Cambres dels Tribunals.

En poques ocasions hi ha canvis d'impressions i discussions entre els Magistrats durant la fase anterior a la deliberació. No hi ha cap formalisme. I si es produeix, el diàleg és lliure i obert internament però secret per l'exterior.

c) Finalment, pel que fa a aquest punt, es sol·licitava el detall dels hipotètics supòsits d'actuació d'un òrgan judicial unipersonal i, si en cas de procediment urgent o per la concurrència d'altres factors, la col·legialitat quedava reduïda.

Només la instrucció del procediment l'efectua un jutge únic, el ponent de la causa. A la fase preparatòria predomina l'activitat individual sobre la col·lectiva. Els magistrats del Tribunal Constitucional d'Andorra no disposen pròpiament d'assistents, sens perjudici dels serveis que presten la Secretària general i l'oficial lletrada. A aquestes persones, la col·legialitat no les concerneix expressament.

3. *Pràctiques i mètodes de deliberació*

a) En aquest tercer àmbit de qüestions, s'interrogava sobre l'existència, o no, de textos que organitzessin el desenvolupament de la deliberació. I en cas negatiu si el desplegament depenia essencialment de la pràctica i de les decisions del President.

Donada la relativament escassa activitat del Tribunal Constitucional, en raó del territori i població del Principat d'Andorra, la gènesi de les seves decisions només passa pel Magistrat ponent i pel Ple del Tribunal. Totes les decisions formals (i singularment les jurisdiccionals) són adoptades pel Ple del Tribunal. No hi ha textos que organitzin el desplegament de la deliberació. Hi ha una pràctica consolidada que es segueix fidelment i és el President del Tribunal qui dirigeix les deliberacions (art. 27 b) LQTC).

b) Igualment constituïa motiu d'investigació les persones que participaven en les sessions de deliberació, si ho feien, o no, amb veu i el paper que duïen a terme.

En les sessions deliberatives participen el President, el Vicepresident i els altres dos Magistrats. Assisteixen també, sense veu ni vot, la Secretària general del Tribunal i l'oficial lletrada per tal de prestar el suport tècnic que sigui necessari, en els diferents àmbits.

c) Un altre tema d'interès era l'existència, o no de regles aplicables en matèria de *quòrum*.

L'article 31.2 LQTC disposa: «*Per adoptar vàlidament acords es requereix, almenys, la presència de tres magistrats constitucionals i, si es tractés d'assumptes jurisdiccionals, un d'ells haurà de ser el magistrat ponent*». No hi ha hagut, en la història del TCA cap problema en aquesta matèria. Normalment el Tribunal es constitueix plenament i només ho fa amb tres membres en els períodes de vacant i successió en el càrrec i en cas de malaltia o impossibilitat.

d) De la mateixa manera es preguntava sobre les causes d'abstenció i de recusació i la seva influència en el principi de col·legialitat.

En els 28 anys de funcionament del TCA no s'ha produït cap recusació formal de cap membre del Tribunal Constitucional¹¹. Efectivament una recusació podria afectar, encara que no hauria de fer-ho, la col·legialitat.

e) Aspectes més funcionals també eren objecte de consideració: la forma com es desenvolupaven les sessions de deliberació, la seva durada, les pràctiques aplicables per permetre organitzar la col·legialitat dels debats, la base de la discussió, l'atribució de la paraula, les eventuais esmenes, etc. I, especialment, com tenia efecte la redacció de la decisió.

El desenvolupament i la durada de les deliberacions depèn, en gran mesura, del número d'assumptes de l'Ordre del dia de la sessió. Habitualment el President dona la paraula al ponent de la causa que presenta el projecte de resolució i exposa el seu raonament. A continuació es dona la paraula a la resta de magistrats que es pronuncien, en primer terme, sobre la decisió i eventualment sobre el text de la proposta.

Els Magistrats efectuen esmenes i/o suggeriments en ordre a la millora de la redacció del projecte de resolució abans de que es converteixi en definitiva.

f) Finalment pel que fa a aquest apartat, calia precisar si es redactava alguna mena d'Acta o memoràndum de la reunió, qui la redactava, si era comunicable o secreta i per quant temps. Es demanava opinió sobre si aquest fet podia incidir en la col·legialitat.

Hi ha un Acta de cada sessió del Tribunal. L'article 32.2 LQTC estableix: «De cada sessió s'aixeca acta dels acords adoptats, sense ressenyar el contingut de les deliberacions. Als efectes de l'elaboració de l'acta esmentada, actua de secretari el vicepresident del Tribunal o, si és el cas, el magistrat d'edat més jove» i l'article 32.3 LQTC afegeix: «En aquelles sessions en què el president ho consideri oportú, assistirà i elaborarà l'acta el secretari de l'oficina del Tribunal». En aquesta segona modalitat es ve fent sempre l'Acta des dels inicis del seu funcionament.

L'Acta només es comunica als magistrats. No hi ha un termini exprés dins el qual les actes són secretes. Les decisions es publiquen en el *Butlletí Oficial del Principat d'Andorra (BOPA)*. En elles consta el nom dels magistrats que han intervingut en la seva deliberació i aprovació, amb la seva signatura manual. També figura el nom del magistrat ponent. Des de 2019 les resolucions són també signades telemàticament.

¹¹ Hi ha hagut, en canvi nombroses abstencions. Per diferents causes però especialment en els darrers temps per haver intervingut un dels magistrats constitucionals com a magistrat en els procediments d'origen davant de la jurisdicció ordinària.

4. Col·legialitat i opinions individuals

a) La primera i més general qüestió en aquest capítol era la de si el Tribunal feia públic el resultat de la deliberació i de la votació i si s'admetien, o no, els vots dissidents, separats o particulars. I les raons per la seva admissió o refús.

El Tribunal Constitucional d'Andorra no publica el resultat dels vots. Eventualment —tot i ser opinable— es podria fer constar en Acta que s'havia produït un empat a vots, resolt pel vot de qualitat del ponent o alguna altra qüestió, però en el moment actual no hi ha cap publicitat.

No es van poder efectuar vots particulars, dissidents o separats, per disposició legal. Les raons legals probablement són el manteniment i l'expressió externa de la cohesió del Tribunal, pròpies dels Tribunals que adopten el sistema anomenat hermètic. També la idea —discutible— segons la qual així es preserva i garanteix millor la independència dels magistrats. No es considera com a raó l'eventualitat de que aquests vots puguin constituir frens a la col·legialitat.

b) També es plantejava si el secret de la deliberació i del vot constituïa una manifestació associada o derivada de la col·legialitat. Igualment pel que fa a les opinions dissidents o separades, si s'entenia que podien constituir un fre a la col·legialitat. El problema s'estenia a la consideració de si l'existència d'aquests vots afavoria el camí a les decisions conjuntes.

El secret de la deliberació i del vot sovint s'associa a la col·legialitat, en el sentit de reforçar-la. Aquesta teoria, però, resulta avui força discutible. El fet de respectar l'obligació del secret no ha posat, fins el moment, dificultats importants.

c) Una darrera qüestió general en aquesta matèria era l'obligació de reserva o secret de les deliberacions i votacions i si aquest fet es vinculava, o no, al principi de col·legialitat.

Com a conseqüència del fet que les deliberacions i les votacions del Tribunal no són públiques (art. 32.1 LQTC), l'article 18.3 de la mateixa llei estableix que és una «falta greu, l'incompliment del deure de secret de les deliberacions». No hi ha, però, constància de que mai s'hagi aplicat aquesta responsabilitat disciplinària.

III. LA COL·LEGIALITAT, ELS VOTS PARTICULARS, LA «ONE RIGHT ANSWER»¹² I L'APLICACIÓ DEL DRET

El tema de la col·legialitat dels Tribunals pluripersonals, el secret de les deliberacions judicials i els vots reservats no deixa d'estar d'actualitat en el panorama

¹² En la coneguda expressió de Ronald Dworkin que ja ha causat estat en nombrosos sistemes jurídics. A Espanya va assentar-se fonamentalment de la mà d'Eduardo García de Enterría i Tomás-Ramón Fernández Rodríguez. El treball de Juan Igartua al qual em referiré més endavant la porta al títol en el seu «Estudio introductorio».

jurídic mundial¹³. En principi, en l'actual estat de coses, es reconeix dos àmbits territorials i culturals clarament diferenciats: en el món anglosaxó o del «*common law*», la primacia és dels sistemes oberts i favorables a la possibilitat de vots i opinions paral·leles, concurrents o dissidents i de la seva publicitat; en el món més influït pel «*civil law*» i el dret continental, el criteri de partida més aviat és el secret de les deliberacions i dels vots i la inadmissió dels vots separats. Però si examinem la qüestió des d'una perspectiva dinàmica, veiem que hi ha més països que transiten del sistema tancat al sistema obert que al revés i que, per tant, accepten els vots particulars¹⁴. Aquesta tendència ha estat reconeguda per la doctrina més autoritzada¹⁵.

En la Conferència de Tribunals Constitucionals que comparteixen la llengua francesa —i han rebut també la influència del dret francès—, s'ha pogut detectar que 23 països —Algèria, Andorra, Bèlgica, Benín, Burkina Faso, Camerun, República centreafricana, Congo, Costa d'Ivori, Comores, França, Gabon, Guinea, Líban, Madagascar, Mali, Marroc, Mauritània, Mònaco, Níger, Senegal, Togo i Tunísia— disposen d'un sistema tancat, mentre que 10 —Albània, Angola, Canadà, Cap Verd, Eslovènia, Guinea-Bissau, Illa Maurici, Moldàvia, Moçambic i Romania—, mantenen un sistema obert¹⁶.

Resulta curiós constatar que, en l'àmbit d'aquesta Associació, la majoria dels països que, seguint la influència francesa tenen caràcter hermètic, es manifesten plenament satisfets del seu sistema. En canvi els que tenen un sistema obert —amb alguna excepció com la del Canadà, que s'hi mostra molt favorable— el defensen sense massa convicció i al·leguen que les opinions dissidents es donen amb molt poca freqüència, fet que —en la meua opinió— no contradíu sinó que reforça la bondat del sistema.

Em limitaré, no obstant a apuntar algunes idees per la reflexió, sense allunyar-me massa del tema central de la comunicació.

¹³ Vegi's, per exemple l'article de l'advocat i professor de l'«Instituto de Investigaciones jurídicas» de la Universidad Autónoma de México (UNAM), Francisco Tortolero Cervantes, «*El secreto de las deliberaciones judiciales a debate*».

¹⁴ En el llibre «Los Tribunales Constitucionales» de Louis FAVOREU. Barcelona. Ariel. 1994 no es dedica especial atenció a aquesta matèria en el seu quadre comparatiu dels Tribunals Constitucionals d'Àustria, Alemanya, Itàlia, França, Espanya, Portugal i Bèlgica. Ni tampoc en la visió més general sobre els Tribunals Constitucionals de l'Europa de l'Est, de Turquia, d'altres de fora d'Europa i de l'Amèrica Llatina. De tota manera, a propòsit del Tribunal alemany destaca (pàg. 67) l'autorització de les opinions dissidents i el trànsit que ha anat fent vers el model americà «no sense alguna reticència».

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional». Madrid, Civitas, 1988 diu textualment, pàg. 235: «La necesidad de hacer patente ese soporte constitucional de los fallos ha justificado que sea justamente en esta materia donde se ha generado la práctica de la publicidad de las opiniones o votos disidentes o concurrentes, publicidad que surge en el Tribunal Supremo americano y que tiende a extenderse a todos los Tribunales Constitucionales».

¹⁶ Dades extretes de l'informe de síntesi del professor Disant, esmentat a la nota 9.

No és d'estranyar l'actualitat de la matèria, ja que en aquests supòsits es planteja amb una més gran immediació el tema de si existeix «només» una solució correcta, si s'ha d'arribar a ella en forma col·legiada, si han d'acceptar-se els vots particulars i, d'una manera més general, com s'ha de produir la intel·lecció, la interpretació i l'aplicació del dret¹⁷.

En la decisió del jutge unipersonal, per definició, no hi ha problemes de col·legialitat; per a ell, almenys formalment, no hi ha més que una resposta correcta, la seva autoria resulta manifesta, es projecta tant sobre el raonament lògic com sobre l'objecte de la decisió, normalment es fa pública i ell n'assumeix la plena responsabilitat¹⁸. En els òrgans judicials plurals, el problema és notablement diferent.

Cal recordar en aquest punt, algunes de les qüestions més importants en matèria d'interpretació i d'aplicació del dret: des dels qui mantenen la tesi de la «*decisió determinada*» fins als que sostenen la de la «*lliure decisió*», passant pels partidaris de la «*decisió racional i fonamentada*». En aquesta línia em sembla d'interès remarcar que la tradició jurídica catalana responia a aquest darrer criteri des de que, amb la recepció del «*ius commune*», aplicava el dret romà i canònic no «*more gallico*» o «*more geometrico*» sinó «*more itallico*»¹⁹.

I concretant el problema en el tema dels vots particulars, un dels actuals magistrats del Tribunal Constitucional d'Andorra i professor emèrit de la Universitat de Paris-1 Panthéon Sorbonne, Dominique Rousseau ho ha expressat en un article²⁰ amb una frase brillant: « *Une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes* » per quan s'allunya de la tesi tradicional francesa²¹ en favor dels sistemes hermètics i es pronuncia en favor dels sistemes oberts.

Les raons en favor del sistema hermètic romanen vàlides i dignes de ser valorades. En efecte, des d'un punt de vista objectiu, el vot particular acredita

¹⁷ Les conegudes «*subtilitas intelligendi, explicandi, applicandi*» de l'escolàstica que entre nosaltres va rememorar Vallet de Goytisolo i va difondre Pintó Ruiz. Personalment em vaig atansar a aquesta matèria en el meu treball: «La interpretació jurisprudencial en Derecho español y en Derecho catalán». Va ser la conferència pronunciada a Mèxic amb motiu del meu nomenament d'Acadèmic «amb venera». I, com a ponència fou publicada al «Libro del II Simposio Internacional sobre Jurisprudencia», Campeche (México). Agost 2009.

¹⁸ De tota manera a mi sempre m'ha semblat difícil conciliar la tesi de la «sola solució correcta» amb l'admissió, sense qüestionament, de recursos que possibiliten un «*novum iudicium*», integral que sovint donen lloc a una «solució correcta» diferent.

¹⁹ Segons la coneguda terminologia que va importar Angel Latorre dels historiadors del dret romà al llarg de la història, amb ocasió del II Congrés Jurídic Català i que posteriorment van difondre de manera especial, Lluís Figa Faura i Josep-J. Pintó Ruiz.

²⁰ « *La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? - " Pour " : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes* ». Publicat a Cahiers du Conseil constitutionnel, núm. 8, juillet 2000. Citat a la nota 6.

²¹ En efecte, en l'estudi dut a terme per *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, es pronuncia ven rotundament en contra dels vots dissidents, el ja esmentat François Luchaire i de manera molt rellevant i significativa el gran administrativista i constitucionalista Georges Vedel.

que hi ha més d'una solució correcta i d'alguna manera crebanta el caràcter monolític de la decisió. I des d'un punt de vista subjectiu pot estimular una certa proclivitat a convertir els jutges en allò que mai haurien de ser: «estrelles» del procediment, pot deteriorar les relacions internes i augmentar la vulnerabilitat dels jutges, en deixar-los més sotmesos a pressions externes. Però totes aquestes raons poden ser contraargumentades. Els partidaris dels vots particulars sostenen que l'autoritat i prestigi dels Tribunals queda reforçada, que es garanteix millor la independència de pensament i la responsabilitat dels membres, que d'aquesta manera els Tribunals són més atesos i valorats per l'opinió pública i per tant veuen incrementada la seva legitimitat democràtica. Remarquen també que les decisions gaudeixen de major coherència, certesa i claredat. Consideren que l'expressió dels vots particulars està estretament vinculada a l'obligació de fonamentar la decisió. Faciliten també l'eventual decisió d'un Tribunal de jerarquia superior que, en tornar a analitzar el cas, sabrà que existeixen alternatives diferents a l'adoptada en forma majoritària. Per això, cada vegada tenen més predicament els arguments en favor del sistema obert. Probablement per la importància actual del concepte «públic».

Per acabar aquest capítol diré que en general em referiré als vots separats, siguin dissidents, concordants, públics, secrets, reservats o particulars, però amb especial dedicació a aquests darrers²².

IV. UNS BREUS APUNTS SOBRE LA COL·LEGIALITAT, LES PRÀCTIQUES, ELS MÈTODES DE DELIBERACIÓ, EL SEU SECRET I EL DE LA VOTACIÓ I ELS VOTS SEPARATS EN LA LEGISLACIÓ, LA DOCTRINA I LA PRÀCTICA A ESPANYA

No descobreixo res de nou si afirmo que la legislació i la pràctica jurídica del Principat d'Andorra, reben una notable influència dels dos països veïns. Per assimilar o per a rebutjar les lleis i la seva aplicació. Històricament, al meu mode de veure, fou més clara la influència espanyola, que avui s'està debilitant de manera considerable²³. Per aquestes raons m'ha semblat oportú efectuar una breu referència sobre aquesta problemàtica i especialment sobre els vots particulars, a Espanya.

²² En el sentit com sol ser entès en el dret comparat, especialment després de la seva consagració per part del jutge Marshall del Tribunal Suprem dels Estats Units, en 1801.

²³ Una dada molt significativa al respecte és que durant molt de temps, la majoria dels llicenciats en Dret ho eren per universitats espanyoles. També eren de nacionalitat espanyola els jutges delegats d'apel·lacions —Porcioles, Obiols, Saura i Sabater—, els integrants del Tribunal de la Mitra, molts magistrats del Tribunal Superior de Justícia i la meitat dels magistrats del Tribunal Constitucional. Actualment, en canvi, són bastant nombrosos els llicenciats en dret que operen a Andorra després d'haver obtingut la llicenciatura en una Universitat francesa (especialment Perpignan i Toulouse).

A la doctrina s'acostuma a iniciar el tractament dels vots particulars amb l'aportació de la dada de la seva referència a les «Ordenanzas de Medina» de 1489²⁴.

Pel que fa a Catalunya, en una primera etapa, no hi ha una referència concreta als vots particulars però sí a la necessitat de fonamentar les sentències, matèria amb la que estan estretament vinculats²⁵. En canvi en una segona i posterior etapa i concretament pel que fa al Tribunal de Contrafaccions, l'existència dels vots particulars és inqüestionable²⁶.

En realitat la primera o més important referència moderna als vots dissidents o particulars la trobem a la *Ley provisional sobre organización del Poder judicial* de 15 de setembre de 1870²⁷. Posteriorment aquests vots es tracten en la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 —articles 367 i 368²⁸— i en la *Ley de Enjuiciamiento*

²⁴ Es tracta de les «Ordenanzas» dictades pels Reis Catòlics, a Medina del Campo, per regular l'Arxiu dels plets de la «Real Audiencia y Chancillería de Valladolid». Amb el nom de «*contrario voto*», el tema de «salvar el vot» es reproduïx a la llei XL del títol 1er., del llibre 5è de la Novíssima Recopilació. Resulta molt interessant al respecte el llibre de Carlos Garriga Acosta «*La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525)*. Historia política, régimen jurídico y práctica institucional». Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

²⁵ El mateix rei Ferran II així ho va establir a les Corts de Montsó de 1510 (capítol LV) que va passar a les «Constitucions i altres Drets de Catalunya», llibre 7, títol 3,2 d'aquesta manera: «Mes avant statuim e ordenam amb loatio et approbatio de la present Cort que tots els jutges que daran sententias diffinitivas en lo present Principat de Cathalunya... hajan e siguin tenguts de exprimir en las dites sententias diffinitivas los motius quels hauran moguts per així declarar e diffinitivament sententiar». A les Constitucions i altres drets de Catalunya —Compilació de 1704— figura a la pàgina 363. Dec a l'amable informació de Tomàs de Montagut Estragués la confirmació d'aquesta dada extreta de Johannes Michael Scholz en l'obra amb Antonio Pérez Martín, «*Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*» València 1978, pàg. 297 i ss.

²⁶ També en aquest punt segueixo la indicació de Montagut remetent-me al llibre (volum 34) de la col·lecció «*Textos Jurídics catalans*»: «*El Tribunal de Contrafaccions i la seva activitat —1702-1713—*» de Josep Capdeferro Pla i Eva Serra Puig. En la pàg. 245 s'esmenta expressament —i amb aquest nom— un vot particular efectuat en la sentència de 26 novembre 1709. Té especial significat aquest Tribunal per quant en defensar les «Constitucions» de Catalunya, podria ser considerat una mena de Tribunal Constitucional —o almenys de cassació— «*avant la lettre*».

²⁷ Encara que alguns autors de l'àmbit constitucionalista citen els articles 612 i 615 d'aquesta llei en suport de la seva tesi, en realitat aquests articles es refereixen als supòsits de deliberacions de tribunals col·legiats sobre actes que no tenen caràcter judicial —els de l'article 600—. Per als de caràcter judicial —que són els que ara ens interessen— la regulació es troba en els articles:

—689: «*Todo el que tome parte en la votación de una sentencia firmará lo acordado aunque hubiese disentido de la mayoría; pero podrá en este caso salvar su voto, extendiéndolo, fundándolo e insertándolo con su firma al pie, dentro de las veinticuatro horas siguientes, en el libro de votos reservados*».

—690: «*En las certificaciones o testimonios de las sentencias que expidieren los tribunales no se insertarán los votos particulares pero se remitirán a la Audiencia o al Tribunal Supremo en su caso y se harán públicos cuando se interponga y admita recurso de casación*».

²⁸ Article 367: «*Todo el que tome parte en la votación de una sentencia firmará lo acordado, aunque hubiese disentido, pero podrá en este caso salvar su voto, extendiéndolo, fundándolo e insertándolo con su firma al pie, dentro de las veinticuatro horas siguientes en el libro de votos reservados*».

Article 368: «*En las certificaciones de las sentencias no se insertarán los votos particulares reservados pero se remitirán al Tribunal Supremo en los casos prevenidos y siempre que hayan de elevarse al mismo los autos y se harán públicos cuando se interponga y admita recurso de casación*».

Criminal de 1882 —article 156.2²⁹—. Personalment em sembla que aquesta regulació feia que els vots reservats fossin una excepció al criteri de l'«única solució correcta» que es pretenia de tots els assumptes judicials.

La proliferació i d'alguna manera el canvi de naturalesa dels vots particulars es produeix, no obstant l'anterior, quan es refereix a ells la *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 1985 —article 260³⁰—. En aquest moment es prescindeix de la idea de l'única solució correcta i es respecta el lliure criteri dels magistrats que integren l'òrgan col·legiat.

Resulta significatiu constatar que en l'àmbit constitucional, els vots particulars apareixen en la *Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales* de la segona República —article 41.2 i 3³¹—. Hi ha una referència a l'article 164.1³² de la *Constitución Española* de 1978³³, sense que es digui res substancialment nou i al·ludeix a ells la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* —article 86.2³⁴—.

Pel que fa a un altre dels aspectes d'aquesta comunicació, m'interessa remarcar que la legislació espanyola és una de les que històricament ha dedicat més atenció als mètodes de deliberació, amb la seva major o menor influència en les pràctiques seguides. En efecte la *Ley provisional sobre organización del poder judicial* de 1870 va dedicar una sèrie d'articles (del 679 al 695) a aquesta matèria. Així es disposa que el president del Tribunal senyalarà el dia de la votació; que la discussió i votació es verificarà a porta tancada; que el president sotmetrà a la deliberació del Tribunal els punts de fet, els fonaments de dret i la decisió que ha de

²⁹ Pràcticament amb el mateix text de l'article 367 LEC.

³⁰ Article 260.1: «Todo el que tome parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiere disenido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, formular voto particular, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada por el Tribunal con los que estuviere conforme.

2. El voto particular, con la firma del autor, se incorporará al libro de sentencias y se notificará a las partes junto con la sentencia aprobada por mayoría. Cuando, de acuerdo con la ley, sea preceptiva la publicación de la sentencia, el voto particular, si lo hubiere, habrá de publicarse junto a ella.

3. También podrá formularse voto particular, con sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior, en lo que resulte aplicable, respecto de los autos decisorios de incidentes.»

³¹ Article 41.2: «Los miembros del Tribunal que no estén conformes con el criterio que prevalezca, deberán consignar por escrito, razonándola, la opinión que sustenten, la cual se hará constar en el libro que al efecto se lleve». 41.3: «...Los votos particulares se harán públicos al mismo tiempo y en la misma forma que las sentencias».

³² Article 164.1: «Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas».

³³ La configuració d'un Tribunal Constitucional en la Constitució Espanyola va tenir, com a principal impulsor al ponent constitucional Gregorio Peces-Barba i a la posició del PSOE des de l'inici de la ponència constitucional si bé ja en seu de la Comissió parlamentària va ser aprovada per unanimitat.

³⁴ Pròpiament no s'hi esmenten els vots particulars. L'article fa referència a la publicació de les diverses resolucions, a les que s'aplicarà amb caràcter supletori —segons disposa l'article 80— la «Ley Orgánica del Poder Judicial».

contenir la sentència i «prèvia la discussió necessària» es votarà successivament, primer el ponent, després els magistrats per ordre invers a l'antiguitat i per últim el president. S'estableixen altres normes en funció de la naturalesa de l'assumpte, per als supòsits d'impossibilitat d'algun magistrat i finalment es fixa el règim dels vots reservats que abans he exposat.

Tampoc em referiré al posicionament de la doctrina espanyola en el camp de la justícia constitucional, en general en favor dels vots particulars³⁵, amb alguna excepció. Les veus més rotundes en la matèria han estat en favor dels vots particulars i precisament per part de magistrats que han format part del Tribunal Constitucional³⁶.

Per acabar aquest apartat al·ludiré a una de les obres que més m'han interessat sobre aquesta qüestió. Es tracta del llibre «*El voto particular*» del catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat del País Basc, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, que porta incorporat un «Estudio introductorio» del seu mestre i també catedràtic —de Filosofia del Dret— de la mateixa Universitat, Juan Igartua Salaverria, amb el títol «*Voto particular vs. tesis de la única solución correcta*»³⁷. El llarg estudi introductor conté una exposició de gran mèrit sobre la teoria de l'aplicació del dret, partint del fet dels vots particulars. En el llibre, Ezquiaga, després de la corresponent introducció i una molt acurada síntesi de les dades relatives als vots particulars, exposa l'estat d'aquest tipus de vots a Espanya, en la normativa, la doctrina i la pràctica i ens facilita unes taules i quadres molt il·lustratius, referits al període 1981-1988 sobre el número de vots particulars emesos, en el Ple i en les Sales, detallant els seus autors i efectuant diverses combinacions i especialment les coincidències existents entre ells. Constitueix una eina molt útil per a donar-se una idea força exacta de la composició i funcionament del Tribunal. Acaba la seva exposició relacionant el vot particular amb allò que en diu «la teoria i la ideologia» de l'aplicació del dret.

A títol anecdòtic, trobo molt encertat el lema que obre el llibre. Una frase de Joe W. Sanders, jutge del Tribunal Suprem de Luisiana entre 1960 i 1989, que diu: «*We have been able to disagree without being disagreeable*» que hauria de constituir principi essencial i informador de tota aquesta matèria.

³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo «La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional» ja citat, nota 15.

³⁶ Em refereixo en concret a Francisco Rubio Llorente, Manuel Jiménez de Parga, Pedro Cruz Villalón i Carles Viver Pi-Sunyer.

³⁷ Ambdós treballs figuren en el mateix llibre, *Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid 1990. El llibre en la seva integritat consta de 158 pàgines de les quals l'estudi introductor n'ocupa 43 (de la 13 a la 56).

V. EL CAS D'ANDORRA. LA REFORMA CONSTITUCIONAL I UNA EVENTUAL SOLUCIÓ POSSIBILISTA

Òbviament no tractaré en aquesta Comunicació de l'obligació que tenen els magistrats del Tribunal Constitucional de mantenir personalment el secret de les deliberacions i votacions. Aquesta obligació queda assumida i formalitzada en el text del jurament o promesa, prestat en l'acte de presa de possessió. Intentaré només efectuar una aproximació al tema de si el secret de les deliberacions i votacions s'ha de mantenir d'una manera objectiva i en tots els casos.

La Constitució es refereix al secret en una frase de l'article 97,1 que diu: «*Les deliberacions i els vots són secrets*». Aquest incís no figurava en el projecte de Constitució. Ans al contrari l'article 103 establia: «*Els vots dissidents o reservats seran publicats conjuntament amb la Sentència*». Fou en el debat de la Comissió Tripartita abans esmentada i en el tràmit del procés constituent que es suprimí l'esment dels vots dissidents o reservats i s'afegí el caràcter secret de les deliberacions i els vots.

És d'interès remarcar que l'única raó exposada per aquests canvis tan radicals fou la voluntat explícita de preservar i mantenir la independència dels magistrats constitucionals. Aquesta no és, a la doctrina i al dret comparat, l'única raó que es sol exposar (n'hi ha d'altres entre les quals només esmentaré el propòsit d'enrobustir el Tribunal mitjançant que les seves resolucions siguin sempre *per Curiam*) però sí que ho fou per part de la Comissió Tripartita.

La Llei qualificada del Tribunal Constitucional no reproduceix —evidentment no calia— el contingut de l'article 97 CA. Tampoc no tracta del tema a l'Exposició de Motius. A la part dispositiva conté diversos preceptes relacionats amb aquesta matèria. Així, al Títol III, capítol III relatiu al règim de sessions i distribució de les causes, estableix: i) que «les deliberacions i les votacions no són públiques» (art. 32.1); ii) que «de cada sessió s'aixeca acta dels acords adoptats» (art. 32.2 *in initio*); iii) que l'acta s'aixeca «sense ressenyar el contingut de les deliberacions» (art. 32.2 *in fine*); iv) que les votacions s'efectuen «en secret si així ho decideix el president del Tribunal o ho sol·liciten dos dels magistrats presents» (art. 32.4); i v) també sembla oportú constatar que al títol II, article 18.3 es diu que «són faltes greus... - L'incompliment del deure del secret de les deliberacions».

D'una interpretació literal d'aquests preceptes, es pot arribar a establir els criteris generals següents:

a) Que en ocasions els conceptes de «deliberació i vot» van units (art. 97 1 CA i art. 32.1 LQTC) mentre que altres supòsits només es refereixen a un dels dos estadis del procés decisor: a la deliberació, els arts. 32.1 *in fine* i el 18.3; i a la votació o presa d'acords, el 32.2 *in initio* i el 32.4.

b) Que, en conseqüència la llei preveu efectes jurídics diversos en relació amb les deliberacions i els vots. I sembla voler preservar més el «secret» de les «deliberacions» que el de les «votacions».

c) Que hi ha dues accepcions del concepte de «secret». En unes hipòtesis equival, en sentit general, a «no públic» (32.1) o «*ad extra*» i en altres, en un sentit més específic, reservat i estricte (32.4) o «*ad intra*». Òbviament en aquest segon sentit només es pot aplicar a la votació i no a les deliberacions.

Exposats els principis i efectuades totes les consideracions anteriors, procedeix establir algunes conclusions, que podrien ser:

a) En l'estat actual de les coses, no és possible acceptar la possibilitat de «Vots particulars» respecte de les opinions majoritàries.

b) De tota manera, i atès el silenci constitucional i legal sobre aquesta matèria concreta, personalment donaria suport a un corrent que es proposés introduir aquest tipus de vot públic en el sistema constitucional del Principat d'Andorra. Això comportaria argumentar que l'art. 97,1 CA es refereix només al secret del vot d'aquell que no l'explicita en forma «particular».

c) Llevat del cas que s'admetessin els vots particulars, les deliberacions han de mantenir-se en rigorós secret i la seva revelació constitueix una falta greu ex art. 18.3 LQTC. Aquest secret de les deliberacions ha de ser total i no pot limitar-se al seu contingut intern de manera que tampoc els aspectes formals o subjectius poden ser publicitats.

d) La votació no és absolutament secreta llevat del cas de l'article 32.4.

e) A l'acta de la sessió no es pot ressenyar el contingut de les deliberacions (art. 32.2 *in fine*) però sí han de constar els acords adoptats (art. 32.2 *in initio*).

f) Quan es produeix una votació «en secret» (art. 32.4) s'ha de fer constar en Acta i òbviament en cap cas es pot explicitar el sentit d'un vot que, en aquesta circumstància, és absolutament secret.

g) Quan entra en funcionament el supòsit previst a l'article 31.3, s'ha de fer constar en Acta que s'ha produït un empat de vots i que ha decidit el vot del ponent.

h) En aquest cas, com sigui que el nom del ponent és conegut (i figura a la Resolució), possiblement es podria fer constar (excepte en el cas de votació secreta interna de l'article 32.4) el sentit del vot dels altres magistrats. Així s'assoliria un tracte igualitari i es donaria un pas en la línia d'una major publicitat del sentit de les votacions.

i) En coherència amb allò expressat en l'apartat anterior, no hi hauria d'haver inconvenient en fer constar a l'Acta, sense expressió de noms i sense fer referència a les deliberacions, que els acords es prenen per unanimitat (com a regla general) o per majoria en els casos que així sigui.

j) En els dos supòsits anterior s'hauria d'avaluar si la constància del sentit del vot ha de constar tant al text de la decisió com a l'Acta o només en aquesta (criteri pel qual m'inclino en el moment actual).

k) Les anteriors consideracions podrien dur-se a la pràctica mitjançant un acord del Ple amb validesa i eficàcia des del moment de la seva adopció. Tindria

el mateix valor jurídic que el Reglament d'organització i funcionament i podria incorporar-se formalment a ell, o no, en funció de criteris d'oportunitat. No caldria, per tant, promoure cap reforma de la llei qualificada.

l) Amb l'aplicació de totes les conclusions anteriors, sens dubte s'avançaria, dins els límits constitucionals i legals, vers un increment de l'obertura, la transparència i la publicitat en el funcionament del Tribunal Constitucional del Principat d'Andorra.

VI. RESUM CONCLUSIU

Fins aquí la presentació i posada en comú de la meva aportació sobre els Tribunals Col·legiats, la seva col·legialitat, la forma de deliberar i d'adoptar decisions i el tema dels vots particulars. He volgut traslladar la informació de la que disposava i suscitar un debat en el si de l'Acadèmia sobre un tema que no em sembla menor, ni en ell mateix ni per la seva vinculació a diferents sistemes d'aplicació del dret. Ara només espero escoltar i atendre les vostres opinions personals i particulars, siguin conformes, paral·leles o dissidents.

Moltes gràcies per la vostra atenció.

Andorra la Vella-Barcelona, 26 de maig de 2021

REFORMA PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

por
TOMÁS GIMÉNEZ DUART
*Académico de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*
30 de noviembre de 2021

Bona vesprada. Buenas tardes a todos y, en especial, al compañero académico Ignacio Sancho Gargallo, que asiste por teleconferencia y que, pese a la distancia física, es el ponente principal de esta comunicación.

Me corresponde hacer de introductor de la *Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*.

En esta Academia nos reunimos no solo civilistas, sino también *iuspublicistas*, administrativistas, penalistas, mercantilistas, procesalistas ... y sé por experiencia que, cuando tratamos en este foro cuestiones en las que uno no es especialista, el oyente sufre hasta que consigue aterrizar en el tema. Por ello me vais a permitir que, ante una Ley que rompe muchos de los esquemas tradicionales del derecho privado, haga un a modo resumen o introducción a la nueva legalidad que la Ley 8/2021 ha creado. Legalidad que, descendiendo ya a lo personal, nos afecta a todos, pues, si Dios quiere darnos larga vida y aunque solo sea por razones de edad, cualquiera nos podemos ver incursos en alguna de las situaciones que, con más o menos acierto, pretende solventar esta Ley.

La Ley 8/2021 adapta nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que en su artículo 12 proclama que *las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*.

La Ley contiene ocho artículos que sucesivamente modifican:

- Artículo 1.º: la Ley del Notariado¹.
- Artículo 2.º: el Código Civil común.
- Artículo 3.º: la Ley Hipotecaria².
- Artículo 4.º: la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Artículo 5.º: la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad.
- Artículo 6.º: la Ley del Registro Civil.
- Artículo 7.º: la Ley de Jurisdicción Voluntaria.
- Artículo 8.º: el Código de Comercio.

Cuya Ley 8, por cierto, cogió a contrapelo al legislador catalán, que deprisa y corriendo tuvo que casi improvisar el Decret Llei 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad³.

¹ Como después se verá, no parece casual que, entre las importantes normas que se modifican, se coloque en cabeza la «modesta» Ley del Notariado de 1862.

² Es importante destacar aquí la «supresión», que no derogación, del artículo 28 de la Ley Hipotecaria que, recordemos, suspendía la protección derivada de la fe pública registral por dos años, contados desde la muerte del causante, en las herencias causadas en favor de herederos o legatarios no legitimarios. Esta es una norma que tuvo su razón de ser en el siglo XIX (de hecho, al art. 28 se lo conocía como la «Ley de Cuba»), por la dificultad de conocer cuál era realmente el último testamento, pero que hoy, aparte de carecer de justificación, suponía una traba en el tráfico que dificultaba a los sucesores mortis causa no legitimarios la financiación hipotecaria para, por ejemplo, poder pagar los impuestos. La situación llegaba a ser dramática en Cataluña, donde el cónyuge, heredero habitual, no es legitimario.

³ Llama la atención la *Disposición final segunda de la Ley estatal 8/2021*, que bajo el epígrafe *Títulos competenciales* establece:

La presente Ley se dicta al amparo de los siguientes títulos competenciales:

Los artículos primero, tercero y sexto se dictan al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos, conforme al artículo 149.1.8.ª de la Constitución.

Los artículos segundo y quinto y las disposiciones transitoria primera, segunda y tercera se dictan al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación civil, conforme al artículo 149.1.8.ª de la Constitución.

Los artículos cuarto y séptimo, así como las disposiciones transitorias quinta y sexta se dictan al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación procesal, de acuerdo con el artículo 149.1.6.ª de la Constitución.

Las disposiciones adicionales se dictan al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de Administración de Justicia, de acuerdo con el artículo 149.1.5.ª de la Constitución.

La disposición final primera se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación penal, de acuerdo con el artículo 149.1.6.ª de la Constitución.

Es decir, que, sea porque la ley que comentamos afecta a la ordenación de los registros y los instrumentos públicos, sea por su alcance procesal, sea por su carácter civil básico, prácticamente todas las materias reguladas en la Ley 8 son de competencia estatal (curiosamente se olvida esta Ley del artículo 8, que también es claramente de competencia del Estado, dado su carácter mercantil). Declaración un tanto absurda, pues es obvio que la Ley 8, al modificar —concretamente en su artículo 2º— el Código Civil común, está retocando normas de, por ejemplo, índole sucesoria —así las relativas a las legítimas— que en ningún caso serán de aplicación a las CCAA con competencias en derecho civil. Aun así, dada la amplitud de la Ley 8, poco margen le queda al legislador catalán.

Por ello, el Decret Llei es modesto en sus objetivos. Como dice su preámbulo: *El nou règim que estableix aquest Decret Llei pren com a fonament la modificació de l'actual institució de*

Tras la Ley 8 ya no cabe hablar de *incapaces* y, menos aún, de *incapacitados*; y tampoco hay ya *tutelas* ni *tutelados*, salvo para los menores de edad no emancipados (y no sujetos a patria potestad o en situación de desamparo: art. 199 CC). Toda persona mayor de edad (a la que a estos efectos se equipara el menor emancipado) es considerada «capaz», aunque pueda estar afecta a un cierto grado de «discapacidad». Ya no cabe aquella clara distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, porque toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene derecho a que se respete siempre —también el ámbito contractual— su «voluntad, deseos y preferencias», declaración que, como un mantra, repite docenas de veces la Ley 8/2021. En consecuencia, ya no hay «incapaces» ni «incapacitados», a partir de ahora la terminología legal para las personas con alguna deficiencia, psíquica básicamente, es la de «discapacitado». Solo en casos muy extremos se nombrará un «curador» a la persona mayor de edad que lo necesite, pero, antes de llegar a esa situación, han de proveerse las oportunas «medidas de apoyo». Consecuentemente, desaparece también la patria potestad prorrogada.

En la práctica:

- Si la persona está totalmente impedida psíquicamente, se le nombrará un curador que equivaldrá al antiguo tutor (representante), si bien la sentencia tendrá que concretar los actos que se le limitan y no cabe, en ningún caso, la privación total de derechos (*vide* nuevo art. 269 CC).

- Pero, si la persona es limitadamente discapaz:

- ¿cómo habrá que actuar?

- ¿qué haremos con el pródigo?

- ¿qué con los muy mayores?

- ¿queda todo al arbitrio del notario autorizante o denegante?

Porque esta Ley concede al notario una intervención y unos poderes, que algunos han calificado de exorbitantes y que ya veremos cómo encajan en la práctica del foro. No puede dudarse que la revisión final corresponde al poder judicial, pero, desde luego, el legislador no se lo ha puesto fácil.

l'assistència, que a partir d'ara reemplaça a Catalunya les tuteles i curateles, les potestats parentals prorrogades i rehabilitades i altres règims tutelars. La regulació vigent de l'assistència havia de ser modificada ja que, malgrat que parteix de premisses coherents amb la Convenció de Nova York, el seu contingut és incomplet i no permet oferir a la ciutadania un instrument de suport flexible i que abraci la diversitat de situacions en què una persona amb discapacitat pot requerir un suport en l'exercici de la seva capacitat jurídica. La reforma introduïda per aquest Decret llei permet aplicar-la amb tot el ventall de facultats que la persona concernida pugui necessitar i incorpora com a novetat que es pot designar la persona que ha de prestar l'assistència tant per la via judicial, com fins ara, com mitjançant l'atorgament d'una escriptura pública notarial. Aquesta segona via permet avançar vers la desjudicialització efectiva de la vida de les persones amb discapacitat i de les seves famílies, i descongestionar l'activitat dels jutjats, sense perjudici de les funcions de control i supervisió que en tot cas pertoqueu a la fiscalia i a l'autoritat judicial.

Reparemos, por ejemplo, en los nuevos artículos 663 y 665 del CC: donde antes decía el Código «capaz al tiempo del otorgamiento», ahora dice «con aptitud para expresar voluntad en ese momento». Dice el artículo 665: *La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.*

¿Cómo podrán los Tribunales anular, de ahora en adelante, un testamento notarial? ¿Cómo podrá demostrarse el vicio en el consentimiento, salvo caso de un fedatario completamente venal, si el testador, tras ser ayudado en *su propio proceso de toma de decisiones*, ha llegado a poder expresar al notario su *voluntad, deseos y preferencias mortis causa*, por lo que el notario ha llegado a la conclusión de que *en ese momento* podía testar?

El problema se hace especialmente acuciante respecto a quienes en Cataluña llamamos «*la gent gran*». Porque antes de la Ley 8/2021, cuando a la notaría llegaba un anciano con evidentes limitaciones, el notario lo tenía fácil: no podía autorizar y, si procedía, remitía el asunto al juez. Pero ahora es la propia Ley 8 la que, con insistencia, «obliga» al notario a indagar en la voluntad del discapacitado y, en la medida de lo posible, proceder a autorizar. Se concede al notario, como dice el catedrático Ángel CARRASCO PERERA, un *poder exorbitante* tal como vamos a tener oportunidad de ver.

Voy a centrarme aquí en solo tres artículos, de los casi doscientos del Código Civil común que la Ley 8 modifica. Concretaré, pues, el *quid* de la reforma en los artículos 249, 250 y 255, que procedo a transcribir, no sin decir que las negrillas, subrayados y destacados no figuran en el texto legal, como es más que evidente:

Artículo 249.

Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que

pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

Artículo 250.

Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de =las de naturaleza voluntaria, =la guarda de hecho, =la curatela y =el defensor judicial.

La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas “por la persona con discapacidad”, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.

El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida.

No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.

Artículo 255.

Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes.

Podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249.

Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias.

El Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante.

Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.

Vemos, pues, que el artículo 249, primero del título que el CC destina a la discapacidad, constituye una a modo de declaración de principios o exposición de motivos de la nueva legalidad. Por ello, se recomienda su lectura detallada porque sirve para ubicarse perfectamente.

Del artículo 250 resulta que las medidas de apoyo pueden sistematizarse del siguiente modo: - Dos Voluntarias. - Una Mixta. - Dos Judiciales:

- a) Las dos medidas voluntarias son:
 - el Poder Preventivo, necesariamente en escritura (arts. 255 y 260), y
 - la Auto curatela: que «se propone» también en escritura pública (art. 271 p^o-1) y «vincula» al juez (art. 272.1: *La propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias a que se refiere el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela*). En principio la auto curatela se regula junto con la curatela como una medida judicial, puesto que es el juez quien discierne el cargo. Pero eso es solo formalmente, porque de hecho es una decisión voluntaria, al punto que, tal como acabamos de ver, así la nombra el art. 272.1 del CC.
- b) La medida mixta es la Guarda de Hecho, que en principio es una previsión extrajudicial (por ejemplo, en el caso de las personas mayores lo habitual será que el oficio recaiga en el otro cónyuge, o en todos o algunos de los hijos, o, por qué no, en el servidor doméstico). Una previsión legal «de hecho» es obviamente extrajudicial, pero la calificamos de medida «mixta» porque, si el guardador ha

de asumir funciones representativas, necesita de la atribución del juez, según resulta del art. 264 del CC.

c) Las dos medidas judiciales son:

—La Curatela que, a diferencia de la antigua tutela, será no representativa, salvo casos extremos, conforme resulta del párrafo 3 del art. 269 del CC.

—El Defensor Judicial que, como ya vimos, es el remedio asistencial para:

- el caso de negocios concretos, aunque sean reiterados, pero que no justifican llegar al extremo máximo de la curatela;
- y los supuestos de conflicto de intereses.

Pero de la clasificación anterior lo que llama la atención es que las medidas voluntarias expulsan, literalmente, a las Judiciales. Recordemos lo que dice el nuevo art. 255 in fine: *Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.*

Es decir, si tú, oyente o lector, vas mañana al notario y otorgas un poder preventivo, o un poder general con cláusula preventiva, o dispones una auto tutela, que además podrás regular *ad gustum*, si haces algo de eso, repito, cerrarás el paso a la intervención del juez. Salvo situaciones muy extremas, como es obvio.

Consideraciones desde una perspectiva estrictamente notarial

Una vez «presentada» la nueva legalidad, me vais a permitir que haga algunas consideraciones de índole notarial sobre la misma, antes de dar paso al ponente principal que, como es lógico, analizará esta nueva legalidad desde el punto de vista judicial. Así pues, como notario destacaría:

a) La gran importancia que el legislador ha dado a la intervención notarial. Parece no ser casualidad que la primera norma que reforma la Ley 8 sea la Ley del Notariado. Por otro lado, parece como si el legislador pensara que en todo contrato habrá un notario que «vigile» el negocio a celebrar. ¿Y si no lo hay?

b) La ley otorga al notario una autoridad que no le corresponde, porque no es autoridad ya que la ley no le atribuye tal carácter. ¿Qué ha de hacer el notario con el cliente, de cuyas extravagancias está advertido, que pretende vender su vivienda habitual porque «su deseo» es comprar un Ferrari? Porque antes podía decir «no lo veo capaz» y que el juez decida, pero ahora, tras la Ley 8/21, ha de atender, ante todo, a sus deseos y preferencias. ¿Y autorizar?

c) ¿Deberá el notario autorizar una escritura de poder general preventivo, o con cláusula preventiva, o de auto curatela, de una persona mayor que no está del todo bien, pero tampoco mal, a sabiendas de que esa autorización cierra casi completamente el recurso al juez? ¿Cómo se podrá impugnar esa designa si el notario dio fe «justificada» afirmando la capacidad del otorgante «en ese mo-

mento?» Obsérvese que del artículo 250, párrafo 3, resulta que incluso el propio discapacitado (o sea, no solo el capaz en previsión de su futura discapacidad) puede prever sus medidas voluntarias (siempre notariales) de apoyo, lo que supone traspasar al notario la responsabilidad de decidir si el compareciente tiene o no aptitud bastante para decidir esas medidas.

d) ¿Quid si los tribunales resuelven que ese juicio notarial fue erróneo? ¿Cuál es la responsabilidad del notario? Advertencia: la reforma fracasará si no se revisa el régimen de responsabilidad del notario, acercándola en este tipo de actos de «semi jurisdicción voluntaria» a la del Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) o a la del mismo juez. Porque, en otro caso, los notarios tendrán miedo y la reforma fracasará⁴.

Y es que, con este tipo de normas, basadas en un buenismo un tanto discutible, entramos en una hermenéutica que parece más propia de la Escuela del Derecho Libre: *que la ley diga la que quiera que ya el juzgador la adaptará al caso concreto*. Lo que quizá agrade a abogados y jueces, pero es terrible para el notario, cuyo oficio se basa en dotar de seguridad jurídica a los actos que autorice, y al que una decisión, que quizá años después se califica de desacertada, le puede hacer incurrir en responsabilidad civil.

Llegamos así a la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021, de la que es ponente el ilustre magistrado que me seguirá y que corrige, muy acertadamente a mi juicio, al legislador mediante afirmar que: hay que atender siempre a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, porque así

⁴ No es de recibo lo que está ocurriendo actualmente en el ámbito del Derecho común con, por ejemplo, el contador partidador dativo *ex art. 1057 CCE*. Este contador se nombra por el LAJ o por el notario a petición de, al menos, el cincuenta por ciento de los interesados. El contador hace la partición y, si todos los herederos la aprueban, asunto terminado. Pero si no, el notario ha de decidir si la aprueba o no en una situación que, por definición, implica un contencioso. Resultado: si el notario aprueba recibirá plácets de una parte de los herederos ... pero será inmediatamente demandado por los otros. Y los jueces admitirán, por supuesto, la demanda de responsabilidad civil.

Y no digamos el caso del *Reglamento europeo 650/2012* de Sucesiones que, tratándose de la declaración de herederos abintestato con componente internacional, concede al notario el carácter de «autoridad», es decir de tribunal. El Reglamento prevé la ley residencial como reguladora de la sucesión ... pero no regula qué es la residencia (que, a su vez, en el ámbito europeo, no coincide con el concepto de residencia del Código Civil) más allá de la expresión de «donde el causante tuviere los vínculos más estrechos». ¿Cómo se prueban ante notario esos vínculos? Estamos en las mismas, resuelva como resuelva el notario, si hay dos partes enfrentadas, una de ellas no estará conforme con la resolución, y la salida más probable, con la incomprensible aquiescencia de los tribunales españoles, será la demanda de responsabilidad civil contra el notario.

Con lo cual mi consejo a los notarios en activo, siento decirlo así, no puede ser más «inmoral»: *mientras no se modifique el régimen de responsabilidad, acercándolo al de los órganos de la administración de justicia, absteneos de actuar; pues mejor una queja por denegación de funciones que una demanda de responsabilidad civil que quizá sea por decenas de millones*. Porque con el buenismo que inspira a la normativa de discapacidad es eso lo que pasará; las demandas contra los notarios serán cosa de cada día. Aunque solo haya meras diferencias interpretativas, resuelva como resuelva el notario, siempre habrá alguien que se sienta agraviado y piense que «la culpa» es del notario. Al tiempo.

lo exige la ley ... pero siempre que esa persona sea capaz de construir y expresar tales deseos de manera «cabal», pues hay enfermedades mentales que lo impiden. El síndrome de Diógenes, por ejemplo, que es el caso de la sentencia.

Ahora bien, me vais a permitir anticipar una pregunta al magistrado ponente que, rectamente, procedería formular al final de su intervención: ¿El fallo del TS hubiera sido el mismo si esa persona tan abandonada, en vez de vivir en una comunidad de vecinos, hubiera habitado en una cabaña en medio del monte? ¿Acaso se puede impedir con la nueva legalidad que una persona no se lave, o que acumule basura, o que no se ocupe de ir al médico, si no molesta a nadie y son esos «su voluntad, deseos y preferencias»?

O, en un ámbito más burgués, valga la expresión, ¿hoy se puede impedir que alguien dilapide su patrimonio, si ese es su deseo? ¿Es hoy legal poner las expectativas de los legitimarios por delante de los deseos del potencial causante? Anticiparé mi respuesta: si la prodigalidad ha desaparecido de los textos legales, habrá de serlo con todas sus consecuencias. El que quiera dilapidar su fortuna que lo haga, siempre que con ello no afecte a derechos «presentes» de las personas bajo su dependencia; cónyuge e hijos, básicamente.

Tras lo dicho, podemos ya dar paso a la muy importante sentencia 589/2021, del Pleno del Tribunal Supremo, del pasado 8 de septiembre, y a su ponente. Solo una recomendación final: leed íntegramente la sentencia; es clara, instructiva, bien redactada y, encima, es muy entretenida.

PROVISIÓN JUDICIAL DE APOYOS

por
IGNACIO SANCHO GARGALLO
*Académico Honorario de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*
30 de noviembre de 2021

I. EL NUEVO SISTEMA DE PROVISIÓN JUDICIAL DE APOYOS

1. *La implantación del art. 12 de la Convención de Nueva York*

El sistema de provisión judicial de medidas de apoyo a personas con discapacidad introducido por la Ley 8/2021, de 2 de junio, sustituye al régimen de incapacitación y tutela configurado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

El nuevo sistema de provisión judicial de apoyos pretende incorporar las exigencias del art. 12 de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006. En su apartado 3, los Estados firmantes, entre ellos España, se comprometían a adoptar las medidas necesarias que las personas con discapacidad puedan precisar «en el ejercicio de su capacidad jurídica».

Además, conforme al apartado 4, se preveía que la adaptación de las medidas de apoyo fueran ligadas a la adopción de las salvaguardias necesarias y adecuadas para impedir abusos.

La jurisprudencia, desde la STS 282/2009, de 29 de abril, había reinterpretado el sistema anterior de incapacitación (modificación de capacidad) y tutela, a luz de los principios que emanan de la Convención. Como argumentaba la STS 298/2017, de 16 de mayo, se trataba de poner el acento en que el sistema de apoyos al que alude la Convención estaba integrado en nuestro derecho por la guarda legal, en concreto por la tutela y la curatela:

«Desde esta perspectiva (los principios que emanan del art. 12 de la Convención) debe interpretarse lo dispuesto en el Código civil y en la Ley de enjuiciamiento civil, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que

se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias.

»El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el “procedimiento de modificación de la capacidad” y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, en sentencia 716/2015, de 15 de julio)».

La modificación de capacidad, en cuanto que estaba supeditada a la necesidad de constituir el apoyo o la medida de protección necesaria, no era algo rígido, sino flexible. Debía adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasmaba en la graduación de la incapacidad: esta graduación podía ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas (STS 341/2014, de 1 de julio). Por lo que el Tribunal Supremo concebía el juicio de capacidad como una valoración concreta y particularizada de cada persona, que permitía llevar a cabo lo que denominaba «traje a medida» (SSTS 341/2014, de 1 de julio, y 244/2015, de 13 de mayo).

2. *Características del nuevo sistema de provisión de apoyos*

El sistema de provisión judicial de apoyos se caracteriza porque no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona. Desaparece el juicio de incapacitación y la actuación judicial se centra en la provisión de apoyos, que vendría a ser el equivalente al régimen de guarda legal anterior (tutela y curatela), pero con una configuración distinta.

Las características esenciales de este nuevo sistema pueden extraerse del art. 249 CC:

- i) En cuanto a sus destinatarios, es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.
- ii) La finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad».
- iii) Las medidas de apoyo han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales».

iv) Las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que solo se acordarán en defecto o insuficiencia de estas últimas.

v) Y la provisión de las medidas debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

3. *Apoyos susceptibles de provisión judicial*

El art. 250 CC, al enunciar las medidas de apoyo, distingue entre las medidas de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

Si por provisión judicial de las medidas entendemos que requieren de una resolución judicial para su adopción, en ese caso, dentro de esta categoría de medidas de apoyo de provisión judicial estarían tanto la curatela como el defensor judicial.

La curatela se aplica a quienes precisan el apoyo de modo continuado y su extensión vendrá precisada por la resolución judicial que la acuerde, «en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo».

Por su parte, el nombramiento de defensor judicial tiene un carácter ocasional, para cubrir una necesidad de apoyo puntual, aunque sea recurrente.

II. LA CURATELA

1. *Configuración legal*

1.1. *Principios rectores que rigen la provisión de este apoyo*

La curatela no se configura legalmente con un contenido predeterminado y común para cualquier caso, sino que bajo esta institución tienen cabida todas las medidas de apoyo continuado que pueda acordar el juez dentro de unos límites legales. En realidad, el nombre de la institución (curatela) no aporta una información precisa sobre el contenido y alcance de las medidas, pues lo esencial es el contenido de las medidas y las salvaguardias concretas que se hayan previsto en la resolución judicial.

En consonancia con la previsión general prevista en el art. 249 CC para cualquier medida de apoyo, el art. 268 CC prevé que las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos:

- tienen que ser «proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise»,
- han de respetar «la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica»
- y atender «en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias».

Parece que el nuevo sistema, *formalmente, prescinde del «interés superior de la persona con discapacidad»* como principio rector para la determinación del apoyo judicial.

Bajo la nueva regulación, si bien el «interés superior de la persona con discapacidad» no juega el mismo papel que sí se reconoce expresamente, respecto de los menores, al «interés superior del menor», el juez no puede prescindir totalmente de dicho interés, aunque solo sea para la determinación de las salvaguardias a las que hace referencia el art. 12.4 de la Convención y que van estrechamente ligadas a la provisión de apoyos. Además, el interés de la persona con discapacidad subyace al juicio o valoración sobre la necesidad de la medida.

De hecho, en el interés de la persona con discapacidad es posible distinguir un aspecto objetivo, que iría ligado a la necesidad provocada por la discapacidad, y otro subjetivo, que tendría que ver con la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Ambos criterios son tomados en consideración por el art. 268 CC como pauta para la determinación, en cada caso, del apoyo que supone la curatela.

1.2. *El juicio de necesidad de la medida y la exigencia de atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona*

A la vista de reseñadas exigencias legales, la provisión judicial de apoyos mediante una curatela exige un juicio o valoración sobre la necesidad de la medida, para lo cual habrá que evaluar el impacto que la discapacidad provoca en la vida de esa persona y en qué medida precisa de un apoyo.

La medida no viene determinada tanto por la necesidad de proteger a esa persona, como de facilitarle el ejercicio de su capacidad y hay que atender a cuál pueda ser su voluntad, sus deseos y sus preferencias, en cuanto puedan llegar a conocerse.

En esta cuestión puede llegar a haber un punto de discordancia o cuando menos puede generarse una situación de perplejidad, cuando la provisión de apoyos venga instada por el Ministerio Fiscal, un familiar o cualquier tercero legitimado, y la persona afectada manifieste una voluntad contraria. Sin perjuicio de que en estos casos el expediente de jurisdicción voluntaria se transforme en un procedimiento contradictorio, la cuestión radica en hasta qué punto es posible adoptar una medida judicial de apoyo existiendo una voluntad contraria de la persona afectada.

Esta situación puede darse sobre todo cuando la discapacidad de esa persona proviene de un trastorno o enfermedad psíquica que distorsiona su entendimiento o la voluntad, y hace que sin tener conciencia de enfermedad no llegue a ser consciente de la contingencia que padece y sus graves consecuencias para el ejercicio de su capacidad jurídica. Del mismo modo que, cuando fuera necesario y con las garantías previstas en la ley, es posible el ingreso involuntario de una persona afectada por una trastorno psíquico, de igual modo podría ser

procedente la adopción de una medida de apoyo en contra de la voluntad de una persona.

El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, en una sentencia dictada justo unos días después de la entrada en vigor del nuevo sistema legal de apoyos. En el caso resuelto por la STS 589/2021, de 8 de septiembre, lo actuado en el procedimiento había permitido constatar que la persona respecto de la que se solicitaba la provisión del apoyo padecía un trastorno de la personalidad, un trastorno de conducta que le llevaba a recoger y acumular basura de forma obsesiva, al tiempo que abandonaba su cuidado personal de higiene y alimentación. Esta persona carecía de conciencia sobre este trastorno y sus consecuencias, en concreto, no se percataba de las graves carencias de higiene y alimentación que tenía, así como del olor nauseabundo que desprendía él y su casa, que se percibía en el descansillo del piso y en la entrada del inmueble. Esta situación había contribuido a una situación de aislamiento social, incluso de sus vecinos y otrora amigos.

Era objetivo que el trastorno estaba degenerando en una degradación personal, sin que fuera consciente de ello. Incidía directamente en el ejercicio de su propia capacidad jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y ponía en evidencia la necesidad que tenía de las medidas de apoyo asistenciales acordadas.

Precisaba de la ayuda de otras personas que aseguraran la satisfacción de las necesidades mínimas de higiene personal y salubridad en el hogar, sin dejar de contar, en la medida de lo posible, con su voluntad, deseos y preferencias. Es lógico que mientras perdurara la falta de conciencia de su situación y rechazara la asistencia de los servicios sociales, fuera necesario suplir en esto su voluntad.

En este caso, el Tribunal Supremo se cuestiona hasta qué punto pueden acordarse medidas de apoyo en contra de la voluntad de la persona afectada y concluye que sí es posible, desde el momento en que la propia ley contempla esta posibilidad:

«La propia ley da respuesta a esta cuestión. Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a], 42bis b] y 42 bis c] LJV), dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b]. 5 LJV). Es muy significativo que “la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo”, además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado».

En lo que ahora interesa, esta sentencia dictada por el pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, fija jurisprudencia sobre cómo debe interpretarse la exigencia contenida en el art. 268 CC de que para la provisión de un apoyo judicial habrá que atender, en todo caso, a la voluntad, deseos y preferencias del afectado:

«En realidad, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo “atender”, seguido de “en todo caso”, subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de “tener en cuenta o en consideración algo” y no solo el de “satisfacer un deseo, ruego o mandato”.

»Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no solo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda.

»No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona

no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal».

En cualquier caso, en estos casos, habrá que esmerarse más, si cabe, en ajustar la proporcionalidad de la medida a la necesidad, por el tiempo preciso y con las salvaguardias que pudieran apreciarse convenientes.

1.3. *Duración de las medidas*

La provisión de apoyos judiciales bajo la figura de la curatela, aunque tenga un carácter continuado, debe ser revisada periódicamente.

Con carácter general, la ley prevé que lo sea cada tres años. Si bien, excepcionalmente, para algunos casos en que por las características de la discapacidad es difícil apreciar un cambio o evolución positiva de la situación que ha hecho precisa las medidas, puede acordarse su revisión en un plazo superior, que no podrá exceder de seis años.

Dentro de estos límites legales, el juez puede fijar plazos de revisión inferiores y, como se afirma en el último párrafo del art. 268 CC, estas medidas judiciales pueden revisarse, «en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas».

1.4. *Contenido de la curatela*

El contenido de la curatela puede llegar a ser muy amplio, desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación. Es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas.

Bajo un principio de intervención mínima y de respecto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad, la ley trata de resaltar que, en principio, el contenido de la curatela debía estar constituido por medidas de asistencia que fueran necesarias en ese caso. Así, el párrafo segundo del art. 269 CC prevé que el juez deberá precisar «los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo».

Pero como la realidad al final es la que es, y la ley no puede llegar a cambiarla, por desgracia hay muchas personas cuya discapacidad ha llegado a un grado tan grande que le afecta a la consciencia y a la posibilidad de tomar decisiones sobre su persona y patrimonio, que por exigencias de la vida moderna necesariamente tendrían que ser tomadas (en atención a los intereses de esa persona con discapacidad). En esos casos, la necesidad se impone y se hace precisa la constitución de una curatela con funciones representativas. El párrafo tercero del art. 269 CC, al preverlo, remarca su carácter excepcional y la exigencia de precisar el alcance de la representación, esto es, los actos para los que se precise esa repre-

sentación: «solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad».

El art. 269 CC concluye con la previsión de que, en ningún caso, la resolución judicial podrá incluir la mera privación de derechos. Ineludiblemente, alguna de las medidas de apoyo que puedan llegar a adoptarse conllevará una merma o limitación de derechos, sobre todo cuando la curatela es representativa. Contando con eso, el art. 269 CC quiere evitar que la discapacidad pueda justificar directamente una privación de derechos, sin que esta venga justificada por la necesidad de la medida de apoyo acordada, por eso habla de «mera privación de derechos».

1.5. *Salvaguardias*

La provisión judicial de medidas de apoyo, en este caso la curatela, se complementa con la previsión de las salvaguardias necesarias, medidas de control «para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida». Como advierte la exposición de motivos, estas salvaguardias han de ser proporcionales al grado en que las medidas afecten a los derechos e intereses de las personas, y han de adaptarse a la persona.

Pueden establecerse en la propia resolución judicial que acuerda la medida de apoyo (curatela), o en cualquier otra posteriormente adoptada, ordinariamente, como reacción ante la noticia o sospecha de un abuso o riesgo de actuación perjudicial para quien precisa el apoyo. En cualquier caso, advertida su procedencia, deberán aplicarse en el plazo más breve posible.

Y, en cualquier caso, al igual que las propias medidas de apoyo, las salvaguardias han de estar sujetas al examen periódico del juez.

La experiencia pone de manifiesto que la mejor salvaguardia es establecer el cauce y la necesidad de informar sobre la situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad afectada por la medida de apoyo. Es difícil que el órgano judicial pueda llegar a conocer de las disfuncionalidades que pudieran darse en el ejercicio de estas medidas, si no hay alguien que conozca lo que está ocurriendo, o el riesgo de que pueda ocurrir, y lo ponga en conocimiento del juzgado. Al mismo tiempo existe un riesgo de que el reseñado deber de información del curador y la consiguiente supervisión judicial del ejercicio de la curatela acabe por estereotiparse, y ser al final una formalidad más. El éxito de la reforma, a mi juicio, no solo radica en la correcta provisión de los apoyos judiciales, sino también en el control del ejercicio de la curatela.

Para evitar este riesgo, me parece que sería oportuno que fuera el Ministerio Fiscal quien realizara un control más incisivo y personal de la aplicación de las

medidas judiciales, para proponer, en su caso, la intervención judicial que fuera oportuna. El fiscal puede realizar esta función de manera más flexible y, además, puede percibirse mejor como una actuación ordinaria, de ayuda y colaboración, y no tanto fiscalizadora.

2. *Objeto de enjuiciamiento para la provisión de este apoyo*

La provisión judicial de apoyos que conlleva el establecimiento de una curatela, en realidad, supone un doble enjuiciamiento.

i) El juez, en primer lugar, ha de decidir si procede establecer esta medida de apoyo y, en caso afirmativo, precisar el alcance de la medida, esto es: si es simplemente asistencial y para qué actos; y si el curador adquiere alguna función de representación y para qué actos; así como las salvaguardias que se precisen en cada caso.

ii) Además, en segundo lugar, el juez ha de nombrar el curador, esto es, determinar quién se hará cargo de la curatela, con las funciones que previamente se hubieran determinado.

Y el cauce procesal a través del cual se llegan a adoptar ambas decisiones judiciales es, con carácter general, un expediente de jurisdicción voluntaria y, en caso de una efectiva oposición, un juicio especial contradictorio.

2.1. *Procedencia de la curatela y su contenido*

El juicio sobre la procedencia de la curatela y su contenido debe ajustarse a los principios, antes reseñados, previstos en el art. 268 CC. Estas medidas y su alcance han de guardar proporción con las necesidades de la persona que las precise, respetar «la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica» y atender «en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias».

Como he apuntado antes, la adopción de la medida requiere de un juicio de capacidad de la persona afectada, pues la exigencia de la proporcionalidad de las medidas con las necesidades de la persona que las precisa presupone la necesidad, que viene a su vez determinada por la concreta discapacidad de la persona y sus circunstancias vitales. Como quiera que la provisión de apoyos a una persona con discapacidad tiene por finalidad «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» (art. 249 CC), es lógico que el juez, al determinar la medida y su alcance, trate de respetar la máxima autonomía del afectado en el ejercicio de su capacidad jurídica. Y que, para juzgar sobre todo ello, tenga en cuenta su voluntad, deseos y preferencias.

De este modo, la provisión judicial de apoyos que suponga una curatela y la determinación de su contenido, sigue siendo un traje a medida, en cuanto que bajo los principios antes descritos que condensan la *ratio* de la reforma, el juez ha de valorar las concretas necesidades de la persona, a la vista de su discapacidad y de su situación vital, para, teniendo en cuenta su voluntad, deseos y preferencias,

adoptar las medidas más apropiadas para esa persona y en ese momento de su vida. Ahora más que nunca se ha de huir de un juicio estandarizado y hay que personalizarlo al máximo.

Para realizar este traje a medida, de acuerdo con la *ratio* de la reforma, sigue siendo esencial la entrevista personal y conocer muy bien la situación asistencial y médica de la persona. Y ello tanto si el enjuiciamiento discurre por el cauce de la jurisdicción voluntaria, sin expresa contradicción, como si lo hace por el juicio contradictorio.

Por otra parte, el interesado (la persona con discapacidad) podría haber manifestado con antelación su voluntad, deseos o preferencias al respecto, por ejemplo en el documento de autotutela. Así, de conformidad con el art. 271 CC, es posible que, «en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás», no solo hubiera dispuesto quien y quien no debería hacerse cargo de su tutela, sino también podría haber establecido «disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la tutela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes». También las salvaguardias de control que afecten a la retribución del tutor, la obligación de hacer inventario o su dispensa y las medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.

En principio, el juez debe atender a estas previsiones, salvo que, como prevé el art. 272.2 CC, existan «circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones», que justifiquen no seguirlas.

En cualquier caso, es lógico que la determinación de la medida (la procedencia de la tutela y su concreto contenido) esté también vinculada con quién asuma la tutela y las salvaguardas que proceda acordar.

2.2. *Nombramiento del tutor*

i) El segundo enjuiciamiento, el nombramiento del tutor, viene en parte pautado por el art. 276 CC. La norma atiende en primer lugar a si existe autotutela de acuerdo con lo regulado en el art. 271 CC.

En principio, habrá que atender a la expresa previsión que sobre las personas que deberían ser nombradas o que no deberían serlo, en previsión de la concurrencia de circunstancias que pudieran dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, hubiera realizado el interesado. Estas previsiones vinculan al juez, a la hora de nombrar la persona que deba ejercer la tutela.

Solo podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, mediante resolución motivada, «si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que

presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones». Estas circunstancias no tienen por qué ser necesariamente anteriores a la emisión de ese documento, sino que pueden ser también posteriores. Pero no cualquier cambio de circunstancias justificaría prescindir de esas disposiciones voluntarias, sino solo aquellas que razonablemente llevarían a pensar que el interesado no mantendría ahora, total o parcialmente, esa voluntad anticipada.

La STS 706/2021, de 19 de octubre, acaba de pronunciarse al respecto, en un caso en que una persona había realizado en un testamento una designación de quién debía asumir su tutela para el caso en que fuera necesario, como consecuencia de una discapacidad sobrevenida, y quien no (entre los que se encontraban tres de sus hijos y cualquier institución tutelar); el juzgado había nombrado tutora a una entidad pública porque la designada en la autotutela carecía de idoneidad para el cargo y en atención al conflicto familiar que existía entre los hijos de la persona con discapacidad; y la Audiencia dejó sin efecto el nombramiento de esa entidad pública y designó a dos hermanos de forma mancomunada para el cargo de tutor, uno de los cuales estaba excluido en el documento de autotutela, con la justificación de que estuvieran representados los dos grupos familiares enfrentados.

El Tribunal Supremo advierte que el juicio sobre la inidoneidad de una persona para la función de curador corresponde al juez, quien debe motivarlo en su resolución, que sea suficiente una remisión a la valoración realizada por los equipos psicosociales:

«(...) corresponde a los tribunales de justicia, y no a los servicios psicosociales, determinar la inidoneidad de una persona para el ejercicio del cargo de curadora. Los dictámenes de tal clase aportan la información oportuna para que los tribunales de justicia adopten la decisión correspondiente, ya que son estos y no aquellos equipos, a los que compete, de forma exclusiva, el ejercicio de la jurisdicción.»

«Pues bien, la resolución recurrida no exterioriza las razones, que necesariamente debían concurrir, para prescindir de la persona designada, en primer lugar, por la demandada, para el ejercicio del cargo de tutora (actualmente curadora), (...) con la que convive desde hace años y asume de facto el papel de cuidadora principal, sin que baste al respecto la mera remisión, sin valoración crítica alguna, al informe elaborado por los servicios psicosociales, que dan una simple opinión, que debe ser apreciada críticamente, y, además, en el marco propio de las connotaciones jurídicas del proceso, lo que no se hace por la Audiencia. (...)

»En definitiva, la argumentación de la sentencia recurrida es pobre, insuficiente y desligada de las circunstancias del proceso, amparada en el razonamiento inasumible de que como hay dos grupos de tres hermanos, que se lleven bien entre sí y mal con los otros tres, adopta la salomónica decisión de

designar a una persona de cada grupo, prescindiendo de la voluntad, deseos o preferencias de la demandada. Como igualmente lo es la invocación de la regla general del control institucional del ejercicio de la tutela mancomunada, que no introduce ningún elemento diferenciador al ser común a las medidas judiciales de apoyo (art. 270 CC). Tampoco conforma motivación, la abstracta invocación del principio de inmediación, que no puede servir de pretexto para adoptar cualquier clase de decisión, en tanto en cuanto es un instrumento de proximidad para la mejor valoración de lo actuado, pero que no exime del deber constitucional de motivar la decisión, en conexión a las concretas circunstancias fácticas y jurídicas del proceso.

»La jurisprudencia de esta Sala (...) exigía, para prescindir de la autotutela y del orden legal preestablecido (...), una motivación reforzada de la que carece manifiestamente la sentencia recurrida (...)».

ii) El art. 274 CC también permite que el interesado hubiera delegado en otra persona la elección del curador de entre una determinada relación de personas. También en este caso, el juez estará vinculado por la designación realizada por quien se tuviera delegada esta elección.

En defecto de cualquiera de estas designaciones realizadas directa o indirectamente por el interesado, de forma anticipada mediante una autocuratela, el art. 276 CC establece un orden de personas llamadas a asumir la curatela:

1.º El cónyuge, o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo.

2.º El hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

3.º El progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

4.º La persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.

5.º Quien estuviera actuando como guardador de hecho.

6.º El hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela.

7.º Fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

A la hora de designar al curador, el juez debe seguir este orden legal, pero puede alterarlo, una vez oída la persona que precise el apoyo. Se entiende, esto último, que con idea de conocer su voluntad y para actuar en función de ella. Y cuando no fuera posible conocerla, la ley dispone que el juez «podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias».

iii) Siempre partiendo de todo lo anterior sobre el carácter vinculante de la autotutela y el modo de proceder cuando opere el orden prelación legal, el art. 277 CC permite que puedan ser designadas varias personas para ejercer la tutela. Esta designación plural ha de venir justificada por «la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo».

iv) Aunque el art. 277 CC prevé en particular la posibilidad de separar «como cargos distintos los de tutor de la persona y tutor de los bienes», no hay inconveniente que se designen varias personas para las mismas funciones, aunque el juez debe entonces fijar «el modo de funcionamiento, respetando la voluntad de la persona que precisa el apoyo».

Necrològiques

NECROLÒGICA D'EN LLUÍS PUIG FERRIOL
Acadèmic de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació
de Catalunya

per
ENCARNA ROCA TRIAS
Acadèmica de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
2 de març de 2021

Benvolguts companys acadèmics
Família de Lluís Puig

Estimat Lluís,

El professor Puig Ferriol va ser un dels professionals més honestos que he conegut, tot això amb permís dels estimats col·legues. Lluís Puig Ferriol va ser un savi, un savi en el sentit d'home prudent, entenimentat a qui tothom ha d'escoltar, perquè mai els seus consells i les seves opinions van ser lleugeres, frívols o sense sentit. I un home digne, que va ser el mestre de tots aquells que en un moment determinat ens vam dedicar a allò tan poc «científic» com era el Dret civil català, dit això en el sentit dels anys 60, en què dedicar-se a aquesta part del Dret civil era considerat quasi com a revolucionari i, per tant, poc assimilable a la ciència oficial. O com a mínim, progressista *avant la lettre*.

En Lluís Puig Ferriol i com és posseïdor de la dignitat intrínseca a la que abans m'he referit, tenia, a més *auctoritas*.

En Lluís Puig Ferriol va néixer a Begur l'any 1932. Temps convulsos, que no van estalviar penes i dolors a la seva mateixa família. La casa on va néixer en Lluís era una casa «bona», però després la família es va traslladar a viure a una casa d'indiano, amb les seves palmeres i on molts de nosaltres hem tingut la sort de ser-hi acceptats. Va estudiar a l'escola de primer ensenyament del seu poble, llavors anomenada «Escola Nacional» i després a l'Institut Nacional d'Ensenyament Mitjà de Girona. Ensenyament públic, doncs. Va estudiar Dret a la Facultat de la UB entre els anys 1951 y 1956 i es va doctorar en Dret en la mateixa Facultat l'any 1963, amb una tesi dirigida pel Prof. Fernández de Villavicencio titulada «El heredero fiduciario», publicada després per la Càtedra Duran i Bas i que és

encara un llibre de referència. Aquesta tesi va merèixer el Premi Duran i Bas de l'Excm. Ajuntament de Barcelona.

Va ser professor titular de Dret civil primer a la UB i després a la UAB, un cop creada la seva Facultat de Dret. Professor agregat i finalment *catedràtic*. Va ser el primer catedràtic català de dret civil després de la Guerra civil i els que vam ésser presents a la seva oposició ens vam convèncer de dues coses: de la qualitat de Lluís Puig, que va donar una lliçó sensacional sobre la hipoteca mobiliària i la penyora sense desplaçament possessori que ningú esperava i a més, que seria molt molt difícil arribar al seu nivell, amb l'exigència dels exercicis, al qual s'havia d'afegir que lluitaves en camp aliè. En Lluís Puig va ser Degà de la Facultat de dret de la UAB durant vuit anys. Des de la seva jubilació, va ser nomenat professor emèrit.

La seva vida personal va ser prou senzilla: casat amb la Rosa Brugada, una noia d'Hostalrich, van tenir dos fills, en Pere i la Montse. I ara té uns quants néts.

Per parlar de les seves activitats en el camp científic és millor distribuir-les en dos grans blocs: el relatiu a la recerca i l'aplicació de la recerca en la producció de lleis, tot referit al Dret Civil Català o si més no, la major part. I el relatiu a la seva activitat com a jutge en el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i en el Tribunal de la Mitra d'Andorra primer i en la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia del Principat d'Andorra des dels anys 1994 al 2002. Va ser president d'aquest Tribunal durant els anys 2000 al 2002. Després parlaré d'aquesta important activitat.

Però ningú és solament un currículum, com diu un anunci prou conegut. A partir d'una freda enumeració de la llista de publicacions i càrrecs que una persona ha ocupat al llarg de la seva vida, no es pot conèixer la persona de qui s'està parlant. Caldrà ara examinar en profunditat perquè les institucions han cregut en ell (p.e., se li ha atorgat amb molta justícia, per bé que amb retard, 2005, la Creu de Sant Jordi, el Premi a la Justícia i el Premi Puig Salellas i perquè hom considera una injustícia que altres institucions no l'hagin integrat entre els seus membres (p.e. no va ser membre de l'IEC). Què hi ha doncs, darrera del seu currículum?

1.º El punt fort de la trajectòria científica i personal d'en Lluís Puig Ferriol ha estat la seva dedicació, investigació i consegüent mestratge en el Dret civil català. Hi va haver una època en què dedicar-se a aquesta branca «foral» era vista amb molt mals ulls pels grans mestres del Dret civil. No sols els que treballaven a Madrid, sinó els que treballaven aquí. Els que havíem de fer oposicions i en Lluís Puig va ser el primer catedràtic català de l'Estat espanyol després de la Guerra civil, havíem d'anar molt en compte respecte d'allò que escrivíem i en Lluís ho podria confirmar amb la seva experiència com a opositor i com a membre de tribunals d'oposicions.

La dedicació de Puig Ferriol al nostre Dret ve de lluny. Ja he dit que la seva tesi doctoral va ser sobre una institució típicament catalana, l'hereu fiduciari; potser va ser la primera en aquesta matèria a la Facultat de Dret en DCC. Cer-

tament, l'entrada en vigor de la compilació l'any 1960, va facilitar molt les coses. L'existència d'un llibre articulat de lleis permeté que els professors universitaris ens prenguéssim seriosament el Dret civil català, que fins aquell moment havia estat patrimoni dels pràctics del dret, sigui dit això sense cap ànim pejoratiu. La metodologia habitual en els estudis jurídics, més inclinada cap a l'exegesi dels textos era la més apropiada per a la construcció de teories relatives a un cos de lleis positives, per bé que les normes de la Compilació havien de ser interpretades d'acord amb la tradició jurídica catalana, que posteriorment va donar lloc a una nova escola, d'interpretacions més aviat historicistes, amb la que l'esperit positiu de Puig Ferriol no podia estar massa d'acord. Lluís va ser un jurista que emprà els mètodes tradicionals per a la interpretació del Dret civil català. Res a dir. Les lluites metodològiques no fan més que afavorir els cels dels conceptes, com posà en evidència Ihering. Ningú no discuteix els resultats de Lluís Puig.

A partir d'aquell moment, la producció literari-jurídica de Puig Ferriol sobre el Dret civil català va ser notable: el seu llibre sobre «El albaceazgo», que va guanyar el premi «*Antoni M. Borrell i Soler*», instituit per l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona, el Col·legi d'Advocats de Barcelona i el Col·legi Notarial de Catalunya i sobretot, els tractats «Fundamentos del Derecho civil de Cataluña» i «Instituciones del Dret civil de Catalunya» (en els que hi he participat), constitueixen l'aportació més important al Dret civil català després de l'obra de Borrell i Soler. Però aquesta tasca va començar molt abans, en els seminaris de la Càtedra Duran i Bas, que molts recordareu, d'on van sortir les col·laboracions amb la RJC i els volums de la col·lecció de jurisprudència catalana del TS i del Tribunal de cassació de la Generalitat de Catalunya. No hi ha cap altra obra semblant en el context de l'Estat. Allà vam aprendre Dret català, perquè juntament amb els professors, venia un conjunt de professionals que aportaven els seus coneixements pràctics, cosa que no s'ha d'oblidar mai en els àmbits jurídics.

El segon aspecte de la seva dedicació al Dret civil català va tenir lloc en les seves intel·ligents aportacions en la seva tasca com a magistrat en el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, des del moment de la seva constitució fins la data de la seva jubilació. Recordo un vot particular en una sentència sobre un problema d'aliments o de prestació compensatòria en què dóna una lliçó del que és la correcta interpretació d'un jutge prudent. Però no és en els vots particulars on es demostra la seva destresa en afrontar les solucions pràctiques, derivades clarament del seu profund coneixement de la matèria de què s'està discutint. Lluís va ser un jutge respectat, prudent i amb sentit comú, sentit comú que solament es pot obtenir quan un té una formació sòlida i un coneixement molt profund, que no li crea la necessitat d'exposar doctrines molts cops incomprensibles i poc adequades per a les motivacions de la sentència. En Lluís tenia un profund coneixement del dret en si mateix i per això no li calia demostrar-ho explicant allò que no cal.

A més, la llista de càrrecs relacionats amb institucions del Dret civil de Catalunya és demostrativa del que dic: des de la secretaria del II Congrés Jurídic Català; el nomenament com Acadèmic de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya a la que va pertànyer des de l'any 1973; la secretaria de la Càtedra de Dret civil català «Duran i Bas», així com la direcció del seu seminari, amb la Comissió de Codificació de Catalunya, la seva pertinença al consell de redacció de la RJC, que va permetre la participació dels joves professors de la UB en el comentari de sentències del Tribunal Suprem referides al Dret civil català, etc., demostra que la seva dedicació no ha estat una casualitat.

Devem també a en Lluís una tasca que segurament no ha rebut prou reconeixement ni de la comunitat científica ni dels pràctics del dret: la col·lecció «El Derecho civil catalán en la jurisprudencia». Sota el patrocini i la iniciativa de la Càtedra Duran i Bas, es va iniciar la compilació i publicació del text íntegre de les sentències dictades pel TS des de la vigència del Codi civil. Aquesta col·lecció inclou també les sentències del Tribunal de Cassació de la Generalitat republicana i les sentències del Tribunal Suprem anteriors a 1889. Després va intentar una cosa semblant amb les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, tasca que va assumir la Conselleria de justícia, sempre sota la direcció de Puig Ferriol, primer en paper i després en CD. Però això es va encallar ja no sé en quin moment.

2.º Hi ha un segon bloc d'aspectes jurídics dels que no vull deixar de parlar: el seu mestratge com a professor de generacions d'estudiants a la UAB. I aquí haig de donar un pas més per referir-me a en Lluís Puig Ferriol com a professor de Dret civil. Perquè si bé és indiscutible que la principal activitat que va desenvolupar se centra en l'estudi i aplicació del Dret Civil Català, no s'ha d'oblidar que essent catedràtic de Dret civil, el que ha ensenyat durant la seva llarga carrera universitària ha estat Dret civil, quatre cursos de Dret civil: part general i persona; negoci jurídic; obligacions i contractes; drets reals i hipotecari; família i successions. *Pas mal.* I va fer unes oposicions de professor agregat amb 6 exercicis, en un ambient no excessivament amical, al Instituto de Estudios Jurídicos, a Madrid. Tampoc vull dir «hostil», però com dirien els anglesos, «not friendly».

Aquelles oposicions van marcar una època, perquè van significar el moment en què els universitaris catalans vam sortir de casa i ens vam donar a conèixer, essent considerats tots com a importants i ben preparats professionals.

Però és que a més, durant molt de temps el seu treball sobre les obligacions solidàries, en el llibre homenatge a Vallet de Goytisolo ha estat un punt de referència; el poden veure citat a totes les obres sobre aquesta no fàcil qüestió.

Cal afegir també la seva col·laboració en el fonamental llibre de Puig Brutau «Fundamentos del Derecho civil», en la part de dret de la persona. Aquesta col·laboració va ser també un dels moments importants de la seva producció sobre teoria jurídica.

I els nostres col·legues de la resta de les universitats espanyoles no van tenir cap inconvenient en reconèixer-li els seus mèrits. En Puig Ferriol podria haver quedat arraconat en el nord-est de la geografia espanyola. Però no. Va ser elegit i el seu mandat renovat com a President de l'Asociación de Profesores de Derecho civil, succeint a Albaladejo i com a culminació de la seva carrera, els seus companys li vam oferir un llibre homenatge: *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, 2006, llibre que recull els treballs redactats amb motiu de la seva jubilació com a Catedràtic de dret civil de la Universitat Autònoma de Barcelona de professors de tot l'Estat.

Les qualitats humanes i personals de Lluís Puig han fet que sense massa dubtes tothom el consideri com un home bo i prudent. Però això no li ha estalviat les conseqüències de les lluites universitàries. Però aquesta és una qüestió que ja no importa.

I no vull deixar passar l'ocasió de recordar en Lluís Puig com a jutge. Una de les funcions més nobles en el camp del dret és la judicatura; segurament, tan noble com l'ensenyament. La transmissió del nostre coneixement als joves i no tan joves que ens demanen la informació que els cal per a la seva tasca és un acte de generositat i també ho és la dedicació a la solució de les disputes entre les persones, a tots els nivells. Puig Ferriol va dur a terme amb generositat i dedicació aquestes dues funcions, com a professor a la UAB i com a jutge a Barcelona i Andorra. Mai ningú m'ha parlat en contra d'en Lluís. Durant uns anys al TS, vaig coincidir amb en Jesús Corbal, company seu al TSJC i sempre el recordava com a home prudent i assenyat. Potser no sabia idiomes, no havia estudiat a l'estranger, però el seu sentit jurídic era molt més alt que el de moltes altres persones amb una formació diferent. Tenia el sentit del dret com un vell romà.

En definitiva, en Lluís Puig va ser fill d'una formació concreta en una època concreta. El seu raonament, plenament jurídic i perfectament harmònic i coherent és un regal que ens va fer a tots aquells que avui reconeixem la seva qualitat d'home savi i lamentem que ja no estigui entre nosaltres. Descansi en pau.

Actes Especials

*HOMENATGE A TÍTOL PÒSTUM
A L'EXCM. SR. JOSEP JOAN PINTÓ RUIZ
5 d'octubre de 2021*

BENVINGUDA

per

M. EUGÈNIA GAY ROSELL

Degana de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona

Estimada Montserrat, estimada família Pintó Sala,
Excm. President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya,
Excel·lentíssims i Il·lustríssims membres de la taula,
Degans i Degana emèrits degans dels Col·legis de l'advocacia catalana,
Acadèmics i acadèmiques,
Sr. Secretari general del Departament de Justícia,
Autoritats i Membres de la Junta de Govern,
Amics i amigues,

Em complau donar-vos la benvinguda davant la majestuositat del Saló d'Actes del nostre estimat Col·legi a aquesta cerimònia en la que, la JUNTA DE GOVERN i L'ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ DE CATALUNYA, hem volgut retre homenatge a títol pòstum, amb la solemnitat que es mereix, al nostre estimat company i amic, el Degà emèrit i acadèmic Josep Joan PINTÓ RUIZ, per una trajectòria personal, professional i institucional excepcional.

El Col·legi ha estat testimoni de l'empremta d'un insigne jurista, i és el deure d'aquesta casa, a la vegada que un honor, reconèixer i homenatjar la seva persona, dedicant uns moments de record, de reflexió i de pensament, per mantenir viu el seu llegat que ens dona força i ennobleix l'esperit de la nostra Institució.

Com a jove advocat, llicenciat en Dret (Cum Laude) per la Universitat de Barcelona on posteriorment es va doctorar, el degà Pintó va despertar aviat l'estima, l'admiració i el respecte de tots els seus companys i companyes, convertint-se en un autèntic referent en el món de l'Advocacia, de l'empresa i de la societat civil.

Va treballar incansablement i amb l'enorme passió amb la que entenia el Dret (i la vida) en el despatx que va fundar el seu pare l'any 1903; i ho va fer dedicant-se en cos i ànima a enaltir el dret de defensa, recolzant-se en els ideals

de la justícia i l'humanisme, fent gala dels valors que havien d'estar presents en l'actuació de tot advocat o advocada: honestedat, lleialtat, prohibitat, rectitud, humilitat i excel·lència.

Amb un virtuosisme encomiable en l'art de l'oratòria i l'eloqüència, li agradava compartir en les seves magnífiques intervencions i en els seus acurats escrits, reflexions carregades de rigor i també d'emoció, sobre la incidència que l'esperit humà havia de tenir en la llei:

«No hi ha dubte —deia el nostre degà Pintó— que la humanitat pot actuar o incidir enèrgicament en la promulgació de la Llei. En aquest cas la humanitat actua com un principi directiu que incideix en els òrgans legislatius.

És la misericòrdia pròpia de la humanitat la que pot incidir tant al legislar com al jutjar. No hi ha el més mínim dubte de que la humanitat és un bé que produeix un efecte bo i equilibrador per a la societat civilitzada.»

Com a Degà, càrrec al que va accedir sense oposició al 1978, va encarrilar al Col·legi de l'Advocacia de Barcelona amb una gestió responsable, valenta i apassionada cap a un procés de modernització molt important i va defensar els interessos de la professió, així com els de la societat, precisament en un context de transició d'un país en construcció al que s'havia d'empènyer cap als postulats democràtics.

Ferm defensor de la llengua catalana, va destacar per la seva erudició en el Dret Civil Català i va contribuir amb les seves valuosíssimes aportacions a l'actualització de les principals institucions de l'ordenament jurídic de Catalunya.

Va ser escollit president de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya a l'any 1984; i la seva inesgotable obra i prolíxa trajectòria va ser reconeguda amb incomputables guardons.

El sentiment i la naturalitat amb la que acompanyava les seves precises intervencions i els seus savis consells, i les paraules amb les que ens seduïa per ser elogis sincers que brotavien del seu cor immens ens deixen un buit incommensurable.

Estimat i admirat degà Pintó, que ens vas deixar sobtadament el 23 d'agost de l'any passat, el teu record perdurarà més enllà, com la fe, la bondat i l'amor amb la que et vas dedicar incondicionalment a la teva família, la teva dona Montserrat, els teus fills i els teus néts.

El teu record romandrà viu per sempre, doncs com hem après de tu: *«el Dret és per a la vida i no la vida per al Dret; tenir cura de les essències d'aquest món correspon a l'Advocacia, que té la important missió social de proporcionar la justícia i evitar la injustícia».*

Estimat i enyorat degà Pintó, mestre, amic, descansa en pau.

NECROLÒGICA DE L'EXCEL·LENTÍSSIM
SR. JOSEP JOAN PINTÓ RUIZ, LLEGIDA EN NOM DE
L'ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

per
EUGENI GAY MONTALVO
*Acadèmic de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*

Senyor president, senyora degana, senyores i senyors acadèmics i diputats de la Junta de Govern; senyores i senyors, amics tots.

És un honor per a qui us parla haver estat designat per els membres de la nostra Acadèmia per a pronunciar aquesta necrològica i un compromís que accepto —Sr. President, amb gratitud i no sense por i sentiment de responsabilitat— per dedicar-la a la figura insigne i grandiosa del nostre company, el molt estimat advocat Josep Joan Pintó Ruiz.

Com sigui que el ritme dels temps ve marcat al marge de les nostres voluntats, no hem pogut fins ara, per culpa de la pandèmia, retre-li l'homenatge pòstum que li és degut i al que el Col·legi s'hi ha volgut adherir per a fer-ho conjuntament i de forma presencial, en companyia de la seva esposa, D.^a Montserrat Sala, i dels seus fills i nets, als que tant va estimar i dels que tan orgullós se'n sentia.

Ambdues institucions han volgut que aquest acte solemne es celebrés al nostre Saló d'Actes, que tantes vegades va presidir com a Degà i com a President de l'Acadèmia, i en el que s'han esdevingut els actes més memorables de les nostres corporacions. Aquest Il·lustre Col·legi ha estat i continua sent la Casa gran del Dret a Catalunya al llarg dels darrers segles i no podia ser un lloc més adient per a aquest merescut homenatge.

Josep Joan Pintó ha estat, per sobre de tot, un gran advocat en el sentit més noble de la paraula, que bevia de les fonts dels clàssics als que sovint citava en aquesta mateixa Sala, en llatí i de memòria. Però era també, en idèntica intensitat, un home de sincera i profunda fe i un home de bé, que posà la seva vida al servei de la família, de la societat i, per descomptat, dels seus clients i dels seus companys. La seva bonhomia fluïa de la seva ànima, sempre jove i fructífera.

La darrera prova del que estic dient es va produir a començaments del mes d'agost del darrer any, de 2020, poc abans de morir. Vaig telefonar-lo per a felicitar-lo i agrair-li el mateix dia que sortia a La Vanguardia un obituari signat per ell que dedicava a un estimat company i gran advocat que fou Julio Mesanza, amb qui compartí Junta de Govern, i quina mort ens va sorprendre a tots durant aquelles vacances. Pintó, sens dubtar-ho un moment, agafà la seva ploma (en el seu cas, la seva estimada màquina d'escriure) i redactà l'obituari al company tot enviant-lo al diari des del seu lloc de repòs estiuenc. Feia poc que els acadèmics havíem compartit amb ell l'última sessió de l'Acadèmia en les darreries del mes de juny, i en aquella conversa telefònica que vàrem tenir ens vàrem emplaçar per a dinar a començaments de setembre, abans que comencés el curs següent. Actiu doncs, com en tot, fins a l'últim moment.

* * *

Senyor president, estimats amics, fora aquí vana temptativa desgranar el seu currículum personal i professional, doncs esmerçaríem inacabables pàgines per a resumir-lo i, per fortuna, és sobradament conegut dels que hem compartit amb ell anys i anys de relació. Endemés, avui en dia els mitjans informàtics, telemàtics i, fins i tot, audiovisuals que estan al nostre abast, ens permeten introduir-nos en ells i tenir-ne una idea ample i cabal de la dimensió de la seva obra. Probablement, si ell fos entre nosaltres li seria molt difícil, si no impossible, malgrat la seva excepcional memòria, relatar tot allò que havia fet, escrit i pronunciat, i, a bon segur, tot i recordant-ho, no s'atreviria, per pudor, a dir-nos-el. El seu currículum, creguin-me, és extraordinari.

Malgrat això, vull destacar allò que sovint li havíem sentit dir darrerament tota vegada que defineix la profunditat del seu coneixement jurídic, quan afirmava que «El Dret no es fa, es descobreix». Quan a Miquel Àngel li van preguntar com podia treure d'un bloc de marbre escultures tan perfectes i expressives, deia que era molt senzill: «simplement trec el que sobra». A cap dels dos no els hi faltava raó.

Certament, l'obra dels juristes en aquesta llarga aventura humana és, i serà sempre, el descobriment del Dret; de la mateixa manera que en el cas dels escultors, es precisa la destresa necessària i el coneixement de la tècnica, per a conquerir els drets que dignifiquen la persona. Per això, podem dir sense por a equivocar-nos que la llei, a diferència del que molts creuen, no és el Dret sinó l'instrument del que ens hem de servir per a descobrir-lo, a fi que arribi a tots els éssers humans sense distincions de raça, gènere, llengües, ideologies o religió. Ciceró, al que tantes vegades citava el nostre homenatjat, deia en el seu tractat *De Natura Deorum* que «*nemo vir magnus sine aliquo afflatu divino numquam fuit*», és a dir, que tot gran home existia per un alè diví, i avui podem assegurar que amb

aquesta expressió apuntava a la veritat però que no era tota la veritat. Tots tenim aquest *afflatu divino*, no únicament els grans homes sinó tots els homes i dones des del primer moment de la nostra existència fins a la nostra mort, i això no és, ni més ni menys, que la dignitat que ens fa lliures i iguals i ens obliga a conviure en fraternitat i solidaritat. Vet aquí com Pintó encertava en la seva manifestació.

* * *

Bo serà, però, recordar que Josep Joan Pintó Ruiz, va néixer el dia 16 d'abril de 1927 a Barcelona, en un ambient en el que ja es respirava el Dret i l'Advocacia, i inicià els seus estudis de Batxillerat al Col·legi del Sagrat Cor dels jesuïtes del Carrer Casp, per a seguir, posteriorment, els estudis de Dret a la Universitat de Barcelona, tot llicenciant-se amb premi extraordinari a la seva Facultat de Dret. Immediatament, s'integrà com a assistent a la càtedra de Dret Civil i es doctorà *cum laude* 10 anys més tard a la mateixa Facultat; és a dir, al 1959. Recent llicenciat, començà a exercir la professió al despatx del seu pare, Josep Joan Pintó i Badals, que fundà al 1903, i continuà exercint-la fins a la seva mort el dia 23 d'agost, a l'edat de 93 anys.

Des de ben jove, es comprometé, doncs, amb l'ensenyament del Dret a la Universitat i amb l'exercici de la professió d'advocat, així com a la vida col·legial. En tots aquests àmbits, excel·lí. Ben aviat, s'integrà a la comissió de Cultura del Col·legi, entrà a formar part de la Junta de Govern, primer com a Diputat i Bibliotecari, i fou elegit degà de 1978 fins a 1982, sent l'únic degà que, des de començaments del segle XX fins ara, va ser electe ja que cap company es presentà a l'elecció davant de la seva candidatura. Tal era el prestigi i l'estima que tots li teníem. Exercí un deganat exemplar i es pot dir que fou el gran componedor entre els companys en els problemes deontològics que se li plantejaven; sempre sol·lícit, present i disposat en els moments difícils i fins i tot tràgics que li van tocar viure, com va ser l'assassinat d'un estimat i malaurat company en l'exercici de la professió. Durant aquest mandat, va oferir que s'instal·lessin a la seu del nostre Col·legi els primers Jutjats de Família, mentre no es trobava un altre lloc per part del Ministeri. També va oferir i cedir a la Generalitat l'espai per a que s'instal·lés la seu de la primera Conselleria de Justícia restaurada, que ostentà l'ex-degà d'aquesta casa D. Ignasi de Gispert i Jordà. No únicament es va posar al servei dels advocats i del seu Col·legi, sinó que es va mostrar disposat a pal·liar les deficiències de les pròpies administracions públiques al servei del Dret i la Justícia, quan va ser precís.

Participà durant el seu mandat en la gènesi i la constitució del Consell dels Il·lustres Col·legis de Catalunya en els inicis de la Generalitat recuperada sota la presidència del Molt Honorable Josep Tarradellas. Ell va ser, junt amb els degans Ignasi de Gispert i Miquel Casals Colldecarrera, els que varen impulsar la creació

d'aquest òrgan avui tan important i li va correspondre ser el primer President del Secretariat dels Consells de Col·legis catalans, que redactà els Estatuts per a la creació i constitució del Consell dels Il·lustres Col·legis d'Advocats de Catalunya, que es convertiria en una realitat i quin primer president fou l'aleshores degà de Barcelona Antoni M. Plasencia i Monleón, a l'any 1983.

Quan l'Acadèmia va promoure, sota la presidència de Francisco de A. Condomines i Valls, la celebració del II Congrés Jurídic Català, a quina iniciativa respongué immediatament el Col·legi d'Advocats de Barcelona, presidit pel seu successor en el deganat D. Ignasi de Gispert i Jordà, la Comissió promotora, per acord de l'Acadèmia del dia 9 de maig de 1969, quedava integrada pel seu President, Francisco de A. Condomines Valls, Ramon María Roca i Sastre, Octavi Saltor i Soler, Joaquim de Camps i Arboix, Miquel Casals i Colldecarrera, Jaume M. Mans i Puigarnau i Josep Joan Pintó i Ruiz. Aquell Congrés, de tanta utilitat per a l'esdevenir del nostre Dret en el que figuraren una llarga llista de juristes del món professional, universitari i acadèmic, tingué una repercussió ben coneguda de tots els que avui rememorem la figura del nostre company Acadèmic. Les seves ponències, actes i conclusions van quedar recollides a l'esplèndid volum que publicà la Fundació del Congrés Jurídic Català a l'any 1972. En aquest llibre, podreu comprovar l'alçada de les ponències i la participació activíssima del nostre homenatjat i de molts dels acadèmics que afortunadament han format, i alguns encara formen, part de la nostra Acadèmia.

Van ser anys intensos en la recuperació de les institucions democràtiques i de l'Estat de Dret, en el que el Col·legi es situà com a referent dels juristes catalans i espanyols, doncs immediatament el nostre homenatjat va ser elegit vicepresident primer del Consell General de l'Advocacia Española fins a l'any 82, i va continuar en el Consell ocupant una de les deu places reservades per a consellers no degans i advocats de reconegut prestigi fins al final del meu mandat com a President del Consell General de l'Advocacia al juny del 2001.

A l'any 1984, va ser President, fins a 1988, de la nostra Acadèmia de Jurisprudència i Legislació, on havia ingressat a l'any 1967 i, des d'aleshores ençà, ha deixat una petjada inesborrable en el setial que ostenta la Medalla de «Don Manuel Duran i Bas», succeint en la mateixa a un altre insigne jurista com fou Francesc de P. Maspons i Anglasesell.

La seva participació a l'Acadèmia no ha pogut ser més fructífera amb la seva assistència puntual i sempre activa. Certament, són innumerables les seves intervencions en les sessions ordinàries, tant si el ponent era un company, com si era ell mateix. El coneixement i gran respecte que tenia per els grans juristes catalans i envers els seus companys d'Acadèmia en cap cas era impostat, doncs coneixia a la perfecció els treballs dels mateixos, llegia i estudiava les seves obres científiques i se n'aprofitava, en el millor sentit de la paraula, de tot això per l'elaboració d'aquells dictàmens que feu a tantes i tantes persones i institu-

cions que acudien al seu despatx en demanda d'assessorament i consell. Dictàmens que formen part de la confiança entre advocat i client, però que molts de nosaltres hem pogut llegir, gaudir-los i aprendre, bé perquè hem aconsellat un dictamen d'ell, bé perquè hem coincidit amb els nostres clients amb el mateix problema i *affaire*. Què no dir dels seus laudes arbitrals tant en Dret com en equitat, que va pronunciar i redactar en innumbrables vegades com a degà i com a àrbitre individual o col·legiat, del que moltes vegades n'era el President i diriment; tots ells fonamentats jurídicament de forma impecable, utilitzant una literatura respectuosa amb les parts i, en cap cas, ofensiva per a aquell al qui es feia impossible donar-li la raó.

En nom de l'Acadèmia en no poques ocasions va tenir l'honor i la responsabilitat de respondre els discursos d'ingrés dels nous acadèmics i d'acomiarar els companys difunts amb les seves necrològiques, carregades sempre de sentiment i respecte. Les presentacions que com a Degà i President de les institucions jurídiques que ha presidit i d'altres institucions de les que ha format part podríem dir que han estat sempre extraordinàries, tant per a aixecar l'ànim del ponent presentat, com per a delícia dels assistents; i certament, en tot cas, l'acte quedava ennoblit amb la seva presència.

La seva figura humana, professional i científica el portà a formar part de la Acadèmia de Doctors, de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, de la que, en el moment de la seva mort, n'era el vicepresident, i de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, on al 1999 pronuncià el seu discurs d'ingrés («El afloramiento y la determinación del Derecho, según el maestro José Castán Tobeñas»), que va ser contestat per un altre grandíssim jurista, company d'aquesta Acadèmia, President de la Real Academia Española i gran amic del nostre homenatjat, D. Joan Berchmans Vallet de Goytisolo.

No podem oblidar en l'àmbit del Dret que formà part del Consell d'Estudis de la càtedra «Duran i Bas» de Dret Civil de Catalunya, que fou Magistrat del Tribunal Superior de la Mitra d'Andorra, membre de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya i, per descomptat, membre del consell de redacció de la Revista Jurídica de Catalunya, on sempre va tenir una actitud de col·laboració i d'implicació extraordinària, deixant la seva impronta en totes aquestes institucions.

Ha estat President honorari del Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE) al que tant interès i dedicació han posat els seus fills, i membre del consell assessor de la Revista «Economist & Jurist», al que dedicava excel·lents editorials que, sens dubte, feia les delícies dels seus nombrosos lectors, doncs amb brevetat i concisió arribava sempre al moll de l'os del tema que suggeria. Va tenir en aquest camp del Dret el reconeixement per la seva brillant trajectòria, tant per part de l'Estat com de la Generalitat, amb la concessió de la Creu d'Honor de Sant Raimon de Penyafort, la Creu de Sant Jordi, així com també la Medalla d'Or de la

Universitat Ramon Llull, la Creu de l'Ordre al Mèrit del Cos de la Guàrdia Civil, i el III Premi Puig Salellas del Col·legi de notaris.

* * *

Però el compromís del nostre homenatjat arribà, també, al món de les caixes d'estalvis, tot seguint una tradició ben fundada de l'advocacia que s'ha distingit en el compromís social amb els més febles de la societat, i així entrà a formar part de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona, fundada al 1844 per qui fou gran advocat i degà d'aquesta casa, don Francesc Barret i Druet, i en ella va arribar a ser President a l'any 1982. Durant el seu mandat s'aconseguí la fusió amb l'altra gran caixa: La Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorro de Cataluña y Baleares ("La Caixa"), fundada pel també gran advocat Francesc Moragas i Barret, net del fundador de l'anterior, qui la creà mogut per l'aleshores doctrina social de l'Església, impulsada pel papa Lleó XIII en la seva important Encíclica «*de rerum novarum*». Ambdues confluïren en el que avui és la gran institució de "La Caixa" que co-presidí durant un any, per a passar a ser més endavant, Vice-president primer de la mateixa i President de la seva Fundació de l'any 1992 a 2003. També va ser President de la Confederació Espanyola de Caixes d'Estalvi (CECA) del 1988 a 1989, com també de molts altres consells i patronats.

* * *

No podria deixar, però, en aquesta necrològica de recordar la seva disponibilitat absoluta per a atendre a la gent i tots els compromisos que anava adquirint, ni tampoc la seva magnífica oratòria i eloqüència per a defensar les postures dels seus clients davant els òrgans de l'Administració de Justícia o sotmeses a arbitratge, com aquelles altres sostingudes per a expressar les seves pròpies opinions i ideals. Tots ens recreàvem escoltant-lo i aquells que, sense pertànyer al nostre àmbit, tenien l'ocasió de sentir-lo quedaven absolutament impactats, fent-se un silenci sepulcral a la Sala, en només iniciar la seva intervenció.

Quantes vegades no li havíem sentit dir en aquesta Sala allò que en l'inici del *Corpus Juris Civilis* es posava en boca de Justinià, fent-li dir que resultava tan important com la fama dels seus militars l'eloqüència dels advocats i magistrats per a conservar la pau de l'Imperi. Ell, en dir-ho, es sentia part i ens feia sentir part d'aquests soldats de la pau i el Dret.

La pau, la concòrdia, la lluita per a que es fes realitat la Justícia eren per a Pintó el motor que havia impulsat a la Humanitat a desentranyar la dignitat de la persona que, amb les seves paraules, afirmava «que dimana de la pròpia naturalesa de l'Home, doncs no és aquesta fruit d'un voluntarisme, sinó una emanació directa, prèvia i objectiva de la naturalesa humana, per això els Drets humans són

universals» —deia— i han de predicar-se de tot home; és a dir, de tota persona humana i, per això —afegia— «que no existeixen perquè en algunes Constitucions modernes així es digui, sinó que aquestes arriben a dir-ho perquè existeixen».

De manera clara ho va dir en aquesta mateixa Sala en afirmar que «Les Declaracions Universals, les Constitucions, les lleis formals no generen l'obligat respecte a la dignitat humana sinó que la dignitat humana és una conseqüència ontològica del mateix ésser humà, és quelcom inherent i inseparable de la mateixa naturalesa humana, i flueix de l'home a la societat i genera les conseqüents construccions jurídiques funcionals. És quelcom que ja existeix i està en l'home, i per tant la seva existència no depèn de cap potestat ni de cap voluntat humana. Deriva objectivament i automàtica de l'home des de l'inici mateix de la seva existència».

Ciceró en el seu tractat «*De senectute*» ens dirà que «únicament l'ànima resta invisible tant a la vida com a la mort». A la nostra vida, ens acompanya l'esperança que acaba amb ella però a través d'ella l'home des de sempre ha intuït que l'ànima és immortal. Pintó des de la seva intel·ligència del Dret així, no sense por, ho considerava. En tot cas —com deia també Ciceró en el mateix tractat— «per a recollir els fruits del prestigi s'ha d'haver viscut dignament tota una vida». Sens dubte, Josep Joan Pintó Ruiz va recollir, ja en vida, aquests fruits, que a partir d'ara romandran per sempre.

JOSEP JOAN PINTÓ RUIZ, EL DARRER GRAN ADVOCAT DE BARCELONA

per

FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES

President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Excel·lentíssima Degana, autoritats, companyes i companys acadèmics, família Pintó, senyores i senyors, amics.

I. Celebrem avui un acte acadèmic, expressament previst als estatuts de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, que disposen que, en faltar un dels seus membres, s'encomani a uns dels acadèmics numeraris una lloança pòstuma, per tal de valorar l'obra de l'acadèmic traspassat, rememorar la seva activitat a l'Acadèmia, glossar la seva personalitat i, en definitiva, honorar la seva memòria.

Com ja s'ha dit, el nostre estimat company Josep Joan Pintó ens va deixar el 23 d'agost de 2020. Quan al mes d'octubre es van reprendre les activitats acadèmiques, vàrem designar l'acadèmic Sr. Eugeni Gay per dur a terme la lloança pòstuma del Dr. Pintó.

Val a dir que l'any 2020 fou també per l'Acadèmia un any ben trist.

Han estat quatre els acadèmics que ens van deixar, tots ells de reconegut prestigi i molt estimats: el Dr. Lluís Puig Ferriol, el Dr. Josep Joan Pintó, el Dr. Juan Córdoba i la Dra. Alegria Borrás.

Habitualment les sessions necrològiques es celebren en sessions ordinàries amb assistència dels membres de l'Acadèmia i els familiars més directes de l'acadèmic traspassat.

Ara bé, atès que Josep Joan Pintó fou degà de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona entre 1978 i 1982, amb l'actual degana Maria Eugènia Gay vam decidir organitzar, per quan ho permetés la situació sanitària, conjuntament l'ICAB i l'Acadèmia l'homenatge a Josep Joan Pintó Ruiz.

L'Acadèmia i l'ICAB són institucions molt properes, amb una estreta col·laboració des de l'any 1840 que es fundà l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona, com a entitat pròpia sorgida del Col·legi d'Advocats.

L'any 1895 ambdues institucions fundaren la Revista Jurídica de Catalunya. Aquesta col·laboració al llarg de tants anys es manté avui dia, i tenim previstes per als propers mesos altres activitats conjuntes, com ara el 50è Aniversari del II Congrés Jurídic Català i la lloança pòstuma de l'advocat i professor Joan Córdoba Roda.

I de ben segur aquesta fructífera col·laboració ha de seguir.

* * *

II. Voldria referir-me molt breument a l'admirat i estimat company que avui homenatgem.

Josep Joan Pintó fou un jurista extraordinari, amb profunds coneixements construïts sobre una sòlida base de dret romà.

Però com gairebé tots els grans juristes que he tingut la sort de tractar al llarg de la meva vida professional, la cultura de Pintó ultrapassa l'àmbit del dret i abasta altres ciències i arts.

Perquè com diu el meu mestre, el professor Rafael Jiménez de Parga: *«El Derecho despliega sus normas y efectos influidos por el conjunto de las manifestaciones artísticas, intelectuales y de pensamiento»*.

Com és ben sabut, al frontispici de l'Acadèmia de Plató figurava el lema: *«Que no entri ningú que no sàpiga geometria»*.

Em temo que en aplicació d'aquest lema, a uns quants dels actuals membres de la nostra Acadèmia, Plató no ens hauria deixat entrar a la seva.

No és el cas de Pintó, ell hauria pogut entrar perquè era, entre moltes altres coses, un bon matemàtic. Estimava la vida i tenia amplis coneixements en matèries ben diferents, com per exemple de gastronomia.

Eugeni Gay en la seva intervenció ja ha exposat amb rigor i en profunditat les moltes virtuts d'en Pintó i la seva trajectòria. Gràcies Eugeni.

No s'escau que les repeteixi.

Permeteu-me però uns records personals.

El Dr. Pintó fou professor meu de Dret Civil a la Facultat de Dret de la UB. Un magnífic professor. Impartia les seves lliçons dempeus amb tot el seu cos (no només la boca i les mans) i tota la seva ànima.

Transmetia una tan gran il·lusió per la seva tasca i en definitiva pel dret que va fer despertar vocacions fins llavors poc definides de molts estudiants.

Han passat molts anys però tinc un gratíssim record de les seves classes. Podria encara avui repetir de quina peculiar manera i amb quins gestos ens va explicar, per exemple, la successió intestada fonamentada en el Digest.

Poc temps després vaig tenir la sort de ser alumne seu a l'Escola de Pràctica Jurídica de l'ICAB, on ens va donar uns consells que he procurat seguir en tota la meva vida professional.

En definitiva un gran mestre.

He tingut l'honor de tractar amb en Pintó com a advocat, com a àrbitre i com a company acadèmic.

Vaig tenir el privilegi de que Josep Joan Pintó, juntament amb Elías Campo, foren els meus padrins quan vaig ingressar a l'Acadèmia.

El Dr. Pintó ha estat acadèmic més de 50 anys, assistí amb regularitat a les sessions i va tenir brillants intervencions fins a l'últim dia. Va venir a la darrera sessió presencial de l'Acadèmia del dia 30 de juny de 2020.

Ostentava, com ja s'ha dit, la medalla acadèmica del jurista del segle XIX Manuel Duran i Bas, un clàssic, en l'autèntic sentit de la paraula, del dret català com ho ha estat i estarà també el nostre homenatjat.

«Los más grandes bienes entre los hombres son la justicia y la humanidad, una es la que da a cada uno lo suyo y no desea lo ajeno, y la otra se inclina a la misericordia y libra de grandes deudas a los necesitados».

D'aquesta forma tot citant a Justinià comença un dels darrers d'entre els molts treballs presentats a l'Acadèmia per en Pintó durant més de 50 anys, que va intitular: *«La virtud denominada humanidad y su transcendencia jurídica».*

Pintó fou certament un humanista.

Com diu G. Steiner: *«Els valors humanistes han de fer front a tot tipus de forces antagoniques».*

Prudent, just, magnànim i decorós, ostentava les quatre grans virtuts destacades per Ciceró.

Pintó ha sigut un senyor de Barcelona, i potser el darrer dels seus grans advocats. Amb una sòlida formació en dret romà, humanista, bon coneixedor de totes les branques del dret, extraordinàriament generós amb els companys, i dotat d'una forta personalitat.

Vivim en un món massa ràpid i, com va denunciar Baumann, en una societat líquida. Els valors individuals queden difuminats per un excessiu predomini de la idea de globalització, que envesteix aquests valors individuals amb l'ajut de les transformacions tecnològiques que contínuament els sacsegen.

En aquestes circumstàncies i amb una advocacia massa especialitzada i competitiva, és ben difícil que sorgeixin figures com la d'en Pintó.

No tinc cap dubte que l'enyorarem.

Però hem de seguir endavant i amb l'exemple del Dr. Pintó, continuar la reflexió, l'estudi i el treball per un millor coneixement i evolució de la ciència jurídica. Com vam aprendre del mestre Pintó, hem de vetllar perquè les virtuts jurídiques de la prudència i la humanitat s'imposin.

* * *

Volem agrair als nombrosos membres de la família Pintó que ens hagin fet l'honor d'acompanyar-nos en aquest acte acadèmic i a tots els assistents la seva presència.

Gràcies a tots.

S'aixeca la sessió.

ACTE SOLEMNE COMMEMORATIU DEL 50è ANIVERSARI
DEL II CONGRÉS JURÍDIC CATALÀ
16 de novembre de 2021

BENVINGUDA

per
JESÚS SÁNCHEZ GARCÍA
Vicedegà de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona

És un honor, pel Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, donar-vos la benvinguda a aquest acte solemne commemoratiu del Cinquantè Aniversari de la celebració del II Congrés Jurídic Català, organitzat per l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

Va ser a l'any 1971 quan l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, sota la presidència de l'Excm. Sr. Francesc d'A. CONDOMINES I VALLS, i el Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, sota el deganat de l'Excm. Sr. Ignasi DE GISBERT I JORDÀ, van promoure de manera conjunta la celebració a Barcelona i a altres poblacions de Catalunya, d'un Congrés que continués amb la tradició i l'esperit del I Congrés Jurídic Català que es va celebrar al maig de l'any 1936.

Entre el primer i el segon certamen van transcórrer 34 anys, per unes raons històriques evidents; però malgrat la complexitat de les circumstàncies concurrents, un conjunt d'insignes juristes catalans van treballar incansablement per mantenir viu el llegat derivat de l'autonomia legislativa de Catalunya, un territori que sempre ha destacat per tenir una forta tradició jurídica amb institucions pròpies.

En aquest sentit, resulten remarcables les intervencions dels prestigiosos juristes catalans en el Congrés Nacional sobre Dret Civil que es va celebrar a Saragossa a l'any 1946, com la de Lluís Duran i Ventosa —defensor de l'Apèndix de 1930 i de la «*Memòria*» redactada per Manuel Duran i Bas— o la de Ramón María Roca i Sastre, partidari de l'existència d'unes normes civils comunes de caràcter supletori basades en el Dret Romà, juntament amb els codis civils territorials.

Arran la celebració del Congrés de Saragossa es va constituir una Comissió Compiladora del Dret Civil Català, integrada per reconeguts juristes com Ramon Esteve Faus, Joan Martí i Miralles o Maurici Serrahima i Bofill, entre d'altres.

També, a través de diverses activitats, i sent exemples de valentia i tenacitat, juristes com el nostre estimat Francesc d'A. Condomines, Carles Trias i Bertran

o Antoni M. Borrell i Soler van aconseguir, a l'any 1954, la restauració de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, amb 30 acadèmics de número que havien destacat en la investigació, l'estudi o la pràctica del Dret, i molt especialment, del Dret Civil Català.

Així mateix, l'aprovació de la Compilació del Dret Civil Especial de Catalunya, mitjançant la Llei 40/1960, de 21 de juliol, suposà la culminació de tots els treballs derivats no només de la Comissió redactora, sinó també de la Facultat de Dret, del Col·legi de l'Advocacia de Barcelona i, per suposat, de la pròpia Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, qui sempre ha desenvolupat un paper d'orientador i de suport a les Institucions i al Govern en aspectes relacionats amb la reforma i el desenvolupament del Dret Civil Català.

Precisament, en la Disposició Addicional única de la pròpia Llei de la Compilació catalana de l'any 1960 es va preveure l'elaboració d'una Memòria decenal comprensiva de les omissions o deficiències observades, per la llei per tal de promoure les oportunes reformes. En aquest context, i després de l'històric IV Congrés estatal de l'Advocacia organitzat a Lleó a l'any 1970, en el que es van constatar les reivindicacions de la professió en el preludi de la nova etapa democràtica que havia de venir, es va començar a pensar en l'oportunitat d'analitzar l'adequació del Dret Civil Català a les necessitats socials del moment.

Per això, en les reunions preparatòries del que suposaria el II Congrés Jurídic Català, es va posar de manifest la necessitat de que el mateix havia de ser eminentment científic i que havia de reunir a les màximes autoritats del món del Dret, per extreure unes conclusions rigoroses sobre els temes els quals es tractessin.

En l'organització del mateix, en quant a les taules, ponències i comissions que es formarien per assolir aquests objectius, es va prendre com a referència precisament les àrees del Dret que havien estat regulades en la Compilació de 1960, però sense oblidar la resta d'assumptes d'interès jurídic que preocupaven en aquella època, i de la que van sortir les següents seccions:

- Secció Primera: Títol Preliminar de la Compilació del Dret Civil Català.
- Secció Segona: Filiació Extra-matrimonial.
- Secció Tercera: Estatut personal i patrimonial dels cònjuges.
- Secció Quarta: La llibertat de disposició «mortis causa».
- Secció Cinquena: Interrelació del Dret Civil Català amb altres matèries jurídiques i, especialment, amb el Dret Agrari.

El Congrés tenia també una vocació de modernitzar el Dret Civil Català, analitzant els precedents immediats de les principals institucions jurídiques catalanes, buscant adaptar-se al moment actual i, alhora, amb una mirada posada en el futur, intentant anticipar-se i acollir els canvis que havien de venir; un fet de suma rellevància tenint en compte les importants transformacions polítiques, socials, econòmiques i culturals que s'estaven produint en aquell context.

L'èxit del II Congrés Jurídic Català es va determinar, d'una banda, per haver involucrat als juristes més il·lustres i prestigiosos de les Corporacions més representatives del Dret Civil Català, com són:

- l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya,
- els Col·legis d'Advocats de Catalunya,
- el Col·legi de Notaris de Barcelona,
- la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona,
- el Col·legi de Procuradors de Barcelona,
- la Secció d'Estudis Jurídics i Socials de l'Institut d'Estudis Catalans
- i la càtedra Duran i Bas de Dret Civil Català.

No voldria deixar de destacar les interessants conclusions a les que en aquell segon Congrés es va arribar, publicades en la Revista Jurídica de Catalunya de l'any 1972, com l'ús del català en la vida jurídica, la creació d'un organisme legislatiu català o la creació d'un Tribunal de cassació, entre d'altres.

També, l'èxit del II Congrés Jurídic Català es va fer palès per l'alta participació que va motivar el mateix, amb més de 500 congressistes; i avui, en aquest solemne commemoratiu del seu cinquantè aniversari, la presència d'autoritats, de molts dels congressistes participants d'aquell segon Congrés i de totes les persones que esteu aquí presents, revalida l'ímpetu i la força que es va poder sentir en aquell moment i la contínua voluntat d'analitzar el nostre Dret Civil Català per modernitzar-lo i adaptar el mateix a la realitat que pretén regular.

De tot cor, moltíssimes gràcies i benvinguts.

ELS EIXOS FONAMENTALS DEL II CONGRÉS JURÍDIC CATALÀ

per
JOSEP-D. GUÀRDIA I CANELA*

Excel·lentíssim senyor President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Il·lustríssim senyor Vicedegà del Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, Il·lustríssims senyors membres de les Juntes de Govern de l'Acadèmia i del Col·legi, President i Degans emèrits, benvolguts companys congressistes del II Congrés Jurídic Català (IICJC), companys i amics tots, senyores i senyors,

INTRODUCCIÓ

Verba volant, scripta manent. Aquesta famosa frase clàssica em permet sintetitzar els meus pensaments i sentiments d'aquesta tarda en intervenir en un acte, per a mi entranyable, de commemoració del Cinquantè aniversari del II Congrés Jurídic Català.

La frase, com han assenyalat els llatinistes té una doble lectura que pot ser considerada contradictòria. Modernament amb ella expressem la pretesa superioritat de la paraula escrita sobre l'expressió oral. Antigament, però, significava la preponderància d'allò que com el verb, en volar, s'estenia arreu amb facilitat mentre que l'escrit restava a disposició d'uns pocs.

Afortunadament el II Congrés Jurídic Català va deixar escrits permanents però jo, aquí i ara, vull que volin unes paraules que portin a tots vostès l'esperit que va informar aquell extraordinari esdeveniment.

* Advocat. President del Tribunal Constitucional del Principat d'Andorra. President Emèrit de l'Acadèmia de J. i L. de Catalunya (1992-2000 i 2008-2016). Membre de la Junta de Govern de l'ICAB (1970-1975 i 1978-1983). Secretari de la Comissió d'estudis del II CJC. Conseller de Justícia de la Generalitat de Catalunya (2001-2002).

La Comunitat jurídica catalana, al llarg del segle XIX havia participat en multitud de Congressos celebrats a Catalunya o a diverses poblacions d'Espanya¹. En el segle XX eren paradigmàtics, d'una banda el I Congrés Jurídic Català de juliol de 1936² i el «Congreso Nacional de Derecho Civil» celebrat a Saragossa del 3 al 9 d'octubre de 1946.

Seguint d'alguna manera aquells precedents remots i aquests més pròxims, el II Congrés Jurídic Català va ser concebut l'any 1969³. Una Acta de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, de 21 de febrer d'aquell any, ens dona notícia de la iniciativa de diversos acadèmics en el sentit de ser «*presentada una proposta per l'organització i celebració en el pròxim any 1970, d'un Congrés Jurídic Català que, al mateix temps que afirmi els principis generals del Dret i la seva categoria en la vida social contemporània, refreni el rang i l'efectivitat de la normativa del dret civil especial de Catalunya, amb motiu de la Memòria desenal atribuïda a la Comissió compiladora, en revisió, que ocupa en el curs actual la preferent atenció corporativa*».

El document en què s'integrava la iniciativa no s'ha trobat als arxius de l'Acadèmia, però en Josep Ma Vilaseca i Marcet ens va comunicar en el seu dia —i així ho va fer constar en la Crònica que va redactar i que figura al llibre del Congrés—, que en ella hi tingué una participació destacada Joaquim de Camps i Arboix⁴. L'escaiença específica i particular del II CJC fou la revisió desenal de la Compilació de 1960. Es pretenia que no es produís la manca de revisió, com havia succeït amb el Codi civil espanyol d'ençà 1889 i es va voler que tingués un àmbit força més ampli.

¹ Sobre els diversos Congressos Jurídics celebrats a Espanya al segle XIX, vegi's Josep-D. GUÀRDIA CANELA: «*Discurs d'obertura de l'acte commemoratiu del Cinquantenari de la Compilació del Dret Civil de Catalunya*» Annals de l'Acadèmia de J. i L. de Catalunya, tom 3, pàgs. 516 i següents, amb la cita de l'estudi de Joan Bms. VALLET DE GOYTISOLO: «*En el Centenari del Congreso Jurídico de Barcelona (correspondencia de Costa con Manuel Duran i Bas y Juan Homs i Homs)*».

² Cal subratllar que el tema II es va dedicar a: «*Orientació general sobre la reforma del Dret Civil de Catalunya i conveniència, o no, d'una codificació immediata*». No ha quedat pràcticament documentació d'aquest Congrés. Durant la celebració del segon Congrés, en la meua condició de Secretari de la Comissió d'Estudis, vaig efectuar gestions prop de qui en fou un dels Secretaris, Emili Colom, bon amic del meu pare. Van resultar inútils.

³ Tot i que troba els seus precedents més allunyats en els estudis que l'Acadèmia va dur a terme sobre la Compilació, des d'una proposta de Francisco Fernández de Villavicencio en la sessió de 27 de gener de 1967. Adoptà un estadi més formal després de la Inauguració del Curs 1968-69, el dia 8 de novembre de 1968 amb una conferència de Ramon FAUS I ESTEVE amb el títol «*La Compilación a ocho años vista*» i segueix amb un debat iniciat en la sessió de 22 de novembre següent amb el títol genèric de «*Experiencia de la Compilación*».

⁴ Polític i jurista gironí que fou Alcalde de Girona en dos períodes dels anys 1934 i 1936 i autor de diverses obres jurídiques entre les que destaca «*Modernitat del Dret Català*». Va ser elegit membre de l'Acadèmia, una vegada retornat de l'exili, el 2 de juny de 1967, per cobrir la vacant de Francesc de P. Maspons i Anglèsell, amb el resultat de 15 vots favorables, 7 en blanc i 2 nuls.

Per aquest motiu el Reglament del Congrés va proclamar en el seu article 3 que la finalitat del Congrés era «*analitzar la problemàtica actual de la vida jurídica catalana i aprofundir en l'estudi de les institucions del Dret Català, relacionant-lo especialment amb la vigent Compilació i la seva revisió desenal*». I, a continuació desplegava els treballs del Congrés en els cinc coneguts àmbits, integrats pels ponents que s'expressen, respectivament titulats:

- Títol preliminar de la Compilació del Dret Civil Català⁵
- Filiació extramatrimonial⁶
- Estat personal i patrimonial dels cònjuges⁷
- La llibertat de disposició *mortis causa*⁸
- Interrelació del Dret Civil Català amb altres matèries jurídiques⁹ i especialment amb el dret agrari¹⁰.

No detallaré la totalitat dels actes del Congrés. Assenyalaré que hi hagué una fase de preparació interna o organitzativa, una altra de la preparació dels estudis i ponències i finalment la convocatòria oficial i la celebració pública del Congrés. Temporalment l'iter congressual va començar a discórrer aquell 21 de febrer de 1969 de l'acord de l'Acadèmia i el 22 d'abril de 1969, data de l'acord de la Junta del Col·legi d'Advocats de Barcelona; el període organitzatiu abasta la segona meitat de l'any 1969 i tot l'any 1970¹¹; el període de preparació immediata del Congrés va de gener a octubre del 1971; el 19 d'octubre de 1971 fou el dia de la sessió preliminar o d'obertura del Congrés i el dia 18 de novembre 1971 el Congrés va quedar clausurat sense la solemnitat que volíem. I encara l'obra del Congrés perdurà una mica de temps si bé es va anar diluint per les circumstàncies de l'època. El llibre del II Congrés Jurídic Català, del que vàrem tenir cura Josep Ma Vilaseca Marcet, Lluís Puig Ferriol i jo mateix, té 930 pàgines a disposició dels qui hi estiguin més interessats.

⁵ Manuel Díez de Velasco Vallejo, Francisco Fernández de Villavicencio Arévalo, Angel Latorre Segura, Carles Obiols Taberner i Santiago Sobrequés Vidal.

⁶ Ferran Badosa Coll, German Gambón Alix, Jaume Ma, Mans Puigarnau, Josep Peré Raluy i Josep-J. Pintó Ruiz.

⁷ Miquel Casals Colldecarrera, Ramon Faus Esteve, Lluís Figa Faura, Antonio Para Martin i Josep Ma Puig Salellas.

⁸ Raimon Noguera i Guzman, Xavier O'Callaghan Muñoz, Josep-A. Pérez Torrente, Lluís Puig Ferriol, Encarna Roca Trias i Lluís Roca-Sastre Muncunill.

⁹ Joaquim de Camps Arboix, Francesc Ginot Llobateras, Rafael Gómez de Membrillera, Josep-D. Guàrdia Canela i Eduardo Polo Sánchez.

¹⁰ Aquest «*especialment amb el dret agrari*» fou degut a la insistència de Joaquim de Camps i Arboix que havia dedicat diversos treballs a aquesta temàtica i que, com he assenyalat resultà decisiu en la posada en marxa del Congrés.

¹¹ Durant l'any 1970, l'advocacia catalana s'ocupà també intensament de les tasques del «*IV Congreso Nacional de la Abogacía española*», celebrat a Lleó els dies 14 al 20 de juny. Una ressenya molt interessant —amb el títol «*Crónica del Congreso de León*»— es pot trobar a la Revista Jurídica de Catalunya, gener-març 1971. Els temes polítics i socials continuaren mantenint l'interès dels Col·legiats i en fou una bona mostra la Junta general extraordinària celebrada en aquesta Sala el 20 de novembre de 1970.

No podem oblidar —i aquesta seria l'escaiença general— el temps en el que el Congrés tingué vida. Ens trobàvem en un moment en el qual el règim franquista donava ja senyals inequívocs d'esgotament. Es nomena (juliol de 1969) «Príncep d'Espanya» al que després serà rei Joan Carles I. Explota l'anomenat cas MATESA (agost 1969). Es constitueix un nou govern (octubre 1969). Hi ha les primeres contestacions expressives al règim per part d'algun bisbe i fins i tot vagues de fam per part de diversos ordenats¹². Coincidint amb la celebració del Congrés es constituí l'Assemblea de Catalunya (7 de novembre de 1970). Finalment, el 28 d'octubre de 1970 el Consell de guerra de Burgos dictà fins a nou penes de mort i més de cinc-cents anys de presó contra diversos membres d'ETA. La Junta de Govern del Col·legi efectuà una sèrie d'importants gestions demanant l'abstenció de la jurisdicció militar i la commutació de les eventuais penes¹³. Els Col·legis d'advocats de tota Espanya acordaren que si hi havia execucions, totes les juntes de govern dimitirien. En una renovació parcial de la Junta produïda a meitat de desembre d'aquell any, cinc companys havíem estat elegits¹⁴. Vàrem pensar que tal vegada hauríem de dimitir sense haver pres possessió.

I l'acte final del Congrés tampoc es va poder dur a efecte per causes polítiques. En efecte, amb ocasió de la constitució de l'Assemblea de Catalunya foren detinguts dos advocats que eren també congressistes¹⁵. Per aquest motiu, la Comissió Executiva del Congrés, en sessió del 16 de novembre, va acordar que les darreres sessions plenàries es reunissin en aquest Saló i restaren cancel·lades les altres reunions i solemnitats programades, en especial la sessió solemne a celebrar al Saló de Cent de l'Ajuntament de Barcelona i el posterior sopar de clausura.

L'escaiença, doncs, era difícil però alhora estimulante.

ELS EIXOS DEL II CONGRÉS JURÍDIC CATALÀ

Als efectes de no fer aquesta exposició excessivament pesada, agruparé els que —em sembla— són els eixos del Congrés, és a dir aquells suports en els que el Congrés fixà les seves bases i que ajudaren a recórrer el camí conjunt. Són aquests:

¹² El bisbe fou el de Santander i administrador apostòlic de Bilbao, monsenyor Cirarda. Els sacerdots, mossèn Dalmau i l'escolapi Xirinacs.

¹³ Vegi's, sobre el els anys 1969, 1970 i 1971 i específicament en relació amb l'actuació de la Junta de Govern del Col·legi, el llibre d'Enric JARDÍ, «Història del Col·legi d'Advocats de Barcelona», tom 2. Barcelona 1989, pàgs. 288-312.

¹⁴ Concretament el 19 de desembre de 1979, dia en el que fórem elegits Joan Josep Artigas Vidal, Manuel Abós Janot, Josep-D. Guàrdia Canela, Josep Ma. Gasch Riudor i Joan Roig Plans per a substituir respectivament a Eusebi Isern Dalmau, Josep-Lluís de Sicart Quer, Jorge García Alonso, Tomàs Buxeda Nadal i Josep Blajot Pena.

¹⁵ Es tractava de Josep Andreu Abelló i Josep Solé Barberà. La reunió havia tingut lloc el 7 de novembre a la barcelonina Parròquia de Sant Agustí.

Eix organitzatiu

El Congrés posà de manifest una perfecta sintonia entre les dues Corporacions que l'organitzaren, l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació i el Col·legi d'Advocats de Barcelona. Ja he explicat que el primer impuls nasqué a l'Acadèmia, sota la presidència de Ramon Ma Roca Sastre. Immediatament el Col·legi donà suport a la iniciativa i el 22 d'abril de 1969 designà els seus representants a la Comissió Organitzadora entre els que hi figuraren els Degans dels 14 Col·legis d'Advocats amb seu a Catalunya. L'Acadèmia designà els seus representants per acord de 9 de maig del mateix any.

En l'organització i celebració del II CJC tingueren una participació molt destacada, amb major o menor intensitat els que ja eren o serien després, membres de l'Acadèmia¹⁶. Només quedem vivents, entre els actuals Acadèmics de número, els participants més o menys actius: Guàrdia Canela i Roca Trias que vàrem ser Secretaris de la Comissió d'Estudis i membres de les ponències dictaminadores de les seccions cinquena i quarta respectivament, Campo Villegas que tingué una participació destacada des de Tortosa i en relació amb el seu dret local, Luna Serrano, aleshores catedràtic a la Universitat de Santiago de Compostela i Rebés Solé que fou secretari del Comitè d'actes culturals complementaris. També hi participaren els qui tenen actualment la condició d'acadèmics electes: Badosa Coll, membre de la Ponència general dictaminadora de la sessió segona sobre Filiació extramatrimonial i Vendrell Ferrer.

Per part del Col·legi d'Advocats resultaria excessiva una llista complerta. Més endavant em referiré a alguns noms. Ara voldria destacar la participació activa de molts que integraren, entre l'inici de l'organització i la clausura del Congrés, la Junta de Govern. Restem vivents Manuel Abós Janot, Tomàs Buxeda Nadal, Miquel Roca Junyent, Julià Ma. Valón Cunillera, i jo mateix¹⁷.

La tasca del Col·legi fou de gran transcendència especialment en els aspectes organitzatius, logístics i financers¹⁸.

¹⁶ Ja ho eren aleshores Roca Sastre, Condomines Valls, de Gispert Jordà, Vilaseca Marcet, Faus Esteve, Saltor Soler, de Camps i Arboix, Fernández de Villavicencio Arévalo, Casals Colldecarrera, Pintó Ruiz, Mans Puigarnau, Pi Sunyer, Xiol Gasset, Noguera Guzman, Font Rius, Latorre Segura, Obiols Taberner, Torres de Cruells, Gómez de Membrillera, Boix Raspall, Figa Faura i Segura de Luna, tots els quals malauradament ja no estan entre nosaltres. Igualment hi participaren, els qui foren Acadèmics més tard i també ja ens han deixat: Puig Ferriol, Anglada Vilardebó, Roca-Sastre Muncunill, Mullerat Balmaña, Puig Salellas, Bassols Parés, Martínez Sarrión, Tallada Esteve, Vallet de Goytisoló, Follia Camps i Vives Rodríguez de Hinojosa.

¹⁷ Els altres membres de la Junta de Govern els anys 1969 i 1970 que ja ens han deixat foren: Ignasi de Gispert, Francesc Segura de Luna, Josep Ma. Vilaseca Marcet, Eusebi Isern Dalmau, Joan Josep Artigas, Julio Mesanza, Antonio Plasencia, Josep-Lluís de Sicart, Jorge García Alonso, Josep Blajot, Joan Roig Plans. Miquel Cabré Verdiell, Josep Ma Gasch i Josep Verde.

¹⁸ L'eficaç col·laboració del Col·legi començà a concretar-se en l'emissió d'uns segells d'inscripció voluntària en el document de bastant teig dels poders per a plets en assumptes de quantia superior a 25.000 ptes.

Eix corporatiu

Un dels grans èxits del Congrés, reconegut per tots, fou que es donà entrada, ja en la fase organitzativa i també en la de realització a la pràctica totalitat de les corporacions i institucions jurídiques amb pes rellevant en la cultura jurídica del país. Donà la pauta el Col·legi d'Advocats de Barcelona en el seu acord de 22 d'abril de 1969, en incorporar a la Comissió Organitzadora a més del degà Ignasi de Gispert Jordà, al diputat segon Josep Ma Vilaseca Marcet i a l'exsecretari Felip Lagarriga Eixarch, a la totalitat dels degans dels Col·legis de Catalunya: Felip Congost Horta, de Girona; Alfons Porta Vilalta, de Lleida; Joaquim Delclós Balvey, de Tarragona; Josep Sans i Roqué, de Figueres; Joan Ma Xiol Gasset, de Granollers; Angel Carbonés Ferrer, de Manresa; Lluís Julià de Caralt, de Mataró; Joan Piñol Agulló, de Reus; Antoni Tarradellas Ayet, de Sabadell; Carles Verdós de Fortuny, de Sant Feliu de Llobregat; Avel·lí Estrenjer Macià, de Terrassa; Felip Tallada Cachot de Tortosa i Joan Anglada Vilardebó, de Vic.

El Col·legi de Barcelona eixamplà la seva participació amb la designació per la Comissió Organitzadora de representants de la Comissió de Cultura (Josep Lluís Sagarra Zacarini, Norbert Thomas Cabrelles i jo mateix) i de la Revista Jurídica de Catalunya (Joaquim Torres de Cruells i Josep Verde Aldea). En diversos comitès i meses participaren també els que foren congressistes i estan encara entre nosaltres, Josep Ma. Antràs Badia, Joan Ignasi Brugueras Berenguer, Jordi Manresa Presas, Joan S. Pellicer Sala i Ignasi Joaniquet Sirvent.

Participaren també en l'organització del Congrés, el Col·legi de Notaris de Barcelona, que s'inclinà igualment per incloure, a més del degà Fernández Castañeda i el president de la Comissió de Cultura, Raimon Noguera, una clara representació territorial —Barcelona (Farré Moregó), Balaguer (Pijuán), Torredembarra (Crehuet) i l'Escala (Rocha)—; la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona (Entrena Cuesta, Font Rius, Latorre i Badosa); la Càtedra Duran i Bas (Fernández de Villavicencio); el Col·legi de Procuradors (Lago Gestal) i l'Institut d'Estudis Catalans (Faus Esteve, cap de la Secció d'Estudis Jurídics i Socials).

Es plantejà el problema de la representació del Poder Judicial. S'establí un diàleg substancialment entre Gispert i Obiols, president de l'Audiència Territorial. Al cap d'uns temes i d'algunes consultes oficioses es decidí que el Poder Judicial no participaria en el Congrés com a tal, però que sí ho farien diversos membres a títol personal i singularment en les Ponències generals dictaminadores. Així Obiols participà en la Secció primera, Gambón Alix i Peré Raluy, experts en temes de filiació i adopció en la secció segona, O'Callaghan Muñoz en la secció quarta i Gómez de Membrillera en la cinquena. La solució va resultar satisfactòria per a tothom.

Eix generacional

Aquest eix no queda explicitat en el llibre però personalment en soc un convençut, puc donar testimoni en favor d'ell¹⁹ i resulta dels noms que he anat donant i de molts altres que apareixen al llibre.

En el II Congrés Jurídic Català participaren juristes de diverses generacions que podríem agrupar, sense pretensions científiques, de la següent manera:

—La generació anterior a la Compilació, representada pels que havien format part de l'Organització del I Congrés Jurídic Català de 1936 o que havien participat en ell i que ja havien desenvolupat bona part de la seva activitat amb anterioritat a la Compilació.

—La generació que havia intervingut en la redacció i aprovació de la Compilació, especialment representada pel president d'honor del Congrés, Ramon Ma Roca Sastre, el copresident Condomines Valls i tots els que havien intervingut directament o indirectament en l'elaboració de la Compilació, com Mans Puigarnau, Noguera Guzman, Obiols Taberner i altres.

—La generació immediatament posterior a la Compilació, i que excel·liren en el seu estudi i la seva aplicació pràctica, representada per Ignasi de Gispert, Figa Faura, Font Rius, Casals Colldecarrera, Fernández de Villavicencio Arévalo, Vilaseca Marcet, Pintó Ruiz, Torres de Cruells i molts altres congressistes.

—Les generacions més joves que vàrem fer acte de presència generacional al redós de la Càtedra Duran i Bas o a títol individual i entre ells Lluís Roca-Sastre Muncunill, Josep Ma Puig Salellas, Robert Follia, Lluís Puig Ferriol, Ferran Badosa, Ramon Mullerat, Xavier O'Callaghan, Josep-Enric Rebés, Antonio Para Martín, Encarna Roca i jo mateix. També resulta oportú destacar una colla de joves que desenvoluparen les tasques de Secretaris adjunts i traductors²⁰.

Aquest treball, colze a colze, de persones d'edat i de gran prestigi, junt a joves que ens iniciàvem en el coneixement i l'aplicació del dret català, constituí una de les experiències més fecundes del Congrés.

¹⁹ Ja ho vaig fer en ocasió de la meua participació com a Conseller de Justícia del Govern de la Generalitat en l'acte commemoratiu del XXX Aniversari del Congrés celebrat coincidint amb la sessió inaugural del curs 2001-2002 de l'Acadèmia, el dia 19 de novembre de 2001. El text fou publicat a la Revista Jurídica de Catalunya, 2002, pàgs. 1091-1096.

²⁰ Foren: Xavier Andreu i Ramí, Ma Mercè Carid i Fossas, Teresa Cervelló i Nadal (+), Rosa Ma Mas i Martí, Joan Josep Queralt i Jiménez, Lluís Trepai i Martorell, Blanca Vilà i Costa, Narcís Garolera i Carbonell i Sebastià Solé i Cot.

Eix operacional i de democràcia participativa

El Congrés propicià d'una manera més intensa que l'habitual la interrelació dels diferents operadors jurídics. Així dintre els 26 membres de les cinc Comissions o Ponències Generals Dictaminadores hi havia molts advocats, nombrosos professors universitaris (i, entre ells, bastants exercents també com advocats i un historiador), diversos jutges i notaris, un registrador i un advocat de l'Estat.

Aquesta mateixa diversitat professional la trobem entre els participants en el Congrés, ja fos de manera merament presencial o com a autors o coautors de ponències i esmenes²¹.

Resulta molt interessant efectuar una lectura detallada de les esmenes presentades a les conclusions de les ponències. A través d'elles es pot apreciar la gran participació dels membres del Congrés, així com el nivell de les discussions i el fet que les conclusions fossin aprovades, ja seguint el criteri de la Comissió ja el dels esmenants o efectuant una transacció entre elles, però sempre per rigorosa votació democràtica.

Hi hagué, doncs, un gran respecte per totes les posicions individuals sense cap discriminació per raó de l'edat o la competència dels congressistes. S'acredità també i una vegada més el caràcter pactista i transaccional dels participants i foren moltes les conclusions objecte de pacte. Quan no hi hagué acord es produí la corresponent votació i quan la tesi perdedora —de l'esmenant o de la Ponència— tingué un número suficient (el 20%) dels vots favorables²², la qüestió passà a la sessió plenària²³.

Eix territorial

Ja m'he referit abans que en l'organització del Congrés es tingué cura d'una certa representació territorial. Especialment per la presència dels Degans dels 14

²¹ El Llibre del Congrés en l'apartat «Índex d'autors» (pàgines 917-920) recull els noms de tots ells amb la característica exposada i «sense tenir en compte l'extensió i la importància de la respectiva aportació». La llista comprèn 127 persones. El major nombre de presències —7 i totes elles esmenes— correspon a Manuel Thió Rodés; amb 6 intervencions —alguna especialment important— figura Lluís Puig Ferriol; amb 5 actuacions, Lluís Ferrer Serra, Francesc Muñiz Menero, Sebastià Sarró Burbano, i Francesc Vega Sala i amb 4, Manuel Abós Janot, Oriol Badia i Tobella, Josep Benet i Morell, Joan Borrell i Marco, Eduard Cardona i Romeu, Lluís de Carreras Serra, Mercè Casanelles Rahola, Francesc Casares Potau, Ramon Faus Esteve, Joaquim Ferrer i Mallol, Josep-D. Guàrdia Canela, Consol Maqueda de Anta, Antoni Pelegrí i Partegàs, Pere Ripol Millet, Josep Ma Trias de Bes Serra i Modest Verdaguer i Nicolau. Amb 3 aparicions al llibre hi ha 22 congressistes. La resta figuren en una o dues ocasions.

²² Així ho disposava l'article 28 del reglament del Congrés i vàries —singularment la 17— de les «Normes per a la celebració de les reunions de les sessions». Llibre del Congrés, pàgs. 55 a 63.

²³ Succéi amb una esmena —la 4— de la secció primera, amb una altra —a la conclusió 18— de la secció segona, una també —a la conclusió 15— de la secció tercera, el primitiu text de la Ponència a la conclusió 2 de la secció quarta i vàries de la sessió cinquena.

Col·legis d'Advocats de Catalunya i per les designacions fetes pel Col·legi Notarial, de col·legiats de Balaguer, Torredembarra i l'Escala.

També és una data significativa que entre els més de 500²⁴ congressistes i assistents (estudiants de la Facultat de Dret —art. 15 del Reglament—) hi hagueren 125 residents fora de Barcelona (i entre ells 18 de fora del Principat (4 de França, 3 d'Andorra, 5 de Madrid, 3 de Saragossa, 1 de Santiago de Compostela, 1 de València i 1 de Ceuta)²⁵.

De tota manera l'element més significatiu i que donà lloc a que les reunions fossin qualificades de «Congrés itinerant» va ser que les seccions es reuniren, a més de Barcelona i en aquesta Sala d'actes, a Cervera (22 d'octubre), Andorra (23 d'octubre)²⁶, Girona (27 d'octubre), Vic (29 d'octubre), Tortosa (5 de novembre), Tarragona (6 de novembre), Manresa (9 de novembre) i Lleida (18 de novembre)²⁷. Allí es conclougué el Congrés amb la darrera reunió de la Secció 5a, un dinar ofert a tots els assistents i un emotiu acte a la magnífica Església de sant Llorenç en el qual l'Orfeó Lleidatà procedí «a l'execució corejada per tots els presents, d'un himne (el Cant de la Senyera) rúbrica inesperada, meravellosament espontània i magnífica dels treballs del II Congrés Jurídic Català», com textualment diu la Crònica que figura al Llibre.

La sessió de clausura estava prevista amb una «Introducció a les Conclusions» a efectuar per mi com a Secretari de la Comissió d'Estudis, la participació de representants dels diversos territoris amb dret civil propi i el discurs de clausura a càrrec de Francesc d'A. Condomines Valls. Com he dit, la sessió no arribà a celebrar-se. No obstant el Llibre del Congrés²⁸ conté totes les intervencions esmentades. De fora de Catalunya havien d'intervenir i enviaren els seus escrits, José Luis Lacruz Berdejo per Aragó, Francesc Noguera i Roig per Balears, Adrián

²⁴ En realitat el llibre dona 510 noms.

²⁵ Presentà també una comunicació, per iniciativa de Miquel Casals amb qui havia coincidit a la Facultat Internacional per l'ensenyament del Dret Comparat, però no es va inscriure com a congressista el professor polonès Witold Czachòrski sobre el tema «*Le système des régimes matrimoniaux des époux d'après le droit de famille polonais*».

²⁶ Em plau especialment, per raó de la meua vinculació al Principat d'Andorra, subratllar l'acollida de la seva capital, Andorra la Vella, l'únic lloc en què el Congrés es reuní fora dels límits territorials de Catalunya. La raó, evidentment era l'aplicació a Andorra durant molt de temps del dret civil de Catalunya i, en conseqüència, la pertinença a la comunitat jurídica catalana. El Llibre del Congrés relata (pàg. 42) aquesta celebració a la sala de Congressos del Consell General i als salons del Park Hotel, amb presència del Copríncep Episcopal, monsenyor Joan Martí i Alanis i del síndic general Sr. Francesc Escudé i Ferrero.

²⁷ En totes aquestes ciutats el Congrés fou acollit d'una manera extremadament generosa. Per aquest motiu en la darrera sessió de la Comissió Organitzadora (de febrer de 1972), a proposta del senyor Noguera Guzman s'acordà: «l'agraïment dels membres de la Comissió Organitzadora del Congrés envers els Col·legis d'Advocats de Catalunya, que acolliren les sessions itinerants de les Seccions i es feren càrrec generosament de moltes de les despeses que ocasionaren, cosa que contribuí d'una manera decisiva a poder tancar els comptes del Congrés amb un important superàvit» (Llibre del IICJC pàg. 47).

²⁸ Vegi's pàgs. 765-802.

Celaya Ibarra, Miguel Unzeta Uzcanda i José Ignacio González del Valle Llaguno conjuntament pel País Basc, Manuel Iglesias Corral per Galícia en un emotiu text en llengua gallega i José Javier López Jacoiste per Navarra. Cal remarcar que la majoria d'ells ja havien estat en estret contacte amb un bon grup de nosaltres a les Jornades de Jaca i a l'Institut Espanyol de Dret Foral²⁹.

Cal destacar també que en ocasió de la inauguració de sengles Exposicions bibliogràfiques a Barcelona i Tortosa, pronunciaren conferències o presentacions Alvaro d'Ors³⁰, Jesús Masip Fonollosa i Francesc J. Gas Carpio³¹.

Eix del contingut: tradició i modernitat

No em referiré amb detall al contingut del temari, ni a la tasca de les Ponències de les diverses seccions ni a les conclusions del Congrés³². Ho faran, en part i tot seguit, Joan Egea i Ma Eugènia Alegret. No obstant en aquesta Introducció voldria referir-me a alguns aspectes generals.

En primer terme, l'equilibri entre tradició i modernitat. Ja hem vist que al document que inicia el procés congressual, es remarcaven dos aspectes: a) l'afirmació dels principis generals del dret i singularment del Dret civil català; b) la relació especial amb la Compilació i la seva revisió desenal. Aquests dos elements es mantingueren, com també he assenyalat, en el Reglament del Congrés, però amb unes matisacions importants. Allò que es destacava era «*analitzar la problemàtica actual de la vida jurídica catalana i aprofundir en l'estudi de les institucions del Dret Català*». La Compilació i la seva revisió passaven a ser només un element relacional.

Al llarg de tot el desenvolupament del Congrés es pretengué i sincerament crec que es va obtenir un just equilibri entre el respecte a la tradició històrica³³ i la voluntat d'atansar-se a la vida jurídica catalana del moment i amb una clara decisió de prospectiva vers el futur. Així ho vaig detallar a bastament en la meua intervenció a la Sessió de clausura del Congrés, que no es va poder pronunciar

²⁹ La necessitat de la persistència del qual, amb les modificacions degudes, es recollia a la Conclusió 44 de la secció primera.

³⁰ El seu títol «La pèrdua del concepte d'excepció a la llei», pàgs. 898-907 del Llibre del Congrés.

³¹ El títol de la intervenció de Massip fou «Presentació dels documents de l'exposició bibliogràfica» i el de Gas, «Costums de Tortosa, Dret viu». Estan recollides al Llibre del Congrés, pàgs. 908-913.

³² De tota manera em sembla oportú remarcar que s'aprovaren 175 conclusions: 51 de la secció primera, 19 de la segona, 16 de la tercera, 15 de la quarta i 74 de la cinquena.

³³ Em sembla oportú, en aquest punt, remarcar la comunicació de l'historiador Santiago SOBREQÜES VIDAL: «*Història de la producció del Dret Català fins al Decret de Nova Planta*» (pàgs. 79-146) i la d'Angel LATORRE SEGURA. «*El Derecho Romano como parte integrante de la tradición jurídica catalana*» pàgs. 203-214, en la que aporta (pàg. 206) els conceptes del «*mos gallicus*» i el «*mos italicus*» en la interpretació del dret romà, que posteriorment foren aplicats a la recepció del dret romà a Catalunya, especialment per Figa Faura i Pintó Ruiz.

per les raons ja exposades, però que figura en el Llibre del Congrés³⁴, on deia «*el II Congrés Jurídic Català ha estat fidel a la història, ha parat esment en la realitat del nostre temps i ha volgut... avançar-se al futur*». Es va fer realitat aquella encertada formulació de la idea de diversos grans pensadors en el sentit que el present és el demà del passat i la vigília del futur.

En aquesta línia vull remarcar que quan, entre els anys 1980 i 1984 —essent consellers de Justícia primer Ignasi de Gispert i a continuació Agustí Bassols— es preparà, amb participació de molts que havíem estat Congressistes, la primera llei del Parlament de Catalunya en matèria de Dret Civil, la que després seria la Llei 13/1984 del 20 de març, el primer document que es va anomenar «*Document de síntesi*» va tenir molt en compte l'esperit del Congrés i la lletra de les seves Conclusions.

A continuació em referiré a aspectes que transcendeixen l'estricta àmbit del dret català. Però cal reconèixer que l'obra científica del Congrés en la matèria específica del nostre dret civil fou magnífica. I és de justícia proclamar-ho.

Eix de la democràcia i de la catalanitat

Resultaria molt injust que en fer aquesta Introducció al II Congrés Jurídic Català no em referís a un document essencial en la posada en marxa d'aquesta reunió de juristes. Em refereixo, clar és, al discurs inaugural que pronuncià Ignasi de Gispert en la sessió inaugural del 19 d'octubre de 1971³⁵.

El discurs, que tots els assistents a la sessió van qualificar d'excel·lent, tingué l'efecte de moure les consciències i la sensibilitat d'un auditori molt variat al que va convèncer de que el Congrés valia la pena. Enllaçà amb la tradició jurídica catalana comprenent dins aquesta totes les manifestacions, de les més llunyanes en la història i per tant menys contestades fins a les més conservadores de finals del segle XIX i les més avançades dutes a terme en el període 1931-36. Recordà que a conseqüència de la guerra civil «*no una rere l'altra, sinó de cop i volta, es perderen totes les llibertats*». Va dir que «*poc a poc Catalunya reneix, a l'impuls de la llengua i el dret, com aquells arbres de fina raça que després d'una boja poda, rebroten ufanosos...*».

Vincolà el desenvolupament del dret català amb el de la llengua, pronunciant-se clarament a favor de la seva modernització i adequació a la realitat catalana contemporània, citant Pompeu Fabra i dient que, com la llengua «*no volem pas ressuscitar un dret medieval sinó formar el nou Dret que els temps exigeixen*». I concloué amb la manifestació que quedà més impresa en la ment de tots els

³⁴ Llibre del II Congrés Jurídic Català. 1972, pàgs. 765-770.

³⁵ En ella intervingueren Josep Ma VILASECA, «*Introducció del Congrés*», Lluís PUIG FERRIOL «*Funcionament del Congrés*» i Ignasi DE GISPERT «*Discurs d'obertura*». Vegi's el Llibre del Congrés, pàgs. 652-662.

assistents, en dir que: «*si el passat Congrés fou intitulat el de la llibertat recobrada, aquest nostre II Congrés Jurídic Català ha de ser el Congrés de la gran esperança*»³⁶.

La dinàmica pròpia del Congrés va fer que aquest eix es desplegués i consolidés al llarg del seu recorregut. Per limitació de temps em referiré a unes poques conclusions³⁷ que ho acrediten.

Pràcticament totes elles es residenciaren a la secció primera, en gran part foren adoptades a la sessió celebrada a Andorra la Vella el 23 d'octubre de 1971 i en elles tingué un especial protagonisme —que és de justícia proclamar— el professor i advocat Francesc Fernández de Villavicencio que va fer la seva presentació en un perfecte català, sense especial accent de la seva Sevilla natal. El gest fou molt ben acollit. Les conclusions més significatives al respecte foren:

—La 1 en la que es va proclamar textualment que: «*L'Estat espanyol, encara que és políticament unitari, és jurídicament plurilegislatiu*».

—La 4 en la que s'afirmava que el dret català naixia de la consciència nacional catalana.

—La 10 en la que es reconeixia que la tradició jurídica catalana havia de ser tinguda en compte en la interpretació i la integració del dret civil català.

—La 49 que deia literalment: «*Atès que l'ús i l'idioma català, per part dels catalans, és un dret inalienable que l'Estat espanyol ha de reconèixer i acceptar en tots els nivells, es proposa l'admissió de l'ús de la llengua catalana en tots els actes jurídics i davant els Tribunals i Organismes oficials i que es modifiquin totes les disposicions legals que desconeixen l'esmentat dret*». I com a conseqüència la conclusió afegia: «*que l'Estat tingui cura que les funcions públiques siguin exercides a Catalunya per persones que... coneguin degudament els seus elements culturals i entenguin, al menys, la seva llengua*».

—La 51 que reproduceixo íntegrament: «*Ateses les incessants transformacions de les estructures socials i econòmiques que la Compilació ha de contemplar i regular, el Congrés expressa el desig de que l'adaptació del Dret Català a aquelles necessitats sigui realitzada mitjançant un procés legislatiu, obra d'un òrgan adequat que representi fidelment la voluntat democràtica del poble*».

De la mateixa manera em sembla oportú remarcar una conclusió —la 3 de l'apartat B)— de la secció cinquena en la que es demanava la creació d'un Tribunal de Cassació radicat a Catalunya.

Avui aquestes conclusions poden semblar fins i tot tímides però fa cinquanta anys tenien la seva importància i significació³⁸.

³⁶ Vaig glossar especialment aquest acte en la *Necrològica* que vaig llegir a l'Acadèmia i posteriorment va publicar la *Revista Jurídica de Catalunya* (1999, pàgs. 419-426), amb el títol: «*Ignasi de Gispert (1911-1998), advocat, acadèmic i home d'esperança*».

³⁷ Com he dit abans —nota 27— en total foren 175, amb diversos formats i diferent vàlua.

³⁸ Recordo perfectament que en acabada la reunió d'Andorra el corresponsal del diari «*Le Monde*» va demanar-me com a Secretari de la Comissió d'Estudis i redactor de l'Acta de la

LA CONTINUÏTAT DEL CONGRÉS

Els actes del Congrés acabaren, com he relatat, d'una manera excepcional però l'esperit i la tasca del Congrés, continuà.

En la darrera reunió de la Comissió Organitzadora (9 de febrer de 1972) es liquidaren els comptes del Congrés, s'acordà la publicació del Llibre i la constitució de la «Fundació Congrés Jurídic Català». El 25 de maig davant del notari Ramon Ma Roca Sastre, els copresidents senyors Condomines i de Gispert atorgaren l'escriptura fundacional. El seu objecte era «*la investigació del dret català històric i vigent*». El capital o dotació inicial d'un milió de pessetes i es configurà un Patronat, un Comitè Científic, un Consell de Vigilància i un Director de la Fundació³⁹. Les noves circumstàncies generals, les preocupacions per altres problemes jurídics i l'escassetat del patrimoni varen determinar que, posteriorment i abans de la inscripció corresponent, s'acordés la interrupció del procés fundacional i s'encomanés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació, la continuació d'aquella tasca. Posteriorment l'Acadèmia estudià la possibilitat de celebrar un tercer Congrés però no va resultar possible.

El contingut del Congrés fructificà quan Catalunya recuperà la competència legislativa en matèria de Dret Civil Català. I el record de la seva celebració continua en la memòria de tots els qui hi vàrem participar com ho acrediten l'acte de commemoració del trenta aniversari al que abans m'he referit⁴⁰ i l'important acte d'avui.

CONCLUSIÓ I DEMANDA

Acabo ja. He començat referint-me a la paraula oral i la paraula escrita. En aquest acte he fet volar les meves paraules. Confio que hagin arribat a la ment i al cor de molts dels assistents amb la mateixa emoció i el mateix sentiment amb la que surten de la meua boca. Soc conscient, però, de la importància històrica de la paraula escrita. Per aquest motiu em permeto demanar conjuntament a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya i al Col·legi de l'Advocacia de Barcelona que, en la seva qualitat d'entitats organitzadores del Congrés i de l'acte

sessió, que li facilités el text de la conclusió 51, a la que atribuïa una especial i gran significació política.

³⁹ El Patronat estava constituït per Obiols, com a president, Faus, com a vicepresident, Vilaseca, Lloret, Botanch, Porta, Anglada, Domènech, Sabala, Martínez Sarrión, Ginot, Latorre i Puig Ferriol, El Comitè científic per Noguera, com a president, Fernández de Villavicencio, Figa, Font, Casals, Pintó i Puig Ferriol. El Consell de vigilància per Condomines, Gispert i Saltor. Com a Director vaig ser nomenat jo, avui l'únic supervivent.

⁴⁰ Vegi's la nota 19 d'aquest treball.

d'avui, facin el possible per reeditar el Llibre del II Congrés Jurídic Català com a testimoni permanent per a les generacions actuals i futures, d'aquell extraordinari Congrés de la Gran Esperança.

Moltes gràcies.

DISCURS AMB MOTIU DEL 50è ANIVERSARI DEL II CONGRÉS JURÍDIC CATALÀ

per

MARIA EUGÈNIA ALEGRET BURGUÉS

*Vicepresidenta de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.
Magistrada de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya*

I. INTRODUCCIÓ

És per mi un honor participar en la commemoració del 50è aniversari del II Congrés Jurídic Català que es va fer l'any 1971 amb motiu del desè aniversari de la Compilació de 21 juliol de 1960.

Com es va dir a la convocatòria del Congrés, la pretensió dels organitzadors va ser fer un congrés estrictament científic *però no gens desvinculat del substrat social sobre el qual s'ha d'aplicar el dret, obert a tots els juristes que sentin preocupació pel dret civil de Catalunya sigui quin sigui llur veïnatge i lliure de tota imposició particular o col·lectiva que pugui dificultar la manifestació espontània dels criteris de cadascú.*

Van creure necessari de prendre la Compilació com a punt de partida però sense oblidar aquells aspectes jurídics necessaris per posar en valor l'aplicació del dret civil.

Es va programar l'estudi d'aquells temes que més interès podien tenir i eren més equiparables als dels països del nostre entorn.

La comissió organitzadora, l'Acadèmia i el Col·legi d'Advocats de Barcelona van voler que participés al Congrés, no només el Col·legi d'Advocats de Barcelona i la resta dels col·legis d'advocats de Catalunya, sinó també el Col·legi de Notaris, de Procuradors, la Universitat (Facultat de Dret i la càtedra Duran i Bas), l'Institut d'Estudis Catalans i la *Revista Jurídica de Catalunya*.

Els organitzadors van parlar també amb el llavors president de l'Audiència Territorial, el Sr. Obiols Taberner, qui malgrat coincidir amb els organitzadors en què la participació de l'Audiència com a tal no era possible, va facilitar la col·laboració com a ponents i com a congressistes de molts magistrats destinats a Catalunya.

Així, van participar com a ponents el mateix Sr. Carles Obiols, el Sr. Xavier O'Callaghan, el Sr. Germà Gambon, el Sr. Pere i Raluy i el Sr. Rafael Gómez de Membrillera, i altres magistrats van assistir-hi com a congressistes. El mateix va passar amb el Col·legi de Registradors de la Propietat.

Va tenir un paper essencial al Congrés el Sr. Lluís Puig i Ferriol, després catedràtic, acadèmic i magistrat de la Sala Civil i Penal del TSJC i que malauradament ens va deixar.

El paper que avui assumeixo és el que li hauria correspost a ell atès el seu paper rellevant al Congrés com a secretari general del Congrés i d'algunes de les seves seccions.

A la inauguració, Puig i Ferriol, a més d'exposar la manera en què les sessions del Congrés s'havien organitzat, va explicar que la finalitat del Congrés no era tant modificar la Compilació, sinó donar uns criteris i suggerir unes idees que el dia de demà es poguessin tenir en compte quan arribés el moment d'introduir a la Compilació les modificacions necessàries fins a assolir la finalitat d'adequar el dret civil català a les necessitats de la vida diària.

Com sabeu, el Congrés va treballar en 5 seccions o ponències, els temes de les quals van ser els següents:

La ponència de la Secció primera, la més transcendent, havia de tractar de les fonts del dret civil català i dels problemes interregionals, així com d'indicar la conveniència de modificar el títol preliminar del CC estatal.

La ponència de la Secció segona va tractar de la filiació.

La ponència de la Secció tercera, de l'estatut personal i patrimonial dels cònjuges.

La Secció quarta, de la llibertat de disposició *mortis causa*.

La darrera, la Secció cinquena, tractava de la interrelació del dret civil català amb altres branques del dret amb les quals necessàriament el dret civil es troba implicat, entre d'altres, les lleis processals.

El meu propòsit és veure com van influir les idees i les conclusions que el Congrés va analitzar i estudiar en la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia en cadascuna de les matèries tractades al Congrés.

II. INFLUÈNCIA DEL CONGRÉS EN LA JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

II.1. He de començar necessàriament per l'última ponència i per dues de les seves conclusions que em semblen del tot rellevants.

D'una banda, la conclusió núm. 3 de la part D, de dret processal, que es referia a la necessitat d'arbitrar tribunals específics especialitzats en el dret civil català amb jurisdicció a tota Catalunya, i una sala de cassació per tal d'aconseguir la

unitat de criteri, en el convenciment que la configuració de l'organització judicial pot influir en el tractament jurisdiccional de les institucions del dret civil català.

D'altra banda, la conclusió núm. 6, que determina que el litigant que al·legui un veïnatge diferent del territori on radica l'òrgan jurisdiccional que coneix l'assumpte ha d'assumir la càrrega de la seva prova. O el que és el mateix, la presumpció que el dret civil aplicable a Catalunya és el dret civil català llevat de prova o evidència que sigui una altra la legislació aplicable, qüestió que va ser objecte també d'una conclusió a la Secció primera (conclusió 32).

Respecte de la primera conclusió pel que fa als tribunals amb coneixements específics, no va ser fins a la promulgació de la Constitució Espanyola l'any 1978 que es van configurar els tribunals superiors de justícia.

Es tractava d'una vella aspiració no només de Catalunya, sinó també d'altres regions amb dret civil propi, anterior a l'establiment de l'Estat de les autonomies, que l'òrgan jurisdiccional superior per a la interpretació dels drets civils particulars fos un tribunal radicat als seus territoris i integrat per magistrats que hi fossin destinats, ja que figurava que tindrien una major sensibilitat per les particularitats dels seus drets respectius i un millor coneixement de la tradició i principis que els inspiren i de la realitat social a què responen.

L'adaptació de l'organització judicial al model autonòmic d'estructura política de l'Estat va comportar la creació dels tribunals superiors de justícia, previstos a l'article 152.1 paràgraf segon (2) de la Constitució, precepte ubicat al capítol tercer, «De les comunitats autònomes», del títol VIII, «De l'organització territorial de l'Estat», fora, per tant, del títol VI, referit al poder judicial.

És important ressaltar que aquest nou model d'organització judicial no va ser una simple reformulació de les audiències territorials, al voltant de les quals s'havia estructurat fins aleshores l'organització judicial, sinó el principal mecanisme constitucional d'adaptació del poder judicial a l'Estat autonòmic. D'acord amb l'article 152 de la CE, la seva creació, però, només es preveia per a algunes comunitats autònomes, les denominades històriques, atès que el precepte fa referència a les comunitats que accedissin a l'autonomia per la via de l'article 151. Tanmateix, era evident que la raó de ser del precepte guardava relació no tant amb aquest extrem com amb l'existència d'un dret civil propi i n'és una prova la planta diferent dels diversos tribunals, ja que només els tribunals superiors de justícia de les comunitats amb dret civil propi tenen 5 membres.

En qualsevol cas, la posterior Llei orgànica del poder judicial va optar per la generalització, i es va adaptar l'organització territorial de l'Administració de justícia al fet autonòmic, ja que segons l'article 34 de la LOPJ: «La comunitat autònoma és l'àmbit territorial dels tribunals superiors de justícia».

Aquest mandat legislatiu es va concretar uns anys més tard i els tribunals superiors de justícia es van constituir l'any 1989; concretament, el 23 de maig. Així, es va produir la substitució d'un sistema organitzatiu basat en les audiències

territorials per un altre adaptat a la configuració autonòmica de l'Estat. A la Sala Civil i Penal del TSJC, l'art. 73.1 a) de la Llei orgànica del poder judicial atribueix el recurs de cassació en matèria del dret civil propi.

Anys després, el legislador català va promulgar la Llei 4/2012, de 5 de març, llei del recurs de cassació del dret civil català, per la qual es regula el recurs de cassació davant el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

La conclusió del Congrés es va fer efectiva, malgrat haver d'esperar molts anys.

Durant aquests anys han estat moltes les sentències dictades per la Sala Civil del TSJC i més de 1.500 són publicades al CENDOJ. La infracció de la doctrina establerta a les sentències del TSJC obre la possibilitat d'articular un recurs de cassació i també, quan és necessari, la conformació de la jurisprudència.

Han estat magistrats d'aquesta Sala congressistes com el Sr. Joaquín Badia i Tobella, el mateix Sr. Puig i Ferriol i la Sra. Teresa Cervelló.

En relació amb la segona conclusió, s'ha fet efectiva a moltes sentències dictades a Catalunya, de manera que ja no es pot dubtar de l'aplicació del dret civil català en aquelles matèries en què hi consta regulació.

II.2. En relació amb les conclusions de la Secció primera, vull aturar-me a les conclusions 10 a 12 que feien referència a la tradició jurídica catalana.

Les conclusions 10 a 12 van establir que la tradició jurídica catalana, encarnada en les antigues lleis, costums i doctrina de què deriven els preceptes de la Compilació, tenia prou força per constituir per aplicació dels principis generals que la informen una font d'interpretació i d'integració del dret civil català en totes aquelles matèries que el legislador no ha abandonat sent vinculant per qui la interpreta, sempre que la norma compilada es correspongui amb el dret antic.

Cal entendre que la doctrina la integren la doctrina dels doctors, d'acceptació comuna i constant a Catalunya, així com la de les sentències de la vella Reial Audiència.

L'aplicació pràctica de la tradició jurídica catalana la trobem a la STSJC, d'11 de gener de 2018.

En aquesta Sentència es tractava de decidir si en un fideïcomís *sine liberis decesserit*, una vegada mort el primer hereu fideïcomissari sense fills i havent-li premort la resta d'hereus instituïts al fideïcomís, el fideïcomís s'havia d'entendre purificat i per tant podia heretar la vídua del primer hereu, o bé els béns havien de passar als nets del testador, fills d'un dels hereus fideïcomissaris premorts.

En aquest tipus de fideïcomís, molt tradicional a Catalunya, el testador institueix el fill primogènit i, en cas que aquest mori sense fills o que aquests no assoleixin l'edat de testar, crida un altre fill, i així successivament els altres germans i els imposa el mateix gravamen restitutori fins que es purifiqui la substitució a

favor d'algun o, si no es produeix, l'herència arribi a correspondre a l'últim fill, el qual serà hereu lliure.

Es tracta d'un fideïcomís de durada menor, atès que en la seva forma simple només eren cridats al fideïcomís els fills del causant, és a dir, persones ja existents quan aquest moria.

En aquest tipus de fideïcomís, n'hi havia prou que el primer instituït tingués fills perquè els béns quedessin alliberats; aleshores l'hereu en podia disposar sense cap limitació, fins i tot per deixar-los a persones estranyes.

Aquesta institució (*sine liberis*), que es complementa amb la figura de l'hereu únic, evita el resultat injust que es produiria per als altres fills del fideïcomitent (que són apartats del patrimoni familiar amb una legítima estricta, 1/4 part dels béns, perquè el patrimoni i el treball del pare siguin continuats per un de sol, mantenint-ne el nom i la unitat però que freqüentment es mantenien a la casa) si, per la circumstància que l'hereu morís sense fills, el patrimoni familiar pogués anar a parar a persones estranyes o alienes a la descendència o estirp del testador, de manera que aleshores quedarien postergats i, sense causa, el sacrifici realitzat.

Pella i Forgas, a Codi civil de Catalunya, tom III, Barcelona 1918, insisteix que aquest fideïcomís intenta evitar les prodigalitats dels fills solters, a més del trist espectacle de passar els béns patrimonials familiars a mans estranyes com a conseqüència de la llibertat absoluta de testar de l'hereu si aquest mor sense fills.

Tots els autors de l'època assenyalen que, com que es tracta d'un fideïcomís de caràcter condicional, només s'adquireix el dret a l'herència en el moment en què es compleix la condició, és a dir, després de la mort de l'hereu instituït sense fills, de manera que si hagués premort el següent substituït, aquest no podria heretar i tampoc els seus hereus, sota l'aforisme romà *nemo dat quod non habet*.

Tanmateix, el problema que es va plantejar a la Sentència no era si la demandant, com a filla i hereva del seu pare, i en aquesta condició, podia heretar els béns que aquest havia de rebre del seu pare després de la mort del primer hereu sense fills, a la qual cosa la resposta, com que no existia cap substitució vulgar en el testament, havia de ser forçosament negativa, ja que si els pares no han adquirit el dret a l'herència no poden transmetre'l als fills (Martí Miralles, *Qüestions fideïcomissàries*, RJC 1906), sinó si aquests es poden considerar cridats a l'herència del seu avi, per ser presumptament o tàcitament cridats per ell, o el que és el mateix, el problema de si un cop posats els fills com a condició també s'han de considerar cridats pel mateix testador en substitució.

La Sentència va resoldre la qüestió en els fonaments setè i següents tot analitzant la doctrina tradicional dels autors catalans des del dret intermedi conforme a la qual s'havia negat majoritàriament la possibilitat que els fills posats com a condició poguessin considerar-se cridats a la substitució, i ha declarat que *positi in conditione positi non sunt in dispositione* (Fontanella, Finestres, Sala, Borrel i

Soler, Vives, Duran i Bas, Pella i Forgas, Martí i Miralles, Roca Sastre, etc.). Diu a la lletra la Sentència:

«SETÈ... Es deia que els fills posats com a condició no són hereus ni són substituïts perquè la condició no disposa res ni els atorga res. Estan posats a l'herència com el fet incert de l'existència dels quals es deriva la delació de l'herència al substituït nomenat.

N'explica algunes de les raons la Sentència del Tribunal de Cassació de 8 d'octubre de 1936.

Quan el causant col·loca els fills en la condició, no pensa en aquests fills en el sentit que passin a ells els béns fideïcomesos, perquè precisament en el cas que n'hi hagi, l'hereu queda lliure per disposar-ne com ho desitgi; tampoc raons d'equitat, ja que el testador, si vol que els fills substituïxin els seus pares, pot disposar la substitució vulgar en fideïcomís, i no és inequitatiu que prefereixi els seus propis fills, germans del causant, als seus nets, a més del fet que no existeix legalment un dret de representació establert en les delacions testamentàries, motiu principal pel qual la Sentència es decanta per l'aplicació d'aquesta tesi, que coincideix, com diem, amb la doctrina majoritària dels autors.

Altres autors assenyalen també el risc de fraccionament del patrimoni si hi poden entrar els fills en comptes dels premorts instituïts.

Una qüestió diferent a l'anterior és si es pot presumir que la voluntat del testador és una altra, ja que aquesta és la llei de la successió.

En aquest sentit, cal recordar la norma canonista, igualment en vigor en dret català abans de la Compilació, d'acord amb la qual *“la voluntat del testador se ha de complir en todo”* (llibre tercer, títol XXVI, capítol quart de les Decretals), que concorda amb les disposicions del Codi 6, 42, 16, que se citen a la Sentència d'aquesta Sala de 5 de febrer de 2001, especialment en els fideïcomisos.

Per intentar establir quina havia estat la voluntat del testador, els autors clàssics acudien al que aleshores es coneixia com a “conjectures”, les quals com a normes interpretatives amb suport jurídic de costum es podien invocar com a motiu de cassació si es consideraven infringides (STSJC de 5 de febrer de 2001, FJ 6).

Encara que sobre conjectures, com deia Fontanella, no es poden donar regles fixes, criteri assumit per Vives i Cebrià en la traducció als Usatges, que dubtava de la seva extensió i contingut.

VUITÈ. Prevalença de la voluntat del testador. Les anomenades “conjectures”.

Tot i que la regla general és l'explicada al fonament jurídic anterior, els autors recullen (P. N. Vives i Cebrià a la traducció dels Usatges) que, per evi-

tar-ne l'aplicació estricta, s'expliquen infinitat de conjectures per les quals es pretén provar que els fills posats com a condició estan cridats pel testador i se'n suposa la voluntat en aquest sentit, encara que, no obstant això, recorda que la Reial Audiència només n'aprojava dues (Fontanella clau.5 glos.10 part.9 n.3 i decisions 597 i 598). Una era en cas que el testador imposés als fills posats com a condició un gravamen de restitució, ja que no pot restituir-se l'herència sense tenir-la prèviament. La segona conjectura aplicada era en el supòsit que fossin cridats els fills del substituït més remot o bé dels més propers, ja que en aquest cas cal creure que se'ls va voler cridar a tots igual. En el mateix sentit, Martí i Miralles a RJC 1906, *Qüestions fideicomisàries*, seguint Fontanella...

Tanmateix, Duran i Bas, a la Memòria publicada l'any 1883 elaborada amb la finalitat d'esbrinar les institucions del dret civil de Catalunya que s'havien d'incorporar al Codi civil encara en formació o bé com a apèndixs seus, destaca l'admissió dels fideïcomisos tàcits a Catalunya, a diferència del dret castellà, i rebent l'opinió jurídica catalana de l'època diu que els tractadistes “*exponen los casos en que debe inducirse la existencia del fideicomiso, pero si en lo antiguo se ha divagado sobre las conjeturas de la voluntad, en lo sucesivo la regla debe ser que aparezca claramente la voluntad de imponer un gravamen de restitución. Cuando haya dudas siempre debe optarse por la libertad, los romanos nos habían dado esa regla y ella ha sido de observancia constante en Cataluña, hoy es necesario aplicarla rigurosamente para conciliar la institución del fideicomiso con el espíritu de nuestros tiempos. La ley debe permitir su institución pero no es ella la que debe producir su extensión. Con igual criterio debe entenderse instituido o no un fideicomiso cuando su existencia se pone en relación con la existencia de hijos del heredero. En los diversos casos que pueden presentarse las dudas deben resolverse a favor de la libertad (contra fideicommissum semper est in dubio judicandum)... Por igual razón cuando los fideicomisos se establecen bajo la condición de fallecer sin hijos o sin que ninguno de ellos llegue a la edad de testar, los nietos. O sea, los hijos del heredero solo en casos determinados y cortos en número deben entenderse llamados a la herencia: en la antigua jurisprudencia catalana ha sido constante la doctrina de que tales hijos, que se califican de puestos en condición, no vienen por punto general llamados al fideicomiso: poderosas razones de voluntad deben existir para que se entiendan llamados a la herencia del abuelo*”.

En el text articulat proposat —art. CCCIII— després de fixar la regla general contrària al fet de considerar que els fills en condició també ho eren en substitució, només recollia les dues primeres conjectures les acceptades per la Reial Audiència esmentades abans...

La Compilació de 21 de juliol de 1961 (article 175), després de consagrar la regla general que a les substitucions fideïcomissàries disposades per al cas que el fiduciari mori sense deixar fills, siguin o no amb pluralitat de crides de fideïcomissaris successius, els fills posats com a condició no s'han de considerar substituïts fideïcomissaris si no són cridats expressament com a fideïcomissaris o substituïts vulgars, va establir, com a excepció, que els fills posats com a condició s'han d'entendre cridats com a substituïts vulgars en fideïcomís en quatre casos:

“Primero. Cuando con palabras claras y expresas el fideicomitente imponga al hijo una carga u obligación que no podría cumplir si no tuviera el carácter de sustituto.

Segundo. En el caso de que después de designar el causante como fideicomisarios a sus hijos, llame como último fideicomisario a otra persona.

Tercero. Siempre que el fiduciario y los fideicomisarios sean hijos del causante, pero sin estar designado ninguno de ellos por sus nombres o por otra circunstancia que los individualice.

Cuarto. Si el causante llama a la sustitución a los hijos del fiduciario o del sustituto fideicomisario más remoto, en cuyo caso se entenderán llamados los respectivos hijos por orden de proximidad de llamamiento.”

En el mateix sentit, l'article 198 del Codi de successions, i es manté la regla general en el llibre IV del CCC, en què ja han desaparegut aquestes presumpcions i l'article 426-18 es limita a indicar que s'aplica la regla general “llevat que la voluntat del fideïcomitent sigui una altra”.

De tot això cal inferir que la norma principal, mantinguda en el temps i que forma part de la tradició jurídica catalana, era la que considera que els nets no esmentats expressament pel testador no hereten de l'avi i que perquè això passés calia que es pogués deduir que la voluntat del testador havia estat una altra, normalment a partir de fets o circumstàncies que apareixien en el mateix testament, ja que una presumpció de voluntat es fonamenta en la major probabilitat que l'atorgant vulgui allò que la norma presumeix.

Arribats a aquest punt, no consta ni apareix al testament del Sr. XXX cap indici que la seva voluntat, si més no tàcita, fos que el fideïcomís passés a segones generacions ni com a substitució vulgar, no disposada, ni amb cap altra expressió, més aviat, com diu la Sentència objecte de recurs —que no incorre en cap arbitrietat sobre aquest punt— s'evidencia la preocupació del testador per la subsistència de la família, de manera que l'esposa i mare dels aleshores menors d'edat, usufructuària dels béns, podia vendre'ls si era necessari amb el consens del rector i del jutge del lloc i la casa familiar pas-

sar de germà en germà com una unitat fins a l'últim d'ells, si els successius hereus morien sense fills, tot mantenint la mare l'usdefruit.

Sent les coses d'aquesta manera, entendre, com pretén la recurrent, que únicament i exclusivament per la pròpia finalitat del fideïcomís familiar estudiat els béns han de passar necessàriament als fills del fideïcomissari premort abans que a l'hereva del primer hereu instituït quan els únics substituïts nomenats pel testador, els seus germans, l'havien premort, atesa la seva llarga vida, suposa fer taula rasa de la regla general i tradicional a Catalunya que els fills posats com a condició no ho han estat en substitució; una interpretació extensiva de les excepcions, i en definitiva de la regla general *contra fideicommissum semper est in dubio judicandum.*»

II.3. Secció segona: filiació

D'aquesta secció ens centrarem en la conclusió núm. 2 del Congrés que tractava de la lliure investigació de la paternitat com a expressió d'un principi general i superior ben acreditat històricament; que la paternitat jurídica ha d'ésser expressió d'una realitat biològica i que aquesta ha de ser coneguda fins allà on sigui possible.

N'és conseqüència la preocupació del dret català per la recerca i la declaració de la veritat real en matèria de paternitat que abasta de la mateixa manera la paternitat matrimonial i l'extramatrimonial tant en l'aspecte positiu (declaració de la relació paternofilial) com negatiu (impugnació de la paternitat).

Cal fer esment de la STSJC, de 31 de gener de 2000, núm. 1/2000 (Sala Civil i Penal) en la qual es va decidir que l'article 127 del CC que deia (després de la Constitució): «En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se fundamente» no era aplicable a Catalunya.

Afirmava la Sentència:

«Segon. La part recurrent encarrila l'únic motiu del recurs per la via del paràgraf quart de l'art. 1692 de la Llei d'enjudiciament civil, i a redós d'aquest precepte de caire processal denuncia infringit l'art. 127 del Codi civil, que diu:

En el cos del motiu del recurs, la part que recorre especula en relació amb l'aplicació del precepte legal esmentat a Catalunya i conclou amb la defensa d'una tesi oposada a la mantinguda per la Sentència impugnada, que considera la inaplicabilitat del requisit esmentat d'admissibilitat de la demanda en les demandes de reclamació de paternitat o maternitat subjectes al dret català.

La part que recorre no discuteix la submissió del fill a la normativa catalana i en les actuacions no apareix res que contradigui aquesta condició,

amb la qual cosa, en virtut del que disposen el títol preliminar del Codi civil (art. 9.4) i la Compilació del dret civil especial de Catalunya (art. 3), la legislació aplicable és la civil catalana.

Abans de l'entrada en vigor del Codi de família de 15 de juliol de 1998, que respon, tal com deixa clar el preàmbul de la Llei, al propòsit d'arribar en el moment oportú a la tinença d'un text codificat per a cadascuna de les branques cabdals del dret català —el de família, el de successions i el patrimonial, amb la vigència de la Llei de filiacions 7/1991, de 27 d'abril—, la norma esmentada disposava que la seva pretensió era obtenir «una regulació autònoma i actualitzada de la filiació en el dret català, basada en el tradicional principi de la lliure investigació de la paternitat i la maternitat sense limitacions probatòries, així com en el principi *favor filii* i el seu corollari de no-discriminació entre filiació matrimonial i no matrimonial.»

O sia, que, en el preàmbul esmentat, es posava un èmfasi especial en el fet que la nova norma dotava l'ordenament jurídic català d'una regulació «autònoma i autosuficient que abans no tenia».

I, en virtut d'aquesta exigència legal, aquesta mateixa Sala, per interpretar i integrar la Llei de filiacions, acudia a les lleis, els costums, la jurisprudència i la doctrina que constitueixen la tradició jurídica catalana, d'acord amb els principis generals que inspiren l'ordenament jurídic de Catalunya (art. 1.1 de la Compilació del dret civil especial de Catalunya).

En la Sentència de 19 de juny de 1997 aquest tribunal raonava acudint al text constitucional, que en l'art. 39.2 *in fine* disposa: «La llei ha de possibilitar la investigació de la paternitat.» En la Sentència es deixava clar que la legislació comuna s'ajustava al mandat constitucional, atès que l'esmentat art. 127 del Codi civil disposava investigar la paternitat i la maternitat amb tota classe de proves, incloses les biològiques.

El paràgraf segon de l'article imposa una restricció, ja que diu que el jutge no admetrà la demanda si amb aquesta no es presenta un principi de prova dels fets en els quals aquella es fonamenta; aquest filtre s'ha d'entendre que no contradiu l'art. 39.2 de la Constitució, segons va declarar el Tribunal Constitucional en la Sentència de 17 de gener de 1994, de manera concordant amb el que va declarar el TS a les sentències de 19 de gener de 1990, 3 de desembre de 1991 i 7 d'octubre de 1995, entre d'altres. Aquesta Sala considerava dubtosa l'aplicació a Catalunya de l'art. 127 del Codi civil a l'etapa anterior a la Llei de filiacions de 1991.

Això anterior, malgrat que la millor doctrina s'hi havia manifestat en contra pel fet que la possibilitat de rebutjar *a limine* la demanda no deixa de ser un obstacle a la lliure investigació de la paternitat, és una de les tradicions jurídiques catalanes més arrelades des de l'Edat Mitjana.

A partir de la vigència de la Llei de filiacions, la Sala va declarar (sentències de 19 de juny de 1997 i 27 de juliol de 1998) sense dubtes que l'art. 127.2 no és aplicable a Catalunya, perquè no està recollit a la llei autònoma i autosuficient i perquè s'oposa als principis generals de l'ordenament jurídic català.

Corol·lari del que s'ha exposat és que a partir de l'entrada en vigor de la Llei de filiacions i també amb la vigència del Codi de família de 15 de juliol de 1998 (la disposició transitòria tercera del qual ens diu que les disposicions del títol IV, sobre filiació, tenen efectes retroactius, sigui quina sigui la data de la determinació de la filiació), tampoc es pot mantenir l'aplicabilitat, propugnada pel recurrent, de l'aplicació a Catalunya del requisit d'admissibilitat de la demanda establert al paràgraf segon de l'art. 127 del Codi civil. L'autonomia i l'autosuficiència de l'última norma es deriven d'una lectura del preàmbul d'aquesta mateixa, que diu: «Es mantenen, en conseqüència, els principis rectoris en què va inspirar-se aquesta normativa i, per tant, el de la lliure investigació de la paternitat i la maternitat amb tota classe de proves, reconegut històricament en el dret català des de l'edat mitjana, i el del *favor filii*, sense discriminació tant si es tracta d'un fill o una filla dins del matrimoni com fora d'aquest.»

En la mateixa línia, la STSJC de 30 de juny de 2016 dictada ja promulgada la LEC 1/2000, l'art. 767.1 de la qual va substituir l'art. 127 del CC.

II.4. La Secció tercera va tractar de l'estatut personal i patrimonial dels cònjuges.

Vull ressaltar la conclusió 16.2 en la qual es demanava:

«El reconeixement de la plena validesa i força d'obligar als convenis de separació amistosa sense cap altre requisit que el de l'homologació judicial.»

En aquest sentit, la jurisprudència va anar més enllà, ja que en el cas de ruptura matrimonial es va reconèixer la validesa dels acords extrajudicials que els cònjuges varen adoptar encara que no estiguessin homologats judicialment en sentit de no aportats amb un conveni regulador al procés matrimonial, en matèries de lliure disposició en diverses sentències abans que aquests tipus d'acords i la seva validesa es regulessin més a fons al llibre II del Codi civil de Catalunya.

Sobre aquest punt es pot esmentar la STSJC, de 19 de juliol de 2004, o la STSJC, de 10 de juliol de 2006.

Diu aquesta última Sentència:

«En consecuencia, siendo indiscutible que el documento lo extendió y firmó la recurrente junto con su ex esposo y que lo hizo al tiempo de la ruptura matrimonial que condujo a la incoación del presente procedimiento de separación.»

ción matrimonial, la falta de expresión de la fecha en el documento en cuestión se convierte en una cuestión meramente formal, que no afecta a la validez de la renuncia cuyo otorgamiento no se encuentra sometido a ninguna forma en especial.

En este sentido, es cierto que en el supuesto contemplado en la Sentencia de 4 de octubre de 2001 se trataba de una renuncia incluida en un convenio regulador incorporado a un procedimiento de separación matrimonial, que fue ratificado por sus otorgantes y aprobado judicialmente, pero también lo es, como ya entonces dijimos y cabe reproducir aquí y ahora, que a la renuncia a la pensión compensatoria no le son aplicables los requisitos formales del convenio regulador (arts. 77 y 78 CF), sin perjuicio de que el convenio regulador pueda contener el pacto de los cónyuges sobre la pensión compensatoria (art. 76.3.b CF), y mucho menos pueden serle exigibles los requisitos formales establecidos para los capítulos matrimoniales (art. 17 CF).

Por ello y al margen de su fuerza ejecutiva, nada se opone a la validez de los acuerdos a que hubieren llegado privadamente los cónyuges en orden a regular los efectos de la ruptura matrimonial en el ejercicio de su libertad negocial, siempre que se trate de materias, como es el caso de la presente, sobre las que no existan limitaciones legales, morales o de orden público (art. 1.255 C.C.), siempre que se den los requisitos mínimos imprescindibles (art. 1.261 C.C.), respecto a cuya concurrencia en el presente caso se ha de aceptar la valoración del tribunal de apelación, y entre los cuales no se encuentra ninguno específico relativo a la forma (art. 1.278 C.C. en relación con el art. 1.280 C.C.), llegándose a admitir incluso que la renuncia de los derechos pueda ser tácita (entre otras, S TS 1ª 30 oct. 2001).»

II.5. La Secció quarta va tractar de la llibertat de disposició per causa de mort.

Ens aturarem a les conclusions 1 i 2, les quals estableixen:

«1. És un principi institucional i bàsic del dret civil català la llibertat de disposició per causa de mort, dogma que concorda amb l'esperit i el sentiment del poble català de configurar amb plena autonomia els negocis jurídics per causa de mort.

2. El quantum legitimari del quart, ja que és tan arrelat a la vida jurídica catalana, s'ha de mantenir.»

Aquí cal fer esment al fet que les conclusions de la ponència deien que si concorrien fills extramatrimoniais amb els fills matrimoniais, la legítima dels primers s'havia d'extreure d'una altra quarta part del cabal hereditari amb la limitació que no fos superior a la dels fills matrimoniais.

La Dra. Encarna Roca va presentar una esmena a la ponència en el sentit que la legítima tant dels fills matrimonials com la dels fills no matrimonials haurien de ser extretes d'un sol quart amb plena equiparació.

L'esmena va ser acollida a les conclusions finals del Congrés.

En aquesta matèria es pot citar la STSJC de 4 de març de 2019.

En aquesta Sentència s'estudia l'afebliment que ha sofert la legítima en el dret civil català però tot afirmant també que des del moment en què el legislador ha optat pel seu manteniment no es pot fer una interpretació restrictiva.

El plet tractava de les donacions imputables a la legítima.

La Sentència recordava que la legítima és una atribució de contingut patrimonial que la llei reserva en una successió a determinades persones per la seva relació familiar amb el causant. La participació, sobretot dels fills, en la riquesa creada pels pares, ha estat una constant en el dret civil català com en d'altres del nostre entorn. A Catalunya, no sense certes oscil·lacions, va consagrar-se el sistema de quarta del dret justinianeu, que pot pagar-la l'hereu en diners encara que no n'hi hagi a l'herència o en béns hereditaris (des de la Constitució Zelant de conservació de cases familiars de 1585).

La Compilació del dret civil de Catalunya de 21/7/1960 ja en regulava la institució i el mateix va fer el Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, aprovat per la Llei 40/1991, de 30 de desembre.

Ha estat una constant al nostre dret l'afebliment progressiu de la institució, ja que la Compilació del dret civil de Catalunya la va configurar com un dret gairebé real, que va evolucionar amb la modificació soferta per la Llei 8/1990 a dret personal del legitimari contra l'hereu, en desaparèixer la menció legitimària, i es manté en aquesta mateixa forma en el Codi de successions aprovat per la Llei 40/1991, en què també es va regular el desheretament. Amb la promulgació del llibre IV del CCC, continua conservant-se la institució —malgrat la polèmica doctrinal sorgida, ja que part d'aquesta advocava per la seva supressió— encara que amb algunes variacions en la línia de restricció d'aquests drets iniciada amb la modificació de l'any 1990.

La STSJC, de 13 de juny de 2016 va explicar que la legítima estricta continua sent «...una “institució de dret necessari” (STSJC 26/1993 de 22 nov. FD3), en el actual momento normativo y también en el inmediatamente precedente confiere ex lege a los descendientes del causante —en su defecto, a sus progenitores— un derecho subjetivo de crédito (pars valoris) que les faculta para obtener desde la apertura de la sucesión un valor patrimonial mínimo en la herencia que el causante está obligado a respetar, so pena de ineficacia (art. 360.1 in fine CS; art. 451-9.1 in fine CCCat) o de inoficiosidad de sus disposiciones testamentarias (art. 373.1 y 2 CS; art. 451-22.1 y 2 CCCat) o, incluso, de ciertas donaciones inter vivos (art. 373.3 CS; art. 451-22.3 CCCat), así como también lo está su heredero, al que se responsabiliza personalmente de su pago (art. 366.1 CS; art. 451-15.1 CCCat). Y es que, aunque

la legítima haya perdido su antigua naturaleza de derecho de afección real sobre los bienes de la herencia (art. 140 CDCC, antes de ser reformado por la Llei 8/1990), el legislador catalán sigue garantizando, frente a la libertad de testar del causante, el derecho de crédito a la correspondiente cuota estricta (arts. 355 y 356 CS; arts. 451-5 y 451-6 CCC) de los descendientes (arts. 352 y 353 CS; art. 451-3 CCC) no desheredados por causa justa (art. 368.1 CS; art. 451-17.1 CCC), asegurando su intangibilidad, de manera que no se pueda imponer condiciones, plazos o modos sobre las atribuciones hechas en tal concepto o imputables al mismo, ni tampoco gravarlas con usufructos u otras cargas, ni sujetarlas tampoco a fideicomiso (art. 360 CS; art. 451-9 CCCat)».

Com va dir la STSJC, de 4 de març de 2019:

«La legítima continua, doncs, a la nostra legislació configurant-se com un dret successori de caràcter personal i de dret imperatiu que no pot ser interpretat restrictivament.»

És doctrina de la Sala exposada a les STSJC de 4 d'abril de 2005 o 20 de juny de 2013 i les que s'hi esmenten, en relació amb la legislació anterior i en la Sentència de 9 de febrer de 2015 ja amb l'actual (llibre IV del CCC) que la prevenció d'imputació de la donació a la legítima, o que serveixi de pagament o bestreta a compte d'aquella, s'ha de manifestar al mateix temps que es dugui a terme la corresponent donació, llevat que escaigui la imputació legal.

III. CONCLUSIÓ

La transcendència del Congrés de l'any 1971 que avui recordem tant en les reformes legislatives posteriors com en l'activitat dels tribunals demostra l'energia, la capacitat i la influència de les institucions civils —particularment de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya i dels col·legis de l'Advocacia— en el desenvolupament del nostre dret civil i la seva perdurabilitat en el temps, atès el rigor i profunditat en què van ser tractats tots els temes plantejats pels ponents i congressistes.

L'EMPREMTA DEL II CONGRÉS JURÍDIC CATALÀ. UNA VISIÓ DES DE LA UNIVERSITAT

per

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

*Acadèmic de Número i Censor de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*

Excel·lentíssim senyor President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, il·lustre senyor Vicedegà del Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, degans emèrits, autoritats, companys de l'Acadèmia, representants dels congressistes, senyores i senyors.

Abans que res, vull deixar constància expressa del gran honor que per a mi suposa poder intervenir en aquesta sessió commemorativa del 50è aniversari del II Congrés Jurídic Català. Em fa il·lusió remarcar també que es dona, a més, una doble coincidència: d'una banda, que el Congrés se celebrà la tardor de 1971, justament quan jo començava el primer curs de la carrera i, d'una altra, que la commemoració que ara en fem coincideix amb el curs en què he deixat de prestar els meus serveis com a catedràtic en actiu.

La meva intervenció se centrarà, de forma molt succinta, en la influència que el Congrés ha tingut en el procés de recuperació i posterior desenvolupament del dret civil de Catalunya.

Quedi dit, ja d'entrada, que tinc la convicció que les seves conclusions i l'esperit que les inspirava han constituït una mena de guia o full de ruta en aquest camí cap al desenvolupament i la modernització del nostre dret civil. És més, mobilitzacions com la del II Congrés o les que, ja en l'etapa constitucional, es van produir arran dels manifestos en defensa del dret civil de Catalunya de 1991 i 2003 en aquest mateix Saló d'Actes, en resposta als recursos d'inconstitucionalitat presentats pel Govern de l'Estat contra diverses lleis civils aprovades pel Parlament, són l'expressió més clara de la voluntat de protegir i preservar el dret propi, no només en la seva consideració com a referència cultural de primer ordre, sinó, i sobretot, perquè defineix el sistema que regula de manera útil les relacions jurídiques privades dels ciutadans.

Amb això vull remarcar que aquests moviments de conscienciació han estat particularment rellevants per a l'assoliment d'un grau tan elevat de desenvolupament.

pament del dret propi com el que avui tenim. Així doncs, la influència d'aquellencontre no s'ha degut només a la indubtable qualitat científica de les ponències publicades en el *Llibre del II Congrés Jurídic Català* l'any 1972 (document, d'altra banda, decisiu per conèixer l'estat dels estudis i de les preocupacions entorn del dret català d'aleshores), sinó també pel compromís polític que traspuava la seva celebració. De fet, no es pot considerar del tot casual que coincidís amb un altre esdeveniment que acabaria jugant un paper molt rellevant en la recuperació de les institucions nacionals catalanes i, en conseqüència, del dret propi. Em refereixo al fet que el 7 de novembre del mateix any 1971, coincidint, doncs, amb la celebració del Congrés, uns 300 professionals, sindicalistes i polítics reunits a l'església de Sant Agustí van constituir l'Assemblea de Catalunya, que, com és sabut, entre els seus punts programàtics, a més de la llibertat i l'amnistia, hi figurava la recuperació de l'Estatut d'autonomia. D'altra banda, hom pot afirmar que el Congrés també enllaça, a mode de precedent, amb el Congrés de Cultura Catalana que es convocaria quatre anys després.

Quan el President de l'Acadèmia em va proposar que em fes càrrec d'aquesta ponència, la meua primera intenció va ser fer una anàlisi de dret substantiu que comparés les conclusions aprovades pel Congrés amb el dret vigent, per així poder mesurar el nivell de seguiment de les seves propostes i també, si s'esqueia, les divergències.

De seguida em vaig adonar que amb aquest plantejament corria el risc de no fer tota la justícia que el Congrés mereix, atesa la diferència tan dràstica de contextos, tant des del punt de vista social com des del polític. Em refereixo al fet que, com ja s'ha dit, el Congrés es plantejava en el marc de la revisió de la Compilació, que s'havia de fer cada deu anys segons preveia la seva disposició addicional i que havia d'aprovar l'Estat, mentre que el context actual, sortosament, molt diferent, ja que la Generalitat ha recuperat la capacitat legislativa amb àmplies competències en matèria civil.

Val la pena recordar que aquella revisió mai s'arribaria a produir. I no és estrany si tenim en compte que ha passat el mateix amb el sistema previst per les disposicions addicionals 1a a 3a del Codi civil espanyol, tot i haver transcorregut 132 anys. En realitat, no va ser fins que la Generalitat va recuperar la capacitat legislativa amb l'Estatut de 1979 que bona part d'aquelles conclusions i propostes es van traslladar al nou ordenament sorgit del Parlament de Catalunya i, lògicament, es van reflectir també en la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia. Per posar un exemple, les conclusions de la Secció Segona, la relativa a la filiació (que gairebé es poden considerar una proposta de text articulat), acabarien influint, de forma molt notable, en la regulació que faria la Llei 7/1991, de 27 d'abril, de filiacions, i, a través seu, en les normes posteriors amb què el Parlament de Catalunya seguiria avançant en el procés de modernització del dret de filiació, és a dir, primer el Codi de família i després el Codi civil vigent.

Dit això, em centraré en el Congrés entès com a punt d'inflexió en el camí que ha comportat que, a data d'avui, l'ordenament civil català hagi assolit un nivell de completesa tan remarcable. I ho faré, principalment, des de la perspectiva universitària o, millor dit, des de les vivències dels més de quaranta-cinc anys dedicats a la recerca i la docència del dret civil de Catalunya. Per a això em referiré, d'una banda, a les conclusions que, al meu parer, han tingut un paper més significatiu en el procés de formació del modern ordenament civil català i a com van penetrar i, en certa mesura, capgirar els estudis i les tradicionals línies de recerca en l'àmbit del dret civil, i, d'altra, a la participació de la Universitat en el procés de la seva recuperació i actualització. No cal dir que soc conscient que tot plegat, sortosament, és història, ja que avui es pot afirmar que la presència del dret civil de Catalunya està completament normalitzada en tots els àmbits, inclòs, naturalment, l'universitari.

Fent un símil amb la llengua, es pot dir que actualment el dret civil català és el vehicular a les aules universitàries, en el sentit que ha passat a ser la columna vertebral de l'ensenyament del dret civil. Fins al Congrés, la seva presència havia estat gairebé insignificant, atès que tan sols ocupava escadusserament i de forma molt excepcional algun epígraf aïllat en lliçons concretes de les assignatures de Dret Civil. De fet, m'atreveixo a dir que el Congrés també va servir perquè aquesta situació quedés plenament al descobert.

Ha estat la relectura que he hagut de fer del *Llibre* del Congrés per preparar aquesta intervenció la que m'ha portat a reflexionar sobre com aquest esdeveniment va impulsar la presència del dret català a la Universitat i que aquesta s'acabés integrant a la sala de màquines, si em permeteu el símil, de l'elaboració del nou dret. De fet, mentre la preparava, he pogut prendre consciència que he format part d'una de les primeres cohorts de civilistes que, tenint el *Llibre* del Congrés gairebé de capçalera, ens vàrem veure impel·lits de forma natural (sempre esperonats i alhora acompanyats, guiats i protegits per professors experimentats i de gran nivell als quals després em referiré) a l'estudi científic del dret civil de Catalunya. Tractàvem d'emular una destacadíssima i difícilment repetible generació de notaris com R.M. Roca Sastre, Lluís Figa Faura i Ramon Faus Esteve, que aleshores lideraven amb gran solvència l'estudi i la modernització del dret català.

En fi, he optat per donar aquesta visió sectorial no només perquè es projecta sobre un àmbit, l'universitari, en el qual vaig tenir el privilegi de poder viure, de primera mà, el gir que, de resultes del Congrés, es va produir en l'ensenyament del dret civil, sinó també, i sobretot, per la rellevància que té el fet que la Universitat sigui la base del sistema de formació dels futurs juristes. No cal dir que un dret civil que no s'ensenyava a les aules és un dret que tard o d'hora està condemnat a desaparèixer.

El gir, però, fou gradual. Rellevar el venerable Codi civil espanyol no seria fàcil. De fet, el primer pas cap a la normalització va ser més aviat tímid, ja que tan

sols es traduï en la creació d'una assignatura optativa de Dret Civil Català fora del pla d'estudis, la superació de la qual donava lloc a un diploma. Aviat, però, com ja ha quedat dit, la força del Congrés s'imposà i el dret català assumí, progressivament, el protagonisme que li corresponia.

Fetes les anteriors consideracions, ara em cenyiré, com deia, a les conclusions més rellevants que va adoptar la primera de les cinc seccions en què s'estructurava el Congrés (la relativa al títol preliminar de la Compilació), atès que són, al meu parer, les que directament o indirecta han estat sempre en el frontispici d'aquest nou *iter* legislatiu.

Abans que res, cal dir també que, tot i que el Congrés se celebrava, si més no formalment, amb l'ànim de marcar les pautes de la revisió de la Compilació, el cert és que la mateixa crònica que publica el *Llibre* del Congrés assenyalava que la intenció era que la revisió es pogués fer sense les limitacions legals que imposava la disposició addicional, de manera que es focalitzés en els problemes reals del dret català d'aleshores. En aquest sentit, es pot dir que pretenia ser l'expressió de la voluntat de tota la classe jurídica catalana que el dret català havia de ser un dret viscut, modern i plenament adaptat a la realitat social i en el futur decidit des de Catalunya.

D'això mateix es feia ressò, en el discurs inaugural, el president del Congrés, el degà i acadèmic Ignasi de Gispert, quan afirmava que no es tractava de ressuscitar el dret antic, sinó de formar el nou dret que els temps exigien, a partir de les velles institucions. És a dir, la Compilació era concebuda com un text que preservava el dret català per a quan arribés l'hora —cito textualment— d'elaborar aquest nou dret «mantenint, modificant i creant allò que els nous temps assenyalin». L'hora efectivament arribaria, com abans he dit, l'any 1979, amb l'Estatut.

Cal observar que les expressions «mantenir», «modificar» i «crear» són pràcticament les mateixes («conservació, modificació i desenvolupament») que l'article 149.1.8 CE utilitza per descriure l'abast de la competència autonòmica per legislar sobre el dret civil propi. Tot i això, la jurisprudència constitucional, amb els pertorbadors criteris de les institucions connexes i del creixement orgànic, ha acabat atribuint un sentit i un significat que no coincideixen del tot amb el que tenien en el II Congrés.

Cal remarcar també que el Congrés, alhora que situava Catalunya al capdavant dels moviments per al desenvolupament dels diferents drets compilats vigents als diferents territoris de l'Estat, va despertar també l'interès dels juristes de fora de Catalunya, la qual cosa va quedar reflectida en una de les conclusions, la que proposava crear una «càtedra o institut de dret comparat interregional». Aquesta proposta de seguida va trobar una acollida favorable en els territoris de l'Estat amb dret civil propi i va començar a prendre cos a les *Jornadas de Derecho Foral* celebrades a Jaca l'agost de 1972, en les quals participaren un important grup de juristes d'arreu de l'Estat. Va ser, precisament, en la sessió del 30 d'agost

de 1972 on s'acordà promoure'n la creació, quedant finalment constituït a Saragossa, el 15 de desembre de 1973, com a associació privada denominada *Instituto Español de Derecho Foral*, amb seu a Jaca. Tanmateix, el nou marc que dissenyava la Constitució de 1978, reconeixent l'autonomia política de les comunitats autònomes i amb ella la capacitat legislativa pròpia, va fer que s'anés difuminant cada cop més el sentit d'aquesta institució, fins a restar del tot inoperant.

Les ponències i comunicacions de la Primera Secció són, de llarg, les més extenses del *Llibre* del Congrés (perquè us en feu una idea, ocupen 218 pàgines, davant de les 41 de la Segona [la dedicada a la filiació], les 133 de la Tercera [la relativa a l'estatut personal i patrimonial dels cònjuges], les 89 de la Quarta [sobre la llibertat de disposició *mortis causa*] i les 90 de la Cinquena [la que s'ocupava de la interrelació del dret civil català amb d'altres matèries jurídiques]). Lògicament, això es tradueix també en un elevat nombre de conclusions, 51 de les 175 que finalment es van aprovar. No cal dir que una extensió tan remarcable es relaciona amb la rellevància que es va voler atorgar a la part general del dret civil, segurament perquè els organitzadors eren plenament conscients que constitueix el fonament de qualsevol sistema jurídic.

D'entre les esmentades conclusions i propostes, com deia, tan sols referiré les que directament es poden qualificar d'estructurals per a la configuració d'un sistema jurídic propi i que, per tant, depassen el marc estricte de la revisió de la Compilació, esdevenint l'avantsala del que ha acabat sent l'ordenament civil català vigent.

En primer lloc, vull esmentar la que definia l'Estat espanyol com a plurilegislatiu, expressió aquesta amb què es volia significar que no hi havia cap relació de subordinació entre els ordenaments que l'integraven, tot i que (ociós és dir-ho) políticament era un Estat unitari i totalitari. De fet, el mateix qualificatiu de plurilegislatiu era també el que, d'altra banda, portava a concloure que la Compilació no era una llei especial, malgrat que fos aquesta la denominació emprada en el títol.

Una altra conclusió de tipus estructural és la que considerava el dret compilat com a *iuris continuatio*. Amb això s'estava volent dir, no només que el dret històric (que, amb un joc de paraules, la disposició final primera havia *substituït* i no derogat) pervivia dins els mateixos preceptes compilats, sinó també que, malgrat ser una llei aprovada per les Corts franquistes, la Compilació trobava la seva legitimació en aquell dret històric.

Vinculada a l'anterior, s'ha de destacar també la que atribuïa un valor hermenèutic primordial a la tradició jurídica catalana i als elements que la integren, per bé que aquest és un punt en el qual —com va matisar la doctrina a propòsit de la reforma de l'article 1 de la Compilació l'any 1984—, en sentit estricte, no hi ha una *tradició* catalana, sinó que és més escaient parlar de *tradicions*, atès que la tradició jurídica, per definició, es vincula a les concretes solucions normatives

que s'hagin pogut adoptar en cada moment. En qualsevol cas, cal recordar que avui l'art. 5 EAC es refereix, precisament, a la tradició jurídica catalana com un dels fonaments de l'autogovern i de la qual deriva també la posició singular de la Generalitat amb relació amb el dret civil.

Com que les normes relatives al dret civil català tan sols les podien aprovar «las Cortes», la Secció considerava necessari que Catalunya disposés almenys d'una mena d'òrgan prelegislatiu, que, donant veu als juristes catalans, d'alguna manera corregís la manca de capacitat legislativa pròpia. La proposta es concretava en la creació d'una Comissió Compiladora Permanent, amb seu a Catalunya i amb capacitat, entre d'altres, per revisar, en qualsevol moment (és a dir, sense esperar als deu anys), els textos legals que recollien el dret català, d'exposar als òrgans de l'Estat els resultats dels seus estudis i, fins i tot, d'elaborar projectes de normes.

Finalment, conscient que sense una judicatura pròpia no hi ha un dret estrictament propi, la Secció va proposar la recuperació del Tribunal de Cassació, que culminés l'organització judicial a Catalunya en matèria de dret civil català. Com és sabut, aquesta funció avui la té atribuïda el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

Tot i que pugui semblar menor, també gosaria qualificar d'estructural la proposta que la mateixa Secció Primera feia en relació amb la necessitat de promoure la publicació de les obres dels juristes clàssics catalans i que, en principi, s'encomanava a la Fundació del II Congrés Jurídic Català (que es constituí el 25 de maig de 1972). Aquesta era una tasca, però, que requeria una important inversió econòmica, motiu pel qual no és casual que, després que gràcies a la iniciativa privada s'haguessin publicat, per exemple, a l'Editorial Base, *Marca Hispànica*, de Petrus DE MARCA ([1688] 1972), *Practica, Forma y Stil de celebrar Corts Generals en Catalunya*, de Lluís DE PEGUERA ([1632] 1974) i la tercera recopilació de les *Constitucions i altres drets de Catalunya* ([1704] 1973), i a l'Editorial Curial, el *Sumari, Index o Epitome dels Admirables y Nobilissims Títols de Honor de Catalunya, Rosselló y Cerdanya*, d'Andreu BOSCH ([1628]1974), acabessin sent la Generalitat i el Parlament els que ho assumissin. En efecte, l'any 1985 van fundar la col·lecció «Textos Jurídics Catalans», que, amb l'objectiu de divulgar les fonts del dret civil català i d'omplir el buit cultural en aquest àmbit, edita les lleis, els costums, la jurisprudència i la doctrina que han integrat al llarg dels segles la tradició jurídica catalana. Avui ja ha publicat més d'una trentena de volums.

Al darrere de tots aquests plantejaments batejava la idea que la Compilació, com he dit, havia passat a ser el text legal bàsic que contenia les principals institucions jurídiques del dret català. És a dir, era percebuda com el cos normatiu que havia de propiciar no només el reconeixement del nostre dret, sinó també, lògicament, la seva conservació i actualització a la nova realitat social i econòmica del país. En resum, la norma que havia de permetre el redreçament del dret català

de cara a la futura configuració d'un sistema propi, sorgit d'un poder legislatiu també propi, com així ha estat.

Val la pena recordar, igualment, tot i que no tingui una vinculació directa amb el dret civil de Catalunya, que la Secció es va pronunciar reivindicant l'ús oficial del català en tot l'àmbit jurídic, especialment davant dels tribunals. Sobre això, em permeto destacar que aquest és un camp, com tots sabeu, en el qual, malauradament, encara s'ha avançat poc i no sempre per culpa dels poders públics.

El colofó final d'aquest plantejament el trobem en la presentació de les 51 conclusions d'aquesta Primera Secció que va fer el professor Francisco Fernández de Villavicencio, on remarcà, de forma certament agosarada per l'època, el caràcter subtilment polític i la funció pseudoconstitucional que es podia atribuir als escassos tres preceptes que la Compilació dedicava al títol preliminar, qualificant-la de norma amb valor organitzatiu general. Afirmava també que el dret compilat constituïa «dret comú» respecte del dret de l'Estat i que, a Catalunya, els tribunals l'havien d'aplicar sempre, llevat que es provés o fos evident que regia una legislació diferent.

Com he avançat, la Universitat (per ser més precís, el Seminari de Dret Civil de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona, aleshores l'única Facultat de Dret que hi havia) va absorbir, com una esponja, tots aquests plantejaments, de manera que començà a corregir radicalment el paper migrat que fins a aquell moment havia tingut el dret català. Poc després s'hi afegí, amb la mateixa convicció, la Universitat Autònoma, la Facultat de Dret de la qual començà a funcionar el mateix any 1971, i la mateixa línia seguirien, anys després, la resta d'universitats catalanes que successivament es van anar creant. Em refereixo a la incorporació normalitzada del dret català en la recerca i en els plans d'estudi, de manera que, com també havia proposat el Congrés, deixava de ser tractat com una particularitat o un dret especial.

Efectivament, quan deia que em vaig veure concernit per l'impacte que el Congrés va provocar a la Universitat, em referia al fet que, ja des del mateix moment en què, acabada la llicenciatura, em vaig incorporar com a professor ajudant de Dret Civil, vaig començar a viure de ben a prop —juntament amb altres companys i amics, alguns dels quals malauradament ja no són entre nosaltres i que trobem molt a faltar— aquest renovat impuls de l'estudi científic del dret civil català. Això es materialitzà, com he dit a l'inici, en noves línies de recerca sobre les seves institucions més representatives.

Del que estic dient, algú podria interpretar que el Congrés va ser un esdeveniment que, de sobte, va despertar l'interès del professorat pel dret català, però no és així, ja que, abans, amb l'aprovació de la Compilació, ja s'havien començat a posar les bases per a un cert canvi —val a dir que no gaire perceptible a la llicenciatura—, amb la creació, a iniciativa de la mateixa Universitat de Barcelona,

de la Càtedra de Dret Civil Català Duran i Bas. La Càtedra, que fou aprovada mitjançant una Ordre del Ministeri d'Educació, l'any 1962, tenia com a finalitat organitzar cursos monogràfics de doctorat de Dret Civil Català i es concebia com una primera temptativa o assaig adreçat a una futura consolidació institucional del seu ensenyament.

En aquest modest camp de cultiu, la celebració del Congrés va resultar determinant perquè, inicialment sota el paraigua més aviat formal de l'esmentada Càtedra però, fàcticament, gràcies a l'impuls i el compromís personal dels professors de Civil que hi havien participat activament, es consolidés i es multipliqués l'interès renovat pel dret civil català. Em refereixo als enyorats professors Francisco Fernández de Villavicencio i Lluís Puig Ferriol, i sobretot, molt especialment, als avui també companys acadèmics Ferran Badosa i Encarna Roca.

Sota el seu mestratge, guia i direcció, una bona part dels aleshores professors ajudants ens vàrem afegir, amb enorme entusiasme, a la travessa cap a la recuperació de la rellevància i significació que el dret català mai havia d'haver perdut. Això es traduí, òbviament, en la publicació d'un nombre important de treballs de recerca i també en la lectura de tesis doctorals i tesines sobre dret català. Al darrere hi havia el clar objectiu —propugnat també pel Congrés— d'estudiar, planificadament i científicament, les seves principals institucions, per reformular-les, arribat el cas, com a sistema propi, recuperant així la identitat, la història i la tradició que li corresponia, en altres paraules, per assolir la seva plena normalització.

Metodològicament, tal com també havia suggerit la Primera Secció del Congrés, es donà un protagonisme molt destacat a la tradició jurídica catalana (o tradicions, com abans he dit). I això perquè, alhora que era una fórmula que garantia aquell objectiu, complia també una important funció formativa per a les noves generacions de professors als quals ens havia cridat l'atenció l'escassa presència que el dret civil català tenia en els programes de les assignatures de Civil i, òbviament, també a la pràctica judicial.

La importància que progressivament el dret civil català adquiriria en la docència i recerca universitàries es va traduir també en el fet que bona part del professorat de les diferents facultats de dret de Catalunya s'afegís al procés de recuperació, actualització i normalització del dret propi. És a dir, els professors universitaris assumirien un protagonisme cada cop més destacat en les tasques prelegislatives, primer informalment, a través de la participació en els grups d'experts del Departament de Justícia, i més endavant institucionalment, integrant-se en les diferents seccions (persona i família, reals, obligacions i contractes, successions i harmonització) de la Comissió de Codificació de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, creada l'any 2000. Per donar només una dada, avui la meitat dels membres del ple són professors universitaris a temps complet, com ho són també gairebé dos terços dels que integren les tres seccions que es mantenen actives.

Com és lògic, la Universitat també va generar fòrums de debat científic específics per al dret català, on poder contrastar els treballs acadèmics de recerca i, alhora, confrontar-los i complementar-los amb l'experiència dels juristes pràctics. Per assenyalar-ne només un, em referiré a les Jornades de Dret Català, que des de 1982 i amb caràcter biennal organitza la Universitat de Girona, amb la participació de la resta d'universitats catalanes. Crec que no exagero si dic que aquestes Jornades, prenent exemple del Congrés, constitueixen l'esdeveniment que ha incidit i segueix incidint de manera més destacada en el desenvolupament del nostre dret civil.

No cal dir, per obvi, que allò més determinant per tal que els suggeriments del Congrés hagin esdevingut realitat, ha estat el reconeixement de l'autonomia política de la Generalitat, que ha generat el nou marc que ha comportat que avui puguem disposar d'un Codi civil propi que, si bé no és autosuficient, s'hi acosta molt. Sobretot des que, des de l'any 2017 i amb l'aval de la STC 132/2019, de 3 de novembre, inclou també una part important del llibre sisè, el relatiu a les obligacions i els contractes. Ho remarco perquè, afortunadament, aquesta Sentència ha fet un gir radical respecte de la jurisprudència anterior i ha considerat constitucionals tots els preceptes impugnats, llevat de l'apartat 3 de l'art. 621-54, relatiu al procediment notarial de resolució de la condició resolutòria, que, al meu parer sense una argumentació convincent, ha declarat inconstitucional i, per tant, nul, ja que ha entès que envaïa la competència exclusiva de l'Estat en matèria de legislació processal (art. 149.1.6 CE).

Precisament, la primera llei civil que, en el nou context constitucional, va aprovar el Parlament de Catalunya, si deixem de banda la Llei de fundacions privades de 1982 (que, de fet, trobava empara en un títol competencial diferent de la matèria civil), va ser la Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la Compilació del dret civil de Catalunya, la qual integrava a l'ordenament jurídic català, preàmbul exclòs, la Llei 40/1960, de 21 de juliol, relativa a la Compilació de dret civil especial de Catalunya. La cito tan sols per recordar la rellevància conceptual i valorativa que per al dret català té un fet tan simple com és eliminar del títol de la llei el qualificatiu d'*especial*, tal com havia demanat una de les primeres conclusions programàtiques del Congrés.

En resum, aquell ambiciós plantejament sobre el valor quasiconstitucional, que, amb un cert atreviment, el Congrés havia atribuït al títol preliminar de la Compilació i la configuració de tot un sistema de dret destinat a regular la realitat social catalana en l'àmbit del dret privat són avui realitat, de manera que el dret civil català ha assolit unes cotes de desenvolupament difícilment imaginables aleshores.

En aquest sentit, fent, ara sí, una comparativa entre les conclusions de la Primera Secció i el dret vigent, que exemplifiqui el nivell d'influència sobre la part general del dret civil, no em vull estar d'assenyalar que el llibre primer del Codi

conté unes disposicions preliminars on, a banda d'establir amb claredat i precisió les fonts del dret civil de Catalunya i les regles d'interpretació i integració, incorpora també el principi de territorialitat, el caràcter de dret comú del Codi civil de Catalunya i l'aplicació preferent de les disposicions del dret català respecte de qualsevol altre. Addicionalment, positivitza els principis de llibertat civil, de bona fe i honradesa en els tractes (extret aquest de les propostes d'harmonització del dret europeu), d'actes propis i d'equitat, alhora que estableix unes regles generals sobre la vigència de les lleis de Catalunya.

Ja acabo. Però no ho vull fer sense dir que, tot i que la meua exposició ha estat enfocada des de la perspectiva del revulsiu que el Congrés va suposar per a la Universitat i com aquesta ha participat en el procés de construcció de l'ordenament civil català vigent, és evident que una obra tan ingent s'ha pogut fer d'una forma tan ordenada i, com tothom reconeix, reeixida gràcies a l'interès, treball i coneixements que, en tot aquest temps, hi han posat tots els operadors jurídics, destacadament la jurisprudència a què després es referirà la companya acadèmica Maria Eugènia Alegret, i, és clar, també a l'impuls que li han donat els polítics de diferents ideologies.

En fi, hom pot afirmar, sense cap mena de dubte, que les paraules pronunciades en la sessió inaugural pel president del Congrés, el degà i acadèmic Ignasi de Gispert, afirmant que havia de ser el Congrés de la gran esperança, avui són una ferma realitat. Ha quedat del tot superada la concepció, qüestionada ja directament pel Segon Congrés, d'un dret català especial abocat a regular meres peculiaritats idiosincràtiques, i actualment comptem amb un Codi que és el testimoni més clar que el dret civil de Catalunya es pot equiparar amb els ordenaments més reputats del nostre entorn.

Moltes gràcies.

DISCURS DE CLOENDA
COMMEMORACIÓ DEL 50è ANIVERSARI DEL
II CONGRÉS JURÍDIC CATALÀ

per
FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES
*President de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*

I. Després de les magnífiques intervencions dels acadèmics Josep-D. Guàrdia i Joan Egea, i de l'acadèmica M^a Eugènia Alegret, ben poca cosa podria afegir; llevat de felicitar als tres ponents i agrair sincerament el seu treball.

Hem conegut, tot i que de forma sintètica, la història del Congrés, les seves conclusions, les repercussions que va tenir en el món jurídic i universitari català, i la jurisprudència del TSJ de Catalunya sobre les matèries tractades al Congrés.

Per tal de que tinguin una adequada difusió, les ponències escrites es publicaran al web de l'Acadèmia, a la Revista Jurídica de Catalunya i al volum X dels Annals de l'Acadèmia.

II. El II Congrés Jurídic Català es va celebrar a la tardor de l'any 1971, coincidint en el temps amb altres esdeveniments amb una forta càrrega simbòlica, com el discurs de Pau Casals a l'ONU i la fundació de l'Assemblea de Catalunya, amb la intervenció de més de 500 juristes gairebé tots catalans: advocats, notaris, jutges, professors, registradors i procuradors.

Juristes de reconegut prestigi i llarga trajectòria professional, però també de més joves i alguns tot just llicenciats, treballaren de valent i amb rigor científic per debatre i aprofundir en l'estudi del dret i de les institucions jurídiques catalanes.

Van ser 175 les conclusions aprovades, entre les cinc Seccions, la lectura avui de les quals posa de manifest, d'una banda, el rigorós treball dels congressistes, i de l'altra, els profunds canvis que ha experimentat la nostra societat durant aquest temps.

Avui, 50 anys després, l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya i l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, que foren les corporacions

organitzadores del Congrés, han volgut commemorar l'esdeveniment i retre un merescut homenatge als congressistes que hi van participar.

L'inexorable pas del temps ha fet minvar considerablement el nombre de congressistes vius.

Afortunadament tenim avui la satisfacció d'haver pogut convidar i rebre a una trentena de congressistes que ocupen un lloc preferent a aquesta sala.

Òbviament com ja s'ha exposat, també van participar molts acadèmics, que ja no hi són entre nosaltres, però sis congressistes de 1971 són avui membres de la nostra Corporació: els acadèmics Badosa, Campo, Guàrdia, Luna, Rebés, Roca i Vendrell.

Tots els congressistes són els autèntics protagonistes d'aquest acte.

Moltes gràcies a tots.

III. Com digué l'acadèmic Dr. Font Rius a la inauguració de l'Exposició bibliogràfica del II Congrés: *«El dret català no pot tampoc escapar a una nota característica de tot sistema jurídic: el de la seva radical historicitat. El dret és un producte de la història, d'una història viva, dinàmica, que es va emmotllant a tenor de les circumstàncies i necessitats de cada moment i de les peculiaritats de cada poble o societat que ha de servir».*

Per aquesta raó dedicà el Congrés una especial atenció en la Secció Primera «Títol preliminar de la Compilació del Dret Civil Català», a la història del nostre dret; amb una ponència dedicada a Durán y Bas, que fou president de l'Acadèmia i degà del Col·legi d'Advocats, a més de molts altres càrrecs: catedràtic de dret mercantil i penal, rector de la Universitat de Barcelona, diputat a les Corts, senador, ministre de gràcia i justícia, president de l'Ateneu, president de l'Acadèmia de Bones Lletres, etc...

Fou autor de la famosa «*Memoria acerca de las Instituciones de Derecho Civil de Cataluña*» (1883), que constitueix l'antecedent de tots els projectes de sistematització del dret català.

L'obra de Durán reflecteix el profund respecte pel passat: *«Lo antiguo mientras no se abandone por caduco, es fuerte siempre en la conciencia de los pueblos».*

Amb posterioritat a la Memòria de Durán es van publicar diversos projectes que coneixem pel nom dels seus autors, com Permanyer, Trias i Giró, i Almeda, tots ells van presidir en un moment o altre l'Acadèmia.

Trias i Giró (permeteu-me que, per raons que alguns ja comprendreu, dediqui una especial atenció a aquest autor), en un treball publicat l'any 1902 a la nostra estimada Revista Jurídica de Catalunya, va escriure que cal educar al legislador en el coneixement exacte i veritable de les necessitats jurídiques del seu poble. Més d'un segle després podríem subscriure íntegrament aquesta frase.

IV. Tornem al II Congrés Jurídic Català, Ignasi de Gispert, acadèmic i en aquell moment degà de l'ICAB, en el discurs inaugural del Congrés, el va qualificar com «*El Congrés de la gran esperança*».

Cal destacar que el Congrés es va desenvolupar amb gran harmonia. Els congressistes van treballar amb molta il·lusió, cohesionats amb un objectiu comú, el desenvolupament del dret propi i de les institucions jurídiques de Catalunya.

Tots ells van tenir la capacitat d'entendre que l'interès general del desenvolupament del dret català, estava per damunt de les seves idees i dels seus propis interessos.

V. Entre el I Congrés Jurídic Català celebrat l'any 1936 i el II, van transcórrer 35 anys.

Han passat 50 anys des del II, i el III Congrés encara no s'ha celebrat.

L'any 1980 l'Acadèmia va començar a preparar el III Congrés Jurídic Català, amb un temari amb cinc seccions: l'ordenament jurídic català, les institucions polítiques de Catalunya, l'Administració pública de la Generalitat, l'abast de les competències en dret privat i qüestions de dret de família i successions.

Però la proposta no va reeixir i el III Congrés Jurídic Català no es celebrà.

Caldria preguntar-nos si ara seria el temps idoni per organitzar el III Congrés Jurídic Català.

Però potser no trobaríem avui la cohesió entre els participants i l'harmonia que es va produir durant el II Congrés.

El diàleg tan necessari en societat, està darrerament desapareixent de les nostres vides, substituït per una confrontació agressiva, que posa els interessos individuals per damunt de l'interès comú, i que menysprea a qui discrepa; en comptes d'analitzar i contemplar aquesta discrepància com una possibilitat d'enriquir les pròpies idees.

Caldria rellegir, i potser per més d'un llegir, l'historiador Vicens Vives, que en tota la seva obra, i especialment en el seu llibre *Notícia de Catalunya*, destacà com a característica reveladora de la mentalitat catalana, la tendència pactista; a hores d'ara perduda.

També cal considerar el problema que tenim avui del descrèdit del dret.

Com ja s'ha exposat, el discurs de clausura del Congrés a càrrec del seu president Sr. Francesc d'A. Condomines i Valls, no es va poder pronunciar.

Ara bé, en el Llibre del II Congrés Jurídic Català, la lectura del qual em permeto recomanar, i recolzo la idea de Josep-D. Guàrdia de fer-ne una nova reimpressió, figura el text del discurs que tenia previst pronunciar.

Denuncia Condomines en aquell discurs el descrèdit que injustament està patint el dret.

Exposa Condomines que no es pot confondre el dret com a concepte abstracte i amb majúscules, de l'aplicació concreta d'una o diverses lleis de poca fortuna.

Era l'any 1971, però el descrèdit del dret avui dia és amb tota probabilitat encara més gran; i en els darrers anys malauradament està creixent.

Per això els juristes hem de seguir treballant perquè la societat tingui un millor coneixement del Dret (amb majúscula), i de la seva necessitat per regular la convivència.

Tal com va dir el president del Congrés Sr. Condomines al cloure el seu discurs, el món del dret és un món lluminós i hem de creure que el dret ha de contribuir a dissipar la confusió.

Ja digué l'hering que els juristes hem d'estudiar i cercar sense cessar el veritable camí, enderrocant tots els obstacles que s'oposin i impedeixin avançar.

Des de l'Acadèmia continuarem el nostre treball, impulsant el coneixement i l'estudi del dret. Només així podrem dissipar la confusió i seguir civilitzadament endavant.

Procurarem participar en les reformes legislatives, analitzarem i valorarem les seves conseqüències, i promourem una més gran col·laboració entre les diferents professions jurídiques.

Tenim i assumim l'obligació de continuar liderant les tasques de promoure el coneixement i el desenvolupament del Dret, i d'impulsar la difusió de la cultura jurídica.

I tot això amb la profunda convicció de que estem fent el que cal per tornar a dignificar la importància del dret.

Les difícils circumstàncies històriques en les que va tenir lloc el II Congrés Jurídic Català celebrat l'any 1971, i els importants efectes pel nostre dret que d'aquells fets se'n varen derivar, fan obligat el nostre més sincer reconeixement i agraïment als congressistes.

Ens serveixen com a exemple i ens encoratgen per continuar la nostra tasca.

*HOMENATGE A TÍTOL PÒSTUM
A L'EXCM. SR. JOAN CÓRDOBA RODA
15 de desembre de 2021*

EN MEMORIA DEL ACADÉMICO DOCTOR
D. JUAN CÓRDOBA RODA

por
AGUSTÍN LUNA SERRANO
*Académico de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*

1. BREVE RESEÑA BIOGRÁFICA

Nuestro compañero el doctor don Juan Córdoba Roda, que había nacido en Barcelona el día 26 de julio de 1934 e ingresado como académico de número en nuestra Corporación el día 11 de noviembre de 1997, nos ha dejado el día 21 de noviembre de 2020, a los 86 años de edad.

Hijo del renombrado pediatra don Juan Córdoba Rodríguez y de doña Luisa Roda Ventura, nuestro añorado compañero de academia hizo sus estudios de segunda enseñanza en el Real Monasterio de Santa Isabel, adscrito, de acuerdo con la legislación vigente en la época, al Instituto de Enseñanza Media Jaime Balmes de nuestra ciudad y cursó brillantemente la carrera de derecho en la Universidad de Barcelona, en la que se licenció y doctoró con las calificaciones de sobresaliente y premio extraordinario.

Casó con doña María Queralt Cardona, de cuyo matrimonio nacieron sus hijos Juan, médico prematuramente fallecido, Carlos, Octavio y Queralt, licenciada en derecho y que en ocasiones ha colaborado con su padre en el despacho profesional creado por nuestro compañero fallecido.

Persona de hablar calmo y elocuente, hombre llano, aunque aparentemente distante, y de cierta timidez, egregio por su sabiduría y por su sentido común, el doctor Juan Córdoba, gran profesor y eximio abogado, tenía además de estas excelentes cualidades unas saludables y poco proclamadas aficiones: era, en efecto, un deportista constante, como practicante del remo, siendo destacado miembro del club local de esta modalidad náutica, y como corredor de fondo, si se puede hablar así, por las calles de nuestra ciudad. Con un atuendo propio de la ocasión, aunque seguramente un tanto pasado de moda, me lo crucé al menos dos veces, absorto en su rápida carrera, por las aceras de la ciudad, y solo en una de ellas se aperció de mi presencia.

Cuatro son las facetas en las que de manera eminente sobresale la personalidad de gran jurista de nuestro añorado compañero y a las cuatro quiero referirme con la contenida extensión que él no merecería, pero que la ocasión impone: la universitaria, la científica, la profesional y la académica.

2. EL PERFIL UNIVERSITARIO

Don Juan Córdoba Roda gozó de la suerte de tener como maestro a un catedrático ilustre como era el doctor don Octavio Pérez-Vitoria Moreno, miembro destacado que fue también de nuestra Corporación, con quien se inició en la doble faceta universitaria de la docencia y de la investigación y quien asimismo le orientó en el ejercicio de la abogacía, ámbitos todos ellos en los que brilló con luz propia nuestro compañero de Academia recientemente desaparecido. A su maestro mostró siempre el doctor Córdoba respeto y agradecimiento y su gratitud quedó bien patente en numerosas ocasiones, no solo con las palabras sino también con los hechos, de los que no es menor muestra que uno de los hijos de nuestro añorado compañero lleve el nombre de su mentor. A su maestro desaparecido dedicó el discípulo una sentida evocación necrológica pronunciada en el seno de la Academia, que puede verse en el volumen IV de los *Annals* de nuestra Corporación, así como en el número de la *Revista Jurídica de Catalunya* correspondiente al año 2011.

El primer paso firme del doctor don Juan Córdoba en el ámbito universitario, al que se asoció, al poco de licenciarse con premio extraordinario, como profesor ayudante en la Facultad de Derecho barcelonesa en la que cursó sus estudios, lo dio nuestro compañero cuando leyó su tesis doctoral, redactada bajo la dirección del doctor Pérez Vitoria. Dicha tesis doctoral, intitulada *El conocimiento de la antijuridicidad en la culpabilidad penal*, fue defendida el día 29 de octubre de 1957, ante un tribunal formado por los doctores Pi i Sunyer, Luño Peña, Fenech Navarro, Latorre Segura y el propio director de la tesis, mereció la máxima calificación de sobresaliente *cum laude* y fue galardonada luego con el premio extraordinario. Originado en buena parte en su tesis doctoral publicó el doctor Córdoba Roda el primero de sus libros, titulado *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, aparecido en Barcelona en 1962 en publicación en la Casa Editorial Bosch y más tarde reeditado, en una colección expresivamente intitulada a los «maestros del derecho penal», en Montevideo en el año 2013.

Enseguida encaminó su maestro a nuestro compañero desaparecido hacia la ampliación en el extranjero de sus estudios de derecho penal, investigando primero en Alemania, becado por dos años por la Fundación Alexander von Humbold y en la Universidad de Munich, bajo la dirección del profesor Reinhard Maurach, y luego en Italia, becado durante un año por la Fundación Juan March, bajo la di-

rección del profesor Silvio Raniero. Fruto inicial de su conocimiento del derecho penal alemán, que tanto habría de influir en la personalidad científica de nuestro compañero recientemente fallecido, fue la traducción y la anotación, con breves comentarios que superan ampliamente la mera función de la confrontación con nuestro derecho, del prestigioso tratado de derecho penal del mencionado profesor muniqués, cuyos dos tomos aparecieron en Barcelona, editados por Ariel, en 1962 y 1963.

Tras una intensa preparación, de algunos de cuyos granados frutos se dará noticia ulteriormente, el doctor Juan Córdoba obtuvo por oposición y voto unánime del tribunal, en el año 1963 y cuando contaba solo con veintiocho años de edad, la cátedra de derecho penal de la Universidad de Oviedo, de cuyo paso por ella es testimonio su monografía sobre *Las eximentes imperfectas en el código penal* publicada por aquella Universidad en 1966. Dos años después pasó por concurso a la Universidad de Valencia y en ella enseñó don Juan Córdoba durante cinco años, hasta trasladarse en 1971, por creación de una segunda cátedra de derecho penal, a la de Barcelona, en la que nuestro compañero había de profesar, con gran competencia y generalizada apreciación, hasta su jubilación.

De su paso por nuestra Facultad de Derecho, en la que sus clases, al igual que lo serían sus alegatos como abogado se caracterizaron por la claridad en la exposición y la precisión en el discurso —en el que empleaba, como se ha dicho con acierto, el sustantivo exacto y preciso y el adjetivo más adecuado—, cabe también destacar su continuada dedicación a la investigación y asimismo su atenta observación, desde el comprometido equilibrio que siempre le caracterizó, de la evolución de los modos de pensar del conjunto de los universitarios. En los difíciles y hasta tormentosos años de 1979 a 1983 desempeñó con dedicación el Decanato de la Facultad, en el que fue auxiliado, como vicedecanos por dos profesores que también habrían de ser miembros de esta Academia, como la hace un año fallecida doctora Alegría Borrás y el autor de estas notas, en quien el doctor Córdoba Roda delegó las tareas de carácter más genuinamente administrativo.

Como profesor y como decano el doctor Córdoba gozó siempre del favor de los otros profesores y de los alumnos, que sabían apreciar tanto la apertura de su pensamiento como su ecuanimidad. Como confesó el propio doctor Córdoba en una entrevista periodística que se le hizo en el año 1985, «cuando encuentro un alumno que se para a saludarme siento una enorme satisfacción, porque entre estudiante y profesor se crea una complicidad en el aula que nunca se pierde».

3. LA FACETA CIENTÍFICA

La amplísima aportación científica del profesor Córdoba Roda puede sin duda colocarse intelectualmente en la doctrina finalista en la consideración del

delito y consecuentemente de su entendimiento como categoría central respecto de la comisión del hecho nocivo, de su punibilidad y de su adecuada punición. Se trata de una posición doctrinal, probablemente germinada durante su estancia de estudios en Alemania, cuya decidida adopción por nuestro compañero desaparecido se fragua en su juvenil y brillante monografía titulada programáticamente como *Una nueva concepción del delito: la doctrina finalista*, publicada por Ariel en 1963 y vuelta a imprimir en el año 2014 en Montevideo y dentro de la colección de monografías cobijada bajo el ya indicado significativo rótulo de «maestros del derecho penal».

La amplísima gama de publicaciones científicas del profesor Córdoba Roda —toda ella básicamente inscribible bajo el indicado planteamiento doctrinal— puede acaso agruparse en varios ámbitos, al objeto de presentar con una cierta orgánica visión de conjunto la aportación doctrinal del desaparecido colega de Academia que estamos ahora conmemorando.

En un primer apartado podría muy bien aludirse al examen crítico de la legislación penal, tanto en lo que se refiere a su exposición como a su valoración y su comentario. Deben destacarse aquí los prestigiosos *Comentarios al código penal* que, dirigidos por nuestro fallecido compañero y por el profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo conforman tres gruesos volúmenes, editados por Ariel entre los años 1972 y 1978, y que gozaron de una gran aceptación. En este apartado han de señalarse también los *Comentarios al código penal, parte general y parte especial* que el doctor Córdoba dirigió con su discípula la profesora Mercedes García Arán, a la que dirigió su tesis doctoral, y cuyos cuatro apreciados volúmenes se publicaron en el año 2004, la parte especial, y en el año 2011 la parte general, por la Editorial Marcial Pons.

Ámbito doctrinal de especial dedicación de nuestro compañero fallecido, en el que profundizó de manera excelsa en los distintos aspectos en que se despliegan sus planteamientos teóricos básicos, de dimensión finalista, sobre el derecho penal, es el que se refiere, lógicamente, al fundamental argumento del derecho punitivo consistente en la comisión del delito, en su imputación y en su corrección. A esta temática dedicó, en efecto, nuestro recordado académico, ya desde la publicación de su monografía *Culpabilidad y pena* editada por Bosch en 1977, una constante atención, por lo demás ya preanunciada por su señalada monografía ovetense sobre *Las eximentes incompletas*.

Las derivaciones concretas a través de las que el académico que conmemoramos fue plasmando su indicada concepción del derecho penal son realmente muy numerosas y atienden prácticamente a todos los aspectos de la disciplina jurídica que tan magistralmente cultivó. Pueden recordarse al efecto, aún sin afán de exhaustividad, sus estudios sobre el parentesco y la responsabilidad penal (1967), sobre la denominada imputación disminuida —trabajo publicado en Francia también en 1967—, sobre la personalidad en las leyes penales (1970), sobre la

pena y sus fines en la Constitución española (1980), sobre el principio *nulla poena sine culpa* (aparecido en Italia en los estudios dedicados a Delitala en 1984), sobre la enajenación y sus consecuencias jurídicas (1990), sobre los llamados delitos culposos (1993), sobre el llamado principio de intervención mínima (1996), sobre la imprudencia en el ámbito sanitario (1996 y 2002), sobre la producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública (1999), sobre la responsabilidad penal de los menores —publicado en la *Revista Jurídica de Catalunya* en 2002—, sobre la legítima defensa (2008), o sobre la confesión de la infracción y la conformidad con la acusación (2009).

Un aspecto muy destacable de la producción científica del profesor Córdoba Roda se refiere al ámbito que, de una manera genérica pero desde luego no inapropiada, podría cobijarse bajo el rótulo de la política jurídica del derecho penal, temática esta sobre la que, por otra parte, no rehuyó manifestarse nuestro recordado compañero en declaraciones a la prensa en las que reclamaba el sometimiento de jueces y tribunales a la ley, en las que mostraba su reticencia al frecuente recurso al código penal, en las que postulaba la moderación en la producción legislativa, en las que avisaba al legislador de la necesidad de calcular los posibles efectos de las leyes nuevas, en las que subrayaba la función de la ley como dirimente de los conflictos, en las que aconsejaba la parsimonia en la promulgación de leyes nuevas, en las que veía como favor la función del jurado o en las que prevenía de la posibilidad de que se hiciera una interpretación múltiple de una misma norma.

La sagaz penetración y la ponderada prudencia del profesor y del abogado en cuestiones de política jurídica no solo se reflejan en la eventualidad, no ciertamente buscada por nuestro compañero de Academia, de una por necesidad simplificada respuesta a una interrogación periodística, sino que tales cuestiones son repetidamente objeto de sus publicaciones científicas. No es posible recordar aquí todas, pero señalar algunas de ellas nos da muestra bastante de sus preocupaciones sobre tan importante temática. Podemos recordar a este propósito sus estudios sobre la detención ilegal (1964 y 1965), sobre las libertades públicas y el código penal de 1870 (1972), sobre la libertad de asociación y ley penal (1977), sobre evolución jurídica y ciencias penales (1978), sobre evolución política y derecho penal —publicado en Francia en 1978—, sobre la delincuencia juvenil y el control social (1981), sobre la libertad de expresión y el secreto del sumario (1981), sobre la prescripción de la pena y la libertad vigilada (aparecida en la *Revista Jurídica de Catalunya* en 1987), sobre el derecho sancionador y el principio de legalidad —en colaboración con el profesor Parada Vázquez en 1989—, sobre la censurabilidad de la subjetivación de la justicia penal (1999), sobre, de nuevo, el principio de legalidad (2005), sobre la legítima defensa (2008), sobre prescripción del delito, libertad vigilada y comiso —publicada también en la *Revista Jurídica de Catalunya* en 2011— y, en fin, sobre los indultos y su control judicial, estudio escrito en colaboración con el también académico doctor Tornos y Mas, aparecido en la *Revista*

Jurídica de Catalunya en 2014. Y como también, en la apuntada línea de política del derecho penal, la sin duda su última reflexión publicada, igualmente en la «Revista» de titularidad conjunta de nuestro Ilustre Colegio y de nuestra Academia en 2020 y también reproducida a título póstumo en el volumen IX de nuestros *Annals*, sobre la sentencia del «procés» en su ponderada valoración desde el prisma de la culpabilidad cifrada en la posibilidad del cumplimiento por parte de los encausados de los requerimientos del Tribunal Constitucional.

Apartado especial merecen, dentro de la producción científica del profesor Juan Córdoba Roda, sus contribuciones a la figura del delito fiscal consistente en el blanqueo de capitales, temática a la que dedicó un conocido libro, aparecido bajo el sello editorial de Marcial Pons, en el año 2006. Se trata de una monografía característica de la constante preocupación de su autor por la temática a la que se refiere, atención también favorecida, sin duda, por el ejercicio de la abogacía y que se fue manifestando a lo largo del tiempo en un abundante número de artículos, algunos de ellos aparecidos en la *Revista Jurídica de Catalunya*, en la que nuestro compañero publicó con asiduidad, como son sus trabajos sobre el delito fiscal (1977 y 1985) y sobre la prescripción del delito contra la hacienda pública (1999), y otros, incluidos en diversas publicaciones periódicas, dedicados al fraude fiscal en 1995 y al fraude a la ley tributaria en 2005. De los delitos contra la hacienda pública y, en concreto, del blanqueo de capitales, que tanta atención mereció de nuestro añorado compañero, todavía se ocupó el doctor Córdoba Roda en los estudios dedicados a su colega el doctor don Santiago Mir en el año 2017.

Podría decirse, en realidad, que la dedicación y la producción científicas del académico que hoy recordamos alcanzaron proporciones enciclopédicas. A sus estudios aludidos sería fácil añadir otros, como el relativo a la detención ilegal (1965), como el dedicado al cohecho de los funcionarios —examinado con particular cariño y dedicación en cuanto que destinado a ser insertado entre los estudios en honor de su maestro—, como el relativo a los delitos de quiebra —aparecido en la *Revista Jurídica de Catalunya* (1975)—, como el que trata sobre el tráfico de drogas (1980), como el que versa sobre el delito de desobediencia (1981), como el que trata de los delitos societarios (1986), como el que estudia la responsabilidad penal de los administradores de compañías mercantiles —publicado en la *Revista Jurídica de Catalunya* (1987)—, como el que examina la falsificación de tarjetas de crédito (2011) o como el que trata el delito de sedición en la navegación aérea (2011).

4. LA DIMENSIÓN PROFESIONAL

El doctor Juan Córdoba Roda, cuyo apellido materno le vincula familiarmente con una de las figuras con más respeto recordadas del foro barcelonés,

como es la del decano don Federico Roda Ventura, se incorporó el día 9 de enero de 1957, a los 22 años y al poco de licenciarse en derecho, al Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, adjudicándosele la entonces llamada «cartera de identidad» número 2510. Al Colegio habría de aportar con el tiempo su prudente consejo, formando parte de su Junta de Gobierno; mediante su participación asidua en el comité de dirección de la *Revista Jurídica de Cataluña*; y también mediante su ocasional colaboración a nuestro boletín colegial *Món Jurídic*. Todo ello hizo que la egregia figura del prestigioso abogado que ahora conmemoramos fuera subrayada, con sentimiento conjugado con admiración, por la señora decana de nuestro Colegio en la prensa local y en el boletín colegial.

Sin embargo, aunque hizo algún breve ejercicio de pasantía en el bufete familiar y en el de su maestro en lo científico y en lo profesional el doctor don Juan Córdoba Roda, no habría de abrir formalmente despacho de abogado hasta el año 1980.

La misma intensidad y empeño con que nuestro recordado compañero se entregó al cultivo de la ciencia penal, caracterizó también su dedicación a la actividad profesional. En ella destacó por la profundidad, por la consistencia y por la limpidez de sus alegatos forenses, cuidadosamente preparados, por la coherencia argumental, por la precisión de la dicción —aspecto este no menor en la labor profesional, que ha sido destacado por juristas que muy bien conocían su trayectoria de abogado, entre otros por nuestra compañera la académica doña María José Magaldí Paternostro—, por la riqueza y contundencia de la argumentación y por la ponderación de las conclusiones postuladas ante el tribunal sentenciador.

La actividad profesional de nuestro compañero, al que cupo por su gran prestigio defender a personajes muy conocidos, a los que patrocinó con la misma dedicación y entrega que a las personas corrientes, dio ocasión a que el doctor Córdoba Roda, profesor ante todo, reflexionase con frecuencia sobre la función del abogado. Ello explica muy bien que a la actividad del abogado dedicase en su discurso de ingreso como académico de número de nuestra Corporación, leído públicamente el día 11 de diciembre de 1997 y que fue contestado con emoción contenida por su maestro. El título del discurso es ya un perfecto anuncio del contenido del mismo, en el que, bajo el rótulo de «Exercici de l'advocacia i garanties penals», va examinando lo que me parece que idealmente puede repartirse en tres aspectos fundamentales: el de la libertad e independencia del abogado, el de la tutela penal de las mismas y el de la eventual discordancia de la actividad del letrado frente a los postulados que se afirman en tales principios. Sin duda, la mayor riqueza argumental y temática del discurso se centra en los apartados señalados como segundo y tercero, por cuanto que en ellos se abordan cuestiones de tanto calado como la protección de la intervención del abogado, que se vería amenazada por el posible abuso del acogimiento judicial del delito de desacato, como por la realidad de los delitos de amenazas de vario tipo y de vulneración

del secreto en cuanto atentatoria del ejercicio profesional; o bien por la actitud de los propios abogados en vulneración de los principios de libertad e independencia en el ejercicio profesional como pueden ser los delitos que se configuran en base a la deslealtad profesional, en relación a las actitudes contrarias al interés del cliente o mediante la participación del abogado en los hechos llevados a cabo por su patrocinado.

La actividad profesional como abogado penalista fue seguramente fuente de sugerencias de estudios doctrinales significativos escritos por nuestro compañero desaparecido. Cabe recordar al respecto sus escritos relativos al derecho de presunción de inocencia y apreciación judicial de la prueba —aparecido en la *Revista Jurídica de Catalunya* en 1982—, al delito de prevaricación judicial (2002), a la función del juez y del perito en la determinación de la llamada norma de cuidado en los delitos de imprudencia en el ejercicio de la actividad médica (2002), a las conformidades entre acusación y defensa en los procedimientos penales —publicado en el número 3 de 2009 de los *Annals* de nuestra Academia—, a las dilaciones indebidas (2010) y a la prescripción del delito de libertad vigilada y comiso, aparecido en la *Revista Jurídica de Catalunya* en 2011.

5. SU CONTRIBUCIÓN A LA ACADEMIA

El doctor don Juan Córdoba Roda, prestigioso catedrático e ilustre abogado, dio durante años gran lustre a nuestra Academia. Aportó a ella su prudente criterio participando en su Junta directiva como censor y como vicepresidente; representó a la Academia en el Consejo de la *Revista Jurídica de Catalunya* cuya titularidad la Academia comparte con el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, haciéndose además presente en la misma con la asiduidad que proclaman sus constantes aportaciones científicas a dicha revista; y participó frecuentemente en las sesiones académicas como es de ver por sus colaboraciones en nuestros «*Annals*».

Basta repasar los números de la *Revista Jurídica de Catalunya* para comprobar la asiduidad de la presencia de nuestro recordado compañero y para dar fe de su fidelidad hacia la labor de difusión de la ciencia jurídica que dicho periódico realiza, sin que sea necesario al respecto añadir otras citas a las ya anteriormente realizadas, aunque no me resisto a señalar todavía sus artículos sobre la responsabilidad de los menores y sobre las falsedades documentales, aparecidos en los números correspondientes de nuestra *Revista* a los años 2005 y 2011.

Igualmente frecuente es su presentación de comunicaciones a la Academia, en las que destacan la altura científica de sus aportaciones. Pienso, por ejemplo, en sus estudios sobre las conformidades entre acusación y defensa en los procesos penales, ya antes mencionado, o sobre ciencia penal española y alemana (comu-

nicaciones recogidas en los tomos III y V de nuestros *Annals*) o en la emotiva rememoración necrológica de su maestro (integrada en el vol. IV de los *Annals*). Siempre en el seno de nuestra Academia corrieron a su cargo al menos dos discursos de contestación a los de ingreso de dos nuevos académicos numerarios. Y, en fin, cabe destacar como nuestro ahora recordado compañero hizo una entusiasta aceptación de la idea, ya varias veces manifestada como feliz, de la celebración por nuestra Academia de las llamadas sesiones abiertas, habiendo organizado las correspondientes a la temática del secreto de comunicación entre el abogado y su defendido y a la corrupción y la justicia penal, en las cuales disertaron, atendiendo a la proposición del doctor Córdoba Roda, dos prestigiosos catedráticos de derecho penal.

6. CONCLUSIÓN

En definitiva, bien puede decirse, sin exageración, que el académico desaparecido que hoy conmemoramos fue un universitario relevante, un investigador eminente, un abogado descollante y un académico ejemplar.

DISCURS DE CLOENDA EN HOMENATGE AL DR. JUAN CÓRDOBA RODA

per
FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES
*President de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*

I. L'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona i l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya celebren avui, un cop més de forma conjunta, un acte acadèmic; en aquest cas per retre un merescut homenatge pòstum a l'advocat i acadèmic Dr. Juan Córdoba Roda.

En efecte, els estatuts de la nostra Acadèmia estableixen que, quan falta un dels seus membres, s'encomani a un dels acadèmics numeraris una lloança pòstuma de l'acadèmic traspasat, per rememorar la seva activitat a l'Acadèmia, glossar la seva personalitat, valorar la seva obra, i, en definitiva, honorar la seva memòria.

Com ja s'ha exposat, el nostre enyorat company Juan Córdoba ens va deixar el 21 de novembre de 2020. A la següent sessió de l'Acadèmia es va designar l'acadèmic Dr. Agustín Luna per dur a terme la seva lloança pòstuma.

Habitualment les necrològiques es celebren en sessions ordinàries, amb assistència només dels membres de l'Acadèmia i dels familiars més directes de l'acadèmic traspasat.

Nogensmenys, atesa la rellevància i prestigi del Dr. Córdoba en el món jurídic i en particular entre els penalistes, vam decidir organitzar conjuntament ICAB i Acadèmia l'homenatge pòstum al Dr. Juan Córdoba Roda (com ho vam fer amb els homenatges al Dr. Agustí Bassols i més recentment al Dr. Josep Joan Pintó).

II. El Dr. Luna en la seva intervenció ja ha exposat amb rigor científic i en profunditat les moltes virtuts professionals i acadèmiques del Dr. Córdoba.

Fóra per tant improcedent que les repeteixi.

Però sí voldria fer algunes reflexions personals a l'admirat i estimat company que avui homenatgem.

Quan el Dr. Córdoba va guanyar una segona Càtedra de Dret Penal que es va crear a la UB, jo ja havia finalitzat els estudis de dret i estava començant l'exercici professional de l'advocacia.

Per tant no vaig ser alumne seu, però em consta que el Dr. Córdoba fou un magnífic professor. Així ho proclamen els seus alumnes, els seus deixebles i els propis col·legues (alguns dels quals avui ens acompanyen).

Autor d'una molt important i influent obra en la seva disciplina com exposa el professor Quintero en el seu treball intítulat «*Juan Córdoba Roda en la ciencia penal española*», publicat al núm. 3 de 2021 de la Revista Jurídica de Catalunya, en el que manifesta que va tenir «*el absoluto propósito de someter a examen científico la totalidad del derecho penal positivo español*».

El professor Córdoba va tractar temes molt diversos i es va interessar pels nous problemes que anaven sorgint.

Un clar exemple d'una de les seves preocupacions és el seu últim treball, publicat a títol pòstum en el volum IX dels *Annals* de l'Acadèmia sobre la sentència del «*procés*» des de la perspectiva de la culpabilitat. Sens dubte un dels millors treballs que s'han publicat sobre aquest complex assumpte.

Excel·lent professor i al mateix temps grandíssim advocat.

Hem sentit dir molts cops que no és possible simultaniejar de forma plena l'exercici professional de l'advocacia i la carrera universitària.

Hom pot ser advocat i donar algunes classes a la Facultat o professor universitari i col·laborador en algun despatx professional. Però exercir en profunditat ambdues professions al mateix temps semblaria que no.

Però la carrera del Dr. Juan Córdoba desmenteix aquesta idea. És un clar exemple dels professionals que creiem que compatibilitzar ambdues activitats, no només és possible sinó positiu. Requereix d'un gran esforç i molta dedicació però no és en cap cas impossible.

I una anàlisi de la seva bibliografia demostra que es va anar enriquint amb l'exercici de l'advocacia. El Dr. Córdoba va voler també estudiar, posicionar-se i publicar sobre qüestions que se li plantejaven com a conseqüència de la seva activitat professional.

Tot i que les anècdotes no són pròpies d'un acte acadèmic com el que estem celebrant, em perdonaran si n'explico una, que posa de manifest la gran capacitat de treball del Dr. Córdoba.

Fa gairebé 20 anys, per un assumpte professional en el que jo tenia un interès personal, vaig tenir la necessitat de consultar amb un bon penalista.

Vaig posar-me en contacte amb el Dr. Juan Córdoba i em va citar un diumenge a les sis de la tarda. «*Así estaremos más tranquilos*», em va dir. Em va sorprendre però el diumenge em vaig presentar al seu despatx del carrer Roger de Llúria. Quina va ser la meva sorpresa quan vaig comprovar que hi havia altres tres persones a la sala d'espera que esperaven ser rebudes pel Dr. Córdoba!

Realment va treballar molt i en assumptes molt rellevants.

Ha estat durant molts anys un dels advocats penalistes de referència que va intervenir en els casos més difícils i importants.

El Dr. Córdoba, insisteixo, va saber compatibilitzar una brillant carrera acadèmica amb l'exercici a primer nivell de l'advocacia. Teoria i pràctica.

Fa unes setmanes al pati de columnes d'aquest Col·legi, vam escoltar el discurs d'ingrés de la Dra. M^a José Magaldi, deixeble del professor Córdoba.

En el seu discurs digué «... *del mismo modo que no hay práctica sin teoría, no hay teoría ni construcción doctrinal alguna, sin asomarse al mundo de los hechos*».

III. Jurista teòric i pràctic, professor, advocat i gran acadèmic.

El Dr. Córdoba va ser durant gairebé trenta anys membre de la nostra Acadèmia.

Fins a la seva malaltia assistia amb regularitat a les sessions acadèmiques. Home prudent no sempre intervenia en els debats. Ara bé, quan ho feia posava de manifest la seva elegància en la forma de raonar, el rigor científic, la solidesa dels seus arguments i la seva eloqüència. He de reconèixer que a mi sempre em va convèncer.

No vaig ésser alumne seu a la Facultat, però amb ell vaig aprendre moltes coses.

Va formar part de la junta de l'Acadèmia, primer com a censor i després com a vicepresident.

Uns quants acadèmics el vam animar a que presentés la seva candidatura a la presidència. Però malauradament no va acceptar.

De la mateixa forma que —com explica Quintero— no va permetre, quan es va jubilar, que els professors de dret penal li dediquessin un més que merescut Llibre Homenatge.

Com a acadèmic va ser qui va idear i promoure les que anomenem sessions obertes, en les quals es convida a un acadèmic de fora de Catalunya per tal de que presenti una ponència sobre un tema de la seva especialitat. Hi assisteixen els acadèmics i també es convida a un selecte nombre de juristes catalans, experts en la matèria, la qual cosa propicia un enriquidor debat entre els assistents.

Han intervingut en sessions obertes juristes de primer nivell especialitzats en dret penal, arbitratge, mercats financers, propietat industrial, dret administratiu, dret eclesíastic de l'Estat, i dret internacional privat, entre d'altres. Alguns dels quals avui també ens acompanyen.

De ben segur que enyorarem al Dr. Juan Córdoba Roda. El seu traspàs ha estat una gran pèrdua per l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. En els temps confusos en els que vivim, les virtuts del gran jurista que fou el Dr. Córdoba són més necessàries que mai.

El record de la prudència, saviesa, capacitat de treball i rigor científic del Dr. Córdoba ens servirà d'exemple i ens ajudarà a continuar les nostres activitats. La societat avui ens ho demana.

Moltes gràcies als membres de la família Córdoba, als penalistes que ens acompanyen i a tots vostès per l'honor que ens han fet en assistir a aquest acte acadèmic.

S'aixeca la sessió.

Sessions solennes

DISCURS D'INGRÉS DE L'ACADÈMIC
SR. TOMÁS GIMÉNEZ DUART
27 d'abril de 2021

LA PATOLOGIA DELS PACTES SUCCESSORIS
DES D'UNA PERSPECTIVA SUBSTANTIVA I FISCAL

per
TOMÁS GIMÉNEZ DUART
*Acadèmic de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*

Bona vesprada a tothom. Buenas tardes a todos.

Gracias a los presentes y también a los ausentes conectados telemáticamente a esta extraña toma de posesión de mi persona como miembro de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

Pensava fer un discurs d'ingrés distès i distret o, al menys, no massa avorrit; adreçat més al públic assistent que no als acadèmics, que no a la «càtedra». Però, açò d'haver-ho de fer per teleconferència sincerament em descol·loca. No és gens fàcil comunicar a través d'una càmera. No pots apreciar si estàs o no captant l'atenció dels oients. De qualsevol manera, he decidit seguir el meu programa inicial i fer una intervenció lleugera en la mesura del possible, deixant per a la publicació escrita les qüestions més difícils de transmetre en una intervenció oral i per mitjans telemàtics.

Em pertoca d'entrada retre homenatge a dos il·lustres juristes. Un nascut fa quasi quatre-cents cinquanta anys. L'altre, amic personal i col·lega meu: l'un, Joan Pere Fontanella, que dona nom a la medalla, al setial que jo ocuparé des de hui; l'altre, José Luis Mezquita del Cacho, que va ocupar aquest mateix lloc fins al seu traspàs el mes de desembre de l'any 2013.

Joan Pere Fontanella nasqué a Olot l'any 1575. Seguint l'excel·lent biografia que d'ell fa l'historiador Josep Capdeferro i Pla (i que podeu trobar i llegir a la pàgina web d'aquesta Acadèmia), direm que Fontanella, home d'humil bressol, es doctorà en drets civil i canònic, el que al seu temps comportava una promoció social considerable perquè permetia gaudir d'una bona part dels drets i privilegis de la noblesa. Fou un prolífic advocat, un clar estendard d'una edat d'or de la doctrina o ciència jurídica. Arribà a ésser el jurista més prestigiós de Catalunya i, a més, Conseller en Cap del Govern, càrrec des del qual, juntament amb Pau Claris, va proclamar, el 1641, la primera República catalana i la unió amb França. I, a més, té carrer, a banda d'altres llocs, a Barcelona, l'actual carrer de Fontanella,

entre les Places de Catalunya i Urquinaona. Carrer que, per cert, li va ser dedicat ja l'any 1865, el que demostra dues coses: que molts dels polítics posteriors no tingueren massa coneixements d'història, i que els vents de fronda que bufen hui no són, ni molt menys, cosa d'ara.

José Luis Mezquita del Cacho fue, como he dicho antes y pese a ser veinte años mayor que yo, amigo y colega. Conocí a José Luis en castellano —y por eso me dirijo a él en la lengua en la que siempre dialogamos— una tarde de domingo del invierno de 1977, invitados a casa de un compañero a jugar a las cartas con nuestras respectivas parejas. A mí nunca me gustaron los naipes y a José Luis tampoco, así que nada más saludarnos me dijo: «la vida es demasiado corta como para gastarla con tonterías». Nos sentamos, pues, en un sofá y nos pasamos toda la tarde charlando. Allí ambos nos dimos cuenta no solo de nuestra sintonía, sino de que nuestra llegada a Barcelona fue producto de la casualidad y de lo que podríamos llamar «vidas paralelas».

José Luis nació en Madrid en 1928, hijo y nieto de militares. Pero, y ahí empieza el paralelismo, cursó la carrera de Derecho —que concluyó con premio extraordinario— en Valencia, donde conoció a Lolita, maravillosa y divertida mujer, hija y nieta (y después hermana y madre) de notarios. Por cierto, mi mujer también se llama Dolores. Por indudable influencia de Lolita decidió José Luis opositar a notarías, bajo la preparación del registrador de la propiedad valenciano Emilio Bartual. Ingresó muy pronto por Friol (Lugo), pasó luego por Belchite (Zaragoza), Baena (Córdoba), Inca (Mallorca) y de ahí, tras superar unas brillantes oposiciones entre notarios, llegó en marzo de 1965 a Barcelona.

Pero llegó a Barcelona, como me pasó a mí en 1977, doce años después, un poco a traspies. La aspiración de todo opositor es ser el número uno. Y el premio en aquel entonces era la plaza de Madrid. Y tanto a José Luis como a mí nos faltaron unas décimas. Ambos tuvimos la oportunidad de intercalar Valencia, nuestra ciudad y plaza para la que nos sobraba nota, pero eso suponía ocupar una notaría «de primera», dejando vacante una de categoría «especial» (Madrid y Barcelona), con lo que dejábamos sin plaza al compañero que había obtenido la última puntuación «de primera». En definitiva, ambos llegamos aquí por un cierto altruismo y aquí nos mantuvimos alrededor de cuarenta años.

No corresponde hacer aquí una biografía del querido José Luis, basta remitirse a la que sus dos hijos notarios, Emilio y José Miguel, escribieron en el prólogo de los *Estudios en homenaje a José Luis Mezquita del Cacho* (Marcial Pons, 2013). Pero sí quiero destacar dos aspectos de su desbordante personalidad que te penetraba mediante sus ojos azul intenso.

El primero, su preocupación social. Me llamó mucho la atención, en aquella conversación de salón a la que antes aludía, que José Luis fuera declaradamente socialista, tendencia socialdemócrata. Como dicen sus hijos, «fue un caso verdaderamente excepcional de servicio a un ideal ... pues en todos los años en que militó en el PSC, lo hizo con una entrega desprendida y, no solo sin esperar, sino

sin imaginar, siquiera, que ello mereciera algún tipo de recompensa que no fuese la propia consecución de una sociedad más libre y más justa». Por supuesto, nunca ocupó cargo político alguno.

El segundo aspecto a destacar es su ingente labor jurídica. Todavía hoy es obligada la cita de Mezquita del Cacho en el tema de notarías sobre la conmutación del usufructo del cónyuge viudo, monografía publicada en la Revista de Derecho Notarial de 1957. Seguido de una copiosísima producción, sobre donaciones, subrogación real, representación, conflictos de leyes, prueba, derecho del consumo, sociedades, ejecución hipotecaria, matrimonial, derecho notarial, deontología profesional ... en definitiva, de todo. Como dicen sus hijos, «José Luis Mezquita del Cacho escribió sobre todo cuanto llamó su atención en el ejercicio de su profesión». Allí donde veía un problema, intentaba dar con la solución justa a la par que lógica.

Nunca quiso honores. Aunque los tuvo. Decano del Col·legi de Notaris de Catalunya; miembro de esta ilustre Academia; notario honorario; Cruz de Honor y Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort, entre otros.

Nos dejó el 12 de diciembre de 2013. Su vacante en esta Acadèmia de Jurisprudència me corresponde a mí cubrirla. Me conformaré si consigo hacerlo con, al menos, un poco de la muchísima dignidad con la que José Luis dejó este sillón vacío.

* * *

El tema que he triat pel meu discurs d'ingrés gira en torn a la problemàtica civil i fiscal dels pactes successoris. Vull fer un advertiment previ: notareu una sintaxi diferent a l'habitual en la parla catalana. El motiu és que he preferit utilitzar la parla valenciana.

Perquè jo soc un unionista convençut. Soc dels que subscriu la frase «la unitat és un bé moral». Sempre, cal dir, que aquesta unió siga voluntària. Per açò em sembla un bé moral l'ONU, la UE, la Unió Africana, la Commonwealth, Espanya ... i el mateix la unitat de la llengua dels que parlem igual amb menudes diferències. No més diferències de les que hi ha en la llengua castellana, per exemple entre els espanyols i mexicans, entre *coche* i *carro*, *rueda* i *llanta* o *maletero* i *cofre*. I això només sobre quatre rodes. Per no parlar de *la piscina* i *la alberca*, del proscrit *coger* i la proscrita *concha*, o del *vos venís* en lloc del *tú vienes* a l'Argentina.

Desitjable unitat, però amb respecte a la diferència. Sense superioritats, sense prevalences. I sense complexos de cap mena. Per açò, tractant aquesta xerrada d'un tema del nostre dret he preferit utilitzar la nostra llengua comuna, en una de les seues variants, per a reforçar la unitat de la que abans parlava, per amunt de les xicotetes diferències. En definitiva, m'agradaria transmetre el missatge que sempre n'és millor per a tots fer prevaldre les similituds, els goigs i els desencisos compartits durant molts segles, front a les inevitables discordances d'una llarga vida compartida.

Fet aquest aclariment previ, entrem ja en matèria.

Cal partir de la base que el pacte successori (PS), tot i estar profusament regulat al Codi Civil de Catalunya (CCC), als seus articles 431, no deixa d'ésser una excepció, una «anomalia», dins d'un sistema de *voluntat successòria mortis causa essencialment revocable*; el que en certa manera confirma l'article 411-7 CCC quan diu que «*Són nuls els contractes o pactes sobre successió no oberta, llevat dels que admet aquest codi*». Però el curiós és que, després d'aquesta declaració de principis, el legislador els admet amb una grandíssima amplitud, ja que es pot disposar via PS pràcticament amb la mateixa amplitud que en testament, encara siga només dins el cercle reduït d'atorgants que després veurem.

Però, abans d'endinsar-nos en les qüestions pràctiques (eufemisme de repercussions fiscals) convé plantejar-nos una sèrie de temes estrictament civils.

I. LA RAÓ D'ÉSSER DELS PPSS

Com diu el preàmbul de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, «*el règim dels pactes successoris és, sens dubte, la innovació de més volada que presenta el llibre quart respecte a l'anterior Codi de successions. El dret català ha conegut tradicionalment els pactes successoris en forma de donació universal o heretament. Aquests pactes, com és sabut, eren el vehicle de transmissió intergeneracional dels patrimonis familiars, de base típicament agrària, per mitjà de la institució d'hereu únic convinguda en capítols matrimonials. Malgrat la importància històrica dels heretaments, llur regulació, ancorada en una realitat socioeconòmica i una concepció de les relacions familiars pròpies d'una altra època, resultava més útil per a interpretar capítols matrimonials antics que com a instrument de planificació successòria. A partir d'aquesta premissa, sense renunciar al bagatge conceptual heretat de la tradició jurídica catalana entorn dels heretaments, el llibre 38 quart regula els pactes successoris d'una manera molt més oberta i flexible*».

«*En aquesta línia de més obertura, s'han de destacar dos trets del nou sistema de successió contractual. D'una banda, pel que fa al contingut del títol successori, els pactes successoris no es limiten ja a la institució d'hereu o heretament, sinó que admeten també, conjuntament amb l'heretament o aïlladament, la realització d'atribucions particulars, equivalents als llegats en la successió testamentària. D'altra banda, la successió contractual es deslliga del seu context matrimonial: si bé els pactes es poden continuar fent en capítols matrimonials, això ja no és un requisit essencial, perquè no s'han d'atorgar necessàriament entre cònjuges o futurs cònjuges, ni tampoc entre els pares o altres familiars i els fills que es casen. Entre el manteniment de l'esquema tradicional i l'obertura dels pactes a qualssevol contractants, el llibre quart ha optat per una solució intermèdia prudent: els pactes només es poden atorgar*

amb el cònjuge o convivent, amb la família d'aquest o amb la família pròpia, dins d'un cert grau de parentiu per consanguinitat o afinitat. Aquesta regla té en compte el major risc dels contractes successoris entre no-familiars, però alhora és prou oberta per a emparar els pactes que a vegades s'estipulen en ocasió de la transmissió d'empreses familiars, en els quals poden arribar a intervenir diverses generacions de parents en línia recta i altres membres de la família extensa. La restricció legal quant al grup de persones que poden convenir pactes successoris no regeix per a ésser afavorit. Els pactes poden contenir disposicions a favor de terceres persones, però aquestes no adquireixen cap dret fins a la mort del causant. D'aquesta manera es permet, per exemple, que el pare i la mare pactin, entre ells dos, que l'herència sigui per a un o uns fills determinats, encara que no tinguin el consentiment d'aquests, i, més endavant, si les circumstàncies ho aconsellen, convinguin un nou pacte successori per a instituir un altre fill o una altra persona.»

Sembla important aquesta llarga transcripció literal del preàmbul del Llibre Quart perquè reflecteix, al meu judici, quina ha estat la *ratio* de la innovació de més abast de l'esmentat Llibre respecte el seu antecessor, el Codi de Successions de Catalunya. Ho expressa molt bé el professor Joan EGEA quan diu que «un dels principals problemes de les empreses familiars és la seva poca estabilitat i la manca de fortalesa per a superar amb èxit els successius relleus generacionals. En l'empresa individual, per exemple, la mort de l'empresari i la subsegüent crida d'una pluralitat de successors pot fer perillar per si sola la seva pròpia subsistència, ja que les possibilitats de què s'acabi liquidant són molt elevades; a la societat familiar mercantil el risc és un altre: que amb l'atribució de les participacions representatives del capital de la societat, la família en perdi el control, és a dir, no ostenti un nombre d'accions o participacions suficient per a preservar-ne la capacitat decisòria»¹.

Puix bé, precisament a donar cobertura legal a aquesta necessitat arribaren els nous PPSS que, en certa manera, venen a complementar una figura importada del dret anglosaxó de la que s'ha feta —i s'està fent— us i abús amb una utilitat més que discutible: el protocol familiar. I dic «utilitat discutible» perquè sempre he entès que no hi ha millor protocol familiar que (i) un bon pacte estatutari regulador de la transmissió de les accions i/o participacions socials, unit a (ii) un bon testament o, ara que es pot a Catalunya, un bon pacte successori. Tot el demés és poc més que una florida literatura jurídica que, gosaria afirmar, servirà de poc si no va acompanyada de les dues esmentades figures jurídiques.

Per suposat que el protocol familiar pot incloure un PS, sempre que s'acompleixen els requisits substantius i formals que demana el CCC. En canvi, no «ca-

¹ Joan EGEA, El nou règim jurídic de la successió contractual, RJC, Barcelona, any CVIII, nº 1-2009, pàg. 11.

bran» en el protocol, o no en serà prou, allò relatiu als pactes reguladors de la transmissibilitat de les accions o participacions (o, donat el cas, a les prestacions accessòries) doncs caldrà incorporar-los als estatuts socials, previ acord de la junta general (que pot ser no estarà integrada pels mateixos atorgants del pacte) i elevant aquest acord a escriptura pública per a la seua inscripció al Registre Mercantil².

II. LA NATURALES JA JURÍDICA

La terminologia pacte successori o el seu equivalent, successió contractual, pot introduir, d'entrada, un cert grau de confusió. Perquè, quan es parla de «pacte», immediatament ve al cap un negoci jurídic bilateral o plurilateral del que naixen obligacions per totes les parts signatàries. I açò no és tal als PPSS, o per millor dir, pot no ser-ho.

El pacte successori, efectivament és un negoci jurídic bi o plurilateral en el sentit de què calen, almenys, dues parts que l'atorguen. Però, en canvi, és unilateral en tant només imposa —o pot ser que només impose— obligacions per a una d'elles. En aquest sentit el PS s'assembla molt més a una donació o a un testament irrevocable que a un típic contracte o pacte. És a dir, des d'un punt de vista obligacional, el PS «pur» és un negoci jurídic unilateral, ja que només imposa obligacions a una sola de les parts que el signen (que, al seu temps, pot ser plural) de manera que l'altra part no assumeix (o pot no assumir) compromís de cap mena.

Així ho posa de relleu el preàmbul del Llibre Quart quan proclama: «*El tipus bàsic de pacte successori implícit en el llibre quart és un pacte amb causa gratuïta, en el qual es poden imposar càrregues a l'afavorit, com ara la de tenir cura d'un atorgant que tingui la condició de causant de la successió i prestar-li assistència, i també la de fer constar la finalitat que hom pretén assolir amb l'atorgament del pacte. Això no impedeix que les parts puguin causalitzar el pacte de manera diferent, atesa la llibertat de configuració del contingut que els dona el llibre quart.*» Des d'aquesta perspectiva, l'expressió pacte successori trontolla una mica en el dret català.

² Que els PPSS són força útils perquè ajuden a disciplinar la transmissió de l'empresa familiar no ofereix cap dubte. En l'àmbit del Dret comú, com recull el professor Joan EGEA (RJC cit, pàg. 14, «cada cop són més les veus que es fan ressò de la conveniència d'eliminar la prohibició dels pactes successoris del Codi Civil espanyol. En aquest sentit mereix ser destacada la proposta que, en forma de text articulat, va presentar Rafael SÁNCHEZ ARISTI, *Propuesta para una reforma del Código Civil en materia de pactos sucesorios, Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil*, Murcia, p. 399». Cal afegir-hi que, a hores d'ara, el Código Civil manté la prohibició ex article 1271, paràgraf 2 (*Sobre la herència futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056*), el que, unit a una exagerada legítima *pars bonorum* de 2/3 de l'herència, fa molt difícil l'ordenació de la futura successió de l'empresa.

En efecte, el Código Civil espanyol (CCE), encara que regula la donació en el seu Llibre tercer (*De los modos de adquirir la propiedad*) i no en el Llibre quart (*De las obligaciones y contratos*), a l'hora de la veritat contempla la donació com un contracte i, com a tal, diu el seu article 621 que «*Las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se regir n por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título.*» En canvi, no ho fa aix  el Codi català que regula la donació en el Llibre cinquè, Títol III, o siga, entre els modes d'adquirir el domini, sense cap remissió a la normativa dels contractes. Aix , pot ser haguera estat més ajustat al sistema successori català regular directament els testaments i els codicils irrevocables, perquè, com veurem més endavant, les expressions pacte, contracte o contractual no reflecteixen adequadament la vertadera natura del acte. S ,  s, en canvi, un encert que el CCC haja superat les limitacions del Codi de Successions que lligava els PPSS a l'institut del matrimoni i la subsegüent forma capitular³.

I  s que, com diu EGEA, els PPSS «materialment són un negoci unilateral, perquè no es fonamenten en l'estructura pròpia dels contractes que comporten relacions obligatòries recíproques. Podria semblar dubtós que aix  fos aix  en el cas que s'hagués estipulat, per exemple, que l'afavorit ha de tenir cura del acusant, però l'art. 431-6.1 porta a excloure que es tracti d'una relació sinal.lagm tica, ja que ho configura com una càrrega». I afegeix més endavant «ha quedat lluny la concepció hist rica dels heretaments con un *do ut des* entre l'atorgant que heretava el seu fill i el progenitor de l'altre contraent que constituïa el dot ... hui la successió contractual consisteix en convenir irrevocablement la institució d'hereu o una atribució particular amb alguna de les persones referides a l'art. 431-2, sense necessitat que aquests hagin de fer res a canvi.⁴»

En sentit semblant, el professor BADOSA COLL afirma que el pacte successori, nogensmenys el seu car cter paccionat, és un negoci fonamentalment unilateral, de forma que el seu car cter bilateral  s circumstancial i, fins i tot, inferior al de la donaci ⁵.

Aquesta q estiu del car cter unilateral, bilateral i, fins i tot, mixt dels PPSS no és merament te rica, sinó que, com veurem més endavant, té la seua repercussió en ordre a admetre o no un cert grau de correspectivit  i derivar-ne o no l'exigibilit  forçosa de les càrregues assumides, en el seu cas, pel beneficiari.

³ Aquesta limitació del Codi de Successions havia estat molt criticada per la doctrina, principalment notarial, que ni li trobava cap sentit. Vide: J u MIRABENT (*Los heredamientos y la transmisió del patrimonio familiar*; GARRIDO MELERO i FUGARDO ESTIVILL (coordinadors de l'obra col.lectiva *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Volum II, Ed. Bosch, Barcelona, 2005); LÓPEZ BURNIOL (*La «resurrecció» dels capítols matrimonials. L'àmbit de l'autonomia de la voluntat en els contractes reguladors de la convivència*, discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 1999).

⁴ Joan EGEA, RJC, cit, p gs. 17-19.

⁵ Ferran BADOSA COLL, *Comentari al Llibre quart del Codi Civil de Catalunya*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, p g. 1710.

III. ELS SUBJECTES

Entre quins són possibles els pactes successoris? Diu al respecte l'article 431-2 CCC:

«Hom pot atorgar pactes successoris només amb les persones següents:

- a) El cònjuge o futur cònjuge.*
- b) La persona amb qui conviu en parella estable.*
- c) Els parents en línia directa sense limitació de grau, o en línia col·lateral dins del quart grau, en ambdós casos tant per consanguinitat com per afinitat.*
- d) Els parents per consanguinitat en línia directa o en línia col·lateral, dins del segon grau, de l'altre cònjuge o convivent.»*

Qüestions

El problema el planteja l'apartat d) d'aquest article, en tant sembla contradictori amb el paràgraf c) immediatament anterior en el que pertoca als col·laterals. En efecte, de l'apartat c) resulta que es pot acordar un pacte successori fins al límit dels cosins germans, tant propis com del cònjuge, mentre que del paràgraf d) resulta que no es pot ultrapassar el grau dels germans o cunyats. Per superar aquesta contradicció es pot interpretar:

i. Que el punt d), encara que literalment es refereix a cònjuge o convivent, està ocupant-se realment només d'aquest, de la parella. Dit d'una altra manera: que allò que permet l'art. 431-2.d) és que només puga concloure's un PS amb els ascendents, descendents i germans de la parella⁶.

ii. Una segona interpretació, sustentada pel notari Enric BRANCÓS, entén que el paràgraf c) s'aplica quan el cònjuge o parella és coatorgant del pacte, i l'apartat d) quan no ho és. És a dir, si tots dos membres atorguen, es pot arribar fins als cosins germans respectius i els seus cònjuges (per les raons dites a la nota del punt (ii) anterior, no s'inclourien les seues parelles); però si només n'és ator-

⁶ ¿Vol dir això que els consanguinis de la parella són afins de l'altre membre de la unió? En el món del dret és habitual aquella màxima que diu que el cònjuge és «familiar, però no parent». Si aquesta màxima la portem als límits, la unió estable genera una relació exclusivament entre els seus dos membres, però sense que s'estengui (civilment, perquè fiscalment n'és una altra cosa) als parents de la parella. Aquesta interpretació troba recolzament a l'article 231-1.2 CCC que declara: «Es reconeixen com a membres de la família, amb els efectes que es determinin legalment, els fills de cadascun dels progenitors que convisquin en el mateix nucli familiar, com a conseqüència de la formació de famílies reconstituïdes. Aquest reconeixement no altera els vincles amb l'altre progenitor». Així doncs, si els fills de la parella formen part de la família, cap interpretar que no són familiars (per afinitat) la resta de la parentela de la dita parella.

gant un dels dos (sigui cònjuge o parella) no pot ultrapassar-se (com a co-atorgant) el segon grau de colaterals de l'altre⁷.

Amb aquesta interpretació es dona solució a un cas com aquest: els dos membres d'una parella estable es fan càrrec de la sustenta de la tieta d'un d'ells; així decideixen concloure, tots tres, un PS d'atribució particular amb transmissió diferida, en virtut del qual els dos membres de la parella rebran, quan mori la tieta, la propietat del pis on viu, a canvi de l'assistència i mantenició vitalícia. Si se sustenta l'alternativa (i) ut supra, aquest PS no seria possible. Si se sustenta la segona, sí ho és.

iii. Una tercera interpretació ens la dona el professor FERRER RIBA, el que, reconeixent la indubtable antinòmia, afirma que tractant-se d'una norma d'autonomia privada, sembla adequat donar preferència a la regla més permissiva, és a dir, a la de la lletra c); de manera, continua Ferrer Riba, que la lletra d) s'ha d'aplicar només als pactes que una persona, convivent en unió estable, pretengui celebrar amb els parents de la seua parella, ja que aquesta relació no queda inclosa dins de l'àmbit de la lletra c), i per tant se li aplicaria la regla del segon grau⁸.

iv. Encara cap una quarta interpretació de l'article 431-2 CCC que és sustentada pel notari de Mataró Pere ALBIOL, en un treball encara inèdit. Proposa Albiol que pot ser no sigui el mateix la «parella estable» del paràgraf b) que el «convivent» del punt d); de manera que amb aquest últim el CCC s'està referint als supòsits de *relacions convivencials d'ajuda mútua* regulades al Títol IV del Llibre II del CCC (art. 240). D'ésser bona aquesta interpretació, donaria solució a una situació de tota justícia: la de dos (o tres o quatre) amics que conviuen i que desitgen regular conjuntament la seua successió. Però, de qualsevol manera, em semblaria massa masoquista el legislador català referint-se al convivent, no membre de la parella estable, de manera tan abstrusa, sobretot tenint present que en el punt b) de l'article 431-2 para la *persona amb qui conviu en parella estable*.

v. Parlàvem d'una quarta interpretació, però també cap una quinta (i, és de suposar, una sisena, una setena...; aquest és el resultat de redactar amb imprecisió una norma): per a la professora Núria GINÉS «... la alusión a los parientes afines que se contiene en esta letra c), (hay que) ... ponerla en conexión con la letra d). En esta última, el precepto se ocupa de la legitimación de los parientes por consanguinidad del cónyuge o conviviente, mientras que en la primera, esto

⁷ Enric BRANCÓS, *Los pactos sucesorios en el derecho civil de Cataluña*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2016, pàg. 56.

⁸ Josep FERRER RIBA, *Comentari al Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Volum II, pàg. 1058, Ed. Atelier, Barcelona 2009.

⁹ Vide item la posició del notari Emili GONZÁLEZ BOU (*La revitalización de los beredamientos en el nuevo Libro IV del Código Civil de Cataluña*, La Notaria, 2008), que es mostra partidari de la interpretació en virtut de la qual es pot atorgar el pacte amb els parents col·laterals per afinitat fins al quart grau i amb els parents del convivent fins al segon grau. És a dir, González Bou és partidari de la tesi sub (i) del text, que és la que jo particularment compartixc.

es, en la letra c), se refere explícitamente a los parientes por afinidad ... Así pues, lo que se propone aquí es distinguir y separar netamente las familias a las que se refieren, respectivamente, los apartados c) y d) del artículo 431-2 CCCat (La Ley 9352/2008). En el primero, el legislador está haciendo alusión, como se ha anunciado en el título que encabeza este apartado, a los parientes propios o de uno mismo, en el que se incluyen los consanguíneos y los afines (esto es, los cónyuges de aquellos). Esta sería la «familia propia» a la que se alude en el texto del preámbulo. En la letra d), la familia es otra: precisamente la del cónyuge o conviviente (*cf.* asimismo preámbulo) ... En resumidas cuentas, de la letra c) resulta que están legitimados para el otorgamiento de pactos sucesorios los parientes de uno mismo o propios según el esquema que sigue: en línea recta, sin límite de grado, y en línea colateral, hasta el cuarto grado, en ambos casos tanto por consanguinidad como por afinidad, entendiéndose en este caso como parientes afines los cónyuges de aquellos parientes consanguíneos¹⁰.

De qualsevol manera, posats a prendre postura, la redacció de l'article 431-2 sembla una de les moltes antinòmies irreductibles que pateix el CCC en seu de pactes successoris i que, transcorreguts ja més de deu anys des de la publicació del llibre IV, ha hagut temps de sobra per ser superada pel legislatiu català. Entenc que la manera més lògica d'integrar el paràgraf d) amb la resta de l'article seria suprimint-ne les paraules «l'altre cònjuge o», en el qual cas prevaldria la interpretació sub (i) abans exposada¹¹.

Afegirem que tota aquesta problemàtica es predica només dels subjectes del PS que són «atorgants», i no dels que el CCC en diu (art. 431-3) *terceres persones no atorgants*. És a dir: si l'afavorit fos atorgant (amb l'avantatge, per a d'ell, que la seua designa no es podrà resoldre sense comptar-hi amb ell) tindria de pertànyer al cercle de persones que recull l'article 431-2; però, si fos simplement afavorit no atorgant, podria tractar-se de qualsevol persona, i fins i tot no física, sinó jurídica¹².

¹⁰ Núria GINÉS CASTELLET, *Los pactos sucesorios en Cataluña: entre la tradición y la innovación* La Ley, nº 1721/2011.

¹¹ No sobte que aquest ponent destine tant d'espai a tractar el tema de la legitimació activa perquè, com diu el també notari GARRIDO MELERO (*Derecho de sucesiones*, Volum I, 2ª ed, Ed. Marcial Pons, Barcelona 2009, pàg. 226) el resultat de la falta de legitimació d'algú dels atorgants podria ser la nul·litat de tot el pacte. Els operadors jurídics en general, i fins i tot el jutges, «viuen» de la interpretació de la norma, però els notaris necessitem certeses, perquè el nostre valor afegit és donar seguretat jurídica, el que a voltes es fa impossible davant normes confuses com la que analitzem.

¹² Solució legal que critica Joan EGEA, (RJC, 2009, 22) per raó de la incoherència que suposa amb relació del sistema familiar d'atorgament que acull el CCC. Vide ítem, FERRER RIBA (*Comentaris ...*, cit, pàg. 1063) i ALASCIO CARRASCO, Laura, quan afirma que «se puede discutir la oportunidad de que los pactos institución universal de heredero puedan salir o no del círculo familiar, pero es difícilmente comprensible cuando el pacto tiene por objeto un bien o derecho singular que esté sujeto a las restricciones del art. 431-2 CCCat. Especialmente porque el pacto de

IV. L'OBJECTE

Deixant a banda els heretaments mutuels i preventius, els articles bàsics del CCC que interessin als efectes d'aquest estudi són els següents:

L'article 431-18. Concepte d'heretament

1. *L'heretament o pacte successori d'institució d'hereu confereix a la persona o persones instituïdes la qualitat de successores universals de l'heretant amb caràcter irrevocable, sens perjudici dels supòsits que regulen els articles 431-13, 431-14 i 431-21.*

2. *La qualitat d'hereu conferida en heretament és inalienable i inembargable.*

L'article 431-19. Heretament simple i cumulatiu

1. *L'heretament és simple si només atribueix a la persona instituïda la qualitat d'hereva de l'heretant i no perd aquest caràcter encara que l'heretant també faci donació de present de béns concrets a la persona instituïda.*

2. *L'heretament és cumulatiu si, a més de conferir la qualitat d'hereu de l'heretant, atribueix a la persona instituïda tots els béns presents de l'heretant i no perd aquest caràcter encara que l'heretant exclouï béns concrets de l'atribució de present.*

3. *L'heretament cumulatiu no es presumeix mai i s'ha de pactar de manera expressa.*

L'article 431-29. Modalitats (de PPSS d'atribució particular)

1. *En pacte successori, es poden convenir atribucions particulars, a favor d'un dels atorgants o de tercers. Els atorgants poden convenir també atribucions particulars recíproques a favor del que sobrevisqui.*

2. *Les atribucions particulars en pacte successori es poden fer amb caràcter preventiu, aplicant el que estableix l'article 431-21.*

3. *Si en el pacte successori d'atribució particular hi ha transmissió de present de béns, l'acte es considera donació.*

D'on resulta que, simplificant al màxim i, com he dit abans, deixant a banda els heretaments mutuels i preventius, els PPSS poden ser:

atribució particular será adecuado para organizar la sucesión de la empresa familiar, dejando el resto del patrimonio del empresario "libre" para disponer de él como crea oportuno» (*Los pactos sucesorios en el Derecho Civil Catalán*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016, pàg. 61). Només diré, pel que em pertoca, que no estic massa d'acord amb aquestes apreciacions perquè, si el CCC contempla els PPSS com una excepció (art. 411-7) al sistema de voluntat *mortis causa* essencialment revocable, lògic és que imposse restriccions, i més quan l'empresari de l'exemple disposa d'uns altres vehicles jurídics per arribar al mateix resultat, com seria el cas de la donació modal o sota condició.

a) *D'atribució universal*: Heretament; que, al seu torn, poden ser:
i. Amb transmissió de futur o diferida a la mort: =heretament simple (art. 431-19.1 CCC); el que no exclou que pugua contenir alguna atribució de present.

ii. Amb transmissió de present: =heretament cumulatiu (art. 431-19.2 CCC). Que no perd aquest caràcter pel fet que el heretant o causant es reserve determinats bens o, com diu literalment la norma «*exclogui béns concrets de l'atribució de present*».

b) *D'atribució particular* (arts. 431-29 i ss); que també poden ser:

i. Amb transmissió de futur: que s'equiparen a un llegat irrevocable, i per això disposa l'article 431-30.1 CCC que: «*El causant que atorga en pacte successori una atribució particular només pot disposar dels béns que en són objecte amb el consentiment exprés de l'afavorit o, si aquest no és part del pacte, amb el dels altres atorgants*».

Precisament per això diu l'article 431-8.2 CCC que: «*Els heretaments i les atribucions particulars ordenats en pacte successori es poden fer constar en el Registre de la Propietat, en vida del causant, per mitjà de nota al marge de la inscripció dels béns immobles inclosos en l'heretament i que no hagin estat transmesos de present o dels béns immobles que siguin objecte d'una atribució particular*».

ii. Amb transmissió de present: en el qual cas, diu l'article 431-29.3 in fine que «*l'acte es considera donació*». La qual cosa, per cert, provoca el dubte sobre si les causes de revocació seran les de l'article 531-15 CCC (donació) o les pròpies dels PPSS recollides als articles 431-13 i 431-14. Al meu judici, són aquestes últimes les que haurien de prevaldre per raó de l'especialitat de l'atribució, sense que tampoc estiguera de més l'aclariment per part del legislador¹³.

Qüestions

1. *¿Cal causalitzar o correspectivitzar l'atribució?* És a dir, en una donació és clar que la causa és *l'anímus donandi*, sense més. En un PS, ¿n'és igual o cal

¹³ No puc estar d'acord amb la professora ALASCIO quan, amb una certa insistència al llarg del seu excel·lent estudi, afirma que (los) «pactos de atribución particular ..., por definición, no pueden llevar aparejadas transmisiones de bienes hasta la muerte del causante» (*Los pactos ...*, cit, pàg. 135). I no estic d'acord perquè una cosa és que l'article 431-29.3 CCC diga que els considera donació, i un altra que, opcionalment, no es pugua utilitzar aquest vehicle. A banda que l'esmentat article diu clarament *si en el pacte successori d'atribució particular hi ha transmissió de present...* Encara més, si l'acte «es considera» donació és perquè ho diu expressament el CCC, perquè, si no ho digués, la seua natura, inter vivos o mortis causa, seria discutible; és el cas de la *apartación o apartamiento gallego*, molt semblant al nostre PS d'atribució particular, amb l'afegit de la renúncia de llegítima, que el Tribunal Suprem (certament en Sala de lo contencioso-administrativo) ha qualificat d'atribució mortis causa, com més endavant tindrem ocasió de veure.

expressar que et faig l'atribució a canvi de cuidar-me, o d'atendre'm ... o perquè m'has atès en el passat ...? Ja hem dit abans que no cal cap expressió de causa i/o motius. Recordem que el preàmbul del Llibre Quart diu: «*El tipus bàsic de pacte successori ... és un pacte amb causa gratuïta, en el qual es poden imposar càrregues ... i també ... fer constar la finalitat que hom pretén assolir amb l'atorgament del pacte. Això no impedeix que les parts puguin causalitzar el pacte de manera diferent...*». Dit d'una altra manera, el causalitzar o no és una decisió totalment optativa, el qual, dit siga de passada, s'allunya un molt de l'expressió «pacte», front la més acurada de disposició o acte que hagués estat més apropiada.

Però, podria l'afavorit assumir «obligacions *stricto sensu*»? Ho nega EGEA, pel qual aquesta obligació no passaria de ser una càrrega el qual incompliment donaria pas a la revocació de la liberalitat, ja que aquest és l'esquema típic dels negocis gratuïts. Igualment es mostra contrària GINÉS CASTELLET¹⁴.

O admet, en canvi, la majoria de la doctrina, entre ells FERRER RIBA quan manté que tot dependrà de com s'haja pactat, ja que l'atribució patrimonial del causant podrà tenir tant una causa gratuïta (càrrega el qual incompliment donarà lloc solament a la revocació) o onerosa, i en aquest cas el causant tindrà acció per reclamar el compliment de «l'obligació» contreta al signar el pacte successori¹⁵.

Des del meu punt de vista, milita en favor de la tesi d'Egea que aquesta obligació vindria a ser, en el supòsit més habitual d'haver de tenir l'afavorit cura del causant, un «*mode*» i, segons l'art. 428-1 CCC «*El mode permet al causant imposar a l'hereu i al legatari, o a llurs substituïts, una càrrega, una destinació o una limitació, que, per la finalitat a què respon, no atribueix altres drets que el de demanar-ne el compliment, sense que redundi en profit directe de qui el pot demanar. És a dir, pel CCC el mode no pot constituir un benefici pel propi causant (cosa pel demés lògica, perquè quan arribés l'hora de reclamar-ho el causant ja hauria mort)*. Però, tot

¹⁴ GINÉS CASTELLET, Núria, (*Algunas reflexiones sobre la causa en los actos sucesorios en el nuevo Libro IV del Codi Civil de Catalunya*, XV Jornades de Dret català a Tossa, Documenta Universitària, Girona, 2009).

¹⁵ FERRER RIBA (*Línies generals del nou Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya*, Jornades de Tossa, 2008, disponible en <http://civil.udg.edu/tossa/2008/textos>). També es mostren favorables a l'exigibilitat el notari BRANCÓS (*Comentarios al Libro cuarto del Código Civil de Catalunya*, pàg 827) per a qui el pacte successori té una causa que se situa en una zona intermèdia entre el negoci oneros i la disposició gratuïta, fins al punt que l'art. 431-16 CCC adopta una posició que quasi es podria anomenar «contractualista». En similar sentit el també notari BOSCH CARRERA (*Aspectos civiles de los pactos sucesorios, en Estudios sobre el derecho de la empresa en el Código civil de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010, pàg. 102) i la professora Alascio Carrasco (*Los pactos sucesorios ...*, cit, pàgs. 122 i ss), per a la qual si, tal com preveu l'art. 431-6.2 CCC, s'imposa a l'afavorit la càrrega de tenir cura del cònjuge del causant a la mort d'aquest, això no serà un mode successori, sinó un altre pacte; per açò, diu, no es tractarà d'una «limitació de l'atribució successòria» insertada en l'heretament, sinó de dos pactes diferents. I, més endavant (pàg. 126) diu: «si ... la carga se debe cumplir antes de la muerte del causante y ha habido una transmisión de presente de bienes ... estaremos más cerca de la donación modal». Em limite a recollir aquesta afirmació que, ja anticipe, és a les antípodes del que resolen les instàncies fiscals, Tribunal Supremo inclòs.

i açò, em sembla més probable la tesi de FERRER RIBA, per tres raons: a) perquè el legislador català no ha creat els PPSS com un subtipus de testament irrevocable, el que podria haver fet, sinó como un pacte o contracte, i això alguna transcendència jurídica ha de tenir; b) perquè no tindria massa sentit que no es pugua fer en la mateixa escriptura pública de pacte successori allò que es podria fer en dues escriptures consecutives, per exemple: atorgant, amb número següent de protocol, una segona escriptura d'aliments o de renda vitalícia, de la qual fos causa el pacte successori acordat en el número anterior. I, c) perquè l'art. 431-6 CCC diu també que al PS *s'hi ha de fer constar, si té caràcter determinant, la finalitat que es pretén assolir amb l'atorgament del pacte i les obligacions que les parts assumeixen a aquest efecte*. Una altra cosa, totalment diferent, és com es qualificaria des del punt de vista fiscal l'acte contingut en la segona escriptura (o en el mateix PS, de tal cosa admetre's): si com a gratuït (ISD) o com a oneros (ITP) i quina seria la seua base imposable; però això seria una qüestió tributària de cap de les maneres pot influir en la qualificació civil de l'acte.

En definitiva, tot dependrà de com es causalitze el pacte, ja que, com diu BRANCÓS (*Comentarios ... pàg. 826*) la possibilitat de causalització dels PPSS en el CCC té efectes en dos terrenys: la revocació i la possibilitat d'exigir el compliment forçós. O, com afegeix el mateix Brancós més endavant (pàg. 829) «el pacto tiene una naturaleza híbrida, como dice el Preámbulo, ... y esa causa ha de dar paso al cumplimiento forzoso, salvo en las prestaciones personalísimas, a menos que se piense, innecesaria y equivocadamente, que la única forma de estimular el cumplimiento es la revocación»¹⁶.

2. *¿Es poden combinar en un sol document tots els tipus d'atribució que caben en el PS?* La resposta em sembla clarament afirmativa. És possible un pacte successori que sigui al mateix temps d'atribució universal (designa d'hereu) i d'atribució particular; fins i tot amb lliurament de present per a alguns dels afavorits i no respecte els altres; o que per a algú dels hereus tinga caràcter simple i per als altres siga cumulatiu; o que un dels afavorits estiga gravat amb substitucions, càrregues o condicions, i els altres no.

3. *Què vol dir, en el cas de l'heretament cumulatiu, que el causant pugui excloure béns concrets de l'atribució de present?*

¹⁶ Sobre la causalització dels motius són interessants les consideracions de la professora ALASCIO a les pàgines 136 i següents de la seua repetida obra. Vide item: GINÉS CASTELLET (*Algunas reflexiones ...*, cit. pàg. 487). Destacable igualment n'és la posició del notari SERRANO DE NICOLÁS, Àngel, quan afirma que en els PPSS d'atribució particular, al tractar-se d'atribucions singulars de caràcter patrimonial, es pot parlar de causa gratuïta o onerosa, el que —diu Serrano— no n'és possible quan el pacte té caràcter universal (*Pactos sucesorios de atribución particular. Su relación con otras Instituciones sucesorias del propio Código Civil de Cataluña*, Revista General de Derecho Romano, n° 16, 2011).

Aquest dubte es planteja per la manera en la que molts dels grans despatxos jurídics redacten els heretaments de la «gent important», normalment grans empresaris que volen assegurar la successió de la seva empresa i el manteniment de la mateixa dins l'àmbit familiar. Amb aquesta finalitat, molts assessors comencen redactant un protocol familiar¹⁷.

Doncs bé, la manera que tenen els operadors d'ordenar l'heretament (habitualment cumulatiu, donats els seus avantatges fiscals) és començant definint el patrimoni empresarial (així, per exemple, *el conjunt d'empreses pertanyents al Grup Tal i Qual*) i, molt sovint, com el que vol normalment l'empresari causant és transmetre l'empresa als fills, però no la resta del seu patrimoni, la redacció habitual d'aquests heretaments sol ser la següent: «*NN institueix hereus de present, o sigui amb el caràcter i efectes de l'heretament cumulatiu, els seus esmentats fills en totes les accions i/o participacions socials que s'integren en el grup empresarial Tal i Qual, reservant-se l'heretant la lliure disposició del metàl·lic, fons d'inversió i actius financers en general, així com de la resta dels béns mobles o immobles de la seva titularitat futura o actual*»¹⁸.

I, en arribant ací, es plantegen un grapat de qüestions a les que cal donar resposta, a saber:

a) És això un heretament? Perquè caldria dir que l'hereu ha de ser cridat a una *universalitat*, mentre que el patrimoni empresarial no deixa de ser una *res certa*, per molt que se sustenti la teoria universalista de l'empresa. I més encara si l'heretant resulta que es reserva la disposició de la resta dels seus béns, o siga del «*universum ius*». No volem dir amb això que l'heretament esdevingui nul perquè l'article 423-3 CCC coneix la figura de *l'heres ex re certa*: «*1. L'hereu o els hereus instituïts solament en cosa certa, si concorren amb hereus instituïts sense aquesta assignació, en són simples legataris. - 2. Si l'hereu únic o tots els hereus instituïts ho són en cosa certa, en són estimats prelegataris i, excloent la cosa o les coses certes, tenen el caràcter d'hereus universals per parts iguals, si són més d'un.*»

Fins i tot, aquest tipus de redacció pot entendre's emparada en l'article 431-22.1 CCC: «*L'heretant es pot reservar, per a disposar-ne lliurement en donació, codicil, memòria testamentària o un altre pacte successori, els béns, les quantitats de diners o la part alíquota del seu patrimoni que estableixi en l'heretament.*»

¹⁷ Para la pena reiterar ací que no crec massa en la utilitat del dit protocol, fora del que és una bona disposició *mortis causa* —via testament o PS— i uns bons estatuts socials on es reguli adequadament la transmissió i, pot ser, les prestacions accessòries. Per cert, la resolució DGRN de 26 de juny de 2018 —BOE 10 de juliol de 2018— permet que la prestació accessòria es remeti al protocol familiar, degudament elevat a públic davant notari, encara que no estigui dipositat al Registre Mercantil, cosa en la que no soc massa d'acord; però no n'és el nostre tema.

¹⁸ Per exemple, veure com està redactat el PS que dona peu a la consulta ATC 286/2019, de la que després en tractarem.

Però, no gensmenys la figura de l'hereu en cosa certa i l'admissió de la «reserva universal» per fer donacions que admet una sentència de l'Audiència Provincial de Lleida (338/2012, de 29 de setembre, ponent A. C. Sainz Pineda), que revoca la sentència de primera instància, el cert és que els problemes que planteja aquest tipus d'heretament són força considerables¹⁹.

b) ¿Podrà l'heretant disposar *mortis causa* «instituint hereus» en els béns reservats? Em sembla obvi que no. Fora del cas de l'heretament preventiu, ex article 431-21 CCC, la institució d'hereu via heretament és definitiva i tanca la porta (excepte en els casos excepcionals de revocació) al nomenament «d'un altre hereu».

c) Però, ¿podrà l'heretant disposar mitjançant llegats dels béns reservats? Això sí sembla perfectament possible, donat el que disposa l'article 431-22.1 que acabem de veure.

d) I encara resta un dubte: ¿Aquesta reserva per a disposar *mortis causa* ha d'ésser expressa o cap dins de la reserva genèrica que vàrem veure contempla l'article 431-19.2? La solució és molt dubtosa, però, posats a prendre postura, entenc que aquesta reserva haurà d'ésser expressa: cal tenir en compte que en l'heretament (tant si és simple com cumulatiu) l'hereu designat ho és ja «des d'ara» (art. 431-18.1), té una expectativa irrevocable a succeir en tot el patrimoni de l'heretant (llevat allò que, ja de present, l'haja estat transmès); així doncs tindrà dret a tot allò que no estiga expressament exclòs «de la successió», pel qual sembla de tota lògica que la reserva per a disposar *mortis causa* haja d'ésser expressa.

e) Canviant de tema, però continuant amb l'objecte, ¿què vol dir l'article 431-7.1 CCC quan disposa: «... *L'escriptura de pacte successori pot contenir també estipulacions pròpies d'un protocol familiar i altres estipulacions no successòries, però no disposicions d'última voluntat*»? Sobta aquesta darrera frase perquè precisament en els PPSS tenen cabuda tot tipus de «disposicions d'última voluntat», tal com resulta de l'article 431-5.1 quan diu: «*En pacte successori, es pot ordenar la successió amb la mateixa amplitud que en testament. Els atorgants hi poden fer heretaments i atribucions particulars, fins i tot d'usdefruit universal, i subjectar les disposicions, tant si es fan a favor d'ells com de tercers, a condicions, substitucions, fideïcomisos i reversions. També s'hi poden designar marmessors, administradors i comptadors partidors.*»

¿Quines són, doncs, les «disposicions d'última voluntat» que no es poden fer en PS? L'única interpretació possible és que per al CCC els PPSS no recullen «actes d'última voluntat», sinó de voluntat «actual o de present amb efectes *mortis causa*».

¹⁹ La sentència de l'Audiència de Lleida revocà la de primera instància que precisament havia declarat nul·les les donacions fetes per un heretant (sota capítols, d'acord amb el règim aleshores vigent del Codi de Successions) que s'havia reservat la possibilitat de fer donacions respecte de «tota la resta de béns» no inclosos en l'heretament.

Així interpretat, l'article 431-7.1 voldrà significar que en un PS no es poden combinar disposicions irrevocables (les pròpies d'un pacte) amb disposicions unilateralment revocables, perquè aquestes no són pròpies d'un PS, sinó d'un testament²⁰.

V. LA FORMA

Podrà semblar que en matèria de forma no hi cap problema, perquè l'article 431-7.1 CCC n'és molt clar: «*Els pactes successoris, perquè siguin vàlids, s'han d'atorgar en escriptura pública, que no cal que sigui de capítols matrimonials*». Però, no obstant la claredat de l'art. 431-7.1, hi ha un grapat de casos que no són gens clars.

La pràctica demostra que molts PPSS, sobretot quan formen part d'un protocol familiar d'ordenació empresarial, són atorgats per un munt de persones que no sempre són fàcils d'aplegar en unitat d'acte. Pensem en un pacte que atorguen quatre germans empresaris entrats en anys, cadascú amb tres o quatre fills, que al seu torn tenen diversos fills, tots ja majors d'edat. La intenció dels avis heretants és lligar als fills i als nets a fi i efecte d'assegurar la continuïtat de l'empresa en l'àmbit familiar. Fàcilment l'atorgament d'una escriptura així aplegarà a vint o trenta atorgants. Veiem els problemes a que dona lloc una escriptura així.

Qüestions

La principal deriva del fet que difícilment tots els atorgants podran estar presents en allò que els notaris diuen «unitat d'acte» i que, fins i tot, encara que hi

²⁰ Aquesta sembla ser la interpretació del professor EGEA quan escriu: «La possibilitat de realitzar atribucions a títol particular en capítols matrimonials juntament amb l'heretament ja era implícita en l'art. 68 CS, però hom entenia que havien de ser revocables, com els llegats. Ara, el plantejament del Codi és l'invers: ja no serà possible fer llegats en l'escriptura pública d'heretament, atès que l'art. 431-7 prohibeix que aquesta pugui contenir disposicions d'última voluntat». (RJC cit, pàg. 30).

De ser aquesta la bona interpretació, no podré estar més en desacord amb la qualificació dels PPSS com disposicions de «no última voluntat», perquè una cosa és que el PS sigui un acte entre vius —òbviament un mort no pacta— però és un acte d'última voluntat. És més, no se m'acudeix cap acte de més última voluntat que un heretament (i encara més si n'és cumulatiu), en el que un viu ja determina qui serà el seu hereu. A banda d'açò, ¿és que els notaris, quan autoritzen un pacte successori, no han de remetre el part corresponent al Registro de Actos de Última Voluntad del Ministerio de Justicia, exactament igual que quan autoritzen un testament?

A més, l'article 431-7.1 és totalment contradictori amb l'article 431-8.1 que preveu, precisament, l'obligació del notari de comunicar al Registre d'actes d'última voluntat, com no podia deixar de ser-ne.

Coincidisc, així, amb Enric BRANCÓS, al que aquesta norma li sembla totalment incompressible i el «descoloca» (op. cit. pàgs. 36-37), així com quan afirma en un altre lloc (*Comentarios ...*, pàg. 832) que no res impedeix que, sota un mateix suport documental, o siga, sota un mateix número de protocol notarial puguin atorgar-se diferents negocis jurídics, que seran vàlids en tant els requisits de forma de tots ells siguin complerts. En el mateix sentit ALASCIO CARRASCO (*Los pactos sucesorios ...*, cit, pàg. 101).

haja el compromís de presència, a l'hora de la signatura algú fallarà. Solucions teòriques per a eixir d'aquest impàs són: 1. l'atorgament per poder i 2. l'atorgament successiu via adhesió i/o ratificació. En són possibles aquests vehicles jurídics? Analitzem-lo.

1. L'atorgament del PS per poder. Cap, efectivament, l'atorgament del pacte per apoderat, però sempre que el mandat s'ajusti estrictament a allò que disposa l'article 431-7.3 CCC:

«Els atorgants d'un pacte successori que no siguin causants de la successió futura poden delegar en poder especial la compareixença a l'acte de formalització del pacte, sempre que l'escriptura pública d'apoderament reculli el contingut complet de llur voluntat». D'on resulta:

a. No tots els atorgants del PS poden delegar la signatura mitjançant un poder notarial, sinó només els que podríem anomenar els «afavorits», mai els causants, de la mateixa manera que no cap al CCC el que altres legislacions diuen *poder testatori* i unes altres testament per comissari²¹.

b. Els simplement afavorits (que no assumeixen cap càrrega ni obligació) no cal que compareguen. Ara bé, com és obvi, en tots aquells PPSS en que hi haja una transmissió de present, el beneficiari haurà d'ésser també atorgant del pacte (per se o per representació), ja que cap bé pot ingressar en el patrimoni d'un subjecte sense la seua conformitat al respecte.

c. Més que d'un poder haurà de tractar-se d'un mandat concret, en el que el mandatari actua no com un apoderat amb facultats decisòries, sinó més bé com un *nuntius*. Repareu que l'article que comentem mana que *l'escriptura pública d'apoderament reculli el contingut complet de llur voluntat*²².

d. Conseqüència de l'anterior és que mai aprofitarà per l'atorgament d'un PS l'anomenat poder general, per molt que reculla les més àmplies facultats d'administració, disposició i, fins i tot, la de fer donacions (cosa que, dit siga de passada, va admetre la Dirección General de los Registros y del Notariado —Res

²¹ No es mostren massa partidaris de la interdicció del poder respecte dels atorgants causants els professors EGEA (RJC, cit, pàgs. 142-143) i FERRER RIBA (*Comentaris ...*, cit, pàg. 1073). A mi, en canvi, em sembla correctíssima la dita prohibició: no es pot deixar a criteri d'un tercer (l'apoderat) el fet de testar o no testar (en el fons, agradi o no, un pacte successori no preventiu és, respecte del causant, un testament o un codicil irrevocable); no pot ser que s'arribe al cas extrem en el que una persona muiga sense saber si mor abintestat o no; si el testament, que es pot revocar demà, no pot atorgar-se per poder, seria del tot incoherent que es poguera fer un pacte successori.

²² Com diu PUIG FERRIOL, *Institucions...*, pàg. 445, la tercera persona no intervé com representant, sinó com *nuntius*, ja es limita a ser un simple transmissor d'una voluntat completament formada. Per altra banda, com diu ALASCIO CARRASCO (*Los pactos sucesorios ...*, cit, pàg. 67), el poder cal que continga no només la voluntat de l'afavorit, sinó també la del causant. El «llur» no està referit a tots els afavorits, sinó tots els atorgants del pacte. Així doncs, a la pràctica, el poder notarial haurà de transcriure totes les clàusules del pacte.

25 d'octubre de 2016, al BOE de 18 de novembre— per molt que sigui força discutible).

Cabria plantejar-se si un poder per fer donacions (si s'admet) podria servir per a signar un PS d'atribució particular amb entrega de present, donat que ja hem vist l'article 431-29.3 diu literalment que «*l'acte es considera donació*». La resposta, al meu judici, és negativa. Encara més, l'article 431-7.3. CCC confirma, almenys pel Dret català, el criteri dels que entenem que no cap la donació per poder si el poderdant no ha assenyalat, almenys, el donatari o grup de donataris (*els meus fills*, per exemple).

2. L'atorgament successiu. Tornant a la vulgar pràctica, els operadors jurídics es trobaran, amb molta freqüència, amb una sala plena d'atorgants disposats a signar el pacte ... però que manca un d'ells que no ha pogut assistir-hi a última hora. La solució, en principi, sembla senzilla, ja que en la tècnica documental hi ha dues solucions que estan a l'abast: a) que un dels atorgants assumisca el mandat verbal del que no ha pogut estar-hi present, el qual ratificarà a posteriori; o b) que l'escriptura de PS preveja atorgaments successius mitjançant la tècnica de l'adhesió.

Al meu judici, cap de tots dos instruments jurídics, propis dels actes *inter vivos*, no poden ser aplicats als actes *mortis causa*. Afirmació que respecte dels atorgants/causants faig radicalment; i, respecte dels atorgants no causants, amb algun dubte.

Si l'article 431-7.3 no permet, en cap cas, que l'atorgant/causant comparega a l'escriptura de PS per poder, tampoc podrà atorgar per ratificació o adhesió, que no deixen d'ésser un «poder a posteriori». Però, a més a més:

- ¿Quina data tindria la disposició *mortis causa* dels atorgants/causants inicials, la del dia en el que atorgaren o la del dia de l'última ratificació/adhesió?
- ¿Es tractaria, aleshores, respecte dels primers atorgants d'una disposició *mortis causa* condicional, o siga, subjecta a la *conditio iuris* de la posterior prestació del consentiment per l'altre o els altres atorgants?
- ¿Podrien els atorgants posteriors comparèixer davant un altre notari, tal com és habitual en els instruments entre vius?
- ¿Quid si en el temps entremig mor algun dels atorgants inicials, valdria aleshores «a mitges» el pacte?
- ¿Té sentit que els atorgants inicials marxen de la notaria sense saber si ja han disposat *mortis causa* o no?
- ¿Quid si *medio tempore* un dels atorgants inicials atorga un testament? ¿No podrà fer-ho, encara que el PS «no estiga acabat»? ¿O s'entendrà que el testament val, però que queda revocat si «l'atorgant posterior» ratifica el PS?

Entenc que no cal donar resposta a totes aquestes preguntes. Basta amb plantejar-les per a demostrar que els instituts de la ratificació i de l'adhesió no s'ajusten en absolut a les disposicions *mortis causa*.

Ens queda, no obstant, analitzar si totes aquestes raons són també aplicables als atorgants no causants i, dins d'aquest grup, als que resulten ser simplement «afavorits». Que, dit sigui de passada, són els que més solen fallar a l'acte de la signatura, probablement perquè també solen ser els més joves. Puix bé, respecte d'ells reconec que tinc més dubtes, perquè, si l'article 431-7.3 permet l'atorgament amb poder especialíssim que *reculli el contingut complet de llur voluntat*, cap argumentar que la posterior ratificació i/o adhesió, per definició, recull el contingut complet, no solament de *llur voluntat*, sinó de tot el PS.

Pot ser ens inspire una miqueta l'article 431-3 CCC quan diu que «... *si un atorgant d'un pacte successori té només la condició d'afavorit i no li és imposada cap càrrega, pot consentir en la mesura de la seva capacitat natural o per mitjà dels seus representants legals o amb l'assistència del seu curador.*» Per què vinc a aquest article? Perquè d'ell resulta una distinció molt important, ja que: si a l'afavorit, que a més és atorgant, no se l'imposa cap càrrega, cap deduir que no ha influït en la *voluntas mortis causa* del causant, però que en l'altre cas hi ha un cert grau de correspectivitat, de manera que, sense l'acceptació de la càrrega, el causant no hagués fet l'atribució. I, com crec que ja he demostrat abans, el que no es pot admetre és que el causant acabe la signatura del seu PS sense saber si ha disposat *mortis causa* o «encara» no ho ha fet.

Per allò que hem dit, l'atorgament successiu, amb molts dubtes (i amb molta por si fos el notari autoritzant), només es podrà admetre per l'afavorit «pura i simplement», o siga, sense cap càrrega que poguera condicionar la resta de disposicions.

Les qüestions ací plantejades no són teòriques, ni molt menys. Cal tenir en compte allò que disposa l'article 431-9.1 CCC: «*Són nuls els pactes successoris que no corresponen a cap dels tipus que estableix aquest codi, els atorgats per persones no legitimades, o bé sense observar els requisits legals de capacitat i de forma ...*» A voltes no es pensa suficientment que en són molt diferents els negocis *inter vivos* i els *mortis causa*. En els *inter vivos* el requisit de la forma és, normalment, *ad probationem*; en els negocis *mortis causa* la solució legal és la contrària: la forma (i fins i tot «les formalitats de la forma») són *ad substantiam*. I l'article 431-9.1 n'és una bona prova.

Així doncs, ¿què passarà si, dins de deu, quinze o vint anys, s'impugna el PS per defectes formals com, si és el cas que analitzem, perquè s'haja atorgat «de forma successiva»? ¿O si l'heretant disposà per testament posterior dels béns que s'havia reservat, creient que podia fer-ho, i la jurisprudència futura entén que aquesta reserva només es pot exercir per negoci entre vius? Perquè la qüestió fiscal, l'hauem solucionada, però l'embolic substantiu que deixem pel futur pot ser

enorme. Haurem fet tot el contrari d'allò que pretenien els atorgants: complicar al màxim la continuïtat de l'empresa.

SEGONA PART: ASPECTES FISCALS D'ACTUALITAT

Fins ací hem analitzat els aspectes substantius d'una modalitat de successió *mortis causa* que, com diu el notari LÓPEZ BURNIOL²³, semblava estar destinada a Catalunya rural i que a hores d'ara està sent profusament utilitzada a les àrees urbanes i industrials, sobretot, afegiré jo, per les «famílies adinerades». Per què està passant açò? La resposta n'és senzilla: pel boníssim tractament fiscal que Hisenda dispensa hui als PPSS. Ara bé, serà així fins que el fisc reaccione o canvie la normativa reguladora de l'impost de successions i donacions, el que, a bon segur, no trigarà gaire²⁴.

Però, abans d'endinsar-nos en matèria fiscal, és obligat tractar una qüestió prèvia d'índole civil: la natura del títol adquisitiu del beneficiari pel pacte successori, és *inter vivos* o és *mortis causa*? Perquè de la solució que donem a aquest interrogant dependrà la normativa tributària aplicable.

Para la pena recollir en aquest punt les reflexions del professor EGEA quan escriu: «... mentre l'heretament simple amb donació de present de béns concrets el Codi sembla partir de què hi ha dos negocis que atorguen a l'afavorit dos títols adquisitius diferenciats (el d'hereu i el de donatari), en l'heretament cumulatiu hom parteix de què només hi ha un negoci (l'heretament) que confereix un únic títol que és, alhora, la causa de l'adquisició *inter vivos* de la universalitat dels béns presents i *mortis causa* respecte de la resta de béns (els exclosos de l'adquisició de present i els adquirits per l'heretant després de l'atorgament de l'heretament —art. 431-28—)²⁵».

És a dir, per a EGEA, en el cas, diguem-ne *màxim*, de l'heretament cumulatiu hi ha quelcom així com un «títol atributiu mixt»: *inter vivos*, respecte dels béns actuals, i *mortis causa*, respecte dels béns futurs i els exclosos (i, respecte d'aquests, en tant continuen en el patrimoni del causant al temps de la seua mort)^{26 26bis}.

²³ J. J. LÓPEZ BURNIOL, *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pàgs. 328 i ss.

²⁴ Vide allò que es diu més endavant, a la nota final.

²⁵ Joan EGEA, RJC cit, pàg. 29. De la mateixa opinió és ALASCIO CARRASCO (*Los pactos sucesorios ...*, cit, pàg. 90).

²⁶ Encara més radical n'és la professora SOLÉ RESINA quan afirma: «l'heretament cumulatiu també inclou dos títols, el d'hereu i el de donatari i es caracteritza perquè l'objecte de la donació pot ser tot el patrimoni present de l'heretant. La donació de present un cop acceptada és irrevocable i la transmissió dels béns és definitiva». *Lliçons de Dret civil català VII. Dret de successions*. M^a del Carmen Gete Alonso Calera y Judith Solé Resina, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2020, pàg. 189.

^{26bis} Certament, ja amb la Compilació de 1961, negaren el caràcter mixt dels heretaments els professors Lluís PUIG FERRIOL i Encarna ROCA TRIAS (*Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña*, T.

Però per a benefici dels contribuents, no és aquesta la interpretació que, a hores d'ara, preval en l'àmbit dels tribunals contenciosos-administratius (TS, inclòs: veurem més endavant la sentència de 9 de febrer de 2016) ni tampoc en el de l'administració tributària, tant central com autonòmica, que en tot cas d'adquisició derivada d'un pacte successori (fora que la pròpia llei civil diga una altra cosa, com és el cas del pacte d'atribució particular amb entrega de present del CCC) entenen que el títol adquisitiu és *mortis causa*.

Les consultes vinculants de l'Agència Tributària (CV) 4733-16, de 8 de novembre, i 2387-18, de 4 de setembre, són claríssimes a aquest respecte.

Així, la CV 4733-16 diu literalment que «*No cabe duda de que, a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, los contratos y pactos sucesorios son títulos sucesorios, es decir, tributan por el hecho imponible regulado en la letra a) del artículo 3.1 de la LISD, y no por el de la letra b), que corresponde a los negocios jurídicos lucrativos inter vivos. Lo expuesto es plenamente aplicable al pacto sucesorio de heredamiento cumulativo a que se refiere el artículo 431.19.2 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Dicho pacto, por el que se instituyen herederos en la calidad de sucesiones a título universal, no pierde ese carácter en el caso de exclusión de determinados bienes de la transmisión de presente que se efectúa con motivo del pacto. Y ello sin perjuicio de que, de acuerdo con el artículo 24 antes reproducido, al producirse adquisición de bienes y derechos en vida del futuro causante el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se devengue el mismo día en que se celebre el referido contrato o pacto sucesorio, pues es en ese momento cuando se produce la adquisición. En este caso, el tratamiento fiscal a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se subordina al que se produce en el Derecho Civil, es decir, la LISD hace depender el devengo del impuesto —que en general se produce en el momento de la adquisición sucesoria de los bienes y derechos por el sujeto pasivo— del momento en que tiene eficacia la adquisición a efectos civiles.*» I la CV 0781-18, de 21 de març, també respecte a l'heretament cumulatiu, afegeix que «*En cuanto al devengo del impuesto, se producirá el día de la firma del pacto sucesorio por todos aquellos bienes y derechos que los hijos de la madre “heredante” adquieran en esa fecha*».

III, 2. Bosch, 1980, p. 177 i ss.), considerant que els PPSS tenen naturalesa exclusivament *mortis causa*. Del mateix criteri participa hui el notari Enric Brancós, com nés de veure en la contesta a aquest discurs.

D'altra banda, pel dret basc i aragonès són força interessants els articles del notari de Donostia F. Javier OÑATE CUADROS titulats: *Comentario a los artículos 100 a 103 de la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco* (en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*, pàgs. 783-818, coord. Urrutia Badiola, AVD-ZEA, Colegio Notarial del País Vasco, Dykinson, 2020); *Un cambio de paradigma: Los pactos sucesorios* (Egiunea, Revista del Colegio Notarial del País Vasco, nov-2020, ene-2021, pàgs. 21-25); i *Los pactos sucesorios: su vigencia hoy y su tratamiento tributario* (en *Actas del XXIX encuentro del Foro de Derecho Aragonés*, pàgs. 21-25, 2021).

pel dret balear cal tenir present el treball del també notari i president el Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears Bartolomé BIBILONI GUASP: *El pacto sucesorio de definición balear otorgado por extranjeros residentes en España*, publicat en la web notariosyregistradores.com.

No menys contundent és la CV 2387-18 al respondre: «*Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2016 ... recalca que los pactos sucesorios son adquisiciones patrimoniales lucrativas por causa de muerte, sin que su naturaleza jurídica sufra por el hecho de que el efecto patrimonial se anticipe a la muerte. Teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial, reiterado en Resolución de 2 de marzo de 2016 por el Tribunal Económico Administrativo Central en recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, cabe entender que la transmisión de bienes de presente que se produzca a través de un pacto sucesorio, le resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006, conforme al cual “se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente. En definitiva, será de aplicación dicha norma del IRPF respecto del heredamiento acumulativo del 431.19.2 de la Ley 10/2008”*».

No cal dir que n'estic molt més d'acord amb el professor Egea que amb els tribunals (contenciós-administratius i, per açò, no massa curosos en qüestions civils una miqueta complexes) i l'Administració tributària, que, encara ho siga per una sola vegada, són extraordinàriament generosos amb els contribuents.

Però el que sí vull insistir, i no serà l'última vegada, és que em sembla molt perillós muntar tota una successió sobre la base d'uns pactes que, més que a «raons civils», obeeixen a raons fiscals força discutibles. Fet aquest aclariment imprescindible, veiem quina és la fiscalitat actual (dubte molt que futura) dels pactes successoris.

Com tots sabem, qualsevol transmissió gratuïta, no *mortis causa*, sinó *inter vivos* (donació, habitualment) merita els següents impostos:

- a) Impost de Successions i Donacions (ISD).
- b) Impost d'Increment del Valor dels Immobles de Naturalesa Urbana (IIVTNU), vulgarment dit Impost de Plus Vàlua, si la transmissió inclou d'immobles urbans.
- c) Impost sobre la Renda de les Persones Físiques (IRPF), en cas d'increment de valor produït entre l'entrada i l'eixida del bé en el patrimoni del transmissor, o sigui, per allò que la llei diu «guany patrimonial».

Veiem ara què passaria si aquesta transmissió fos via PS.

PS D'ATRIBUCIÓ PARTICULAR (PSAP)

Imaginem que NN vol regalar al seu fill un immoble o unes accions i/o participacions de la seua companyia.

- i. Si signa amb el fill un PSAP amb transmissió de present: Tributarà exactament igual que si fes una donació (ISD + IIVTNU + IRPF), doncs l'ar-

article 431-29.3. CCC, com ja hem vist, equipara totes dues figures. (CCVV de la D. G. de Tributos V-1521/14, V-4733/16 i 3195/17)²⁷.

I, encara més greu des del punt de vista de la fiscalitat, pot ser que fins i tot es neguen els beneficis fiscals que corresponen a la successió de l'empresa familiar, per l'inconcebible argument de l'administració tributària de que, com no es tracta d'una atribució *inter vivos* ni *mortis causa*, sinó d'un *tertius genus*, no gaudeix dels beneficis fiscals de les unes ni de les altres. És el cas de les sorprenents consultes vinculants V1788-20, V1790-20 i V1792-20, de 5 de juny, de la Direcció General de Tributos estatal²⁸.

²⁷ La consulta vinculant n° 1521/2014 diu: ... *si el pacto provoca la transmisión de los inmuebles y los productos financieros, el devengo del Impuesto se producirá en dicho momento y la revocación del pacto provocará los efectos propios de una revocación de una donación, que no constituye un nuevo acto jurídico, sino la anulación de un negocio jurídico ya realizado y que se desbace, en este caso, conforme a la Ley, por lo que no puede tener la consideración de un nuevo acto sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Y ello, precisamente, porque no es un acto nuevo, sino la revocación de un negocio jurídico ya realizado, cuya eficacia cesa por la revocación.*

En cuanto a la tributación de la operación por la modalidad de actos jurídicos documentados, debe contestarse negativamente, pues el acto sustitutivo o subsistente estará sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, lo que impediría el devengo de la cuota gradual de actos jurídicos documentados. ...

Por lo que respecta a la transmitente, si el pacto provoca la transmisión de los inmuebles y los productos financieros, esa transmisión comporta, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, una alteración en la composición de su patrimonio que ocasiona una variación en su valor, es decir, se producen unas ganancias o pérdidas patrimoniales por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales, tal como resulta de lo dispuesto en los artículos 33.1 y 34 de la Ley 35/2006.

Ahora bien, respecto a esas ganancias o pérdidas patrimoniales procede realizar las siguientes precisiones:

1. *Al producirse la transmisión de los inmuebles por un acto *inter vivos* y no en el momento del fallecimiento de la transmitente, las ganancias patrimoniales que en su caso pudieran producirse no se encontrarían amparadas por la excepción de gravamen que el artículo 33.3,b) de la Ley del Impuesto establece para la coloquialmente denominada plusvalía del muerto.*

2. *Deberá tenerse en cuenta, en caso de que el valor de adquisición fuera superior al de transmisión, lo dispuesto en el artículo 33.5,c) de la Ley del Impuesto, esto es: no se computarán como pérdidas patrimoniales las debidas a transmisiones lucrativas por acto *inter vivos* o a liberalidades.*

I afegeix la CV 4733/2016: ... en el caso del heredamiento (sic) por atribución particular, que también es pacto sucesorio conforme al artículo 431-29 de la propia Ley 10/2008, el apartado 3 de dicho precepto establece, frente al silencio que guarda la Ley respecto del heredamiento anterior, que en el caso de transmisión de presente de bienes, dicho acto de transmisión «se considera donación».

*Por la misma subordinación del tratamiento fiscal al Derecho Civil a que antes se hacía referencia, esa calificación comporta que el pacto sucesorio adquiere, por así decirlo, un carácter híbrido en tanto en cuanto, aun siendo una adquisición patrimonial por causa de muerte, la entrega patrimonial en vida del causante no sólo da lugar a un devengo «anticipado» conforme al artículo 24 de la Ley 29/1987 sino que habrá de regirse por la normativa propia de las adquisiciones a título gratuito e «*inter vivos*».*

De resultas de lo anterior, en los supuestos de heredamiento por atribución particular con transmisión de presente de bienes, la inexistencia de ganancia o pérdida patrimonial en el IRPF para el heredante tendría que canalizarse por la vía de la letra c) del artículo 33.3 de la Ley 35/2006, siempre que la donación se ajuste estrictamente a los requisitos establecidos en el artículo 20.6 de la Ley 29/1987.

²⁸ Les consultes V1788-20, V1790-20 i V1792-20 són, en realitat, una sola, ja que responen a tres consultes idèntiques formulades per tres germans respecte d'un mateix pacte successori de dret balear. La consulta versava sobre la tributació del pacte successori balear anomenat «de

ii. Però, si el generós NN de l'exemple signa amb el seu fill un PSAP sense transmissió de present: no es merita, de moment, cap impost (CCVV DGTr vistes al punt anterior). La raó rau en que civilment té que el tractament d'un llegat, el que arrossega el mateix tractament fiscal que el que és propi de les atribucions *mortis causa*²⁹.

definició» (per a Mallorca) o de «finiquito de legítima» (per a Eivissa i Formentera) —en el cas es tractava d'aquest— en virtut del qual el descendent d'un causant, a canvi d'una donació de present que aquest li fa, renuncia a la legítima futura (arts. 50 i 51 —per a Mallorca— i art. 77 —per a Eivissa i Formentera— de la Compilació de Dret Civil de Balears). Doncs, bé, a aquest respecte la DGTr fa les següents afirmacions:

«No cabe duda de que, desde el punto de vista civil, el finiquito de legítima es un supuesto de pacto sucesorio. En concreto, es un pacto sucesorio de los llamados “de no suceder” o “de renuncia” ... el tratamiento (fiscal) que debe darse al “finiquito de legítima” ... es el que corresponde a las adquisiciones “mortis causa” y, consiguientemente, será de aplicación, en su caso, el supuesto de reducción previsto en el artículo 20.2.c) de la LISD siempre que, como es obvio, se cumplan los requisitos establecidos en dicho precepto ...

La cuestión que se suscita ahora es si en el caso de pactos sucesorios de los llamados de presente, es decir, aquellos en los que la adquisición se produce en vida del causante de la adquisición —y, por ello, antes de su fallecimiento—, para determinar la aplicación de una reducción de la base imponible, se han de aplicar las reglas y requisitos de las adquisiciones “mortis causa” o las de las adquisiciones gratuitas “inter vivos”, dada la naturaleza híbrida de tal tipo de pactos sucesorios, en el sentido de que se perfeccionan y tienen efectos en vida del futuro causante, pero se realizan con proyección a su futuro fallecimiento ... la respuesta ha de ser que deben aplicarse las normas correspondientes a las adquisiciones “mortis causa” ... no parece razonable interpretar que, dada la especial naturaleza de los pactos sucesorios de presente, deberían aplicarse las condiciones y requisitos de las adquisiciones lucrativas «inter vivos» con el argumento de que en estos pactos sucesorios el causante de la adquisición aún no ha fallecido. Y ello porque tales pactos sucesorios constituyen una modalidad de adquisición “mortis causa”, no solo por haberlo establecido así expresamente el artículo 11.b) del RISD, sino también porque así lo ha determinado el Tribunal Supremo en la reseñada sentencia de 9 de febrero de 2016. ... (no) cabe presumir que se trate de un olvido del legislador, pues si este hubiera querido establecer una regla especial y extender la aplicación de la reducción prevista en el artículo 20.2.c) de la LISD a los llamados pactos sucesorios de presente, así lo habría hecho.»

Puix bé, la conclusió de la DGTr és que «La institución del Derecho Civil de Baleares denominada “finiquito de legítima” es un pacto sucesorio. Los pactos sucesorios son títulos sucesorios a los efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Por lo tanto, el tratamiento que debe darse al “finiquito de legítima” en este impuesto es el que corresponde a las adquisiciones mortis causa y, consiguientemente, será de aplicación el supuesto de reducción previsto en el artículo 20.2.c) de la LISD. En este sentido, (i ara ve la sorpresa) cabe indicar que la reducción regulada en el referido precepto no resultará aplicable a los llamados pactos sucesorios de presente, como el “finiquito de legítima”, al no cumplirse el requisito de que el causante de la adquisición sea una persona fallecida».

Com diu, comentant aquestes consultes, el fiscalista Santos Crowe (diari Expansión, 9 de setembre 2020): La DGT ha sido reacia a contestar muchas de las consultas vinculantes que se han formulado sobre la tributación de los Pactos Sucesorios, probablemente porque no le gustaba el sentido en el que tenía que pronunciarse, hasta que, después de estos 4 años, alguien ha advertido la utilización de la palabra «fallecido» en la normativa reguladora de la referida reducción y, así, ha elevado el fallecimiento físico a requisito sustancial para aplicar la reducción. La inseguridad jurídica que estas posiciones provocan es manifiesta. Y, además, como el Pacto Sucesorio no es una donación, tampoco aplica, en opinión de la DGT, la reducción prevista para las transmisiones gratuitas inter vivos. ¡Tremendo! ... «la consulta nos sitúa en un limbo, ni inter vivos ni mortis causa, y eso solo existe en el purgatorio de Dante».

²⁹ Així, doncs, el meritament del ISD està supeditat al moment en que es transmeten els béns i drets al beneficiari. Tal i com ho ha assumit l'Agència Tributària de Catalunya que, en Consulta número 397E/17, de 21 de febrer de 2018, conclou: «... si la celebració d'un contracte

Però, arribats ací, reparem que, des d'una perspectiva pràctica, és quasi el mateix donar *inter vivos* un bé amb reserva d'usdefruit (que tributarà, des de ja, pels tres conceptes abans dits), que signar un PS d'atribució particular sense entrega de present, ja que: el causant seguirà sent-ne l'amo, per la qual cosa també tindrà els fruits, però no podrà disposar sense el consentiment del beneficiari del pacte, el qual, per més seguretat, podrà fer constar aquesta limitació per nota marginal al Registre de la Propietat o, en el seu cas, al Llibre registre de socis o d'accionistes. És a dir, la posició econòmica del beneficiari és força semblant a la del donatari de la nua propietat (salvant, això sí, el dret de vot que correspondria al propietari —donatari, en un cas; causant, en l'altre— si es tractés d'accions o participacions socials)³⁰.

Però, encara que la diferència econòmica és poca, la diferència fiscal és molt substancial, ja que:

- a) el pagament de l'ISD i de la plus vàlua municipal quedarà diferida a la mort del causant transmissent; i
- b) mai es meritara IRPF per l'increment de patrimoni teòric del causant.

Així, doncs, els avantatges d'optar per un PS amb entrega diferida a la mort, en lloc de per una donació *inter vivos* amb reserva d'usdefruit són força evidents.

PS D'ATRIBUCIÓ UNIVERSAL (HERETAMENT)

i. *Heretament simple (sense transmissió de present)*

En aquest cas l'heretant es limita a atribuir a una o vàries persones la qualitat d'hereu, sense que, de moment, haja cap transmissió. És més, la formalització d'aquest tipus d'heretament no limita de cap manera les facultats de l'heretant per disposar dels seus béns a títol onerós entre vius (per les disposicions a títol gratuït, veure art. 431-25 CCC). Evidentment, pel fet d'atorgar

o pacte successori produeix alguna adquisició de béns o drets en vida del futur causant, l'impost sobre successions i donacions es meritara el mateix dia de la celebració del pacte, atès que serà el moment en què es produeixi l'adquisició.» I serà d'aplicació la normativa en vigor en el moment en què es merite l'impost; però, com apunta la Consulta anteriorment referenciada: «(si) l'adquisició de la propietat, en virtut del pacte successori, es produirà amb la mort del causant, la qual cosa farà que l'impost es merite el mateix dia de la mort d'aquest últim i serà aquesta data la que determinarà el tipus aplicable, les reduccions que siguin procedents.» Igual es manifesta la més recent Consulta ATC V-533/19.

³⁰ Com diu ALASCIO CARRASCO (*Los pactos sucesorios ...*, cit, pàg. 88) «el pacto sucesorio de atribución particular y la donación con aplazamiento de los bienes a la muerte del donante, por un lado, y el pacto sucesorio de atribución particular preventivo y la donación *mortis causa* de la otra, son instituciones con una regulación y unos efectos diversos, pero que, materialmente, producen un resultado similar».

aquest tipus de PS no es merita cap impost. És a dir, es tributarà al temps de la mort de causant exactament igual que si s'hagués disposat per testament. I, si a més de la institució hagués alguna donació de present, aquesta tributaria com tal. Cap avantatge, doncs, des de la perspectiva estrictament fiscal.

No obstant, la cosa varia radicalment en el cas de l'heretament cumulatiu, tal i com passem a examinar.

ii. *Heretament cumulatiu (amb transmissió de present)*

Començarem reiterant que l'heretament simple, del que acabem de parlar, no perd aquest caràcter pel fet de que, dins d'ell mateix, haja una donació de present de béns concrets a favor de la persona instituïda (art. 431-19.1). En aquest cas la «donació de present» tributarà «des de ja» com qualsevol altra donació (és a dir: ISD + IIVTNU, a càrrec del donatari/heredu, + IRPF a càrrec del causant/donant). El bon tractament fiscal el trobem a l'heretament cumulatiu, en el que, per definició, ha d'haver transmissió de present.

Suposem un empresari el patrimoni del qual es compona, a banda de l' aixovar domèstic, de: a) diners i actius financers; b) participacions en les seves empreses; i c) tres habitatges ubicats, respectivament, a Barcelona, Madrid i València. L'empresari vol transmetre al seu fill únic, ja des d'ara, les seues companyies i l'habitatge de Madrid, excloent-ne, d'acord amb l'article 431-19.2 CCC, la resta dels seus béns.

Insistiré en que, al meu judici, un heretament ben fet no deu dir «*Instituïsc hereu al meu fill en les accions participacions socials i en el pis de Madrid ... i em reserve la disposició de la resta dels meus béns*»; sinó que la redacció correcta ha d'ésser la inversa: «*Instituïsc hereu al meu fill, mitjançant aquest heretament cumulatiu, en tots els meus béns (afegint-ne, si es vol: —entre el que s'inclouen les accions participacions socials del Grup ZZ i el pis de Madrid—) i em reserve la propietat dels diners i actius financers i dels dos pisos que en tinc, l'un a Barcelona i l'altre a València*». I això, tot interpretant amplament l'art. 431-19.2 en el sentit que l'expressió béns concrets abasta els conjunts, com és el cas dels diners i els actius financers, cosa que, ho reconec, pot ser discutida, però que troba empara en l'article 431-22.1 CCC. Veiem, doncs, com tributaria aquest heretament cumulatiu.

La tributació en ISD i IIVTNU (plus vàlua municipal), a càrrec de l'afavorit, serà la mateixa que en una herència, si bé tenint present que tots dos impostos es meriten al temps de la signatura de l'heretament cumulatiu, que és quan es produeix la transmissió. Però, anem ara amb els avantatges, cosa per la que seguirem els criteris ja assentats en les CCVV DGTr V-0781/18 i V-2618/18; i la CV ATC 286/19, entre d'altres:

a) El causant no tributarà res pels guanys patrimonials al IRPF per la diferència entre el valor «històric» i l'actual de les seues empreses i del seu pis

a Madrid. Concepte pel que sí hauria de liquidar, si en lloc d'un heretament, haguera fet una donació.

b) Es mantenen, per suposat, els beneficis fiscals adients a la transmissió de l'empresa.

c) I, molt important, tot allò que l'hereu ha rebut de present no s'acumularà als béns que reba, al seu dia, per la resta de l'herència (amb la conseqüent rebaixa del tipus impositiu aplicable, donada la forta progressivitat del ISD), ja que, segons la resolució vinculant de la Dirección General de Tributos, CV 2235/2019: *La adquisición de distintos bienes inmuebles realizada mediante pactos sucesorios ... no han de acumularse a los efectos de determinar la cuota tributaria del impuesto ya que los supuestos de acumulación aplicables se circunscriben a negocios jurídicos gratuitos e inter vivos, pero no a supuestos de acumulación de títulos sucesorios*^{31 32}.

Tot açò ja seria més que prou per a justificar l'actual èxit dels PPSS. Però resulta que encara hi ha més «privilegis», tal com es pot veure a la consulta recentment resolta per l'Agència Tributària de Catalunya: CV ATC 286/19.

En el cas consultat a la Hisenda catalana, a més de les qüestions abans tractades i d'unes altres que no venen al cas, l'empresari contribuent pregunta si aquesta doctrina (la que acabem de veure) es mantindria també en cas en que ell transmetés als fills una part molt majoritària de les seues societats i retingués una menuda part

³¹ Veure addenda final, sobre la modificació fiscal projectada a aquest respecte.

³² L'acumulació no procedeix, no solament en el cas d'heretament, sinó entre atribucions fetes en PPSS, en general. Ho expressa força bé l'economista i assessora fiscal Concha CARBALLO en un treball, encara no publicat, titulat *La regla de la acumulación en los Pactos Sucesorios*. Diu així:

La LISD (arts. 30, 60 y 61) regula los supuestos de acumulación de donaciones entre sí y de donaciones a la herencia del donante, pero no regula los supuestos de acumulación de un título sucesorio a la herencia de heredante.

Consecuentemente, la Dirección General de Tributos ha reconocido que no procede la acumulación:

1. De pactos sucesorios entre sí: ... CV 3087-13 de 17 de octubre, rectificando su criterio anterior. En el mismo sentido, la CV1206-14 de 30 de abril.

2. De pactos sucesorios a la herencia del heredante: ... CV2618-18 de 28 de septiembre. En el mismo sentido CV2387-18 de 4 de septiembre.

3. De donaciones a pactos sucesorios: Tratándose de una adquisición inter vivos que se acumula a una adquisición mortis causa, nada parece impedirlo. Pero hasta la fecha no nos consta que haya consultas o resoluciones al respecto.

4. De pactos sucesorios a donaciones: un pacto sucesorio no podría acumularse a una donación, dado que no consta regulado que una adquisición mortis causa pueda acumularse a una donación.

Resumiendo, la situación actual sería:

- Las donaciones se acumulan entre sí en el plazo de 3 años (art. 30.1 LISD).
- Las donaciones se acumulan a la sucesión en el plazo de 4 años (art. 30.2 LISD), quedando abierta la discusión de, si por sucesión, se entiende solo la derivada del fallecimiento, o quedan incluidas las resultantes de pactos sucesorios.
- Los pactos sucesorios no se acumulan entre sí, ni a la sucesión operada por fallecimiento del causante (CV 3087-13 y CV2618-18).
- Los pactos sucesorios no se acumulan a donaciones posteriores.

de les participacions, però amb vot plural, de manera que, de facto, l'empresari, pare i heretant, hauria transmès el 95% (per exemple) de les seues empreses, però continuaria mantenint el control per mitjà del seu vot majoritari³³.

³³ Pel seu indubtable interès, fins i tot des de la perspectiva del Dret civil, cal remarcar la resposta a la consulta 286/19 de la Agència Tributària de Catalunya:

Consulta núm. 286/19, de 14 d'octubre de 2019.

I. L'heretant es planteja formalitzar un heretament cumulatiu, instituint hereus als seus tres fills, atribuint-los de present per parts iguals un percentatge majoritari de les participacions que posseeix en la Societat A, i excloent de la transmissió de present la resta del seu patrimoni, amb aplicació de la reducció assenyalada del 95% la transmissió de participacions.

II. En relació amb el règim de tributació aplicable a l'heretament cumulatiu, es consulta: ...

/.../

En resposta a les consultes formulades en l'àmbit de l'impost sobre successions i donacions, i, amb caràcter previ a l'anàlisi de la reducció del 95% de la base imposable de l'impost, es fa avinent el següent:

—La figura civil de l'heretament encaixa dins els anomenats pactes successoris i es caracteritza per contenir la possibilitat d'instituir un o més hereus amb caràcter irrevocable, en principi. Aquesta institució es troba regulada en els articles 431-18 i següents de la Llei 10/2008, del 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions. Quant als heretaments cumulatius, cal estar al contingut de l'art. 431-19 de la Llei 10/2008:

/.../

Pel que fa al seu tractament en l'impost sobre successions i donacions, la Direcció General de Tributs del Ministeri d'Hisenda s'ha pronunciat en diferents consultes vinculants en què conclou que l'heretament cumulatiu és una institució successòria que tributa en la modalitat impositiva de successions i que es merita en el moment de l'atorgament del pacte successori:

/.../

Lo expuesto es plenamente aplicable al pacto sucesorio de heredamiento cumulativo a que se refiere el artículo 431.19.2 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Dicho pacto, por el que se instituyen herederos en la calidad de sucesiones a título universal, no pierde ese carácter en el caso de exclusión de determinados bienes de la transmisión de presente que se efectúa con motivo del pacto. Y ello sin perjuicio de que ... al producirse adquisición de bienes y derechos en vida del futuro causante el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se devengue el mismo día en que se celebre el referido contrato o pacto sucesorio, pues es en ese momento cuando se produce la adquisición.

En este caso, el tratamiento fiscal a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se subordina al que se produce en el Derecho Civil, es decir, la LISD hace depender el devengo del impuesto —que en general se produce en el momento de la adquisición sucesoria de los bienes y derechos por el sujeto pasivo— del momento en que tiene eficacia la adquisición a efectos civiles.» – consulta V4733-16, de 8 de novembre-

En el mateix sentit, les consultes V0781-18, de 21 de març, i V2387-18, de 4 de setembre, entre d'altres.

D'acord amb aquest criteri:

—L'heretament cumulatiu, en què, a més d'instituir-se hereu, hi ha lliurament de present de determinats béns i drets, tributa en la modalitat de l'impost sobre successions;

—Com a adquisició de naturalesa mortis causa, el termini de presentació de l'autoliquidació és de sis mesos a comptar de la data d'atorgament de l'heretament (article 10 del 414/2011, de 13 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de l'impost sobre successions i donacions).

—D'altra part, i respecte la no acumulació entre sí de pactes successoris atorgats per un heretant a favor de la mateixa persona s'ha pronunciat la Direcció General de Tributs del Ministeri en la consulta V3087-13, de 17 d'octubre; tampoc permet l'acumulació del pacte cumulatiu a la posterior adquisició de l'herència en el moment de la mort de l'heretant-causant (consulta V1206-14, de 30 d'abril). És a dir, no hi cap l'acumulació d'adquisicions mortis causa.

/.../

1. Quant a l'aplicació de la reducció del 95% per l'adquisició de les participacions en virtut d'un heretament cumulatiu, cal tenir en compte el següent:

Partint, com s'ha conclòs anteriorment, que es tracta d'una adquisició mortis causa, cal estar, en principi, a la regulació de la reducció del 95% continguda en els articles 10 i següents de la Llei 19/2010, del 7 de juny, de regulació de l'impost sobre successions i donacions ...

La resposta, doncs, de l'administració tributària catalana n'és molt clara: els beneficis fiscals es mantenen, encara que el causant continue «manant» (per mitjà del vot majoritari) en l'empresa. Només demana la ATC que l'empresari cese en les funcions executives de direcció (si, a més dels beneficis que en suposa l'heretament, vol gaudir —*rectius*, els seus fills— de la bonificació del 95% per la transmissió de la empresa familiar). I, torne a insistir, encara que continue mantenint el control polític dels seus negocis través el vot plural.

Sembla, doncs, queda molt clara la raó de l'èxit actual dels pactes successoris; més en concret: del d'atribució particular amb transmissió de futur i de l'heretament cumulatiu.

CONCLUSIONS

1. Els PPSS, permeteu-me la petulància, s'estan fent, sobretot en l'àmbit empresarial, molt malament. Se signen pensant només en els aspectes fiscals, i no se n'adonen de les conseqüències substantives que comporten a mig o llarg termini.

/.../
La qüestió concreta que es planteja en la consulta se centra en determinar si l'heretant pot continuar exercint funcions de direcció en l'entitat amb posterioritat a l'atorgament de l'heretament cumulatiu.

/.../
La resposta a la qüestió només es pot donar efectuant una interpretació integradora de la norma en la que s'ha de tenir en compte la finalitat del benefici fiscal: el seu objectiu és reduir la càrrega tributària per tal d'afavorir el relleu intergeneracional dels negocis familiars, i això només té sentit en la mesura que el donant deixi d'exercir la direcció de l'entitat; és evident que en l'article que regula la reducció en seu de l'adquisició mortis causa el legislador no ho explica, perquè resulta obvi que el causant no exercirà més funcions i perquè el requisit de cessament en l'activitat està implícit en la norma. Aquest criteri és el que també ha estat assumit pel Tribunal Superior de Justícia de Galícia (sentències 30/2012, de 30 de gener; 998/2011, de 21 de novembre; 924/2010, de 4 de novembre, 552/2010, de 2 juny) quan analitza el règim tributari de les «apartaciones» gallegues ...

/.../
Per tot l'exposat, es conclou que en els heretaments cumulatius amb lliurament de present de participacions en entitats, i per tal de gaudir de la reducció del 95% de la base imposable, cal que l'heretant deixi d'exercir funcions de direcció en l'entitat de la que es transmeten participacions.

En el cas objecte de consulta, no és obstacle per a l'aplicació de la reducció, que l'heretant desenvolupi tasques de direcció en altres entitats filials (com ja s'ha manifestat aquest centre directiu en les consultes 70/17, de 19 de setembre, o V233/18, d'1 d'agost, entre d'altres.

Quant al fet que es reservi una participació minoritària en la Societat A, que mitjançant vot plural o una altra fórmula, li permeti mantenir la majoria dels drets de vot en l'esmentada entitat, no és un obstacle per a gaudir de la reducció sempre i quan no comportin l'exercici de funcions de direcció ...

/.../
La mera pertinença al consell d'administració, és a dir, el simple nomenament com a conseller o consellera de l'entitat no acredita l'exercici de funcions de direcció.

/.../
Finalment, i pel que fa a la regla de manteniment, seguint la mateixa línia interpretativa exposada al llarg de la consulta, no hi cap sinó concloure que el gaudi definitiu resta condicionat no només al manteniment de les participacions durant el termini de cinc anys a comptar des de l'atorgament del pacte (llevat que mori dins el termini) sinó també al compliment, durant el mateix termini i amb la mateixa excepció, dels requisits previstos per a les transmissions lucratives inter vivos (regulats en l'article 43) ...

2. És molt important ser conscients que en un heretament, sobretot si és cumulatiu, l'hereu «acumula», per definició, la resta de béns no reservats. No és correcta, a judici d'aquest ponent, la tècnica de reservar-se l'heretant «la resta dels seus béns», perquè aquesta «resta», *l'universum ius*, pertany a l'hereu «instituit des d'ara». No s'oblidi que l'article 431.19.2 CCC parla de l'exclusió de «béns concrets»^{34 35}.

3. Si hi ha reserva (o siga, exclusió de l'heretament cumulatiu) és molt aconsellable concretar l'abast de la reserva: ¿Només *entre vius* o també *mortis causa*?

4. Si la reserva, com és raonable en un heretament cumulatiu, és per disposar lliurement l'heretant els béns exclosos, entre vius i a títol oneros, convindrà pactar l'exclusió de la nota marginal al Registre de la Propietat que preveu l'article 431-8.2 CCC. És a dir, la innecessitat del consentit de l'hereu instituit, perquè açò és el que vol l'heretant en el 99% dels casos³⁶.

5. Moltes vegades convindrà causalitzar acuradament el PS, en previsió d'una futura alteració de les circumstàncies que pugua afavorir, o no, la seua revocació. En tot cas, cal en la mida del possible, evitar-ne els futurs plets.

³⁴ Noteu que la consulta fiscal, davant l'Agència catalana, es redacta així: *L'heretant es planteja formalitzar un heretament cumulatiu, instituint hereus els seus tres fills, atribuint-los de present per parts iguals un percentatge majoritari de les participacions que posseeix en la Societat A, i excloent de la transmissió de present la resta del seu patrimoni ...*

³⁵ ¿N'hi hauria la possibilitat que, davant un heretament cumulatiu amb transmissió de només béns concrets (encara sigui tota una empresa) i amb exclusió de tota la resta del patrimoni de l'heretant, els tribunals civils entenguessin, no que l'heretament sigui nul, sinó —amb base a la doctrina del manteniment de les disposicions mortis causa— que interpretessin que aquest heretament és, en realitat, un PS d'atribució particular amb transmissió de present? La deriva fiscal d'aquesta doctrina seria escandalosa, ja que aleshores no es donarien cap dels avantatges fiscals que hem vist, sinó, tot el contrari: la transmissió passaria a tributar-ne com si es tractés d'una donació «pura i dura», vist allò que disposa l'article 431-29.3 CCC.

Però, dormin tranquils els assessors fiscals, perquè aquesta «conversió material» sembla quasi impossible. Ningú, ni tan sols els Tribunals, no pot convertir una crida a títol universal en una altra a títol singular. L'anomenat hereu contractual ja de present, continuarà sent-lo: d'una banda per la doctrina del *semel heres*, d'una altra perquè a Catalunya no hi ha cap obstacle a admetre *l'heres ex re certa*. Problema a banda serà que els Tribunals admetin o no la «reserva universal» de l'heretant, que, per les raons que es detallen al text, jo no admetria.

Ara bé, tornen a patir els fiscalistes, el que sí cabrà (gosaria dir-ne que amb tota probabilitat) és la que se'n diu «conversió formal» del negoci jurídic (a la manera de la conversió del testament tancat nul, que pot valer com a hològraf). És a dir, que un heretament cumulatiu —que realment no ho és si el causant es reserva *l'universum ius*— valgui, com heretament simple amb donació de present de béns concrets a la persona instituïda, d'acord amb l'article 431-19.1 CCC. Perquè això és el que són, en realitat, una gran part dels heretaments que hui s'estan vestint sota la forma de cumulatius. No cal dir-ne que, donat que la qualificació civil arrossega la fiscal, el resultat pràctic d'aquesta «conversió», l'impacte als efectes de l'impost sobre successions i donacions, seria enorme.

³⁶ No pertoca entrar en aquest treball en els efectes respecte de tercers (especialment de l'article 34 LH) de la nota marginal practicada al Registre de la Propietat (vide al respecte: E. BRANCÓS, *Los pactos ...*, pàgs. 131-132, i *Comentarios ...*, pàg. 836). Des del meu punt de vista, aquesta nota és clara (en el sentit que sí afecta al tercer hipotecari) respecte del PS d'atribució particular (PSAP) amb efectes diferits; i no és gens clara en el cas d'heretament simple i en el cumulatiu respecte dels béns exclosos (pregunteu, si no, als heretants). Tot tenint en compte que en l'heretament cumulatiu i en els PSAP amb efectes de present el que procedeix és un assentament d'inscripció en favor de l'afavorit, i no una simple nota marginal.

6. Cal preveure què passarà si algú dels hereus instituïts premor, perquè no sempre s'ajustaran a les previsions de l'heretant les solucions ex article 431-24 CCC.

7. Cal tenir molta, moltíssima cura, amb els aspectes formals. No n'està tan llunyana la jurisprudència del Tribunal Suprem declarant la nul·litat d'un testament pel nemi motiu d'oblidar el notari la consigna de l'hora. Excediria en molt aquesta ponència l'anàlisi de si un PS nul per defecte de forma podria valer com un altre tipus de disposició *mortis causa*³⁷.

En definitiva, amics que patiu aquesta xerrada, tots sabem que tenim un soci amb el que cal comptar sempre: la Hisenda Pública. Però, d'ací a ordenar la nostra successió pensant prioritàriament amb «el soci», en lloc d'en el benestar present i futur de la família, hi ha un abisme.

Moltes gràcies per la vostra atenció.

ADDENDA

Aquest discurs ha estat redactat a la tardor de 2020, és a dir, quan ja estava anunciada una nova reforma fiscal de lluita contra el frau fiscal. A hores d'ara, abril de 2021, la dita reforma es troba encara en tràmit parlamentari. En efecte, el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, de data 22 d'octubre de 2020, publicà l'anomenat *Proyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal*. D'ell resulten —o podran resultar— les següents novetats en allò que afecta al tema d'aquesta ponència:

A) Es projecta la modificació de l'article 36 (*Transmisiones a título lucrativo*) de la *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*, afegint-ne un nou paràgraf que diria:

... en las adquisiciones lucrativas por causa de muerte derivadas de contratos o pactos sucesorios con efectos de presente, el beneficiario de los mismos que transmitiera antes del fallecimiento del causante los bienes adquiridos se subrogará en la posición de este, respecto al valor y fecha de adquisición de aquellos ...

B) Es proposa també la modificació de l'article 30 (*Acumulación de dona-*

³⁷ Per exemple, en cas de declaració de nul·litat del PS perquè ha intervingut un atorgant que no deuria haver-ho fet, d'acord amb l'article 431-2; o perquè conté disposicions que l'atorgant declara expressament revocables; o perquè no s'estima vàlida la reserva per a disposar *mortis causa* de la resta del patrimoni.

¿Podrien, aleshores, valer aquestes declaracions del causant com si hagueren estat fetes en testament obert? BRANCÓS sembla inclinar-se per la tesi positiva; jo ho veig força dubtós, donat el que disposa l'article 422-1 CCC: «És nul el testament que no correspon a cap dels tipus que estableix l'article 421-5». També es mostra favorable a la conversió FERRER RIBA (*Comentarios ...*, cit, pàgs. 1059-1061), quan en el pacte successori una part ocupa la posició de futur causant i l'altra només d'afavorit; i amb més dubtes en la resta de casos.

ciones y contratos y pactos sucesorios) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que quedaria redactat així:

1. Las donaciones y demás transmisiones inter vivos equiparables que se otorguen por un mismo donante a un mismo donatario, así como las adquisiciones, producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios formalizados entre las mismas personas, todas ellas dentro del plazo de tres años, a contar desde la fecha de cada una, se considerarán como una sola transmisión a los efectos de la liquidación del impuesto. Para determinar la cuota tributaria se aplicará, a la base liquidable de la actual adquisición, el tipo medio correspondiente a la base liquidable teórica del total de las adquisiciones acumuladas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de la determinación de la cuota tributaria, será igualmente aplicable a las donaciones y demás transmisiones inter vivos equiparables y a las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios acumulables a la sucesión que se cause por el donante o causante a favor del donatario o sucesor mortis causa, siempre que el plazo que medie entre esta y aquellas no exceda de cuatro años.

3. A estos efectos se entenderá por base liquidable teórica del total de las adquisiciones acumuladas la suma de las bases liquidables de las donaciones y demás transmisiones inter vivos equiparables anteriores, de las herencias, legados o cualesquier otros títulos, sucesorios y la de la adquisición actual.

És a dir, si aquest projecte arriba finalment a ser llei, el que sembla molt probable, el bon tractament fiscal dels PPSS sofrirà una doble retallada:

I. El beneficiari rebrà els béns pel seu valor històric, sense actualització, el que significà que haurà de tributar molt més en el moment que els aliene. No obstant això, aquest efecte es produirà només si aliena «abans la mort del causant», pel que es pot entendre que, sí s'espera, si hi haurà actualització de valor als efectes del càlcul de la plusvàlua en renda. Però, quin valor serà aquest? El del moment de la transmissió causada pel pacte successori o el valor al temps de la mort del causant? Queda exposat el dubte, en el que no para la pena insistir mentre el text no arribe a ser llei.

La reforma que es proposa afecta de ple els heretaments cumulatiu però, sobretot, és una miqueta perversa tractant-se de PPSS d'atribució particular amb entrega de present. Perquè, si ens fixem, aquesta reforma és molt perjudicial pels pactes gallecs d'atribució particular de present (ja vàrem veure que en el Dret civil gallec el pacte de millora tenen una declarada natura *mortis causa*), però encara és més absurda en el dret català, on sabem que el PPSS d'atribució particular amb entrega de present s'equiparen a una donació. Doncs, si «són donació» i tributen com a tal, a sant de què aquesta limitació?³⁸

³⁸ La raó d'ésser de la reforma projectada rau en evitar un *truco fiscal* que s'ha vingut utilitzant freqüentment fins ara. Amb un exemple s'entendrà millor en què consisteix: suposem

II. La segona modificació legal sembla més lògica, l'acumulació a efectes tributaris de donacions, pactes successoris i herència. Amb la qual cosa, totes les atribucions fetes en vida, via pacte successori, durant un termini s'acumularan: ja a l'herència (sumant a aquesta totes les atribucions gratuïtes fetes en els últims quatre anys previs a la mort), o ja acumulant-se entre si les donacions *inter vivos* i els PPSS d'atribució actual (computant tres anys entre tots ells en aquest darrer supòsit).

Però, com he dit abans, deixem-lo córrer de moment i esperem a que el text siga llei per a criticar-la o, tot és possible, fins i tot per a lloar-la.

I, per cert, una volta més aquesta modificació ha estat esmenada pel grup parlamentari Bloque Nacionalista Galego, únic grup parlamentari que ha presentat esmenes, mentre que els grups catalans —un cop més també— no han fet cap al·legació al respecte³⁹.

En definitiva, doncs, i ja per acabar: tot i la modificació legal que s'acosta, els PPSS continuaran tenint un tractament fiscal força favorable. El que obliga a tenir molt present el seu tractament civil i els molts resultats indesitjables que d'una redacció poc acurada poden derivar-se.

un ciutadà que ha alçat des de res una empresa i que, després de molts anys de treball, ha trobat un comprador que li paga un molt bon preu, el que li permetrà viure amb tranquil·litat la resta de dies que li queden. Si aquest empresari fa una venda directa, veurà como Hisenda, via increment de patrimoni al IRPF, se l'endú aproximadament la quarta part dels seus esforços de tota una vida. Puix bé, els PPSS, l'heretament cumulatiu en concret, li ofereix —a data abril de 2021, almenys— una via per a evitar que aquesta plus vàlua tribuï com a renda, de manera que tot el benefici quede, si no amb ell, sí dins de la família.

La «solució fiscal» consistirà —insistixc, amb la legislació vigent quan es redacta aquest treball— en transmetre l'empresa via heretament cumulatiu al/s fill/s o al cònjuge, que la rebran, amb una tributació molt minsa, a valor d'ara, o siga, actualitzat —sense que el transmissor haja tributat per «plus vàlua del mort», tal com s'explica al text—. Una volta l'empresa és en el patrimoni del/s afavorit/s pel pacte successori (que hauria d'ésser un heretament cumulatiu a Catalunya), a les poques setmanes o mesos (es pot intercalar una opció de compra per a que el comprador definitiu estiga tranquil durant tot el procés), aquests afavorits pel PS venen sense que es genere cap plus vàlua subjecta IRPF, ja que la venda la fan els beneficiaris pel mateix valor pel que l'empresa ingressà via heretament al seu patrimoni.

Evitar en el futur aquest tipus de «jugades» és, bàsicament, la raó d'ésser de la projectada reforma.

³⁹ La justificació de l'esmena del grup gallec diu així: *Se trata de una nueva derogación indirecta del Derecho Civil de Galiza invadiendo para ello competencias autonómicas, pero además parte de una concepción completamente errónea del hecho imponible, al intentar asimilar las donaciones intervivos con las transmisiones derivadas de pactos sucesorios, que se trata de actos mortis causa. Además la propia redacción del artículo es a todas luces confusa, al hablar de un único tipo impositivo, y al hablar de la acumulación de donaciones junto con los bienes recibidos por legados, o cualquier otro título sucesorio y los hereditarios. La regulación para intentar un fraccionamiento intencionado de las donaciones y así evitar un tipo impositivo más alto en el impuesto de donaciones nos parece adecuado, pero no debe confundirse o incluirse en el mismo, a los pactos sucesorios, que no son objeto de esa práctica elusiva fiscal, que no son actos inter vivos, y que tributan en el Impuesto de Sucesiones, cuyo desarrollo corresponde a las administraciones tributarias de las comunidades autónomas.*

CONTESTACIÓ

per

ENRIC BRANCÓS NÚÑEZ

*Acadèmic de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*

Vagi per endavant que és per a mi un honor la sol·licitació per respondre el discurs d'ingrés a l'Acadèmia d'un company de professió que tinc en tan alta consideració. La primera notícia que vaig rebre de Tomás Giménez Duart (Giménez Duart) és de l'any 1977. Jo llavors preparava les Oposicions a Notaries i el meu mestre, en Robert Follia, recordo que ens va comentar: acaben d'arribar a Barcelona per oposició restringida dos notaris joves molt brillants, en Tomás Giménez Duart i en Juanjo López Burniol. El temps ha demostrat que no es va equivocar.

Giménez Duart ha estat un notari a peu d'obra, entregat a la feina. Sempre atent a les darreres novetats de la jurisprudència i la doctrina. Ha conduït una notaria de referència a Barcelona amb total solvència tècnica i de gestió, acreditada pel seu treball diari. Les seves escriptures, per complexes que fossin, estaven l'endemà mateix circulant amb total fluïdesa, com si es tractés d'un simple poder per a plets.

Els seus treballs científics, sempre orientats per una visió pragmàtica, han estat i són una carta portolana per a tots els altres notaris. Recordo especialment el seu treball sobre les garanties possessòries sobre cosa moble que em van aclarir molts problemes que en aquell moment presentava el conflicte entre la llei catalana i l'estatal. O l'estudi sobre els llegats, que solucionava els detalls que a d'altres els passaven totalment desapercebuts.

Ha dirigit la Comissió de Cultura del Col·legi de Notaris, ha col·laborat amb la seva Junta Directiva i ha preparat múltiples opositors exitosos. En resum, ha tingut una vida professional i corporativa plena. Veient-lo, hom se n'adona que encara li queda molt recorregut i que segueix en plena forma.

Ara és hora de comentar el seu brillant discurs.

UTILITAT DELS PACTES SUCCESSORIS EN EL SEU VESSANT FAMILIAR I EMPRESARIAL

Comparteixo amb GIMÉNEZ DUART la idea que no hi ha millor protocol familiar per a la successió de l'empresa que un pacte estatutari regulador de la

transmissió de les accions i/o participacions socials unit a un bon testament o pacte successori.

Altra cosa és que tingui una fe desmesurada en el pacte successori com a element per pal·liar el problema que apunta Joan EGEA de la poca estabilitat de les empreses familiars i la seva manca de fortalesa per superar els successius relleus generacionals.

Quan es tracta d'un paquet accionarial encara es pot controlar, però si es tracta d'una empresa industrial o comercial en la qual el tremp de l'empresari és decisiu i no hi ha el successor idoni, el millor és vendre i invertir els diners en rendes segures per als hereus. Aquesta és també la idea de la UE, facilitar no només les transmissions *mortis causa* sinó també *inter vivos* de les empreses a la darrena etapa de la vida de l'empresari (veure *European Commission. Internal Market. Transfer of Business*). Nosaltres anem endarrerits en aquesta política que podria salvar la continuïtat de moltes empreses.

Afegeixo que tinc la sospita que la dimensió de l'empresa familiar catalana típica quedarà curta en un món globalitzat i dominat per grans conglomerats.

D'altra banda, el Llibre quart del CCCat està ancorat en els heretaments propis dels patrimonis familiars agraris i no entén ben bé la dinàmica empresarial. Es pot veure en el tractament de la premeriència.

Agafem com exemple el Codi civil suís. A l'article 515 la premeriència de l'hereu és causa de resolució de ple dret de la institució, amb compensació de l'enriquiment conseqüència de la seva actuació en vida. La personalitat de l'hereu/empresari es considera determinant de la institució i la seva premeriència es tracta com una variació essencial de les circumstàncies determinants del pacte. En canvi, el CCCat conserva l'antic criteri agrari de transmissió a favor de l'hereu, malgrat sigui hereu escampa.

La doctrina també ha criticat la reducció dels pactes successoris al cercle familiar i la prohibició dels pactes de renúncia per ésser ambdues innecessàriament restrictives. Hi ha prou literatura sobre el tema.

Fins i tot en matèria de l·legítimes el CCCat tampoc no troba el tractament adequat. Té poc sentit que els legitimaris, en renunciar a la l·legítima futura, mantinguin l'acció de rescissió. Vol dir que el major valor que doni a l'empresa el successor contractual va en contra seva perquè augmenta la quantitat a pagar als legitimaris en el moment de la mort del causant. Encerta més l'article 929 del *Code civil* francès després de la Llei 2006-728. O els articles 68bis i ss. del *Codice civile* italià després de la Llei de 14 de febrer de 2006.

Dit això, voldria anar a uns pocs punts concrets del magnífic discurs de GIMÉNEZ DUART, no tant per contradir-los com per completar-los.

A l'hora de valorar la naturalesa dels pactes successoris, el ventall és molt ampli i va des de qui considera el pacte successori un acte unilateral però irrevocable, passant per qui considera que aquest acte unilateral pot incorporar una disposició modal en forma de càrrega o finalitat, fins qui pensa en una quasi bilateralitat que donaria peu a l'exigència de compliment de càrregues o finalitats per part de l'afavorit.

No puc coincidir amb la consideració del pacte successori com si només fos un testament unilateral irrevocable. Admès el pacte bi o plurilateral, es fa difícil pensar que un pacte successori múltiple consisteix en una sèrie de testaments unilaterals irrevocables juxtaposats. Encara que el Llibre quart, en un lamentable buit que no tenen altres drets civils territorials d'Espanya, no tracta com es mereix el fenomen de la «corespectivitat», és indubtable que en els pactes successoris hi ha disposicions corespectives que impliquen interaccions entre els atorgants. I entre atorgants i afavorits. La idea del testament unilateral irrevocable no és suficient per explicar-ho.

Tampoc no coincideixo amb la idea que les càrregues o finalitats només poden constituir un mode. Si anem als articles 428-1 i 428-2 CCCat veiem que la regulació del mode no es correspon amb la de les càrregues i finalitats pròpies dels pactes successoris perquè: a) el mode té en compte prestacions per a després de la mort del causant, mentre que les càrregues d'un pacte successori es poden haver de complir en vida del disponent; b) el mode no redunda en profit directe de qui el pot demanar mentre que en les càrregues a finalitats del pacte successori poden afavorir directament el disponent; c) l'heretant o disponent no està entre les persones que poden exigir el compliment d'un mode i seria absurd que qui ordena la disposició no en pugui exigir el compliment. Fóra difícil d'explicar que, havent causalitzat el pacte, el disponent hagi de tolerar l'incompliment flagrant de les finalitats o càrregues imposades sense capacitat de reacció. I no sembla massa útil que l'únic instrument al seu abast per estimular el compliment de la càrrega i finalitat —la cura de la persona, el govern de l'empresa o d'altres— sigui només la revocació del pacte successori. Es pot adoptar una mesura menys radical i admetre que el disponent pot exigir el compliment, llevat en les prestacions personalíssimes.

La naturalesa híbrida dels pactes successoris a què fa referència el Preàmbul, permet fonamentar-los sense necessitat d'acudir a d'altres figures successòries. Ni testament irrevocable, ni mode testamentari. Naturalesa híbrida vol dir que va més enllà.

Fixeu-vos, per exemple, en l'article 431-16 CCCat. Té un tractament gairebé contractual. En cas de revocació del pacte per impossibilitat de compliment de la finalitat o per canvi de circumstàncies, «*la part*» que ha complert càrregues o

obligacions de les quals en resulta un enriquiment per «l'altra part» ha d'ésser degudament compensada. Per contra, si l'incompliment és imputable a l'hereu, perd les prestacions anticipades. No estem en terreny contractual però ens hi acostem molt. Parlar d'una «part» i de «l'altra part» és un indicatiu rellevant. L'article 431-6.1, per la seva banda, parla de «les obligacions que les parts assumeixen».

Per recolzar aquest punt només cal recordar que el Reglament UE 650/2012, de successions, quan defineix els pactes successoris en l'article 3 parla, sense embuts, de contraprestacions. I l'article 25 d'efectes vinculants per les parts.

Les expressions «pacte», «obligacions que les parts assumeixen», «altra part», «contraprestacions», «efectes vinculants»... es troben dins el nostre ordenament jurídic. Parlar del pacte successori com a disposició unilateral irrevocable és una reducció de la norma i, més greu, de la realitat.

A la pràctica res no impedeix que en una mateixa escriptura es pugui pactar un heretament i un contracte *inter vivos*, sempre que es compleixin tots els requisits formals màxims de cada negoci. I tampoc res no impedeix que l'incompliment del contracte *inter vivos* s'elevi —com permet l'article 431-14.1.a) CCCat— a causa de revocació (també al BGB i al ZGB). La conseqüència és que per una banda se'n pot exigir el compliment actual i, per l'altra, pot donar lloc a la revocació per incompliment. Sembla obvi que la bilateralitat del pacte successori ha de permetre prescindir de l'artifici de fer dos negocis jurídics independents per després acabar connectant-los. Al capdavant, la tesi que els pactes successoris són merament actes unilaterals irrevocables es veu desbordada pels «efectes vinculants» de les «contraprestacions», en terminologia del Reglament UE 650/2012, de successions.

Òbviament no estem davant d'un contracte sinal·lagmàtic *inter vivos*, però la noció de pacte no és estranya en l'àmbit successori.

De tot això es pot inferir:

a) Que la resolució no ha d'ésser l'únic mitjà per estimular el compliment per part de l'afavorit per un pacte successori.

b) És més, només hauria de procedir la resolució quan la càrrega o finalitat sigui determinant del pacte, tal com es deia a l'article 431-8.1.a) del Projecte de llei del Llibre quart. Té poc sentit que una càrrega o finalitat d'escassa entitat tingui potencial resolutori. Penso que, encara que l'actual article 431-14.1.a) i b) no faci aquesta precisió els Tribunals ho decidiran així quan, d'acord amb l'article 431-15.1 la «persona afectada» s'oposi a la revocació pretesa si el fonament de la revocació és poc rellevant.

c) El disponent sempre pot elevar a essencial qualsevol causa o finalitat si així ho determina expressament i constituir el seu incompliment en causa de revocació del pacte successori, article 431-14.1.a).

d) El compliment de les càrregues o finalitats no essencials, que no mereixen una revocació, ha de poder ser exigint pel disponent en vida. Altrament, si

l'incompliment no tingués força resolutorià per no ésser essencial o determinant i no hi hagués acció de compliment, quedaria a l'arbitri de l'afavorit el seu compliment o incompliment, solució inadmissible.

e) La manca d'aquest element essencial sense el qual la disposició no s'hauria fet normalment ha de tenir conseqüències resolutoriès. Però també ha de poder donar lloc a l'efecte més dèbil consistent en exigir el compliment si així ho prefereix el disponent.

I, ara vaig al terreny fiscal, si l'obligació és exigible, serà deduïble de la base fiscal. Si no ho és, difícilment es pot descomptar. El temps ha de dir quin partit prendran els Tribunals. Entenc que una adequada redacció del pacte successori de la qual es desprengui la coercibilitat del compliment de les càrregues a què se sotmet l'afavorit permetrà l'oportuna deducció fiscal del seu valor.

Passem tot seguit a les manifestacions concretes de pacte successori analitzades per GIMÉNEZ DUART.

PACTE SUCCESSORI AMB TRANSMISSIÓ DE BÉNS DE PRESENT I PACTE SUCCESSORI AMB TRANSMISSIÓ DE BÉNS A LA MORT DEL DISPONENT. PRÈVIA QUALIFICACIÓ JURÍDICA COM A BASE DEL TRACTAMENT FISCAL

La Llei General Tributària deixa clar a l'article 13 que les obligacions tributàries s'exigeixen conforme a la naturalesa jurídica del fet, acte o negoci jurídic realitzat.

No s'ha discutit mai la naturalesa de la institució contractual d'hereu o dels anomenats «llegats contractuals» amb transmissió de béns per després de la mort del causant.

El problema es començà a plantejar en els anomenats genèricament «llegats contractuals» amb transmissió de béns de present. És el cas de l'*apartación gallega* o de la definició balear. La definició i l'*apartación* s'havien considerat fiscalment com actes *inter vivos* pel fet de produir transmissió actual dels béns compresos. Fins la CV de la DGT 430/2017, nou consultes anteriors, dues sentències i un *interlocutorià* de l'Audiència Provincial de Pontevedra, i una sentència del Tribunal Superior de Justícia de Galícia, havien considerat acte *inter vivos* l'*apartación gallega*. La CV 430/2017 recull el canvi de criteri derivat de la Sentència del Tribunal Suprem de 9 de febrer de 2016 que diu: «*no estamos ante dos negocios uno inter vivos y otro mortis causa, sino ante un solo negocio en el que existe una sola voluntad y finalidad común, sin que sea procedente descomponer su contenido económico para, desvirtuando su naturaleza jurídica y funcionalidad, otorgarle un tratamiento tributario... la apartación gallega es un pacto sucesorio, y su tratamiento fiscal es el que se deriva de esta condición cualquiera*

que sea el impuesto del que se trate... En definitiva, la apartación gallega, como pacto sucesorio, es una transmisión lucrativa por causa de muerte... de haberse querido excluir, el legislador bien podría haber excluido los pactos sucesorios o imponer como condición la muerte física del contribuyente». Punt de vista que adopta també el TEAC en Resolució de 2 de març de 2016.

L'atribució particular catalana amb transmissió de béns de present, en dir textualment l'article 431-29.3 CCCat que es reputa donació, tindria, almenys fiscalment, menys probabilitats d'ésser considerada acte *mortis causa*. Tornarem sobre aquest punt.

Dificultat superior presenten aquelles institucions com ara la donació universal mallorquina o l'heretament cumulatiu català en què la transmissió de béns té lloc en dos moments diferents: al moment de celebració del pacte successori, una transmissió de caràcter universal, i al moment de la mort del causant, una altra igualment universal. La Consulta 286/2019 de l'Agència Tributària de Catalunya, en quelcom que sembla un desencert jurídic, parla de «pacte cumulatiu» i heretament com si fossin actes diferents i, en conseqüència, fets imposables diferents.

Els coneguts genèricament com a «llegats contractuals» també presenten problemes d'acumulació entre diferents pactes successoris a favor de la mateixa persona o quan l'afavorit més endavant esdevé hereu o legatari en el moment de la mort del causant. La llei a data d'avui només recull l'acumulació respecte de donacions *inter vivos* entre si i amb l'herència. Si es tracta d'actes *mortis causa*, no s'acumulen. Possiblement perquè en el CC no hi ha pactes successoris amb efectes de present. Ho veurem més endavant.

Anem a analitzar cadascuna d'aquestes figures per treure l'entramat que ha d'ésser determinant del seu tractament fiscal.

HERETAMENT CUMULATIU, HERETAMENT CUMULATIU AMB EXCLUSIÓ DE BÉNS CONCRETS,
HERETAMENT SIMPLE, HERETAMENT SIMPLE AMB DONACIÓ DE BÉNS DE PRESENT,
HERETAMENT SIMPLE AMB RESERVA DE BÉNS PER DISPOSAR, ATRIBUCIÓ PARTICULAR,
ATRIBUCIÓ PARTICULAR AMB TRANSMISSIÓ DE PRESENT.
QUALIFICACIÓ SUBSTANTIVA I FISCAL

A. *Heretament cumulatiu*

No puc compartir la idea que en l'heretament cumulatiu hi hagi dos títols adquisitius diferenciats, ni tan sols un títol mixt. Es tracta d'un títol successori i res més, per bé que alguns efectes es produeixin de manera immediata, com és la transmissió de béns de present i la responsabilitat *intra vires* de l'hereu per deutes de l'heretant. I això es comprova des de la tradició jurídica catalana. No es pot oblidar que l'antecedent dels heretaments es troba en les donacions universals,

amb reserva d'usdefruit i de la facultat de testar sobre béns determinats. El paral·lisme entre donatari universal i hereu ja es va posar de manifest en la Sentència del *Senatus Cathaloniae* de 21 de juny de 1673. I és a partir de la Resolució DGRN de 4 de febrer de 1911, promoguda pel notari de Girona Emili SAGUER OLIVET, que es passa de la donació universal amb reserva d'usdefruit i de la facultat de testar, als heretaments. Posteriorment l'article 68 de la Compilació diu que les donacions universals fetes en capítols produeixen l'efecte d'heretament encara que no s'empri aquest terme.

Una donació universal, sembla indiscutible, sempre té en compte la successió de la totalitat del patrimoni del donant. Només hi ha un fenomen, que és el successori, tant en la donació universal com en l'heretament cumulatiu. Ho veu clarament l'article 8 de la Compilació del Dret Civil Balear quan diu que la donació universal fa hereu el donatari. I l'article 57 del Text refós de l'ISD balear quan disposa que la donació universal té el caràcter de títol successori als efectes de l'article 11b del Reglament de l'ISD i, en conseqüència, gaudeix de tots els beneficis fiscals inherents a les adquisicions successòries en la mesura que li siguin aplicables. És a dir, la seva naturalesa és successòria tant en relació als béns adquirits de present com en aquells que s'arribin a heretar al seu dia. És una sola institució i un sol fet imposable.

En l'article 431-19.2 CCCat, el mateix heretament és el que produeix la transmissió de present com a element estructural. De manera literal diu: «*L'heretament és cumulatiu si, a més de conferir la qualitat d'hereu de l'heretant, atribueix a la persona instituïda tots els béns presents de l'heretant...*». És a dir, l'atribució de tots els béns de present és element estructural de l'heretament cumulatiu i no un «pacte cumulatiu» afegit, com diu l'Agència Tributària catalana. El CCCat diu el mateix que diu la Compilació balear però en ordre invers.

En el Projecte de Llei del Llibre quart es feia més palesa aquesta consideració com a acte únic. A l'article 431-15.2 es disposava que en l'heretament cumulatiu, la premoriència de l'hereu a l'heretant no afectaria l'eficàcia de l'heretament. Ni a la donació de tots els béns de present ni a la designació d'hereu a la mort de l'heretant. És a dir, que la causa era única i, sens dubte, es tractava com si fos una delació anticipada. Premort l'hereu passaven als seus hereus tant els béns donats de present com la condició d'hereu de l'heretant. Això sol ja seria la prova del nou per la qual les donacions universals sempre són negocis *mortis causa*, es fan *contemplatio mortis*.

Si busquem el paral·lisme amb la donació universal balear, el trobem a l'article 8 de la Compilació: «*Si el donatari premoria al donant, transmetrà, tret de pacte en contrari, als seus hereus tots els drets adquirits en virtut de la donació universal*». Entre els quals, òbviament, transmet la condició d'hereu contractual.

En el Llibre quart vigent, en cas de premoriència de l'hereu cumulatiu, la donació universal a favor seu es manté però no transmet —a diferència del Pro-

jecte o del dret mallorquí— la condició d'hereu als seus successors. Solució ben curiosa atès que l'hereu posterior ho serà de gairebé res anant, tal com va, després d'una donació universal. Val a dir que l'article 431-24-3, seguint l'article 79 de la Compilació, mitiga la possible disparitat d'afavorits en el cas estadísticament més freqüent de morir el causant deixant descendents, establint una mena de substitució vulgar *ex lege* en favor dels descendents i permetent que l'heretant esculli l'hereu entre aquests descendents.

Portat a l'últim extrem, aquest tractament legal permetria posar en dubte la teoria de la unitat de la causa. Però, tal com deia abans, la tradició jurídica catalana no va per aquí. L'heretament cumulatiu en la nostra tradició, com a la balear la donació universal, són actes *contemplatio mortis*. De fet, com diu la CV-2378-18, el que hi ha és, ni més ni menys, una delació anticipada.

Estudiem-ho també des del punt de vista de la revocació. D'acord amb l'article 431-16.1, quan el pacte successori comporta la transmissió de present d'un o més béns, la revocació del pacte comporta també la de la transmissió de present amb l'efecte restitutori i de protecció als tercers que deriva de l'article 531-15.1. No hi ha revocació separada de la institució d'hereu i de la donació universal de present. Van juntes perquè és un sol negoci jurídic. Cal tenir en compte, a més a més, que la revocació respecte dels béns «donats» en pacte successori només pot tenir lloc per les causes de revocació dels pactes. Per contra, les causes de revocació de les donacions *inter vivos* no comportarien la revocació del pacte. Tot això fa pensar en un negoci jurídic únic, de naturalesa *mortis causa*.

Vegem-ho encara amb més detall en el cas d'una hipotètica supervivència o supervenció de fills. Per bé que no es va traslladar al Llibre quart, és obvi el que deia l'article 431-14.3 del Projecte de llei: «*En cap cas els heretaments no queden sense efecte per causa de preterició ni per supervivència o supervenció de fills, sens perjudici del dret dels legitimaris a reclamar llur llegítima*». Per contra, en les donacions *inter vivos*, l'article 531-15.1.a) i b) admet la revocació per sobrevinença o supervivència de fills.

Tampoc no es té en compte per les donacions *inter vivos* la revocació «*Per l'esdeveniment d'un canvi substancial, sobrevingut i imprevisible de les circumstàncies que en van constituir el fonament*» que, en canvi, sí preveu pels pactes successoris l'article 431-14.1.d).

Així, doncs, estic completament en desacord amb la conclusió de la consulta de l'Agència Tributària de Catalunya núm. 286/2019. No es pot parlar de «l'acumulació del pacte cumulatiu» ni que sigui per dir que no tributa atesa la seva naturalesa *mortis causa*. No es pot parlar de «pacte cumulatiu» i «heretament» com si fossin coses diferents. Obre una deriva perillosa i no es correspon amb la naturalesa de la institució.

El Llibre quart no ha comportat que en l'heretament cumulatiu hi hagi dos actes, el «pacte cumulatiu» i l'heretament i, en conseqüència, dos fets imposa-

bles. Ni tan sols una causa mixta, entre acte *inter vivos* i *mortis causa*, el *Purgatori* de *La Comedia* de Dante, com diu GIMÉNEZ DUART. Només hi ha una causa i és successòria. És la conclusió a la qual arriba la CV 4733-16 que, en tractar de l'heretament cumulatiu, cita la Sentència TS de 9 de febrer de 2016, que només té en compte un «*efecto patrimonial que se anticipa a la muerte del causante*». En aquest sentit diguem que la DGT encerta més que l'Agència Tributària de Catalunya.

I ara ve, per si els anteriors arguments no han convençut, l'argument d'autoritat. Diuen Luis PUIG FERRIOL i Encarna ROCA TRIAS (*Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña*, T. III, 2. Bosch, 1980, p. 177 i ss.) que, contràriament a la idea de BORRELL SOLER de considerar l'heretament cumulatiu com un negoci mixt compost d'heretament simple i donació, la Compilació rebutja obertament aquesta configuració, ja que participa clarament de la naturalesa dels actes *mortis causa*. I aquest diferent punt de partida fa inadmissible la configuració com una dualitat de negocis. La nota diferencial és que s'anticipen alguns dels efectes que en els heretaments simples no es produeixen fins l'obertura de la successió a la mort de l'heretant. Però aquesta nota diferencial és una característica accessòria del negoci fonamental volgut per les parts, que és la institució paccionada d'hereu. ROCA SASTRE afegeix que és violentar la voluntat dels atorgants convertir aquesta nota accessòria en un negoci jurídic independent adossat a l'heretament. És obvi que la idea del «pacte cumulatiu» de l'Agència Tributària catalana no és encertada.

Per això, l'hereu cumulatiu no ha de pagar mai la col·loquialment anomenada «plusvàlua del mort». En aquest sentit no es pot parlar de tractament privilegiat. No és privilegi que la transmissió de present no es consideri acte *inter vivos* a títol gratuït. És el que correspon a la naturalesa de l'heretament cumulatiu. Entenc que només té un tractament privilegiat l'acumulació dels béns transmesos de present a l'herència, com podem veure. El tractament de la «plus-vàlua» del mort, en canvi, em sembla adient a la naturalesa *mortis causa*.

B. Heretament cumulatiu amb exclusió de béns concrets de l'atribució de present

GIMÉNEZ DUART expressa amb la seva claredat habitual la perillosa subversió de conceptes en què massa fiscalistes abrindats incorren quan redacten els heretaments cumulatius tot instituint hereu en relació béns determinats —potser els més valuosos que té l'heretant— amb reserva de disposar «de la resta de béns».

La vocació hereditària és, en principi, universal. La *institutio ex re certa* és una excepció que requereix que quedi molt clara la voluntat del causant d'associar-la a la institució d'hereu. I, com diu GIMÉNEZ DUART, es pot interpretar que no es tracta d'un heretament cumulatiu sinó d'una atribució particular amb transmissió de béns de present, que és el que són. Al darrere venen greus problemes

de conversió i fiscals, que ha exposat a la perfecció i m'hi remeto malgrat ésser jo més procliu a mantenir el *favor testamenti*.

Pel que fa a si la reserva de l'heretant cumulatiu per disposar en actes a títol gratuït ha d'ésser expressa, coincideixo amb GIMÉNEZ DUART. Fixem-nos en què l'article 431-19.2 parla d'excloure béns de l'heretament sense distinció i és precisament quan la disposició és a títol lucratiu que l'article 431-22.1 parla de reservar per disposar en donació, codicil, memòria testamentària o un altre pacte successori. És a dir, hi ha dues situacions diferents. *Excloure* (aquest és el verb que empra el CCCat a l'article 431-19.2) de la donació de present uns béns determinats vol dir que els béns exclosos queden en el mateix règim que tindrien en un heretament simple, que en el fons és el suport de l'heretament cumulatiu, i és clar que l'heretant en l'heretament simple pot disposar a títol oneros. De fet, els béns o diners subrogats, seran per a l'hereu si no els ha consumit l'heretant. Per contra, «*reservar* (com diu l'article 431-22.1) *per disposar-ne lliurement en donació, codicil, memòria testamentària o un altre pacte successori*», s'ha de pactar expressament perquè, en no haver-hi diners o béns subrogats, es frustra, com diu GIMÉNEZ DUART, l'expectativa del successor. Pel que fa a la possibilitat de disposar instituint hereu en els béns reservats, afegiria que l'article 431-22.1 només parla de codicil, havent suprimit, precisament per aquesta raó, la referència al testament que feia l'antic Codi de successions. En codicil no es pot nomenar hereu.

Ara veurem la naturalesa dels heretaments purs amb donació de béns de present. Val a dir que la frontera entre l'heretament cumulatiu amb exclusió de béns determinats i l'heretament pur amb donació de determinats béns de present és difusa. És un tema gairebé quantitatiu, de proporció, molt difícil d'acotar. Qüestió de posologia subjecta a la interpretació per part dels Tribunals.

C. *Heretament pur amb donació de béns de present. Criteri fiscal de Bizkaia, Gipuzkoa i Álava*

Encara que sigui més arriscat, en els heretaments simples amb donació de béns de present també penso que no hi ha dos negocis, l'heretament *mortis causa* i la donació *inter vivos*. Ni tan sols una causa mixta. Hi ha un negoci *mortis causa* amb alguns efectes que es produeixen des del mateix moment de la seva celebració. Aquestes donacions són successòries i no un acte *inter vivos* perquè compleixen el plausible criteri que marca la Hisenda basca.

I, quin és el criteri de la Hisenda basca? Prenem com a exemple l'article 5 de la Norma Foral 4/2015, de 25 de març, de Bizkaia: «...*solamente tendrá carácter de título sucesorio el pacto sucesorio con eficacia de presente que suponga atribución de la titularidad de un bien singular en el supuesto en que esta atribución sea parte de una disposición más amplia en la que, al menos, debe concurrir otro elemento vinculado con la designación hereditaria en un instrumento paccionado respecto de otros elementos*

patrimoniales diferentes. En otro caso, tendrá el carácter de negocio jurídico gratuito e inter vivos». El pacte successori sobre un bé singular amb eficàcia de present, doncs, no és donació *inter vivos* si presenta aquesta vinculació amb la designació hereditària.

En la norma basca, si el bé singular objecte de transmissió de present és l'únic element integrant del patrimoni de l'instituent, també tindrà naturalesa successòria.

Tornem a la prova del nou. El criteri de la premoriència dona que si l'hereu premort té descendents, aquests ocupen el seu lloc (art. 431-24.1 i 2). Cal pensar que el mateix destí seguiran els béns donats de present. Però això no succeeix necessàriament. Si seguim el criteri de la revocació, podem veure que la revocació de l'heretament comportarà la de la transmissió de present d'acord amb l'article 431-16.1.

Tenim un indicador dubtós, la premoriència, i l'altre clar, la revocació. Segurament el criteri basc ha d'ésser el definitiu. Si l'atribució en pacte successori «*forma parte de una disposición más amplia*», si hi ha vinculat un altre element de regulació del fenomen hereditari, estem davant d'un acte *mortis causa*. Si no «*forma parte de una disposición más amplia*» estariem davant d'una donació sense caràcter successori. En el cas de l'heretament pur amb donació de béns de present, aquesta darrera va vinculada a una institució d'hereu contractual i, per tant, estem davant d'un acte de naturalesa successòria. I en el mateix sentit que apuntava en els heretaments cumulatiu, davant d'un sol acte, un heretament amb transmissió de part dels béns de present, i no dos, donació i heretament.

D. *L'atribució particular amb transmissió de béns de present i la donació inter vivos. Similitud i diferència amb l'apartació gallega i la definició balear*

Anem ara al pacte successori d'atribució particular. És encara més arriscat, però no impossible, defensar que el pacte successori d'atribució particular amb transmissió de béns de present no hagi d'ésser sempre equivalent a donació *inter vivos*, malgrat el que diu l'article 431-29.3. O, almenys, s'hi pot veure una llum en un altre sentit.

Seguint el criteri de la Hisenda basca, si es lliga amb altres elements d'una successió paccionada, es podria arribar a entendre que es tracta d'un acte *mortis causa*. A Catalunya és difícil que l'atribució particular amb transmissió de béns de present es consideri acte *mortis causa* atesa la literalitat de l'article 431-29.1, que la considera com a donació *inter vivos*, però és evident que pot ésser part d'una planificació successòria familiar. Per exemple, si hi ha un conjunt de pactes en aquest sentit.

També es pot pensar en l'acte *mortis causa* si l'atribució particular anticipa la llegítima. És el cas de la «definició» balear. O de l'«*apartación*» gallega.

En relació a les disposicions que anticipen la llegítima es detecten dos tractaments diferents. En la definició balear ja hem vist que d'acord amb l'article 57 del Text refós l'ISD té clara naturalesa successòria. El mateix passa amb l'*apartación* gallega. En relació a l'*apartación*, la Sentència TS de 9 de febrer de 2016 diu: «...aún siendo un negocio jurídico "sui generis", se trata de un pacto sucesorio, y por

tanto, que aún cuando la entrega de bienes tiene lugar en vida del causante, esa entrega o transmisión se hace “por causa de muerte... estamos ante un pacto sucesorio de realización anticipada o inmediata”». La sentència anul·la la liquidació de l'IRPF pel guany patrimonial en renda.

Ara bé, si anem a l'article 5 de la Norma Foral de Bizkaia diu: «... la adquisición de bienes y derechos por el renunciante como consecuencia de un pacto de renuncia a parte de los derechos sucesorios solamente tendrá el carácter de título sucesorio cuando la atribución de bienes y derechos sea parte de una disposición más amplia en la que, al menos debe concurrir otro elemento vinculado con la designación hereditaria en un instrumento paccionado respecto a otros elementos patrimoniales diferentes. En otro caso tendrá el carácter de negocio jurídico gratuito inter vivos». És a dir, la renúncia a la llegítima basca a canvi de béns o drets es considera donació. Però cal aclarir que és una llegítima col·lectiva entre el grup de fills i descendents. El renunciant rep uns béns sense contrapartida d'un dret successori de contingut patrimonial. Per això es considera donació *inter vivos* llevat que vagi associat a una disposició *mortis causa* vinculada amb la *designación hereditaria*.

Aplicades aquestes idees al dret successori català, es podria arribar a entendre que les atribucions particulars amb transmissió de béns de present tenen naturalesa successòria sempre que es facin a favor del mateix hereu, es reguli la successió respecte de l'hereu i altres afavorits, o es continguin disposicions a favor de persones que poden ostentar un dret successori de contingut patrimonial vinculat amb la designació hereditària, com és la llegítima que s'anticipa d'acord amb l'article 451-26.2.c) «... són vàlids:... c) El pacte entre ascendents i descendents estipulat en pacte successori o en donació pel qual el descendent que rep del seu ascendent béns o diners en pagament de llegítima futura renuncia al possible suplement». (Si bé és rescindible per lesió en més de la meitat del seu valor).

Amb això podem dir que, malgrat es digui en l'article 431-29.3 CCCat que els pactes successoris d'atribució particular on hi ha transmissió de present de béns es consideren donació, els citats anteriorment tenen naturalesa successòria.

I, de manera una mica més agosarada, es pot arribar a entendre que un conjunt de pactes d'atribució particular amb entrega de present poden formar part d'una planificació successòria i tenen per aquest motiu naturalesa *mortis causa*, seguint el criteri fiscal basc. De tota manera, aquí ens traeix la literalitat de l'article 431-29.3 CCCat.

A propòsit de la «definició» balear, diu SANTOS CROWE, citat per GIMÉNEZ DUART, que l'Administració Tributària (CV 1788/20, 1790/20 i 1792/20) ha elevat a requisit la mort física del disponent, sense la qual estaríem davant d'una donació *inter vivos*. En la consulta es parla d'una naturalesa híbrida de la «definició». De tota manera, les consultes citades no es mouen realment dins la determinació de la naturalesa de la «definició», que és clara, sinó en el terreny de la interpretació de qui són els beneficiaris de la reducció fiscal puntual com a empresa familiar de l'article 20.2.c) LISD. Aquestes consultes no han de distorsionar el plantejament general

sobre la naturalesa *mortis causa* de la «definició», l'«*apartació*» o, en el seu cas, el pacte successori amb renúncia de llegítima futura dins els límits del CCCat.

E. *Atribució particular amb transmissió de béns diferida a la mort del causant*

Potser és el supòsit que planteja menys problemes. L'Administració Tributària li reconeix naturalesa *mortis causa* sense massa discussió.

ALTRES CONSEQÜÈNCIES FISCALS: ACUMULACIÓ O ADDICIÓ DE VALORS

Els avantatges fiscals dels pactes successoris estan, com ja ha apuntat GIMÉNEZ DUART, en què permeten anticipar una part de la successió —que és gairebé la totalitat en els heretaments cumulatius— i així fixar data, actualitzar valors sense generar la «plusvàlua del mort» i evitar l'acumulació d'allò transmès a la futura herència rebaixant la progressivitat del tipus fiscal.

Anem a veure dos supòsits que han tractat les consultes tributàries i que es troben en zona intermèdia en matèria d'acumulació: els pactes de millora galles i l'heretament cumulatiu català i els posarem també en relació a l'acumulació a l'herència dels pactes catalans d'atribució particular amb transmissió de béns de present.

La CV1206-14 de la DGT tracta d'un pacte gallec de millora en que coincideixen els inicials millorant i millorat amb els definitius causant de la successió i successor hereditari. En el pacte de millora gallec cal preguntar-se si la millora no forma part d'un tot, que és la llegítima global de l'herència i el seu pagament. Si un hereu percep anticipadament el que li correspon per llegítima, la disposició forma part del bloc de la successió i hauria de ser acumulada a l'herència. Però el que ve a dir la Direcció General de Tributos és que hi ha dos actes o fets imposables: el pacte de millora i l'herència. Ara bé, els pactes de millora no són acumulables entre ells ni a l'herència perquè són actes *mortis causa* i en la LISD només són acumulables les donacions *inter vivos* entre elles o amb l'herència. No es preveu l'acumulació dels actes *mortis causa*. A la mateixa conclusió arriba la CV 2387/18.

Que la norma fiscal no prevegi l'acumulació d'actes *mortis causa* es pot deure perfectament a que en el Codi Civil espanyol no es poden donar, atès que no hi ha pactes successoris que anticipin efectes *mortis causa*.

En l'heretament cumulatiu català, l'Agència catalana, consulta 286/2019, també parla d'heretament i pacte cumulatiu com si hi hagués dos negocis diferents. Encara que tampoc els acumula per la mateixa raó, perquè la transmissió de present no és acte *inter vivos* sinó que té naturalesa successòria. Aquesta Consulta invoca l'anterior de la DGT. Tal com ja he dit abans, no hi ha dos negocis juxtaposats, un de donació i un d'institució contractual d'hereu. La donació és només

un efecte successori anticipat a la mort en la terminologia de la CV 2387/18, en el cas d'una apartació gallega i citant la sentència TS de 9 de febrer de 2016.

Si es parteix del que disposa l'article 13 de la Llei General Tributària, és a dir, si la fiscalitat ha de sorgir de la qualificació conforme a la naturalesa civil, en l'heretament cumulatiu català el tractament fiscal que considero adient quedaria com segueix:

a) la data i la valoració dels béns compresos en la transmissió de present serien els del moment d'aquesta, no es pot considerar altre moment que el del canvi de titularitat;

b) no hi hauria guany patrimonial en renda perquè es tracta d'acte mortis causa i no hi ha plus-vàlua del mort, malgrat sigui el que es diu «mort civil» o «eutanàsia fiscal»;

c) les quantitats donades formarien part de l'herència i caldria corregir la base el dia en que es produís la mort de l'heretant. Avui no hi ha norma fiscal que contempli aquesta darrera operació, però no sembla impossible, almenys dins un període més o menys dilatat. Com ja s'ha dit, en la norma tributària només s'acumulen les donacions *inter vivos*.

La idea que sembla acaronar l'Administració tributària en el Proyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal (B.O.E. de 22.10.2020) de no permetre actualitzacions de valors dels béns tramesos de present en els heretaments cumulatius fins la data de la mort del causant resulta poc ortodoxa. L'expressió «subrogar» a l'hereu en una data i un valor que no són els de la seva pròpia adquisició sinó del disponent, grinyola. A banda de que fa pagar en seu de renda de l'hereu un guany que es produeix en seu de renda de l'heretant. Aquest trasllat de renda imputada d'un ciutadà a un altre que es produeix com efecte col·lateral em sembla inconstitucional.

En l'altre cas, els pactes d'atribució particular amb transmissió de béns de present catalans recordem que l'article 431-29.3 diu que es consideren donació. Això porta, lamentablement, al tractament fiscal de les donacions *inter vivos* sens perjudici del que apuntava quan formen part d'una planificació successòria més àmplia en la línia que es regula al País Basc.

Resumint. El Projecte de Llei barreja i acumula sense cap mirament donacions *inter vivos* amb transmissions de present dins d'un pacte successori (art. 30, Llei de l'Impost de Successions i Donacions). I fa pagar en renda de l'afavorit els guanys que es produeixen en la renda del disponent, efecte que, repeteixo, em sembla inconstitucional (art. 36, Llei de l'Impost sobre la Renda). Atenent-nos a una correcta qualificació civil, no s'haurien d'acumular donacions *inter vivos* amb pactes successoris amb efectes anticipats, en terminologia de la sentència del TS de 9 de febrer de 2016. I tampoc fer pagar a l'afavorit el guany patrimonial en renda que correspondria al disponent. Tal com diu aquesta sentència:

«...no estamos ante dos negocios uno inter vivos y otro mortis causa, sino ante un solo negocio en el que existe una sola voluntad y finalidad común, sin que sea procedente descomponer su contenido económico para, desvirtuando su naturaleza jurídica y funcionalidad, otorgarle un tratamiento tributario...». En canvi, seria completament adequat addicionar en el moment de la mort del disponent el valor de les disposicions *mortis causa* amb efectes anticipats a l'herència, cosa que en cap moment fa el Projecte.

UNA ESPECIAL REFERÈNCIA A LA DISPOSICIÓ DELS BÉNS OBJECTE D'ATRIBUCIÓ PARTICULAR I LA SEVA PUBLICITAT

A la conclusió 4a i nota 31 sembla donar-se per fet que en les atribucions particulars el disponent perd les facultats de disposició dels béns atribuïts tant *inter vivos* com *mortis causa*. No ho discutiria tractant-se d'atribucions particulars amb donació de béns de present. Ara bé, quan es tracta d'atribucions particulars sense transmissió de béns de present, topem amb l'article 431-30.2 que diu: «*Si el bé atribuït es perd o deteriora per causa imputable al causat o aquest l'aliena o el grava contravenint al que estableix l'apartat 1 (només pot disposar amb consentiment de l'afavorit), l'afavorit en pot exigir a l'hereu el valor...*».

Això va fer pensar a PUIG FERRIOL i ROCA TRÍAS (*Instituciones...*, V. III, p. 500), que la vulneració de les facultats dispositives no origina la possibilitat d'impugnar l'acte en vida del disponent perquè només es preveu l'exercici d'accions davant l'hereu en reclamació del seu valor. Podria dir-se que la solució adoptada pel legislador no constitueix una veritable prohibició de disposar sinó una mesura conservativa del valor pel «legatari contractual» i, en aquest cas, la bona o mala fe de l'adquirent seria indiferent perquè el disponent fa ús d'una previsió legal.

És més, si comparem el text actual amb el del Projecte de llei, veiem que aquest darrer exigia la mala fe del disponent. Deia l'article 431-26. 2: «*Si el causant ha alienat o gravat el bé objecte de l'atribució de forma intencionada en perjudici de l'afavorit...*». És a dir, es despenia la prohibició de disposar en exigir-se la mala fe del disponent.

Per la seva banda, Susana NAVAS (*Comentari del Llibre quart...*, p. 1186), entén que hi ha un paral·lel entre l'atribució particular i els llegats, que poden ésser d'eficàcia obligatòria i d'eficàcia real. Els pactes sense transmissió de béns de present estarien entre els primers i si hi ha transmissió de béns comportarien eficàcia real. En la mesura que els primers només generarien un dret de crèdit ni tan sols serien inscripcions en el Registre de la Propietat.

D'altra banda, pels immobles objecte d'atribució particular la literalitat de l'article 431-8.2 només preveu la nota marginal, que no està dotada dels efectes de fe pública de l'article 34 LH (òbviamment, encara que no ho digui la llei, si hi ha

transmissió del bé immoble de present sí que procedeix practicar l'assentament d'inscripció).

Sense espai per aprofundir més sobre aquest punt, un consell pràctic: en els pactes successoris d'atribució particular sempre tinc cura d'acompanyar-hi una prohibició de disposar dels béns atribuïts per després de la mort del causant que és inscripció d'acord amb l'article 26 LH. Si la prohibició de disposar no queda clara a la llei, almenys queda establerta pel pacte successori.

PUBLICITAT DEL PROTOCOL FAMILIAR

GIMÉNEZ DUART considera l'acció combinada del pacte successori amb els protocols familiars que, com insinua, moltes vegades són més una declaració d'intencions que un text jurídic coercible. No es mostra massa d'acord GIMÉNEZ DUART amb què, atès que no es fan constar en el Registre Mercantil, els protocols familiars (normalment vinculats als pactes successoris) es puguin considerar prestacions accessòries l'incompliment de les quals sigui causa de separació del soci incomplidor. A mi em sembla opinable.

La Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 26 de juny de 2018 dona carta de naturalesa a la protecció del protocol familiar mitjançant el mecanisme de les prestacions accessòries associades a les accions o participacions socials a l'empara dels articles 29 i 86 de la Llei de societats de capital, de la Disposició final segona, número 3 de la Llei 7/2003 i dels articles 4, 5 i 6 del Reial decret 171/2007. Ara bé, estableix com a requisits que es fixin clarament els trets bàsics de les obligacions contraetes i que el seu contingut sigui determinat i/o determinable sense necessitat d'un nou pacte. La redacció dels supòsits i les conseqüències ha d'ésser especialment curós, sense deixar caps per lligar. Fet així, el soci que no compleixi la prestació accessòria pot ésser sancionat amb l'exclusió.

De tota manera, roman el dubte de l'abast de les diferents formes de publicitat dels protocols familiars que preveu el Reial decret 171/2007, de 9 de febrer. Són: a) el lloc corporatiu o la web de la societat; b) la mera constància de l'existència del protocol familiar en el Registre Mercantil; c) el dipòsit del protocol familiar; d) els acords socials inscripció en execució del protocol. Dins aquests darrers s'inclourien les prestacions accessòries.

La qüestió és si el tercer adquirent d'accions o participacions socials queda afectat pels pactes successoris relacionats en els protocols familiars encara que no estiguin sota la publicitat material (si és que la dona el Registre Mercantil) derivada de la inscripció dels acords socials inscripció. Dit d'una altra manera, si un tercer que compra una participació social queda subjecte a un protocol familiar del qual només s'ha deixat constància de la seva existència en el full obert a la societat d'acord amb l'article 5 del Reial decret 171/2007. GIMÉNEZ DUART s'hi

mostra contrari. Es pot veure des d'un altre punt de vista. Es fa difícil pensar que si un tercer adquireix accions o participacions d'una societat que publica l'existència d'un protocol familiar pot ignorar-lo absolutament sense quedar obligat per aquest. Amb un mínim de diligència n'ha d'esbrinar el contingut, malgrat sigui a través del mateix venedor. Per això la norma exigeix una ressenya identificativa del protocol, que sigui accessible i que no hi hagi cap protocol familiar anterior o posterior que el modifiqui o substitueixi. Entenc, doncs, que el tercer que adquireix coneixent l'existència del protocol queda obligat pel seu contingut, que si no l'ha volgut conèixer és perquè no ha emprat la diligència pròpia del cas. I pot ésser que el seu incompliment estigui sancionat com a causa d'exclusió a través d'una prestació accessòria o d'altres garanties entre les quals també hi podria haver la penyora de les pròpies accions o participacions socials.

Ara bé, coincideixo amb GIMÉNEZ DUART que això no succeeix en la majoria de protocols familiars on s'hi troben més disposicions amb força moral o amb força contractual simple —com les bateja PÉREZ NAVARO— que amb força davant de tercers.

LA CAPACITAT I LA FORMA DEL PACTE SUCCESSORI

També comparteixo amb GIMÉNEZ DUART la seva posició en relació a capacitat i forma dels pactes successoris.

Pel que fa a l'exigència de capacitat d'obrar plena s'ha plantejat la qüestió de la conformitat de la norma amb la Convenció de Nova York de l'any 2016. És obvi que la Convenció parteix del principi que qui pateix una disminució ha de poder fer el mateix que la persona capaç sempre que concorrin els mitjans de suport adients. En aquest sentit es qüestiona si el Conveni és directament aplicable o requereix l'adaptació del dret intern. Ara bé: a) la Convenció està mancada de la regulació de detall necessària per ésser dret directament aplicable; b) el dret intern adapta les línies generals de la Convenció de Nova York a les institucions jurídiques concretes del país. La conseqüència ha de ser que mentre no es produeixi l'adaptació s'ha d'entendre plenament aplicable la limitació del CCCat.

Pel que fa a l'atorgament per poder, les disposicions de caràcter successori són de caràcter personalíssim i la seva forma és constitutiva. El poder testatori està proscrit llevat que s'hi arribi per una institució especialment prevista per la llei, que en regula el desenvolupament i el procediment. És el cas del nomenament d'hereu per fiduciari, el poder testatori, l'hereu de confiança, les substitucions pupilar i exemplar, el fideïcomís d'elecció, etc. El fet que el CCCat a l'article 431-4 només admeti la representació legal per atorgar un pacte successori quan es tracta d'un afavorit que no assumeix cap càrrega, i a l'article 431-7 limiti la representació voluntària als no causants de la successió tot exigint que es tracti d'un mer *nuntius*, és suficientment il·lustratiu de què el poder com a tal, en què

el representant forma la voluntat del representat, no està previst en matèria de pactes successoris.

Valgui pels dos apartats anteriors la Sentència TS 146/2018 de 15 de març, que ja té en compte la Convenció de Nova York: «3^a) *Atendiendo a su diferente naturaleza y caracteres, la disposición de bienes mortis causa no puede equipararse a la disposición de bienes por actos de disposición inter vivos y existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento para las personas con discapacidad mental o intelectual.* 4^a) *Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente, ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento.*».

Diu molt bé GIMÉNEZ DUART que tampoc es poden admetre els atorgaments successius per adhesió o el mandat verbal a ratificar amb posterioritat perquè el disponent necessàriament ha d'ésser l'amo del moment en què s'entén feta la disposició i aquest moment ha d'ésser cert i no dependre d'un tercer.

I vull reforçar la seva idea. Un pacte successori amb trenta atorgants és una imprudència. En un futur les trenta vides tindran girs totalment diferents i imprevisibles. No se'ls pot lligar amb el mateix pacte.

RESUM

Recalco les idees que comparteixo amb el meu company notari:

Compte a prioritzar les qüestions fiscals sobre les successòries. El tractament fiscal canvia sovint però el pacte roman. I quan es vulgui canviar potser ja no es pugui modificar només pel fet que un sol dels atorgants s'hi oposi.

Compte a unir massa persones en un sol pacte. Les seves vides futures poden evolucionar per vies molt diverses.

Compte a deixar els pactes massa oberts. Convé causalitzar-los així com regular les causes i el mecanisme de la possible revocació i/o del compliment.

Compte a no oblidar d'establir prohibicions de disposar en les atribucions particulars sense entrega de béns de present.

I ara només em queda cloure aquestes paraules manifestant la meva satisfacció per la incorporació a l'Acadèmia d'un jurista del nivell, com ha quedat ben palès, de Tomás GIMÉNEZ DUART.

PARAULES DE CLOENDA DE LA SESSIÓ PÚBLICA I
SOLEMNE DE RECEPCIÓ COM ACADÈMIC DE NÚMERO
DE L'IL·LM. SR. TOMÁS GIMÉNEZ DUART

per
FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES
*President de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*

Excel·lentíssim senyor Degà en funcions de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona.

Hble. President del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya.

Excel·lentíssima senyora Vicepresidenta de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

Companyes i companys acadèmics.

Senyores i senyors,

Forma part de la tradició acadèmica, que les sessions públiques i solemnes de recepció d'un nou acadèmic numerari finalitzin amb unes paraules del president.

Tradició que segueixo de molt bon grat.

Avui, com acostuma a dir el president emèrit Josep Guàrdia, és un dia de festa, no només per l'autèntic protagonista de l'acte, l'Il·lm. Sr. Tomás Giménez Duart, ni pel coprotagonista, que és el qui contesta el discurs en nom de l'Acadèmia, en aquest cas l'Il·lm. Sr. Enric Brancós i Núñez, sinó per l'Acadèmia que s'enriqueix amb la incorporació amb plenitud de drets d'un nou acadèmic.

Vaig conèixer Tomás Giménez Duart quan feia poc que havia pres possessió de la seva notaria a Barcelona. Ens va presentar un dels seus oficials, el Sr. Costa, que havia estat el primer oficial de la notaria del meu oncle avi, Frederic Trias de Bes, acadèmic que precisament va ocupar el setial i medalla de Joan Pere Fontanella entre els anys 1963 i 1969.

Des de que el vaig conèixer, vaig freqüentar la notaria Giménez Duart, primer a l'avinguda Diagonal i després al carrer de Balmes.

Hem col·laborat estretament durant molts anys, i precisament el primer cop que vaig aconsellar com advocat un pacte successori el va autoritzar el notari Tomás Giménez Duart.

Efectivament, el discurs d'ingrés tracta dels pactes successoris, matèria que han demostrat conèixer molt bé tant Giménez Duart com Enric Brancós, ambdós notaris de reconegut prestigi.

Com diu Giménez Duart, la regulació dels pactes successoris ha estat la innovació de més volada del llibre quart del C.C. respecte del seu antecessor, el Codi de Successions de Catalunya.

És sens dubte una qüestió de gran interès per a tots els estudiosos del nostre dret i per tant per a l'Acadèmia.

Bona prova d'aquest interès és que en el text escrit del seu discurs, Giménez Duart cita treballs dels acadèmics Egea, Jou, López Burniol, Badosa, Brancós i Puig Ferriol.

Hem de valorar també molt positivament que el discurs tracti no només dels aspectes substantius, és a dir civils, dels pactes successoris, sinó també els fiscals.

Certament com es desprèn del discurs de Giménez Duart i de la contestació d'Enric Brancós, el tractament fiscal dels pactes successoris és molt rellevant i sovint en la pràctica la raó de ser del pacte successori.

A més, per regla general és bo que els treballs jurídics d'aquesta naturalesa tractin qüestions amb la perspectiva de diferents branques del dret, atès que, como acostuma a dir el meu mestre, el professor Rafael Jiménez de Parga, «*el derecho es redondo*».

Considero també important analitzar els aspectes fiscals, perquè d'aquesta manera posem en valor el dret fiscal, que, cal reconèixer, ha estat menystingut pels juristes durant molt de temps, la qual cosa ha comportat que altres professionals no juristes assumeixin en la pràctica de forma destacada tasques d'assessorament tributari.

* * *

Em correspon per tant felicitar Tomás Giménez Duart per la seva recepció com Acadèmic de número. Adquireix la plenitud de drets a la nostra Corporació.

Ha fet un molt bon discurs tècnicament impecable sobre un tema de gran interès.

Vull també felicitar i agrair a Enric Brancós, que ha desenvolupat magníficament i amb gran rigor jurídic la tasca, encomanada per l'Acadèmia, de contestació del discurs.

Brancós, un dels acadèmics més antics, ha complert amb escreix la funció que li vam encarregar, analitzant amb profunditat els aspectes jurídics dels pactes successoris, que han de ser la base del seu tractament fiscal.

Seguint també la tradició acadèmica, interessa destacar que Giménez Duart ocupa el setial que ha estat històricament de l'advocat Joan Maluquer i Rosés, i dels notaris Frederic Trias de Bes i Giró, Lluís Figa i Faura, i José Luis Mezquita del Cacho.

La medalla que he lliurat a Tomás Giménez Duart du el nom d'un important jurista català del segle XVII, Joan Pere Fontanella, la biografia del qual es pot llegir al web de la nostra Acadèmia.

Efectivament, a iniciativa del president emèrit Lluís Jou, la UPF està elaborant les biografies dels juristes que donen nom a les medalles acadèmiques; treball que esperem esdevingui ben aviat un magnífic llibre de tradició jurídica catalana.

Fontanella fou, en paraules del seu biògraf *«el jurisconsult català més celebrat de l'edat moderna»*.

Confio que la figura llunyana en el temps de Joan Pere Fontanella i la molt més propera de José Luis Mezquita del Cacho i els seus antecessors Maluquer, Trias de Bes i Figa Faura, serveixin de mirall en l'actuació de ben segur fructífera del nou acadèmic.

Hom ingressa a l'Acadèmia per continuar estudiant i per seguir aprenent entre tots els companys acadèmics.

L'escriptor i professor triestí, doctor *honoris causa* per la UB Claudio Magris, va escriure que:

«Saber i seguir sent alumne no és poca cosa, és com ser ja quasi un mestre».

I aquí a l'Acadèmia res té més sentit que seguir aprenent dia a dia.

Moltes gràcies a tots els que ens han acompanyat presencialment i telemàticament i reitero la felicitació al nou acadèmic numerari Tomás Giménez Duart.

El text complert del discurs i de la contestació es publicaran al web de l'Acadèmia i a la Revista Jurídica de Catalunya. Però també en un opuscle que està a disposició de tots els interessats.

S'aixeca la sessió.

INAUGURACIÓ DEL CURS ACADÈMIC I DISCURS D'INGRÉS
DE LA IL·LMA. SRA. MARÍA JOSÉ MAGALDI PATERNOSTRO
28 d'octubre de 2021

MEMÒRIA DE LES ACTIVITATS DE L'ACADÈMIA
DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ DE CATALUNYA
CURS 2020/2021

per
JOAQUÍN TORNOS MAS
*Acadèmic de Número i Secretari de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*

Es presenta la Memòria de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya del curs 2020/2021.

Presentem la Memòria en la sessió inaugural del curs 2021/2022, en la que tindrà lloc la lectura del discurs d'ingrés de la Il·lma. Sra. María José MAGALDI i la seva recepció com a nova acadèmica de número.

I. SESSIONS ORDINÀRIES

Durant el curs 2020/2021, que ha estat el 181è des de la seva fundació l'any 1840, l'Acadèmia s'ha reunit en 13 sessions ordinàries, una sessió pública i solemne i dues sessions extraordinàries.

Les sessions ordinàries van tenir lloc els dies 20 d'octubre, 10 de novembre, 1 i 15 de desembre de 2020, 19 de gener, 2 i 16 de febrer, 2 i 23 de març, 13 d'abril, 11 de maig, 1 i 15 de juny de 2021.

La sessió pública i solemne va tenir lloc el 27 d'abril de 2021. Es va celebrar a la Sala de Columnes de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona amb motiu de la recepció com a nou acadèmic de número de l'Il·lm. Sr. Tomás Giménez Duart. La sessió extraordinària de 21 de setembre de 2021 va tenir com a objecte fixar el calendari de sessions del següent trimestre. La sessió extraordinària de 5 d'octubre de 2021, es va celebrar al Saló d'Actes del ICAB amb motiu de l'acte d'homenatge a títol pòstum de l'acadèmic Excm. Sr. Josep Joan Pintó Ruiz.

Les sessions ordinàries i l'extraordinària de 21 de setembre s'han celebrat pel sistema de vídeo conferència.

II. COMUNICACIONS

Al llarg de tot aquest període en les sessions ordinàries s'ha seguit el mètode habitual de treball, consistent en la presentació, en la majoria de sessions, d'una comunicació per part d'un acadèmic/a sobre un assumpte jurídic d'interès, obrint-se a continuació un debat entre els acadèmics assistents.

Durant el curs 2020/2021 es van presentar les comunicacions següents:

—19 de gener de 2021. Joaquín Tornos Mas. *Responsabilitat patrimonial del poder judicial per presó provisional indeguda. Història del seu tractament jurisprudencial.*

—2 de febrer de 2021. Eugeny Gay. *Reflexiones en torno a democracia y conformación de la opinión pública.*

—16 de febrer de 2021. Elías Campo. *Arbitraje de equidad y normas interpretativas.*

—13 d'abril de 2021. Cristina González Beilfuss. *El divorci notarial en els supòsits internacionals.*

—11 de maig de 2021. Pablo Salvador. *Por una regulación general del fideicomiso intervivos y de la fiducia expresa en el derecho español.*

—1 de juny de 2021. Josep Guàrdia i Canela. *Tribunals col·legials: la col·legialitat i les opinions individuals.*

El contingut de les comunicacions posa de manifest l'ampli ventall de temes tractats, i l'interès dels membres de l'Acadèmia tant per assumptes de gran actualitat, com per qüestions de tradició jurídica.

Totes les comunicacions estaran disponibles a la pàgina web <http://ajilc.cat> i es publicaran al corresponent volum dels *Annals* de l'Acadèmia.

III. ALTRES ACTIVITATS

L'activitat de l'Acadèmia no es limita a la que es realitza a les sessions ordinàries i extraordinàries, ja que du a terme altres activitats pròpies de les finalitats establertes en els seus Estatuts.

L'Acadèmia col·labora amb altres institucions jurídiques, i participa en el Patronat de tres Fundacions: la Fundació del Notariat de Catalunya, la Fundació Pau Casals i la Fundació Roca Sastre.

L'Acadèmia coedita amb l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona la Revista Jurídica de Catalunya i publica els *Annals*. En aquest curs s'han publicat els *Annals* del curs acadèmic 2019-2020, número 9, on consten les comunicacions, necrològiques, actes especials, la referència a dues sessions especials i un article de l'acadèmic Joan Córdoba Roda, publicat a títol pòstum.

L'Acadèmia participa activament, mitjançant la presència de l'acadèmic Josep Guàrdia i Canela, en l'organització de la celebració del cinquanta aniversari del II Congrés Jurídic Català. També participa en el Consell Inter Acadèmic format pels Presidents de les Acadèmies de Catalunya.

Fruit del Conveni signat amb la Universitat Pompeu Fabra s'han continuat publicant en el si del Projecte Tradició Jurídica i Medalles Acadèmiques les biografies dels 36 juristes que donen nom a les medalles de l'Acadèmica. En aquest curs s'han publicat les biografies de Lluís Peguera i de Borell i Sales.

L'Acadèmia també vol estar present en els debats relatius a la tramitació de projectes i proposicions de lleis. En aquest curs ha col·laborat amb el Comitè d'Experts sobre la reforma tributària. Amb aquesta presència l'Acadèmia vol contribuir a la qualitat i progrés de la nostra legislació.

IV. QÜESTIONS ECONÒMIQUES

En la Memòria del curs passat es deia que «l'Acadèmia disposa d'un modest pressupost i rep suport material i personal de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, que agraïm».

La difícil situació econòmica de l'Acadèmia s'ha mantingut al llarg d'aquest curs. Aquesta situació es va tractar amb la Degana i Secretari de l'ICAB el 9 de març de 2021, que van manifestar la seva predisposició a continuar ajudant a l'Acadèmia. Volem, doncs, reiterar el nostre agraïment a l'ICAB.

En la sessió de 23 de març de 2021, el tresorer, l'acadèmic Antoni Cumella, va presentar un complet informe sobre la situació econòmica de l'Acadèmia amb motiu de la presentació del nou pressupost, informe que va generar un ampli debat sobre possibles mesures per tal de reduir les despeses i tractar d'incrementar els ingressos.

V. DEFUNCIONS I NECROLÒGIQUES

Hem de lamentar la defunció durant el curs 2020/2021 de dos estimats acadèmics i una estimada acadèmica, tots juristes de gran trajectòria i importància, referents en el món jurídic català, i que havien treballat intensament en les tasques de l'Acadèmia.

Ens han deixat:

Joan Córdoba Roda, mort el 21 de novembre de 2020 a l'edat de 86 anys. La seva necrològica s'ha encarregat a l'acadèmic Agustí Luna.

Alegría Borrás, morta el 14 de desembre de 2020 a l'edat de 77 anys. La seva necrològica s'ha encarregat a l'acadèmica Encarna Roca.

Robert Follia, mort el 2 d'agost de 2021 a l'edat de 91 anys. La seva necrològica s'ha encarregat a l'acadèmic Lluís Jou.

Descansin en pau els tres estimats companys.

Al llarg del curs acadèmic s'han llegit les següents necrològiques:

—20 d'octubre de 2020. En memòria de l'acadèmic Felip Tallada, a càrrec de l'acadèmic Elias Campo.

—10 de novembre de 2020. En memòria de l'acadèmic Francisco Soto Nieto, a càrrec de l'acadèmica María Eugenia Alegret.

—2 de març de 2021. En memòria de l'acadèmic Lluís Puig i Ferriol, a càrrec de l'acadèmica Encarna Roca.

—5 d'octubre de 2021. En memòria de l'acadèmic Josep Joan Pintó Ruiz, a càrrec de l'acadèmic Sr. Eugeni Gay.

El 5 d'octubre de 2021 es va reunir l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, en sessió extraordinària, en acte d'homenatge a títol pòstum de l'acadèmic Excm. Sr. Josep Joan Pintó Ruiz. Acte organitzat conjuntament amb l'ICAB. La sessió va tenir lloc al Saló d'actes de l'ICAB, amb presència de la seva família, de degans i deganes emèrits de l'ICAB i de nombrós públic.

VI. COMPOSICIÓ DE L'ACADÈMIA. NOUS ACADÈMICS

L'I·l·m. Sr. Enric Argullol, atenent a que viu fora de Catalunya i al que estableixen els Estatuts de l'Acadèmia, va renunciar el 26 de maig de 2021 a continuar formant part d'aquesta corporació.

En la sessió de 21 de setembre de 2021 el President va informar que en aquell moment l'Acadèmia estava formada per 20 numeraris i 9 electes, existint 7 vacants. En la sessió de 21 de setembre es va acordar declarar la vacant del Sr. Felip Tallada.

A la sessió de primer de desembre de 2020 va ser elegit en primera votació el Sr. Tomás Font i Llovet, per cobrir el setial corresponent a la medalla Jaume Callis, per defunció de l'acadèmic Sr. Josep Maria Font i Rius. El nou acadèmic va prendre possessió en la sessió de 15 de desembre de 2020.

A la sessió de 2 de març de 2021 va ser elegit en segona votació el Sr. Carles Viver Pi Sunyer per cobrir el setial corresponent a la medalla Ramon Coll i Rodés, per defunció de l'acadèmic Agustí Bassols i Parés. El nou acadèmic va prendre possessió en la sessió de 23 de març de 2021.

Desitgem als nous acadèmics una llarga i profitosa vida acadèmica.

VII. DISCURS D'INGRÉS DE L'ACADÈMIC SR. TOMÁS GIMÉNEZ DUART

El 27 d'abril de 2021 es va celebrar, a la sala de columnes de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, en sessió pública i solemne, l'acte de recepció com a nou acadèmic de número de l'Il·lm. Sr. Tomás Giménez Duart.

Varen actuar com a padrins del nou acadèmic, l'Hble. Sr. Josep Guàrdia Canela i l'Il·lm. Sr. Elias Campo Villegas. El senyor Giménez Duart va pronunciar el seu discurs d'ingrés amb el títol: «*La patologia dels pactes successoris des d'una perspectiva substantiva i fiscal*». l'Il·lm. Sr. Enric Brancós Nuñez, en nom de l'Acadèmia, va pronunciar el discurs de contestació.

El discurs d'ingrés i el de contestació estan editats per l'Acadèmia, i es van lliurar a tots els assistents a l'acte.

VIII. RENOVACIÓ DELS CÀRRECS DE LA JUNTA DE GOVERN DE PRESIDENT, CENSOR I SECRETARI

D'acord amb els Estatuts de l'Acadèmia procedia renovar els càrrecs de President, Censor i Secretari de la Junta de Govern.

En la sessió de primer de desembre de 2020 el president Sr. Jou va manifestar que per raons personals i professionals no optava a la reelecció. Per aquesta raó la Junta de Govern va proposar la candidatura següent:

President, Dr. Francesc Tusquets Trias de Bes.

Censor, Dr. Joan Egea.

Secretari, Dr. Joaquín Tornos Mas.

En no presentar-se cap altra candidatura, en la sessió de 15 de desembre, i seguint la tradició, es va proclamar la composició de la nova Junta de Govern. Els nous elegits varen acceptar el càrrec i van manifestar que no els hi afectava cap incompatibilitat.

El senyor Jou va pronunciar un discurs de comiat del càrrec de President i el nou President va contestar amb un discurs d'agraïment per la gran tasca duta a terme en nom de tots els acadèmics i acadèmiques. Els dos discursos estan publicats en el volum IX dels *Annals*.

IX. CONCLUSIONS

Un curs més la Memòria de l'Acadèmia demostra la vitalitat d'aquesta corporació i la seva necessitat en un món complex i ple d'incerteses, en el que el dret ha de jugar un paper fonamental per ordenar la nostra vida en comú i donar seguretat i garanties en tots els aspectes de la vida social.

L'Acadèmia reitera la seva voluntat de servir a la societat, amb el compromís de que les seves activitats siguin cada cop més conegudes i valorades.

Però en tot cas, com va dir l'anterior president Lluís Jou en el seu discurs de comiat, «l'Acadèmia som les dones i els homes que la integrem, que ens elegim per cooptació en un exercici conscient i mesurat en el que valorem, amb respecte, els candidats i candidates a les nostres medalles com a reconeixement d'unes trajectòries professionals que valorem al marge d'ideologies i d'orígens, atenent només a la vàlua jurídica i a l'arrelament al territori».

A nosaltres, doncs, ens correspon respondre al repte que la societat ens demana.

EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL: PASADO Y PRESENTE

por

M^a JOSÉ MAGALDI PATERNOSTRO
*Académica de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*

PREÁMBULO

Antes de la presentación de mi trabajo/discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, resulta obligado hacer referencia por una parte a Josep Ramon, jurista catalán del siglo XVII cuyo sitio pretendo ocupar y por otra, al Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Soto Nieto que me precedió en el honor de ocuparlo y que, nacido en Cartagena, desarrolló la mayor parte de su vida profesional en Cataluña donde, antes de ser nombrado Magistrado del Tribunal Supremo en el año 1985, ocupó, entre otros destinos menores, la Presidencia de la Audiencia de Gerona desde 1973.

Josep Ramon, doctor en Derecho por el Estudi General de Lleida, publicó en 1628 el primer volumen de una obra, posiblemente trunca por su muerte en 1631, *De Consilia* que contenía de forma ordenada las *responsa iuris* más significativas del autor a las que se unían las correspondientes resoluciones de la Real Audiencia. Estos escritos *pro parte* se enmarcaban en el contexto de las denominadas *Al·legacions* y constituían documentos vinculados a la práctica forense y a la praxis; además, al contener un resumen del punto a debate (*Summarium*), argumentaciones jurídicas y la correspondiente sentencia eran utilizados a modo de doctrina y jurisprudencia por los juristas en los distintos pleitos en los que debían intervenir, poseyendo un gran interés en cuanto en Cataluña (no así en Castilla) existía ya el deber de motivar.

El Excmo. Sr. Francisco Soto Nieto, fue en su tiempo un Juez que no se limitó al ejercicio de la función jurisdiccional en la que alcanzó la excelencia logrando plaza en la Sala Segunda del Tribunal Supremo sino que, movido por su curiosidad intelectual, fue autor de una amplísima bibliografía esencialmente en el ámbito del Derecho Penal y del Derecho Civil poniendo de manifiesto de este modo un

interés continuado y en el tiempo por cuestiones jurídicas tradicionales y por las que iban surgiendo en los largos años en que se dedicó al mundo del Derecho.

Es para mí motivo de gran satisfacción ocupar el sitio al que da nombre un jurista teórico-práctico de principios del XVII y suceder en el mismo a un Magistrado que apreció, plasmó en sus resoluciones y contribuyó a crear doctrina sobre distintos aspectos del ordenamiento jurídico; uno y otro constituyen un claro ejemplo de que del mismo modo que no hay práctica sin teoría, no hay teoría ni construcción conceptual alguna sin asomarse al mundo de los hechos, presupuesto que siempre he procurado no olvidar a lo largo de mi vida profesional.

El delito de administración desleal en el sistema penal español: pasado y presente

«I like hearing myself talk. It is one of my greatest pleasures. I often have long conversations all by myself, and I am so clever that sometimes I don't understand a single word of what I am saying»

Oscar Wilde

«The remarkable Rocket»

SUMARIO.- I. *A título de justificación.* II. *La administración desleal antes de la reforma del Código Penal por la Ley 1/15 de 30 de marzo.* 1. *Antecedentes.* 2. *Estado de la cuestión de la administración desleal y de la apropiación indebida hasta la entrada en vigor de la nueva regulación.* 2.1. *Los orígenes del problema: el vacío normativo anterior al Código Penal de 1995 y el recurso jurisprudencial al delito de apropiación indebida.* 2.2. *Las razones de la insostenibilidad jurídica de la tesis de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.* 3. *El delito de administración desleal del artículo 295 del Código Penal y sus relaciones con la apropiación indebida.* 3.1. *De la consideración de «la distracción de dinero» como tipo de infidelidad a tipo de abuso: la interpretación jurisprudencial del artículo 295 del Código penal.* 3.2. *Recapitulando.* III. *La administrador desleal tras la reforma del Código Penal de 2015.* 1. *Contenido y alcance legal de la reforma.* 2. *El bien jurídico protegido.* 3. *El tipo objetivo.* 3.1. *Los sujetos de la acción.* 3.1.1. *El sujeto activo.* 3.1.2. *El sujeto pasivo.* 3.2. *El objeto de la acción: el patrimonio.* 3.3. *La conducta típica.* 3.3.1. *Generalidades.* 3.3.2. *La infracción de las facultades del administrador excediéndose en su ejercicio.* 3.3.3. *El deber de salvaguarda del patrimonio como presupuesto de las facultades del administrador.* 3.3.4. *Naturaleza y extensión de los deberes del administrador y de las facultades cuyo ejercicio los quebranta.* 3.3.5. *El exceso en el ejercicio de las facultades: la comisión por omisión.* 3.4. *El perjuicio patrimonial como resultado típico.* 4. *El tipo subjetivo.* IV. *Administración desleal y apropiación indebida: de nuevo un intento fallido de zanjar el problema de delimitación entre ambas figuras.* 1. *Posición doctrinal y tesis que se propone.* 2. *¿Hacia una nueva jurisprudencia? El desencanto.*

I. A TÍTULO DE JUSTIFICACIÓN

La reforma operada en el texto punitivo por la LO 1/2015 de 30 de marzo en sede del delito de administración desleal se presentaba, en su Exposición de Motivos, como la solución legislativa a los múltiples problemas interpretativos y a las disfunciones que se habían suscitado —especialmente en orden a su diferenciación de la apropiación indebida— a raíz de su tipificación en el Código Penal de 1995 en el marco de los delitos societarios y en los términos descritos en su artículo 295.

Se hablaba, por un lado, de que la nueva regulación venía a corregir su errónea inserción en dicho ámbito para reubicarlo sistemáticamente —siempre en el Título XIII relativo a los delitos patrimoniales— en el marco del Capítulo VI («*De las defraudaciones*») y concretamente en su artículo 252, entre el tipo básico y los tipos agravados de la estafa (artículos 248, 249, 250 y 251 CP) y la apropiación indebida (artículos 253 y 254 CP); error —se dijo— que derivaba tanto del hecho de que con el antiguo artículo 295 CP el patrimonio de una persona física adolecía de protección penal frente a actuaciones desleales del administrador, como por la persistencia del encuadre por parte de la jurisprudencia de determinadas conductas desleales del administrador en la figura de la apropiación indebida bajo la cobertura legal del término típico «*distraer*» del anterior artículo 252 CP.

Por otro lado, se insistía en que la reforma «*introduce una regulación moderna de la administración desleal entre los delitos patrimoniales cercana a las existentes en las diversas legislaciones europeas*», afirmación que es solo parcialmente cierta como tendremos ocasión de comprobar en páginas posteriores.

Pero, para quien conocía la historia reciente del tratamiento dado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo a los supuestos de administración desleal, cristalizado en dar el administrador al dinero un fin distinto al que le era propio ya bajo la vigencia del texto legal anterior al Código Penal de 1995, le resultaba fácil adivinar que la verdadera razón de la reforma no era otra que dar por finiquitada —borrándola de nuestra memoria jurídica— la reinterpretación que en su día hizo la Sala Segunda del Tribunal Supremo del delito de apropiación indebida con la única finalidad de colmar el vacío legislativo existente en nuestro sistema penal en relación con las conductas desleales del administrador.

Esta interpretación jurisprudencial, apoyada sólo por un sector minoritario de la doctrina penal española, ha sido formalmente la principal responsable de las dificultades —de la ineficacia, en definitiva— de la aplicación del tipo de administración desleal del artículo 295 del CP —hoy derogado— introducido por el Código Penal de 1995; y materialmente, ha sido la razón última de que el legislador decidiera dotar de contenido propio y distinto a un nuevo delito de administración desleal y modificar la descripción típica de la apropiación indebida, confiando que, de esta manera, se superarían las distintas controversias doctrinales derivadas de los —para algunos— difusos contornos diferenciales entre una y otra figura penal.

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Reforma es esclarecedora: *«los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero que pasa a formar parte del tipo penal autónomo, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior»; de modo que «quien incorpora a su patrimonio o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituir, comete 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 otros 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 administración desleal»*. Esta delimitación es aplicada igualmente a la malversación de caudales públicos que, según se infiere del artículo 432, 1 y 2 del CP, constituye ahora un delito de administración desleal o un delito de apropiación indebida cometido por funcionario público sobre patrimonio público o por los sujetos relacionados en el artículo 435 del CP, lo cual dogmáticamente no es del todo cierto.

Igualmente, ya en el marco de la apropiación indebida, la reforma revisó el ámbito típico de la figura con la misma finalidad delimitadora: *«diferenciándose ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continua estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y de la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas, sin quebrantamiento del deber de custodia como lo es el caso de la apropiación de cosa perdida no susceptible de ocupación»*, refiriéndose en este caso al supuesto previsto en el artículo 254 CP.

Sin embargo, aun cuando el legislador insistió en que la mayor aportación de la reforma es que *«se aprovecha para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y de apropiación indebida»*, la realidad es que, suprimir de la descripción típica de la apropiación indebida la recepción de la cosa o efec-

to en «administración» y la conducta de «*distraer*», no supuso el punto final de las espinosas cuestiones derivadas de la fricción normativa entre ambas tipologías sino que solo las trasladó de un tipo (apropiación indebida) a otro (el nuevo delito de administración desleal) y tal vez ni siquiera eso.

Y ello, porque como con acierto apunta MARTÍNEZ BUJAN¹, «*el problema reside en que no sabemos con certeza cuáles eran las conductas que quedaban incluidas en el delito societario del derogado artículo 295, habida cuenta de que muchos supuestos de administración desleal en el ámbito societario fueron castigados como delito de apropiación indebida, el cual se sancionaba con una pena de mayor gravedad que la prevista para dicho delito societario*».

Por otra parte, nuestra mejor doctrina penal dejó pronto oír su voz crítica sobre la nueva regulación, tanto en la revisión que se ha efectuado de distintos Comentarios al Código Penal como en algunos artículos y monografías, como sucede con la reedición puesta al día de conocidos y valiosos trabajos monográficos; se trató de un primer intento de sistematizar, y dotar de contenido, al vuelco legislativo sufrido no solo por el delito de administración desleal del artículo 295 del anterior código penal, sino por el delito de la apropiación indebida, tradicionalmente paradigma junto al hurto y al robo de delito contra la propiedad, cuya naturaleza (al margen de alguna «*rara avis*» anterior) se vio definitivamente desnaturalizada por la tantas veces citada sentencia de 26 de febrero de 1998 (Caso Argentinia Trust) que cobró carta de naturaleza en nuestra jurisprudencia penal.

La lectura de estas aportaciones, pone de relieve que el legislador español acudió —como en otras ocasiones— a la legislación penal alemana de la que acostumbra a ser tributaria y que, de nuevo, como en otras ocasiones, copió pero copió mal; y también que, ante problemas interpretativos a los que el llamado a aplicar el Derecho (el Juez) deberá dar respuesta inmediata, no es capaz de configurar tipos penales que, cumplidores del principio de taxatividad, no compliquen *ad infinitum* su función interpretativa.

La ciencia penal española, salvo excepciones², bien se ha limitado a poner de manifiesto las deficiencias y la falta de concreción de la redacción del nuevo tipo penal del artículo 252 CP así como las consecuencias nocivas a que puede

¹ «*El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*», Tirant lo Blanch, 116, «*Colección delitos*» Valencia 2016, págs. 12 y 13. En esta línea sugiriendo criterios diferenciadores, «*Los delitos societarios. Administración desleal y apropiación indebida: criterios delimitadores y relaciones entre ambas figuras*», MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., *Estudios de Derecho Judicial*, nº 72, 2005, pág. 135 y ss.

² Excepción didáctica la constituye CASTRO MORENO, A., en «*Malversación, Administración desleal y Apropiación indebida*», Parte Especial, pág. 1 y ss. También, BACIGALUPO ZAPATER, E. «*La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal*», La Ley 6522/2015 págs. 1 a 8; y JUAN SANJOSE, R. J. «*La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*». Bosch 2016.

dar lugar la inconsciencia y la falta de rigor del legislador; o bien, a formular propuestas estrechamente vinculadas a ordenamientos penales de otros países, difícilmente extrapolables a la regulación de la figura en el texto punitivo español, pero sin ofrecer soluciones operativas de *lege lata* sino preponderantemente propuestas de *lege ferenda*.

El hecho de que la doctrina penal española se haya visto abocada, desde un principio, a proponer modificaciones de un precepto que acababa de ver la luz, pone de manifiesto que, como tantas otras veces, el legislador español, condicionado por la necesidad de incluir entre los sujetos posibles de la administración desleal al que administrare el patrimonio de una persona física y, principalmente, por poner fin a los instrumentos penales legales y jurisprudenciales utilizados para colmar las lagunas existentes en la punición de dichas conductas, no ha sido capaz de abordar la regulación de la administración desleal con el detenimiento preciso que exigía el hecho de que, como destacan PASTOR MUÑOZ / COCA VILA³, se haya introducido en el texto punitivo «*en tiempos de crisis económica, en los que parecen tambalearse alguno de los postulados rectores de la actividad económica que parecían incuestionables y la opinión pública comienza a ver con recelo modelos de conducta de los agentes económicos profundamente arraigados*» a lo que cabe sumar «*en nuestro país, la relevancia mediática adquirida por importantes escándalos financieros cometidos en muchos casos por los administradores y altos directivos de cajas de ahorros y entidades bancarias que finalmente tuvieron que ser intervenidas por el Estado en plena crisis económica*».

La pregunta inevitable es, pues, como señalan dichos autores citando entre otras la obra de FOFFANI/NIETO MARTÍN la siguiente: ¿«*El legislador ha visto en el nuevo artículo 252 CP un instrumento jurídico penal idóneo para fomentar una cierta ‘moralización’ de la actividad económica, esto es, para castigar la infracción de determinados estándares de diligencia quasi éticos en la gestión de intereses patrimoniales ajenos*», como sostienen algunos autores en Alemania en relación a una modalidad de la administración desleal (Untreue) de (aparente) igual o similar amplitud a la redacción típica del nuevo artículo 252 del CP? A la misma cabría añadir —a mi entender— dos preguntas más cuya respuesta resulta de especial interés a efectos de la aplicación del precepto:

a) ¿El legislador, con la amplitud proporcionada a la redacción de la figura, ha pretendido tipificar la vulneración del/los deber/es de velar por el patrimonio administrado causante de perjuicio, articulando un tipo de abuso o, por el contrario, nos hallamos ante un tipo de mera infidelidad que requiere de una acotación precisa que salvaguarde, mediante la interpretación restrictiva, la naturaleza de instrumento último de control del Derecho Penal?

³ PASTOR MUÑOZ, N./COCA VILA, I., «*El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal*» Atelier, Barcelona 2016, pág. 24 y ss.

b) Se comparta o no que incumba al sistema penal una función moralizante de la actividad económica, ¿no se habría logrado igualmente una reacción punitiva eficaz ante conductas desleales del administrador, en una sociedad y en un contexto económico como el actual, simplemente abandonando la doctrina jurisprudencial sobre la administración desleal genérica creada a partir del delito de la apropiación indebida, permitiendo así la eficacia del anterior artículo 295 del CP al que podría haberse sumado, en párrafo aparte, la administración desleal causante de perjuicio del patrimonio de una persona física?

Lo anteriormente expuesto, unido al contenido típico que se otorga a los reformulados delitos de administración desleal y de apropiación indebida, y a la complacencia con que el legislador (que ignoró Proyectos Anteriores y enmiendas al texto) se dirige a los futuros intérpretes de la ley, ha constituido la razón principal que me ha empujado a elegir, como objeto de mi discurso de ingreso en la Academia, el análisis dogmático del delito de administración desleal partiendo de sus precedentes, en un intento —tal vez *ex ante* infructuoso— de desentrañar si, atendidas las actuales descripciones típicas, el legislador ha logrado, por lo menos en parte, proporcionar al intérprete los límites que permitan conocer dónde termina una de las figuras penales y comienza la otra, garantizando así la seguridad jurídica.

Y también, porque se trata de una figura penal que, al igual que la apropiación indebida, se nutre de elementos normativos de indiscutible significado en el ámbito del derecho privado, lo que permite poner en valor, de una parte la unidad e interconectividad formal del ordenamiento jurídico y de otra, la funcionalidad material de los elementos o institutos comunes atendida la autonomía que se predica de los distintos sectores del mismo, de especial importancia en lo que atañe al Derecho Penal por su función de *última ratio* que, en sede de interpretación y aplicación del mismo, cristaliza en un mandato de interpretación restrictiva y hasta cierto punto autónoma de los tipos penales. Mandato que, como tendremos ocasión de comprobar, lamentablemente ha sido desoído —y sigue siéndolo tras la reforma— por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en lo que atañe a los tipos penales objeto de estudio.

El trabajo constituye, pues, una manifestación más de mi especial interés no solo teórico (que también) sino práctico, por el denominado «derecho penal económico» cuya correcta aplicación requiere un específico conocimiento por parte del intérprete, de sectores del ordenamiento jurídico tales como el civil y el mercantil y aún de derecho administrativo, razón por la que siempre me pronuncie por la necesidad de crear Tribunales especializados en dicha materia, lo que de nuevo reivindicó ahora, cuando ya no volveré a formar parte de ellos.

II. LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL ANTES DE LA REFORMA DEL CP POR LA LEY 1/15 DE 30 DE MARZO

1. *Planteamiento*

Como decía, la reforma operada al CP por la LO 1/2015 de 30 de marzo cambió absolutamente el panorama legislativo español en materia de responsabilidad penal por administración desleal, de manera que no cabe hablar de una evolución lógica y acorde con nuevas necesidades político-criminales, sino de una ruptura total con la anterior configuración legal y jurisprudencial de este delito. O por lo menos, esa era la pretensión del legislador.

Al margen de la anterior regulación de la apropiación indebida (artículo 535 del CP de 1973) sobre la que se construyó, en un principio, la deslealtad del administrador merecedora de sanción penal, vigente ya el Código Penal de 1995 y hasta que a 1 de julio de 2015 entra en vigor la reforma, los instrumentos legales de los que hizo uso y/o dispuso la jurisprudencia para otorgar relevancia penal a determinadas conductas desleales del administrador eran los siguientes:

En primer término, el artículo 252 del CP (Sección Segunda «De la apropiación indebida» del Capítulo VI «De las defraudaciones» del Título XIII) que disponía el castigo con las penas de los artículos 249 CP o 250 CP en su caso, a *«los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito miserable o necesario»*; sin que los artículos 253 y 254 del CP que tipificaban respectivamente el tradicional «hurto de hallazgo» y la recepción y no devolución de activos patrimoniales por error del transmitente guardaran ninguna relación con la administración desleal.

En segundo término, el Capítulo XIII del mismo Título XIII en el cual, bajo la rúbrica «De los delitos societarios» y junto a diversas tipologías, vinculadas también algunas de ellas a conductas de deslealtad del administrador societario, se hallaba el artículo 295 del CP que tipificaba la administración desleal *«strictu sensu»* determinando que *«los administradores societarios 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 causa de esta, 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 las penas de prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido»*.

Esta figura penal, introducida en el articulado del texto legal por el Código Penal de 1995, si bien ignoraba la administración desleal del administrador de un patrimonio perteneciente a persona física, pretendía llegar hasta donde no alcanzaba el delito de apropiación indebida; es decir, en opinión prácticamente unánime de la doctrina, el legislador, tipificando un tipo de abuso, prohibía bajo pena la realización por parte de los sujetos típicos de conductas (actos de disposición o contracción de obligaciones) que, sin constituir actos dominicales ilícitos sino solo usos temporales ilícitos, causaban un perjuicio al patrimonio administrado y, en suma, a los sujetos pasivos típicos⁴, finalidad que tampoco se logró, por lo menos en los términos pretendidos⁵.

2. *Estado de la cuestión de la administración desleal y de la apropiación indebida hasta la entrada en vigor de la nueva regulación*

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos de nuestra área de cultura jurídica, los textos punitivos anteriores al Código Penal de 1995 no acogían como delito la administración desleal de un patrimonio ajeno. La única vía para exigir responsabilidad penal al administrador la proporcionó el artículo 535 del CP de 1973 que castigaba, entre otros, a quien hubiere recibido en *administración* o cualquier otro título que obligara a entregarlos o devolverlos, dinero, efectos, o cualquier otra cosa mueble y se apropiare de los mismos, los distrajere o negare haberlos recibido.

Ello suponía que los únicos actos del administrador merecedores de reproche penal, eran aquellos que se traducían en apropiarse, de los bienes que había recibido en administración, integrándolos en su esfera de dominio; se trataba, al igual que los otros títulos enumerados en el precepto y aquellos que generaren la obligación de entregar o devolver, de trasmutar con *animus rem sibi habendi* la posesión lícita en dominio ilícito —por utilizar una expresión que hizo fortuna—, quebrantando la fiducia inherente al título y lesionando el bien jurídico protegido en el precepto que no era otro que la propiedad.

Tal vez por tal motivo (quebranto de la *fiducia*), la apropiación indebida, aun cuando sistemáticamente se ha ubicado siempre en el marco de las defraudaciones, fue considerada ya desde los primeros comentaristas, un delito contra la propiedad —y no un ataque contra el patrimonio como se afirma del delito de administración desleal— en cuanto lo único que la distingue de los delitos de mera expoliación como el hurto y el robo, es que dicho expolio se consigue mediante

⁴ Por todos, FARALDO CABANA, P. «*Los delitos societarios*», Tirant Monografías, Valencia 1996, pág. 529 y ss. (hay edición de 2015).

⁵ LUZON PEÑA, D. / ROSO CAÑADILLAS, R. «*La administración desleal societaria en el Derecho Penal español*», Indret, Revista para el análisis de Derecho 3/2010, pág. 5.

el quebranto de la fiducia depositada en el autor por el mandante, depositante o administrado.

La insistencia doctrinal acerca de la necesidad de dotar a nuestro sistema jurídico penal de un elenco de infracciones que dieran respuesta punitiva a las nuevas necesidades, surgidas en razón de distintos ataques contra el patrimonio, propias de una sociedad y unas estructuras económicas absolutamente diversas a aquellas que veían colmada la protección penal con el «clásico» delito de apropiación indebida, no halló respuesta legislativa hasta la promulgación del Código Penal de 1995.

El nuevo código, en el Capítulo XIII del Título XIII del libro II y bajo la rúbrica «*De los delitos societarios*», aglutinó una serie de nuevos tipos penales con características propias (por ejemplo, una interpretación auténtica o legal de sociedad a efectos del Capítulo en el artículo 297 CP), entre los que destacaba el artículo 295 CP que acogía una infracción penal que se caracterizaba por referirse directamente al abuso del cargo por parte del administrador, esto es, a la infracción del deber de lealtad en su ejercicio. La creación de esta figura penal que tampoco ofrecía solución a los antes referidos escándalos financieros o bancarios de lo que hemos sido espectadores, acarreó desafortunadas consecuencias por la coexistencia junto a la misma de un delito de administración desleal creado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir del delito de apropiación indebida.

La más importante de las consecuencias nocivas de la aparentemente doble incriminación de la administración desleal (a las que de modo concreto me referiré en líneas posteriores) se tradujo, como pone de relieve GÓMEZ-JARA DIEZ⁶, en la escasa aplicación de la nueva figura durante los primeros años de su vigencia; esta, sin embargo, se impuso paulatinamente en las Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal mientras que la Sala Segunda del Tribunal Supremo siguió aplicando reiteradamente la que denominaba «*administración desleal genérica*» del artículo 252 CP, extremo que no deja de ser significativo.

2.1. *Los orígenes del problema: el vacío normativo anterior a la promulgación del Código Penal de 1995 y el recurso jurisprudencial al delito de apropiación indebida*

La laguna existente y la necesidad político-criminal de otorgar una respuesta penal a toda una serie de importantes y mediáticos procesos judiciales, hizo que ya antes de la entrada en vigor del CP 1995⁷, y posteriormente en la década de los

⁶ GÓMEZ-JARA DIEZ, C. «*La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el Derecho Penal Español: ¿un tipo de administración desleal en el artículo 252 del Código Penal*», en «*La administración desleal de los órganos societarios*» en Carlos Gómez-Jara Diez (Coordinador), Günter Jakobs y Bernd Schünemann, pág. 153 y nota 3.

⁷ STS de 16 de diciembre de 1987, 20 de junio de 1993, 16 de diciembre de 1994, 7 de marzo de 1994 y 14 de marzo de 1994.

noventa y siete ya el artículo 295 del CP, se usara la doble previsión típica del artículo 252 CP, «*apropiare o distrahere*», para ensanchar las fronteras de la apropiación indebida, en el sentido político criminalmente deseado, «*matizando la exigencia del animus rem sibi habendi proprio de la conducta apropiatoria*» y extendiéndola a «*dar al dinero un destino distinto al fijado*»⁸, tesis que se consolidó en la jurisprudencia y en un determinado sector doctrinal.

Aquellas primeras sentencias sientan la base de lo que, con matizaciones sin consecuencias importantes, va a constituir el *leit motiv* de una postura inamovible del Tribunal Supremo: «*el artículo 535 CP no solo contiene el tipo clásico de apropiación indebida de cosas sino también por lo que se refiere al dinero, un tipo de gestión desleal...*» en cuanto «*la en realidad mal llamada apropiación indebida del dinero constituye un tipo especial de caracteres autónomos que consiste..., en un perjuicio patrimonial ocasionado por una gestión desleal del dinero...*».

La fijación definitiva de esta posición jurisprudencial y su fundamentación jurídica tiene lugar en la paradigmática STS de 26 de febrero de 1998 (caso Argentina Trust) de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo; efectivamente, en ella, tras afirmarse con rotundidad que el artículo 252 del CP además de la apropiación acoge una segunda conducta —la de la distracción— que «*encaja perfectamente en el llamado tipo de infidelidad*», cuya finalidad no es otra que «*proteger las relaciones internas entre el titular del patrimonio y el administrador frente a los perjuicios derivados para el primero de la infracción de los deberes que incumben al segundo*», se añade que «*en esta segunda hipótesis el tipo se realiza aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su 'status'*».

La construcción jurisprudencial de ese inicialmente tipo de infidelidad, al parecer históricamente oculto hasta aquel momento en el marco de la tradicional apropiación indebida, se fundamenta, según el sector doctrinal que la apoyó, en lo siguiente: el hecho de que el artículo 252 CP incluyera, como objeto típico el dinero, cuya entrega por su carácter fungible comportaba en principio la transmisión del dominio alcanzando al receptor solo la obligación de devolver el *tantundem* (es decir, generando para el trasmisor un derecho de crédito frente al receptor), implicaba que, en rigor, no podía hablarse de una lesión de la propiedad sino en su caso del patrimonio ni, desde luego, de apropiación de aquello (el dinero) que pasaba a integrarse en la esfera de dominio del administrador, sino de una distracción. De modo que, así razonado, el tradicional delito de apropiación indebida pasaba a acoger, como otra alternativa típica, la distracción del dinero por

⁸ GILI PASCUAL, A. «*Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*», 2ª edición, González Cussac. J.L. (Director), Tirant lo Blanc, Valencia 2015, pág. 757.

parte del administrador desleal o infiel, en una forzada dicotomía que aglutinaba, bajo la cobertura de dos términos de un solo aparente distinto significado, junto a la tradicional apropiación indebida, un tipo de infidelidad. O dicho de otra forma, a través del artículo 252 CP se protegía la propiedad y excepcionalmente, si de dinero se trataba, el patrimonio.

Por todas, sin excepción, valga de ejemplo la reciente STS de 20 de mayo de 2020 que, vigente ya la reforma de 2015 y con cita de las SSTs de 19 de junio de 2007, de 28 de marzo de 2012, de 12 de julio de 2012, de 9 de julio de 2013, de 9 de mayo de 2014, de 25 de julio de 2014, de 12 de noviembre de 2014, de 22 de diciembre de 2014, de 27 de enero de 2015 y de 21 de mayo de 2015, recoge la posición sostenida por el Alto Tribunal desde la citada STS de fecha 26 de febrero de 1998:

«En el esquema normativo vigente a la fecha de los hechos, el delito de apropiación indebida aparecía descrito en el artículo 252 CP ..., y una consolidada jurisprudencia de esta Sala entendió, a partir de la distinción de los dos verbos nucleares que incorporaba el precepto, que el mismo proyectaba su tipificación sobre dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica apropiación de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro o se niega a devolverlas; y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance pero con la obligación de darle un destino específico».

«Cuando se trataba de dinero u otras cosas fungibles entendió esta Sala, en interpretación del precepto en su redacción anterior, que el delito de apropiación indebida requería que el autor ejecutara un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos, que resultara ilegítimo en cuanto excediera de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; y que como consecuencia de ese acto se causara un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad de recuperación en relación al fin al que iba destinado».

«La distracción como modalidad típica..., no se cometía con la desviación orientada a un uso temporal o al ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que precisaba la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia...».

En esta modalidad delictiva se configura como elemento específico la infracción del deber de lealtad que surge de la especial relación de los títulos que habilitan la administración y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad. El tipo se realiza aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquel que ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su posición».

Nunca con tan poco, la referencia a la administración como uno de los títulos que transmiten la posesión/disponibilidad (entre los que no se enumera el préstamo mutuo), una interpretación *«ad hoc»* y descontextualizada del verbo «dis-

traer» y el dinero como posible objeto de la apropiación, se creó, por primera vez en nuestro sistema, un delito de administración desleal. Y se hizo por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

2.2. *Las razones de la insostenibilidad jurídica de la posición jurisprudencial*

La insostenibilidad jurídica de la posición jurisprudencial nace de que toda la tesis jurisprudencial se construye partiendo de un punto de partida jurídico que entiendo equivocado: la interpretación proporcionada al anterior artículo 252 del CP vinculada concretamente a dotar de determinado significado al término legal «*distraer*» cuando de *dinero* se tratare.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo creó de la nada jurídica un inexistente delito de administración desleal *solo para el supuesto concreto de que el administrador, sin apropiarse del mismo, diere al dinero* (que debía administrar, normalmente junto a otros bienes muebles e inmuebles, integrando todo el conjunto el patrimonio) *un fin distinto al pactado en el título o al legalmente determinado, causando un perjuicio patrimonial*, lo que trajo como consecuencias perniciosas la infravaloración del único delito de administración desleal (societaria) vigente desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y los vaivenes en sede de concurso (¿de leyes o de infracciones?) originados por el criterio, también —a mi juicio— insostenible, de la existencia de sectores limítrofes o superpuestos entre ambas modalidades delictivas (artículos 252 CP y 295 CP entonces vigente).

Me preguntaba si es dogmáticamente defendible la tesis jurisprudencial y mi respuesta no puede ser otra: rotundamente no. Así me manifesté ya en anteriores trabajos⁹ alineándome, pues, con la doctrina penal¹⁰ que, rechazando las tesis doctrinales y jurisprudenciales que contemplaban en el artículo 252 del CP dos infracciones penales de distinta naturaleza (apropriarse de cosas muebles o efectos y distraer el dinero recibido en administración) y distinto ámbito de protección típica (propiedad y patrimonio), sostiene que el delito de apropiación indebida es un delito contra la propiedad, entendida esta, no como pérdida del derecho real (que no se pierde) sino como la privación de las facultades inherentes al dominio recogidas en el artículo 348 del Código Civil, y no un delito contra el patrimonio

⁹ MAGALDI PATERMOSTRO, M^a. J., en «*Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*», CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Coordinadores, Marcial Pons, Barcelona 2004); la misma en «*Los delitos societarios. Administración desleal y apropiación indebida: criterios delimitadores y relaciones entre ambas figuras*».

¹⁰ Por todos, SAIZ PARDO CASANOVA, «*El delito de apropiación indebida*» Barcelona 1978, pág. 70 y ss; ZUGALDIA ESPINAR, J. M., «*Delitos contra la propiedad y el patrimonio*», Madrid 1998 pág. 70 y ss; GOMEZ BENITEZ, J. M., «*El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles*», La Ley n^o 4237 de 26 de febrero de 1997 pág. 2054; el mismo, «*De nuevo: sobre la diferenciación entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal*», La Ley n^o 4680 de 26 de noviembre de 1998 pág. 2175; el mismo «*Los delitos de apropiación indebida y disposición abusiva de los bienes Sociales en el Código penal y la jurisprudencia*» en Actualidad Jurídica Aranzadi n^o 608 de 22 de enero de 2004, pág. 1 y ss.

en el que tendrían cabida los usos abusivos no dominicales con perjuicio o menoscabo patrimonial¹¹.

Desde esta perspectiva, carece de fundamento jurídico suficiente la extensión de la figura, operada por la jurisprudencia, a los usos dominicales no apropiatorios de dinero llevados a cabo por el administrador, en cuanto —como siempre he mantenido¹²— se apoya exclusivamente sobre dos pilares: a) En la inclusión de la apropiación indebida en el Capítulo dedicado a las defraudaciones que —como dije en anteriores líneas— obedece solo a que el injusto se vertebra alrededor de la vulneración de la «fiducia», de la «buena fe» a la que expresamente se refiere el artículo 7 del Código Civil; y b) En una de las interpretaciones gramaticalmente posibles del término legal «*distraer*», descontextualizada, que excede del marco de la interpretación extensiva y constituye analogía prohibida¹³, así como en un análisis jurídico meramente superficial y enumerativo de los títulos típicos idóneos (y en consecuencia de los inidóneos) para transferir la posesión y/o determinadas facultades de disposición sobre el bien (y no el dominio).

Decía que la insostenibilidad jurídica de la tesis jurisprudencial derivaba de que toda la construcción se apoyaba sobre la siguiente base: el incorrecto entendimiento de la naturaleza de los títulos por los que deben haber sido recibidos los objetos de la acción los cuales, ciertamente y dada la fórmula abierta utilizada por el legislador, comprenderán todos los títulos susceptibles de transferir la posesión de la cosa, siempre que con ella no transfieran el dominio¹⁴ y generen, además, la obligación de entregarlos o devolverlos.

En este sentido la STS de 12 de mayo de 2000, expresaba textualmente que *«la doctrina de esta Sala ha precisado que los títulos que el precepto relaciona (depósito, comisión y administración) no es un “numerus clausus” como claramente se verifica al incluir una fórmula abierta, que extiende el ámbito del tipo a todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación de devolución o de entrega de la cosa, incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que genere la obligación de entregar o devolver»...*, *«habiéndose fijado como títulos posesorios distintos a los señalados en el tipo penal, el*

¹¹ GÓMEZ BENÍTEZ, J. L., «Los delitos de apropiación indebida...» ob. cit. pág. 2.

¹² MAGALDI PATERNOSTRO, M. J. «Los delitos societarios...» ob. cit. pág. 157 y ss.

¹³ Afirmación que parte de la tesis interpretativa que expuse en sede de estafa al analizar el significado proporcionado por la jurisprudencia a la agravación 6ª del artículo 250 conforme a la cual, del mismo modo que traspasar el sentido literal posible, escudándose en razones históricas y teleológicas, infringe el principio de fragmentariedad y de «ultima ratio» y constituye analogía prohibida, lo es también optar con fines agravatorios por uno de los sentidos literales posible si aquel excede del fin de protección de la norma. Vid., al respecto, «Comentarios al Código Penal...» ob. cit. pág. 739 y ss.

¹⁴ STS de 28 de abril de 1986; STS de 19 de julio de 2001; STS de 7 de noviembre de 2002; STS de 15 de febrero de 2003.

mandato, la aparcería, el transporte, la prenda, el comodato, la compraventa con pacto de reserva de dominio, la sociedad y el arrendamiento de cosas, de obras y de servicios» tal y como expresa también la STS de 6 de junio de 2000¹⁵ así como «*el mandato, la aparcería, la prenda, el comodato, la compraventa con acto de reserva de dominio, la sociedad y el arrendamiento de cosas, obras y servicios»* tal como ejemplifica la STS de 6 de junio de 2000¹⁶.

Y es un hecho que no puede resultar indiferente que, por muy amplia que sea la fórmula legal empleada, entre estos títulos no tiene cabida el préstamo mutuo que civilmente sí trasmite la propiedad.

Como ya puse de manifiesto no ha existido una construcción doctrinal o jurisprudencial que haya fijado el punto de atención interpretativa sobre los ejes esenciales de estos negocios jurídicos, más allá de los caracteres expuestos y el recurso a un sistema meramente enumerativo o enunciativo de los títulos idóneos. Ello, unido a la utilización típica para configurar la conducta punible de términos tan aparentemente dispares como lo son el de «*apropiarse*» y el de «*distraer*» y a que el objeto de la acción pueda serlo el dinero o cualquier otra cosa fungible, posibilitó la interpretación jurisprudencial según la cual —fuera de toda coherencia lógica— coexistirían en el artículo 252 del CP dos bienes jurídicos protegidos (la propiedad y el derecho de crédito) y no en el sentido proporcionado a los denominados delitos pluriofensivos sino como dos conductas típicas diferentes, de apoderamiento una y de gestión desleal otra que no requeriría la apropiación, bastando el perjuicio.

Parte de esta complejidad interpretativa tiene su origen en una lectura jurídica del precepto que pone el acento interpretativo en la expresa referencia legal al depósito, la comisión y la administración, relegando la también expresión legal «*o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos*» a cláusula general que operaría a modo de abrazadera y que resultaría, de este modo, en cierto modo dependiente de la naturaleza de los negocios jurídicos específicamente descritos, que integrarían, por decirlo de algún modo, el núcleo de la apropiación indebida típica.

Por el contrario, sostuve, —y sostengo— que la estructura del tipo de apropiación (ideal) sin cobertura jurídica (indebida) de dinero, efectos, valores o cosa mueble, se vertebra, *sea cual sea el negocio jurídico en virtud del cual se haya recibido la cosa*, alrededor de unos parámetros simples y bien definidos:

a) Que estos efectos hayan sido recibidos por un título basado o articulado en torno a la «*fiducia*» o las exigencias de la *buena fe* conforme deberán ejercitarse los derechos.

¹⁵ STS de 15 de noviembre de 1994; STS de 1 de julio de 1997; STS de 27 de noviembre de 1998; STS de 21 de julio de 2000; STS de 4 de mayo de 2001.

¹⁶ Entre muchas SSTS de 28 de abril de 1986, de 15 de noviembre de 1994, de 1 de julio de 1997, de 27 de noviembre de 1998, de 21 de julio de 2000, de 19 de julio de 2001, de 7 de noviembre de 2002, de 15 de febrero de 2003.

- b) Título, que, si bien otorga al sujeto la posesión de los mismos.
- c) Genera, sin embargo, la obligación de entregarlos (a terceros) o devolverlos (a su titular).

d) Consumándose la ruptura de la «*fiducia*» cuando el sujeto poseedor los hace suyos (no los devuelve al titular, no los entrega al destinatario o niega haberlos recibido) integrándolos definitivamente en su esfera de dominio, bien de manera dinámica, esto es, disponiendo de la cosa como el dueño que no es, bien de manera estática, es decir, simplemente quedándose o negando haberla recibido.

No importa tanto, pues, el «*nomen iuris*» del título por el que se haya recibido la cosa, las obligaciones concretas del receptor frente a ella ni el hecho de que la cosa, por su naturaleza fungible, se entienda civilmente transmitida, como la obligación (esencial al negocio) que alcanza al sujeto de entregarla o devolverla, es decir, de tenerla a disposición de quien jurídicamente sigue siendo su propietario. No es posible negar que el patrimonio que un sujeto administra, compuesto de bienes muebles e inmuebles, acciones, títulos valor y dinero sobre los que tiene facultades dispositivas (y aún de goce) sigue siendo propiedad de su titular.

Como lógica consecuencia, serán títulos típicos todos los que por la propia naturaleza del negocio generen aquellas obligaciones típicas de entregar o devolver, las cuales pueden incumplirse tanto apropiándose materialmente de la cosa o disponiendo de ella a fines propios como negando la recepción previa de la cosa o efectos que debían ser entregadas o devueltas o haciéndolos desaparecer («*distrayéndolos*»). En conclusión, la conducta, al margen de su forma de llevarse a cabo —dependiente ésta de la naturaleza y extensión del título—, será siempre la misma y única: disponer de la cosa como dueño no siéndolo, integrándola, en definitiva, en la propia esfera de dominio patrimonial.

La expresa referencia al depósito, la comisión y la administración, al igual que la asociación, junto a la conducta típica de apropiarse, de la conducta de distraer, debe entenderse como expresión de la voluntad del legislador penal de considerarlos lo que son materialmente, hecha abstracción de lo que, formalmente y a los simples efectos de hacer viable el tráfico mercantil, se considere si de dinero o cosa fungible se tratare: títulos o negocios jurídicos que generan la obligación de entregar o devolver. La decisión legislativa de enumerarlos, expresamente obedecería, pues, al hecho de que, a falta de una expresa enumeración típica, las particulares características de estos negocios jurídicos podrían comportar dificultades interpretativas en orden a la subsunción de las conductas de apropiación llevadas a cabo por el depositario, en el caso de tratarse de un depósito irregular o por el mandatario en el caso de tratarse de un mandato de administración o de un mandato mercantil (comisión) en los supuestos en los que el objeto venga constituido por dinero o cosa fungible.

En efecto, respecto de los citados negocios jurídicos la doctrina civilista coincide en considerar aplicable a los mismos —en todo caso y para cualquier negocio jurídico, atendida su fungibilidad— la regla prevista en el artículo 1753 del Código

Civil para el préstamo de dinero en el que taxativamente se determina que «*el que recibe en préstamo, dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie o calidad*».

Un sector de la doctrina¹⁷ y la jurisprudencia penal¹⁸ han acogido sin más esta consideración y la han traspuesto —también sin más— a la esfera penal y en concreto a la esfera de la apropiación indebida partiendo de las siguientes premisas:

a) Dado que en estos negocios jurídicos (depósito, comisión y administración) lo que se transmite es la propiedad del dinero o la cosa fungible, no podrá ser este derecho real el bien jurídico protegido sino el derecho de crédito y en último extremo el patrimonio¹⁹; pero, curiosamente, ha excluido del ámbito de protección típica el depósito irregular (depósito bancario) y no han extraído consecuencias específicas similares respecto de la comisión y sí solo en cambio (y para subsumir en la figura de la apropiación indebida, la gestión desleal de negocios ajenos) para la administración o mandato representativo.

b) En este tipo de negocios, puesto que la «*apropiación*» no sería posible (porque ya se ha transmitido la propiedad), la conducta punible cristalizaría en «*distraer*» el dinero recibido (en propiedad pero con la obligación de devolver el *tantundem*) de los fines a que estaba destinado, causando perjuicio patrimonial, en el sentido de menoscabar el patrimonio administrado aun cuando no existiere apropiación del mismo.

En cambio, desde la perspectiva interpretativa de la que parto, la expresa enumeración del depósito, comisión o administración de dinero o cosas fungibles tenía —y tiene— su razón de ser, en el particular contenido del negocio y su especial regulación jurídica civil y mercantil (que como he dicho, podría originar dudas fundadas acerca de su subsunción en la figura penal) y supone una extensión o asimilación «*ex lege*» de los mismos a los títulos meramente posesorios tanto en razón de que en múltiples ocasiones comportan facultades de disposición (recuérdese al respecto el contenido del artículo 1713, párrafo segundo del

¹⁷ Expresamente, MANJON CABEZA, A. *Nuevo enfoque de la apropiación indebida. Especial consideración de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adjudicación de viviendas*, Civitas, 1988 pág. 213 y ss., DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y de apropiación indebida*. Barcelona 1994, pág. 102, y SILVA CASTAÑO, «*El delito de apropiación indebida y la administración desleal*» en Curso de Derecho Penal Económico, Bacigalupo (Director) Barcelona 1998, pág. 115 (si bien esta última muestra sus reservas respecto del depósito). Otro sector, afirma también la transmisión del dominio en los supuestos de cosa fungible o dinero si bien no admiten las consecuencias extensivas que a efectos típicos extraen los autores primeramente citados.

¹⁸ Entre otras muchas, y por citar alguna de las más significativas: STS de 2 de noviembre de 1993; STS de 8 de julio de 1998; STS de 12 de mayo de 2000 y STS de 26 de noviembre de 2001: «*ello es consecuencia de las normas de derecho civil que rigen respecto de la adquisición de la propiedad de las cosas fungibles, que establecen que sobre dichas cosas (incluido el dinero) se adquiere la propiedad con su recepción y se debe una cantidad igual a la recibida. Por tal razón no puede haber apropiación de cosas ajenas, sino una distracción de dinero...*».

¹⁹ RODRIGUEZ MONTAÑES, M. T., ob. cit. pág. 45; DE LA MATA BARRANCO, ob. cit. pág. 102.

Código Civil) como porque, debido a la fungibilidad del objeto y de la facultad de usar o disponer del mismo, la obligación de devolver lo es, necesariamente siempre del *tantundem* (de lo recibido), no tanto por su fungibilidad como por su consumibilidad. A ello no es óbice sino que a mi juicio coadyuva a la tesis aquí sostenida, lo dispuesto en el artículo 609 párrafo segundo del Código Civil en relación con el artículo 1753 del mismo texto legal: «..., *la propiedad y demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten...*, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición...» esto es concurriendo el título y el modo como sucede con «*recibir en préstamo u otra cosa fungible...*» (título y modo) según expresamente se dispone en el artículo 1753 pero no en el contrato de depósito, comisión y administración o mandato representativo.

Pero, es que, además, la expresa extensión a los mismos acogida por el legislador penal no era siquiera estrictamente necesaria por tres motivos:

a) Incluso en el ámbito civil, la titularidad formal del dinero que se atribuye al depositario, administrador o comisionista puede ser entendida como puramente instrumental en cuanto la fungibilidad del dinero (y más que ello su consumibilidad) haría imposible el tráfico mercantil de no asociar esta consecuencia jurídica (la transmisión del dominio) a su entrega.

b) La titularidad es en cierto modo ficticia en cuanto que al no constituir el depósito ni la administración de títulos idóneos para transmitir el dominio, este obviamente no es materialmente oponible frente al dueño («*erga omnes*») y constituye, en todo caso, una apariencia o ficción, lo que no sucede en el préstamo mutuo cuya esencia y estructura son totalmente diversas. A lo dicho, no es óbice el hecho de que el depositante, el comitente o el administrado no tengan contra el depositario, el comisionista o el administrador una acción real sino solo personal puesto que ello obedece a la inviabilidad objetiva (por la naturaleza intrínseca del dinero) de la acción reivindicatoria.

c) La letra de la ley es diáfana: los que se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier «*otra cosa mueble*». Y cosa mueble es, sin duda, el bien (fungible por ser consumible) constituido por el dinero a tenor de lo dispuesto en el artículo 337 del Código Civil; por lo tanto, como tal, es por propia naturaleza «*susceptible de apropiación*» conforme define las cosas muebles el artículo 335 del mismo texto legal²⁰.

Le asistía por tanto la razón jurídica a GÓMEZ BENÍTEZ cuando escribió que solo «*una equivocada comprensión del concepto de apropiación indebida puede llevar a la conclusión contraria a los textos legales citados, es decir a la conclusión de*

²⁰ Mi tesis en relación a dichos negocios jurídicos en el ámbito típico de la apropiación indebida se recoge en MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Volumen I. Córdoba Roda-García Aran (Directores) ob. cit. pág. 831 y ss.

que hay bienes —los fungibles— que no pueden ser objeto de apropiación, precisamente porque, según esta interpretación, su fungibilidad lo impide, ya que su mera entrega trasmite la propiedad, con independencia del título jurídico por el que se recibe» y solo «desde este discurso, incompatible con la lógica y el derecho» puede mantenerse como se ha mantenido que los administradores que disponen del dinero a fines distintos de los que implica el título de administración (es decir incumplen lo dispuesto en el artículo 1714 del Código Civil), cumplen el tipo del artículo 252 porque llevan a cabo la distracción típica «pero no la de apropiación, porque desde que lo recibieron en administración son dueños del mismo».

A estos argumentos cabe añadir el hecho de que el Código Civil, cuando en el artículo 337 se refiere a los bienes fungibles, está definiendo propiamente los bienes consumibles, es decir, aquellos «*quod in usu consumitur*», entre los cuales el dinero lo es por excelencia por su función de valor de cambio. Precisamente por este motivo, no resultaría de aplicación a este tipo de bienes la acción reivindicatoria (artículo 348 del Código Civil) ya que se parte de la base que el simple uso por parte del poseedor del bien supone su consumo y la extinción del mismo. Reflejo de ello lo hallamos en el artículo 86 del Código de Comercio que establece la irreivindicabilidad del dinero cuando se adquieren mercancías en establecimientos abiertos al público, resultando significativo al respecto el contenido del artículo 1160 del Código Civil que dispone que «*en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Sin embargo, si el pago hubiere consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe*».

La fungibilidad constituye un concepto diferente al de consumibilidad, en cuanto supone que dos bienes poseen las mismas características y, consecuentemente, su función puede ser realizada por uno o por otro, esto es, cuando hablamos de fungibilidad estamos diciendo que el bien es sustituible (por el otro), por lo que el adjetivo que mejor la define es el de la sustituibilidad. Y naturalmente que los bienes consumibles (dinero), por su carácter genérico, son bienes fungibles (por ejemplo una tonelada de mandarinas respecto de otra de calidad semejante) pero no todos los bienes fungibles son necesariamente consumibles (por ejemplo una acción de una sociedad respecto de otra acción idéntica) lo que conduce a que si bien en uno y otro caso la reparación del daño podría realizarse por el pago del *tantundem* (artículo 1167 del Código Civil), en el supuesto de apropiación de un bien fungible que no fuera consumible, sí tendría sentido teóricamente la acción reivindicatoria ya que el bien sería identificable por el objeto de la acción²¹. Por tanto también por esta razón la postura jurisprudencial que admi-

²¹ A pesar de ello, respecto del ejercicio de esta acción reivindicatoria en bienes muebles debe tenerse en cuenta que el artículo 464 del Código Civil recoge literalmente el principio de

te junto a la apropiación la modalidad típica de distracción basada en la naturaleza fungible del dinero, se muestra como un mero fuego de artificio jurídico.

En consecuencia, nada obstaba —sino al contrario— a que el administrador societario (y también naturalmente el de una persona física) que, abusando de su cargo, hubiera hecho suyo el dinero recibido en administración, bien de manera estática, esto es, integrándolo definitivamente en su patrimonio o bien de manera dinámica o funcional, es decir, disponiendo del mismo a sus propios fines con finalidad apropiatoria (por ejemplo para saldar deudas contraídas o para adquirir acciones de una sociedad), cometiera el delito de apropiación indebida; en cambio, no eran subsumibles en el tipo de apropiación indebida —como se hizo— los denominados usos no dominicales ilícitos del dinero cuando no se había acreditado la apropiación, bajo la cobertura de la jurídicamente increíble creación de la «*administración desleal 'genérica'*» en el anterior artículo 252 CP.

3. *El delito de administración desleal del artículo 295 del CP y sus relaciones con la apropiación indebida*

Era esperable que la interpretación que la jurisprudencia realizó, primero del artículo 535 del Código Penal de 1973 y después del artículo 252 del Código Penal de 1995, que subsumía los usos ilícitos no dominicales de dinero por el administrador causantes de perjuicio en el marco de la apropiación indebida, condicionara —como así ocurrió— la interpretación del contenido típico del delito de administración desleal del artículo 295 del CP.

El contenido proporcionado a este último precepto, claramente configurado como un tipo de abuso, devino necesariamente tributario de aquella interpretación basada en la «*distracción del dinero*», de tal modo que, como señala MARTINEZ BUJAN²², la «*acción de disponer del artículo 295 debía ser diferenciada de la acción de disponer en el ámbito de la apropiación indebida*», supuesto este equivalente a un incumplimiento definitivo de las obligaciones mientras que en la administra-

la posesión *vaut titre*, del artículo 2279 del Código Napoleónico. Así pues solo será posible su reivindicación si se hubieren perdido o su propietario hubiere sido desposeído ilegalmente de las mismas. El precedente del Código Civil francés citado se refiere a las cosas perdidas o robadas (*celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose*). En consecuencia, en la excepción a la regla general no se hallaría la distracción por apropiación indebida. Por otro lado frente a una posible reivindicación, el propio Código Penal en el artículo 111.2 establece que la restitución, como forma de la responsabilidad civil, halla su límite en los supuestos de irreivindicabilidad.

En este sentido puede citarse como ejemplo el ya citado artículo 86 del Código de Comercio, cuando determina que la adquisición de mercancías en establecimientos abiertos al público comportará la prescripción del derecho o el artículo 9 de la Ley de Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, que dispone que: «*el tercero que adquiera a título oneroso valores representados por medio de anotaciones en cuenta de persona que, según los asientos del registro contable, aparezca legitimada para transmitirlos no estará sujeto a reivindicación, a no ser que en el momento de la adquisición haya obrado de mala fe o con culpa grave*».

²² *El delito societario de administración desleal...*, Valencia 2001, pág. 19 y ss.

ción desleal se trataba de una distracción no definitiva, los denominados «*usos temporales ilícitos*», a los que se dotó de un amplio sentido de aprovechamiento abusivo causante de perjuicio. Junto a la realización de actos de disposición así definidos, la otra modalidad de conducta típica concretada en la «*contracción de obligaciones*» quedó circunscrita a supuestos de contracción de cargas, gravámenes o similares que no implicaran actos de disposición en sentido estricto, como los actos de gravamen sobre los bienes sociales para afianzar deudas personales de los administradores²³.

El criterio jurisprudencial en orden al ámbito típico del artículo 295 CP queda perfectamente definido en las SSTs de 19 de julio de 2017 y de 12 de marzo de 2020, con cita de las SSTs de 12 de mayo de 2009, de 2 de febrero de 2010, de 13 de julio de 2010, de 20 de septiembre de 2012, de 21 de febrero de 2013, de 22 de julio de 2013 y de 15 de octubre de 2014 como más significativas:

«La doctrina de esta Sala ha abordado el análisis de este precepto generalmente para distinguirlo del delito de apropiación indebida, cuestión que dio lugar a una larga polémica doctrinal que ha culminado en la modificación legislativa introducida por la LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que el delito de administración desleal ha dejado de ser un societario pasando a ser un delito contra el patrimonio, incluido en las defraudaciones.

En cualquier caso y aplicando la normativa derogada, el delito societario de administración desleal... , está referido a la actuación de los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicio, con abuso de las funciones propias de su cargo.

Esta última exigencia suponía y supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas».

«La tesis delimitadora más correcta entre los tipos penales de la distracción del dinero y bienes fungibles (art. 252CP) y del delito de administración desleal es la que se centra en el grado de intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal. De modo que, ha de entenderse que las conductas previstas en el art. 295 del CP comprenden actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero sin un fin apropiativo o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que se hable de ac-

²³ CASTRO MORENO, «*El delito societario de administración desleal*», Granada 2005, pág. 350 y ss.

tos de administración desleal. En cambio, la conducta de distracción del dinero prevista en el artículo 252 CP, ya sea a favor del autor del delito o de un tercero, presenta un carácter de apropiación o de incumplimiento definitivo que conlleva un mayor menoscabo del bien jurídico».

Uso no dominical ilícito *versus* apropiación definitiva (del dinero) y exceso intensivo *versus* exceso extensivo aparecen como la base y el fundamento jurisprudencial de una y otra infracción punible, posición que, con ligeros matices, se ha mantenido tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo. Sobre este punto volveré más adelante.

Del ámbito de prohibición asignado a ambas figuras surgió, pues, la necesidad de marcar la frontera entre el marco de protección típica de una y otra figura penal y de dilucidar la naturaleza de las relaciones entre ambas.

Desde una posición favorable a que en el artículo 295 del CP se protegía no solo un bien jurídico individual, cristalizado en el patrimonio social, de los socios y terceros equiparados, sino *«también el correcto funcionamiento de las sociedades, del sistema societario, la fiabilidad de las sociedades y en suma del sistema societario para la comunidad como bien jurídico supraindividual»*, LUZON PEÑA, D. M. / ROSO CAÑADILLAS²⁴ concluían que *«el aspecto supraindividual del bien jurídico tutelado en la administración desleal societaria es la base fundamental para sostener que si la gestión desleal del administrador consistía en una forma especialmente grave de disposición fraudulenta como es la apropiación de los bienes de la sociedad, existiría no un concurso de leyes sino un concurso ideal de delitos entre apropiación indebida del art. 252 y administración desleal societaria del art. 295»*.

Por otra parte, BACIGALUPO ZAPATER²⁵, en concordancia con la tesis jurisprudencial extensiva del tipo de la apropiación indebida, mantenía que entre la administración desleal y la apropiación indebida no existía ni un concurso de normas ni un concurso ideal de delitos sino que en los artículos 295 CP y 252 CP se estructuraban, en realidad, tres tipos distintos que no se superponían. No habría un concurso de normas porque la norma que está detrás de los tipos que contienen los artículos 252 CP en su aspecto de *«administración genérica»* y 295 CP es, en todos los casos, la misma: *«si eres administrador de patrimonio ajeno no debes perjudicarlo»*. Los tipos que protegen esta norma, por el contrario, diferían entre sí, pero solo por establecer diversas formas de vulneración de la misma norma. Y así, la única diferencia existente entre el delito de administración societaria prevista en el artículo 295 CP a través de su primera modalidad típica de disposición de los bienes societarios y la general regulada en el artículo 252 CP, radicaría en el objeto de la *«dis-*

²⁴ En *«La administración desleal en el derecho penal español»*, ob. cit. págs. 7/8.

²⁵ *«La administración desleal en el nuevo código penal»*, en *«La administración desleal»*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2000, pág. 207 y ss.

tracción» que en el delito societario vendría constituido por los bienes mientras que en la apropiación indebida lo sería el dinero²⁶.

Desde otra perspectiva y a pesar de la existencia de voces discordantes, una parte importante de la doctrina penal española y de la jurisprudencia, se pronunciaron a favor de considerar que entre la apropiación indebida y la administración desleal —por lo menos cuando de dinero se tratare— existía un espacio típico común por lo que, de superponerse dicho espacio, resultaba de aplicación el concurso de leyes a resolver a través del principio de alternatividad (artículo 8.4º CP) y por ello la aplicación del delito de apropiación indebida por estar penado con pena de mayor gravedad²⁷.

En este sentido, la citada sentencia del caso *Argentina Trust* resulta esclarecedora *«El artículo 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 CP 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 artículo 252 y 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. Pero este concurso de normas que es justamente el que se produce en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.4º del CP vigente, es decir optando por el precepto que imponga la pena más grave»*²⁸.

La posición jurisprudencial se depura en la STS de 15 de diciembre de 2000 que, distinguiendo entre las relaciones entre apropiación indebida y administración desleal y aquellas otras en las que la relación de normas es semejante a los círculos concéntricos que deben resolverse según el criterio de especialidad, acuñó la después consolidada expresión de que las relaciones entre ambas figuras lo era de una relación de círculos secantes. Criterio reiterado, con cita de otras anteriores, en las SSTS de 22 de octubre de 2013 y de 18 de diciembre de 2013.

La opción por el concurso de normas —y concretamente por el principio de alternatividad— comportó, como lógica consecuencia, la práctica despenalización del delito de administración desleal habida cuenta que la infracción castiga-

²⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E. *«La administración desleal en el Nuevo Código Penal»*, CPC n.º 69, 1999, pág. 521 y ss., comentando la STS de 26 de febrero de 1996 dictada por un Tribunal del que formó parte.

²⁷ Para un estudio particularizado de los elementos típicos del derogado delito de administración desleal, vid. especialmente FARALDO CABAÑA, P. *«Los delitos societarios»*, ob. cit. pág. 528 y ss. y NIETO MARTÍN, A. *«El delito de administración fraudulenta»*, Barcelona 1996, pág. 245 y ss.

²⁸ Posteriormente esta línea jurisprudencial ha sido seguida por las STS de 26 de noviembre de 2002; STS de 7 y de 3 de febrero de 2004 y de 19 de septiembre de 2004, entre otras.

da con pena más grave era la apropiación indebida²⁹ y, como ya he señalado, el tipo del artículo 295 CP pasó a cumplir una función residual, englobando en su esfera típica supuestos puntuales como la utilización provisional de un bien sin ánimo de apropiación definitiva (STS de 29 de julio de 2002) o, como explicita la STS de 15 de diciembre de 2000, supuestos de «*disposición fraudulenta de bienes inmuebles o la asunción abusiva de obligaciones, ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida*»³⁰, entre los que se encuentra la del socio que vende una finca propiedad de la sociedad a un precio diez veces menor con el fin de desposeer a esta y a otro socio del inmueble (STS de 15 de diciembre de 2004) o la del administrador de una sociedad que en los locales de la misma y con sus medios materiales instala otra sociedad que compite directamente con la misma (STS de 26 de julio de 2004).

Esta consecuencia no deseada, dio lugar a una evolución de la doctrina de la Sala Segunda que, manteniendo la doble dimensión de la apropiación indebida (distinto bien jurídico, distinta conducta típica en relación al dinero), condujo a diferenciar entre una «*administración desleal genérica*», subsumible en el delito de apropiación y una «*administración desleal societaria*» tipificada en el artículo 295 CP anterior, superando —en términos de la STS de 2 de julio de 2015³¹—, «*la llamada relación de intersección entre el ámbito típico de ambas figuras que consideraba existente un concurso de normas que se resolvía por la vía del art. 8,4 del CP, principio de alternatividad...*».

A partir de este momento, la jurisprudencia construye la delimitación entre ambos tipos penales centrándose en «*diferenciar la clase de exceso cometido, que puede ser intensivo o extensivo. Así, para aplicar el delito del artículo 295, se exige que el administrador desleal..., actúe en todo momento como tal administrador y que lo haga dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones*».

²⁹ Y digo comportó porque la Reforma del Código Penal de 1995 operada por la Ley 15/03 de 25 de noviembre modificó la penalidad del tipo base de la apropiación indebida al que, al igual que al tipo de estafa genérica del artículo 248, asoció la pena de prisión de seis meses a tres años mientras que la pena típica del delito del artículo 295 era la de prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido. Y si bien es cierto que al contemplar el delito de administración desleal una pena alternativa (de prisión o multa) y solo la pena de prisión el delito de apropiación indebida, deberá afirmarse que en abstracto el marco penal de esta última infracción era más grave, no sucedía lo mismo en sede de concurso de normas.

En estos casos la comparación a efectos de determinación de la pena más grave era de las penas típicas en concreto lo que obligará al Juez o Tribunal llamado al enjuiciamiento de conductas que eran según la jurisprudencia, de administración desleal a optar por lo que, de nuevo, se incidía en una destipificación del delito de administración desleal, en este caso, de la pena pecuniaria alternativamente prevista en la ley para el mismo.

³⁰ CUGAT MAURI, M. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I, Córdoba Roda-García Aran (Directores), ob. cit. pág. 1126.

³¹ En el mismo sentido SSTs de 7 de junio de 2006, de 11 de abril de 2007, de 18 de diciembre de 2013, de 3 de marzo de 2014 y de 4 de marzo de 2014 entre otras.

Desde esta nueva posición, la citada sentencia, acogiendo el criterio expuesto en la STS de 11 de julio de 2005, declara que el abuso de las funciones de su cargo a que se refiere el artículo 295 CP *«supone que el administrador desleal del artículo actúa en todo momento como tal administrador y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de un tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas»*. *«Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295 CP, supone una disposición de los bienes cuya disposición le ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio»*, por lo que el exceso es extensivo.

«Se trata por lo tanto de conductas diferentes y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que resulta perjudicial para la sociedad pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador»³².

Con alguna aislada excepción, este criterio jurisprudencial se impone y de ello son exponentes las antes citadas SSTs de 17 de julio y de 22 de julio de 2013 en las cuales se establece que la diferencia entre las dos figuras estriba en que la administración desleal abarca las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no impliquen una expropiación definitiva de los bienes sobre los que tienen la facultad de disponer, mientras que en la apropiación indebida se incluyen las apropiaciones *«strictu sensu»* con *«animus rem sibi habendi»* y la distracción del dinero con pérdida definitiva para la sociedad. Así, entre otras, se expresan las SSTs de 5 de junio de 2017 y de 15 de febrero de 2018 según las cuales *«mientras que la administración desleal integra el mero uso perjudicial o indebido sin pérdida definitiva, la apropiación definitiva constituye el delito de apropiación indebida»*, marcando la línea divisoria entre uno y otro tipo penal lo que se califica de criterio plenamente consolidado: *«el punto sin retorno»* de los bienes o efectos, entre multitud de sentencias, en STS de 9 de septiembre de 2016.

³² En idéntica línea, SSTs de 19 de junio de 2007, de 28 de marzo de 2012, de 17 de junio de 2013, de 22 de julio de 2013, de 13 de julio de 2015, de 9 de septiembre de 2016, de 15 de diciembre de 2016, de 23 de diciembre de 2016, de 19 de julio de 2017, de 29 de noviembre de 2017 y de 18 de enero de 2018.

SSTs de 4 de junio de 2007, de 12 de mayo de 2009, de 1 de febrero de 2013 SSTs de 3 de julio de 2015, de 2 de junio de 2016, de 11 de diciembre de 2017, de 6 de enero de 2018, de 6 de junio de 2018 y 12 de marzo de 2020.

3.1. *De la consideración de la «distracción de dinero» como tipo de infidelidad a tipo de abuso: la interpretación jurisprudencial del artículo 295 del Código Penal*

El criterio expuesto³³ fue posteriormente matizado por la jurisprudencia y por el artífice teórico de dicha interpretación, quien fundamentó el paso de considerar la conducta de «distracción del dinero» del artículo 252 del CP de exponente de un «tipo de infidelidad» a un «tipo de abuso»³⁴, posiblemente, como expone GÓMEZ-JARA DÍAZ porque la amplitud punitiva que estaba alcanzando la figura hacía necesaria una restricción del ámbito típico a la vista de las numerosas críticas que, al igual que en Alemania (donde sí existía —y existe— como delito) se alzaron contra el tipo de infidelidad³⁵ y también la necesidad de hacer así operativo el artículo 295 del CP cuya aplicación, ante la ausencia de criterios delimitadores nítidos, había devenido marginal.

Aun cuando el giro se había ya iniciado en las SSTS de 11 de mayo de 2005 y de 17 de julio de 2005, el paradigma de la rectificación efectuada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo lo constituyen las SSTS de 17 de julio de 2006 (caso BSCH) y de 14 de noviembre de 2006 (caso BBVA). Ahora bien, la rectificación es parcial en cuanto en ambas se sigue sosteniendo la tesis central de que la «distracción de dinero por parte del administrador» (es decir, dar al dinero «un destino distinto» al determinado) constituye administración desleal, si bien se alude ya claramente al «abuso de las facultades del administrador» y se vertebran criterios delimitadores entre la figura descrita en el artículo 252 del CP y la descrita en relación con el administrador societario en el artículo 295 del CP.

En este último sentido, la STS de 14 de noviembre de 2006 es de una claridad meridiana: tras exponer las distintas respuestas proporcionadas por la doctrina al núcleo de la administración desleal, declara que, de todas ellas, aquella que «considera que lo esencial del delito es el abuso del poder de disposición sobre el patrimonio ajeno» es, sin duda, «la que resulta más adecuada al derecho vigente» por lo que «la expresión “distracción de dinero” debe ser entendida en el sentido..., de abuso de poderes otorgados por Ley o por un negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno».

Igualmente lo es la STS de 17 de julio de 2004, al advertir que «no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal conteni-

³³ BACIGALUPO ZAPATER, E. «Administración desleal...» ob. cit. pág. 201: «el tipo de distracción del dinero responde al llamado tipo de infidelidad, es decir, una de las alternativas típicas de la figura genérica de la administración desleal».

³⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E. «Falsedad documental, estafa y administración desleal», 2007, pág. 193 y ss.

³⁵ GÓMEZ-JARA DÍAZ, C. «La administración desleal de los órganos societarios», Barcelona 2008, pág. 171 y ss. que desarrolla ampliamente las razones que, a su parecer, justifican el sutil cambio de postura de aquel autor.

do en el artículo 295 del Código Penal... Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios con abuso de las funciones de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero..., venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es 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 cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador...».

«Se trata por tanto de conductas diferentes y aunque ambas sean desleales desde el punto del quebranto de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador».

Criterio que se reitera —y completa— en las SSTs de 17 de junio de 2013 y de 29 de noviembre de 2017 las cuales explican que «la diferencia entre ambas figuras radica, en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, mientras que en la apropiación indebida los supuestos de apropiación genuina con ‘animus rem sibi habendi’ y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad, siendo esta la diferencia que justifica la reducción punitiva que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario por su administrador».

Esta última posición interpretativa, que distingue entre abuso o exceso intensivo y exceso extensivo, ha sido seguida con oscilaciones por la Sala Segunda del Tribunal Supremo antes y después de la reforma; y, sin embargo, no sirvió para disipar las importantes dudas que, desde su creación jurisprudencial, generó la «*sui generis*» figura de deslealtad genérica creada bajo la cobertura del artículo antiguo artículo 535 CP, como tampoco para deslindar con claridad dicha conducta de la específica deslealtad del administrador societario ni, desde luego, para consensuar la existencia y, en su caso, la naturaleza, de los posibles concursos entre ambas infracciones.

3.2. *Recapitulando*

Sobre todo lo expuesto, hasta el 1 de julio de 2015 se configuró jurisprudencialmente la administración desleal en nuestro sistema punitivo a partir de los artículos 252 y 295 del CP con unos fundamentos jurídicos cuanto menos discutibles, objeto de una continuada y dura crítica por parte de la mayoría de la doc-

trina penal española³⁶ que, con las lógicas divergencias en aspectos puntuales, la ha rechazado no solo por no haber posibilitado un consenso suficiente para establecer un perfil nítidamente diferenciador de uno y otro injusto, sino por partir y apoyarse en una premisa jurídico-privada interpretada al margen del contexto típico penal en que la figura de la apropiación indebida se insertaba así como por las consecuencias perversas que ello conllevó en lo atinente a la operabilidad del artículo 295 del CP. En síntesis, la tesis jurisprudencial que, como hemos dicho, creó de la nada legal un tipo de administración desleal genérico que el legislador, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos de nuestra área de cultura, no reguló hasta el año 1995, no era jurídicamente sostenible:

1º) Por ignorar que, por la propia naturaleza del negocio de administración, al administrador de un patrimonio ajeno no le alcanza la obligación de devolver el dinero y efectos de todo tipo que integran el patrimonio sino la de administrarlo, lo que comporta la facultad de disponer del mismo en la extensión y alcance que le confiera el título, para conservarlo y obtener beneficios para el o los titulares del mismo. Y claro es que, cuando cese en el cargo deberá rendir cuenta de su actuación, del cumplimiento o no de los fines para los cuales adquirió tal condición y del estado del patrimonio administrado, pero esto no equivale desde ningún punto de vista a la obligación de «devolverlo» del tipo de la apropiación indebida.

2º) Por la equivocada transposición al ámbito punitivo de un también equivocado entendimiento (formal y descontextualizado) de las razones y consecuencias jurídicas que en el ámbito jurídico privado justifica la extensión de la cláusula contenida en el artículo 1753 del Código Civil a todos los negocios jurídicos en los que la prestación cristaliza esencialmente en la entrega de dinero, de los que son exponentes la comisión, la administración y el depósito, en absoluta contradicción con las normas jurídicas esenciales que disciplinan la adquisición del dominio y el dominio mismo en nuestro sistema jurídico a las que sí se halla vinculado el intérprete en materia penal³⁷.

3º) Por la interpretación «*contra reo*» del término «*distraer*», adoptando uno de los posibles significados gramaticales del mismo, que, por demás, destruye la estructura interna del precepto y no se compadece con el fin de protección de la norma.

³⁶ Por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO, S. «*Derecho Penal Económico*» Madrid 2001, pág. 604 y ss; MARTÍNEZ BUJAN, C. «*Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*», Valencia 2013, pág. 420 y ss; QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. (Coordinadores), «*Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*», 10ª edición, Madrid 2016 ... págs. 908 y ss. Ampliamente, GÓMEZ BENÍTEZ, J. L. en «*El delito de administración desleal...*» en la Ley nº 4680, 1998 y ss.; «*De nuevo sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal...*» ob. cit. pág. 2174.

³⁷ En el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ en «*Los delitos de apropiación indebida...*» ob. cit. pág. 2.

4º) Y en suma, por la endeblez dogmática (penal y extrapenal) sobre la que se sustenta una interpretación, motivada exclusivamente por la decisión político criminal de colmar una laguna legal (de punición), extremo especialmente grave en la esfera penal y que, tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, ha comportado, como consecuencia añadida, la confusión originada sobre los límites entre la apropiación indebida y la figura de la administración desleal societaria del artículo 295 CP una vez colmada (por el legislador) aquella laguna.

III. LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2015

1. *Contenido y alcance legal de la reforma*

Tras el análisis del recorrido legal y jurisprudencial de la administración desleal y antes de ofrecer al lector la respuesta doctrinal y jurisprudencial a la reforma y nuestra propuesta interpretativa, conviene hacer una breve referencia al panorama legislativo actual.

En la profunda reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, el legislador, si bien mantuvo los delitos societarios en el Capítulo XIII del Título XIII, sustrajo al mismo la «joya de la corona» de todos los delitos societarios, la administración desleal del artículo 295 del texto legal hasta entonces vigente; la figura en su redacción original desaparece del texto punitivo y se configura en el artículo 252, Capítulo VI («De las defraudaciones») del Título XIII del CP, entre la estafa y la apropiación indebida, un hasta este momento inexistente delito de administración desleal «genérico» en los siguientes términos:

«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».

«Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una multa de uno a tres meses».

Los motivos «confesados» en que el legislador funda la reforma son:

a) La necesidad de regular un delito de administración desleal «moderno» y «genérico» susceptible de dar respuesta típica a la inmensa mayoría de supuestos de dolosa gestión desleal causante de perjuicio.

b) Incluir en la figura penal, la administración desleal del administrador del patrimonio de una persona física, hasta este momento ausente del texto punitivo.

c) Adecuar sistemáticamente la ubicación del precepto en el contexto que le es propio, atendido que el bien jurídico protegido es el patrimonio, atacado y

menoscabado mediante el engaño (estafa) o mediante el quebranto de la fiducia o la lealtad (apropiación indebida y administración desleal).

A su vez, la reforma modificó también el delito de apropiación indebida, que pasó a integrar el artículo 253 CP y de la que suprime la modalidad de conducta de «*distraer*» y el título de recepción del dinero, efectos, valores o cualquier cosa mueble concretado en la «*administración*», con la finalidad —no lograda— de dar legislativamente al traste con la tesis jurisprudencial sostenida durante más de veinte años, lo que a mi juicio era absolutamente necesario. El nuevo redactado típico de la apropiación indebida es el que sigue:

«Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieren castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que en perjuicio de otro se apropiare 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».

«Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses».

De igual modo, se reformuló el antiguo artículo 253 CP —que ahora se regula en el artículo 254 CP— con una redacción totalmente incompatible con el mandato de certeza («*quien fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de cosa mueble ajena...*») en la que, de una parte, difícilmente podrá subsumirse sin más la negación o no devolución de dinero o efectos recibidos por error del transmitente; y que, de otra, presenta dificultades de diferenciación respecto del hurto.

Los importantes cambios realizados en las descripciones típicas de la apropiación indebida y la administración desleal no han supuesto problema interpretativo alguno para la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como es de ver, por todas, en la STS de 20 de diciembre de 2017 que, con cita de anteriores sentencias, expresa una posición reiterada sin solución de continuidad hasta la actualidad:

«Esa nueva modalidad típica del actual artículo 253 incluye la modalidad de distracción del artículo 252 vigente en el momento de los hechos. Así lo ha venido entendiendo esta Sala Segunda del Tribunal Supremo conforme a una ya abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015..., sigue manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero. En efecto, si se admitiese el criterio de que la apropiación indebida de dinero solo tenía cabida en el anterior artículo 252 como “distracción”, constituyendo en todo caso una modalidad de administración desleal y siendo

así que la conducta específica de distracción ya no figura en la actual redacción del delito de apropiación indebida, podríamos vernos obligados a aplicar retroactivamente esta norma...».

«De ahí que afirmáramos que la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador..., la disposición de los bienes de carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal). En consecuencia ..., el nuevo artículo 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del artículo 295, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras y la apropiación indebida acoge los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el artículo 252 y ahora en el artículo 253».

Y finalmente, se reconfiguró la malversación de caudales públicos cometido por autoridad o funcionario público regulada en el artículo 432 del CP, delito que deviene respectivamente la administración desleal o la apropiación indebida de la autoridad o funcionario público en relación con el patrimonio público y que contiene unas agravaciones específicas, al contrario de la administración desleal y la apropiación indebida del administrador de fondos privados a los que resultan en su caso de aplicación las previstas en el artículo 250 del CP. El delito de malversación de caudales públicos queda ahora tipificado de la siguiente manera:

«1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años».

«2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre patrimonio público».

«3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes: a) se hubiere causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros».

«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, pudiendo llegarse hasta la superior en grado».

La obsesión por dejar atrás la desafortunada historia del tipo de administración desleal «genérica», no solo va a dificultar el optimista pronóstico del legisla-

dor de que han concluido los problemas sino que trajo problemas interpretativos añadidos de notoria relevancia como lo es la acotación del ámbito de protección típica del artículo 252 del CP y también del artículo 253 del CP y, en definitiva, otra vez de la materia de prohibición de uno y otro precepto. El llamado a interpretar la ley difícilmente podrá no dejar en agua de borrajas lo que constituyó una decisión del legislador que lo eliminó del Proyecto: no incluir en el sistema penal español el denominado en la doctrina y la jurisprudencia alemana «*tipo de infidelidad*» al que me referiré en líneas posteriores, si bien debo adelantar que la falta de determinación de la que adolece la nueva tipología y el propio redactado típico conduce a que la «*mens legis*» se imponga sobre la «*mens legislatoris*».

En términos parecidos se manifiesta GILI PASCUAL³⁸ cuando declara que «*en esta operación de purga, que ha primado por encima de otras consideraciones, no se ha escatimado munición. Alguna decisión como la poda excesiva del tipo de apropiación indebida tiene efectos subsanables. Otras en cambio tendrán claros efectos secundarios...*» siendo uno de los más trascendentes «*la renuncia a contemplar separada y específicamente el desvalor de la administración desleal en otros ámbitos como el societario eliminado o incluso otros..., como puede ser el sector financiero donde, recuérdese, a diferencia de otras latitudes no se cuenta con específicos delitos bancarios*».

También con carácter previo al análisis de la interpretación de la figura llevada a cabo por doctrina y jurisprudencia, parece conveniente efectuar las siguientes precisiones:

a) Más allá de las lógicas matizaciones —no exentas algunas de ellas de interés— no existe especial controversia doctrinal en torno al bien jurídico protegido, la naturaleza de la infracción y los sujetos típicos.

b) Por el contrario, si bien a nivel jurisprudencial el tema, por lo menos con carácter general, parece definitivamente resuelto mediante el recurso al mantenimiento del *statu quo* interpretativo, a nivel doctrinal han surgido profundas dudas, interrogantes y discrepancias, preponderantemente acerca del sentido a proporcionar a la conducta típica, a las relaciones de la nueva figura con la también nueva redacción de la apropiación indebida y aún en torno a la exigencia típica de que aquella conducta (la infracción de las facultades otorgadas por el título excediéndose en su ejercicio) cause un perjuicio al patrimonio administrado y el alcance y significado del mismo.

Por lo tanto, sin obviar los puntos en los que predomina mayor consenso con los que, por otra parte, iniciare el análisis, dedicaré especial atención a los mencionados en el precedente apartado b) que son, en puridad, los que permiten que el título que preside este trabajo tenga su razón de ser a la vista de la andadura jurisprudencial del binomio administración desleal/apropiación indebida.

³⁸ En «*Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*», 2ª ed. GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Coordinador) Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 780.

En este sentido, el acotamiento de los temas a tratar en el trabajo no excluye la existencia de ulteriores cuestiones, también de hondo calado, como son las que orbitan en torno a la autoría de un delito especial propio, especialmente cuando de órganos colegiados se trata y en los supuestos de delegación y a la participación en relación a la intervención del *extraneus*³⁹ y las formas de imperfecta ejecución que exceden, sin embargo, a su objeto y finalidad y que, a mi juicio, no presentan peculiaridades muy significativas respecto de los problemas dogmáticos generales en orden a la autoría, participación y grados de ejecución que exijan un específico tratamiento.

2. *El bien jurídico protegido*

Aun cuando la prolija y confusa enumeración de los posibles sujetos o perjudicados típicos por la conducta desleal del administrador societario del derogado artículo 295 CP («*socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital*»), que no enumeraba entre ellos a la sociedad o al patrimonio social, dificultó el acuerdo doctrinal acerca de si era factible afirmar que nos hallábamos ante un delito contra el patrimonio, lo cierto es que a ello abonaba tanto la ubicación del precepto en el marco del Título en el que se aglutinaban los «*delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*», como la propia redacción de la figura en la que literalmente se vinculaba la acción típica, que solo podía recaer sobre el patrimonio social («*dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de esta*»), con la expresión final y general delimitadora de los posibles perjudicados «*o titulares..., del capital que administren*».

En este punto sigo considerando correcta la ubicación sistemática de la administración desleal en el Capítulo XIII del Título XIII donde la insertó el legislador de 1995 y donde debió haber permanecido, entre otras razones, porque más allá de la anómala inclusión jurisprudencial en la descripción típica del delito de apropiación indebida *clásica*, de un «*delito de administración desleal genérico*», el único sustento a su cambio de ubicación fue, en realidad, el hecho de que en nuestro sistema no se contemplara la administración desleal de un patrimonio perteneciente a persona física, omisión legal fácilmente salvable añadiendo en el artículo 295 CP un párrafo en el que se castigara la misma conducta desleal del administrador cuando recayera sobre el patrimonio de una persona física. Esta posible solución hubiera sido posiblemente más rigurosa legislativamente si lo que se pretendía era mantener la naturaleza de tipo de abuso del delito.

Los motivos que me conducen a sostener la inutilidad del cambio de ubicación del delito de administración desleal son los siguientes:

³⁹ Sobre esta cuestión vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «*Autoría y participación en los delitos económicos*», n.º 61, «*Estudios de Derecho Penal*» 2004, pág. 271.

1º) Es un hecho —entiendo— que en la sociedad actual la administración del patrimonio de una persona física por parte de un administrador es excepcional, salvo supuestos determinados emanados de la ley o encomendados por la autoridad, como son por ejemplo el padre en relación a los bienes de los hijos menores (artículo 154,2º CC), el tutor en relación a los bienes del menor o incapaz (artículos 234 y ss. del CC, con la particularidad de que puede igualmente ser nombrada una persona jurídica que cumpla las exigencias del artículo 242 CC), del curador en relación a los del sometido a curatela (artículos 286 y ss. CC), el representante del declarado ausente (artículos 184 y ss. CC) y el albaceazgo (artículos 901 y ss.) cuyo nombramiento testamentario debe ser aceptado por el albacea (artículo 898 CC).

Y aunque volveré sobre el tema al delimitar los posibles sujetos de la acción, son excepcionales⁴⁰ porque la realidad ofrece, también en el contexto de la esfera patrimonial individual o familiar, un panorama muy distinto al que fue habitual desde mitades del siglo XIX hasta el último tercio del siglo XX a lo sumo; quien posee un patrimonio de cierta importancia, bien lo diversifica con inversiones en activos financieros o valores, en cuyo caso la administración corresponde o se encomienda a las entidades que operan en el mercado, bien en inversiones en actividades económicas o en muebles o inmuebles y, normalmente, todo su patrimonio se organiza societariamente, entre otros motivos, a efectos fiscales y, por lo tanto, la administración desleal —de haberla— lo será normalmente del correspondiente administrador societario.

Bastaba, por tanto, la específica referencia al hecho de que el patrimonio administrado lo fuera de persona física, siendo tarea del intérprete el análisis de la virtualidad de las fuentes de las que deriva la situación o condición del sujeto que administra y definir cuáles serían los títulos típicos y su alcance en cada caso concreto, a la vista, por ejemplo, de que el tutor necesita autorización judicial para la realización de determinados actos de naturaleza patrimonial (artículo 271, 2º a 10º CC) siendo así, por demás, que las facultades que, en cada caso, se otorgarán al llamado a administrar un patrimonio ajeno titularidad de persona física, deberán ser empleadas al fin para el que se le han atribuido y con diligencia y lealtad, por lo que la interpretación —la realmente importante en el sistema económico imperante en nuestra sociedad— que se lleve a cabo en orden a los deberes de diligencia y lealtad del administrador societario y su infracción penalmente relevante, abusando de sus facultades, era absolutamente trasladable al administrador del patrimonio de una persona física y la figura no perdía la naturaleza de delito contra el patrimonio que comparte con la administración societaria.

⁴⁰ Piénsese en el quasi contrato de gestión de negocios ajenos del artículo 1888 CC, el mandato —artículos 1709 y ss. CC— y la representación —artículo 1026 entre otros—.

2º) De otro lado, no parece susceptible de discusión que, en el Capítulo dedicado a los delitos societarios, se prohíben bajo pena la realización por parte del administrador de conductas distintas a la administración desleal «*strictu sensu*», es decir distintas a las recogidas en el anterior artículo 295 CP y en el actual 252 CP; conductas, que constituyen también graves vulneraciones de las obligaciones que como tal tiene encomendadas así como un abuso de las facultades que le han sido conferidas, esto es, actuaciones desleales causantes incluso alguna de ellas de perjuicio económico o susceptibles de causarlo, como la falsificación de las cuentas anuales, los abusos graves o la conducta descrita en el artículo 293 del CP de lo que en el año 2010 se hacían ya eco LUZON PEÑA/ROSO CAÑADILLAS⁴¹.

Así las cosas, me resulta difícil comprender, no tanto la insistencia del legislador en la Exposición de Motivo en que la razón del desplazamiento de la figura de los delitos societarios a los delitos patrimoniales «*que es donde debe estar ubicada la administración desleal de un patrimonio ajeno...*» (olvidando que ya lo estaba), «*..., viene exigido por la naturaleza de aquel delito, un delito contra el patrimonio del que puede ser víctima cualquiera*», sino que la doctrina mayoritaria apoye la justificación de los motivos del cambio de ubicación sistemática, precisamente con idéntico argumento.

Soy del parecer de que, en todo caso, no puede ser aquella la razón sino el denominador común del «*fraude*», entendido como engaño en la estafa y como quebranto de la *fiducia* y la buena fe ínsita a los negocios jurídicos que configuran los posibles supuestos de la apropiación indebida y de la administración desleal. En efecto, la rúbrica del Capítulo en que dichas infracciones se insertan («De las defraudaciones»), otorga carta de naturaleza a un amplio concepto de «*fraude*», susceptible de englobar en su seno «*el engaño o fraude*» que supone el quebranto de las expectativas que generaron la buena fe y presunción de lealtad existentes cuando se concluyó el negocio. Exigencia, la del fraude, que se contemplaba en el derogado artículo 295 CP (*fraudulentamente*), lo que no sucede en el actual artículo 252 CP. Pero también sobre este punto volveré posteriormente.

Un sector minoritario, sin embargo, sostiene que las conductas típicas desleales del administrador, junto a la afectación al patrimonio que no resulta cuestionable («*y causare un perjuicio al patrimonio administrado*»), inciden también negativamente en el orden socio-económico cuando —como sucederá en la inmensa mayoría de supuestos— de administración societaria se trate. Especialmente esclarecedoras al respecto son las consideraciones efectuadas por LUZON PEÑA/ROSO CAÑADILLAS⁴² en relación al derogado artículo 295 del CP pero perfectamente aplicables al actual artículo 252:

⁴¹ «*La administración desleal societaria en el derecho penal español*» ob. cit. págs. 5-6.

⁴² Ob. cit. págs. 5 a 7. Nótese que los citados autores tampoco comparten la tesis jurisprudencial conforme a la cual «*la administración desleal del dinero sin apropiación definitiva*» era subsumible en el delito de apropiación indebida.

«La creación del tipo de administración desleal societaria por el Código Penal de 1995 obedece a una necesidad real: la de dar respuesta a una serie de prácticas ilícitas que contienen la suficiente entidad para no bastar las demás ramas del ordenamiento jurídico y legitimar, por ello, la intervención penal, pero cuya punición era antes imposible porque al tratarse de gravísimas infidelidades del administrador societario pero sin engaño previo al administrado y sin apropiación tampoco de sus bienes no están incluidos ni en la estafa ni en la apropiación indebida».

«Para la mayoría de la doctrina el bien jurídico es el patrimonio... Ello es cierto..., pero además en este tipo se preserva de manera indirecta la estabilidad del tráfico económico: de manera indirecta porque a nuestro juicio lo que adicionalmente se protege de modo directo es la fiabilidad del funcionamiento correcto de las sociedades que a su vez condiciona el funcionamiento del sistema económico. Efectivamente, con este tipo se asegura y salvaguarda un bien jurídico supraindividual... la tutela del sistema económico y su estabilidad» que concretaban, a la vista de que el artículo 295 contemplaba exclusivamente la deslealtad del administrador societario, en la «fiabilidad del correcto funcionamiento del sistema societario como parte y pieza importantísima en la actualidad del sistema económico de un país en régimen de economía de mercado pero incluso también en los sistemas de economía mixta colectivista/de mercado»⁴³.

Y ya vigente la reforma del texto punitivo, GILI PASCUAL⁴⁴ es explícito cuando, tras manifestar que «la naturaleza patrimonial de la administración desleal que reivindica la reforma no se discute», añade que «la cuestión es otra: si existe en el ámbito societario —o acaso en otros más específicos dentro de aquel como el sector bancario o financiero, capaces de generar un riesgo sistémico, o en aseguradoras, fondos de inversión, etc.— un plus de desvalor al que convenga dar una respuesta más específica y ajustada..., que la regla general de la administración genérica».

Y sigue diciendo, haciendo hincapié en que algunas voces se han dejado oír acerca de lo inconveniente de la supresión sin más del artículo 295 del CP⁴⁵: «la justificación del texto aprobado viene a presumir con su argumentación que ello no es así, que existe una única administración desleal y que el problema se reduce a ubicarla correctamente dentro de la sistemática del Código (delitos patrimoniales)», en la que como hemos apuntado ya se hallaba ubicada (la societaria). Sin embargo —y le asiste la razón— continúa exponiendo que «el propio Código desvirtúa a continuación esa presunción al considerar la malversación, en una de sus modalidades, como una administración desleal específica y otorgarle un tratamiento diferenciado (más grave) precisamente por considerar, correctamente, que además de la

⁴³ En sentido similar se manifestaba también RODRIGUEZ MONTAÑES, M. T., en «La responsabilidad penal del administrador desleal» op. cit. pág. 134 y ss.

⁴⁴ En *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, ob. cit. pág. 768.

⁴⁵ Entre otros, DOLZ LAGO, M. J., «Diario La Ley», n° 8290, pág. 1.

afectación del patrimonio se afecta con estas conductas al correcto funcionamiento de la Administración Pública».

Para estos autores, si en la administración desleal de un patrimonio público (artículo 432 CP) resulta afectado un bien jurídico añadido al del patrimonio, lo propio sucederá en la administración desleal societaria en la que a la lesión al patrimonio se unirá la lesión del orden socio-económico o la fiabilidad del funcionamiento del sistema societario a la que aludían LUZON PEÑA/ROSO CAÑADILLAS.

Es plausible el parecer de este sector doctrinal, conforme a que la reubicación sistemática efectuada por la reforma resulta cuestionable y cercena del Capítulo la más grave y perjudicial conducta societaria y que su sustitución por la conducta descrita en el artículo 252 CP en la que, precisamente por su criticable falta de concreción, pueden tener cabida muchos comportamientos societarios que pueden causar un perjuicio patrimonial pero cuya prohibición bajo pena obedece a razones que van más allá de la estricta protección al patrimonio.

Me sumo, pues, a la posición sostenida por FARALDO CABANA⁴⁶ ya en sede de análisis del derogado artículo 295 CP pero sostenible igualmente en relación al actual artículo 252 CP: *«aunque sin duda el bien jurídico protegido es el patrimonio y ..., la delimitación del mismo es imprescindible para diferenciar comportamientos de dudosa calificación y para describir los elementos del tipo desde la perspectiva de los objetivos dogmáticos y político-criminales que se persiguen»* su permanencia en el seno de los delitos societarios resultaba conveniente por razones político-criminales nada desdeñables.

Efectivamente, y siguiendo a la citada autora, con el tipo societario de deslealtad patrimonial (y con el vigente tipo de deslealtad genérica) *«se trata también de proteger como objetivo político-criminal (que no como bien jurídico) no solo el patrimonio de la sociedad ..., sino también la propia transparencia y el buen funcionamiento de la economía de mercado basada en las sociedades que pueden verse afectadas por las diversas repercusiones de una administración social fraudulenta de gran alcance»*, siendo precisamente *«la prosecución de este objetivo lo que hace de la administración fraudulenta»* (no olvidemos que aun cuando el término se ha suprimido del actual artículo 252 CP, el tipo se ubica en el Capítulo dedicado a «las defraudaciones») *«un delito mixto patrimonial económico aunque no se incorpore a la materia de prohibición»*.

Tener en cuenta, a efectos interpretativos, los objetivos político-criminales perseguidos por el legislador —por lo menos en orden a los supuestos de administración societaria—, no solo permiten una mayor precisión en la acotación de las conductas típicas susceptibles de causar un perjuicio económico e

⁴⁶ «Los delitos societarios»..., ob. cit. pág. 561.

incluso del resultado/perjuicio típico, sino que constituye un criterio que permite al intérprete modular a través de la pena, esto es, de los criterios dispuestos en el artículo 249 del CP, el posible plus de injusto que puede suponer una administración societaria desleal, en relación a la misma conducta sobre un patrimonio particular o viceversa sin necesidad de acudir a la correspondiente agravación del artículo 250 del CP. Justifica, por demás, la supresión de la cuestión de procedibilidad, anudada al antiguo artículo 295 CP, lo que convierte la administración desleal en un delito perseguible de oficio evidenciándose, de este modo, la existencia de un interés público en su prohibición bajo pena que lógicamente coincidirá con los objetivos político-criminales a los que hacíamos referencia.

Pero lo dicho no es útil como pauta diferenciadora definitiva entre la administración desleal y la apropiación indebida, como tampoco para ofrecer una solución viable a los nuevos problemas, surgidos tras la reforma, en torno a si la integración por parte del administrador en su esfera patrimonial de bienes pertenecientes al titular del patrimonio administrado cumple el primer o el segundo tipo delictivo, en cuanto esta última posición doctrinal es al respecto clara: la administración desleal no constituye un delito pluriofensivo sino un delito mixto patrimonial económico cuya función político-criminal va más allá de la protección del patrimonio y abarca como objetivo contribuir a garantizar la transparencia y el correcto funcionamiento del mercado, razones que, sin embargo, no constituyen el bien jurídico protegido.

3. *El tipo objetivo*

En el artículo 252 del actual texto legal se castiga con las penas previstas para la estafa —simple o agravada—, a quien 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. Infracción, causante de perjuicio al patrimonio administrado, dolosamente realizada; dolo que colma —como veremos— el tipo subjetivo, a diferencia de lo que sucedía en el viejo artículo 295 CP que contenía como plus al dolo un elemento subjetivo del injusto cristalizado en que el administrador actuare en *beneficio propio o de tercero*, lo que incide directamente en la extensión a proporcionar a la materia de prohibición en sede del tipo subjetivo.

Antes de iniciar el examen de los elementos que configuran el tipo objetivo del delito de administración desleal, son precisas unas consideraciones en orden a la sistemática adoptada.

No desconozco que dogmáticamente es usual —y generalmente más riguroso— empezar el análisis definiendo la conducta típica, en cuanto constituye el

núcleo del injusto y define en definitiva el ámbito de lo prohibido. A pesar de ello, creo oportuno, en el caso de la figura prevista en el artículo 252 CP, hacerlo dando comienzo por el estudio y delimitación de los sujetos de la acción en cuanto en lo que atañe al sujeto activo (con mayor precisión, al autor) sus especiales características (la condición de administrador en sentido amplio y el título que le otorga tal condición) se hallan estrechamente vinculadas, como un todo inescindible, a los deberes (que deberá infringir para que su conducta sea penalmente relevante) y a las facultades en las que, ejerciéndolas, deberá excederse; de modo que, sin una precisa clarificación de qué supone y quiénes pueden ostentar tal condición, sería más dificultoso fijar, con el máximo rigor posible, qué conductas de quién y cuáles cumplen el tipo cuando causan un perjuicio al patrimonio administrado y cuáles quedan relegadas a la esfera de una posible responsabilidad societaria o civil en el caso del administrador de un patrimonio titularidad de una persona física.

3.1. *Los sujetos de la acción*

Al describir el sujeto activo el artículo 252 CP no emplea el término administrador sino que lo define de un modo general como toda persona («a quien») a la que se confieren y ostenta facultades para administrar un patrimonio ajeno, facultades que emanan de alguna de las fuentes típicas, es decir, de la ley, de un mandato de la autoridad o de la asunción de un negocio jurídico.

3.1.1. El sujeto activo

Desde una lógica gramatical, la descripción de la conducta asocia inevitablemente el «quien» típico con la figura del administrador, figura (el concepto de negocio de administración) que, como señala DÍEZ PICAZO⁴⁷, aun cuando se utiliza con frecuencia en el Código Civil⁴⁸ no es cuestión pacífica..., si bien en general pueden calificarse como tales «*aquellos que tienen por finalidad la conservación y la defensa de los bienes que forman parte de un patrimonio y los actos dirigidos a obtener de los bienes aquellos rendimientos que normalmente deben proporcionar de acuerdo con su destino económico*». Desde esta perspectiva serían actos de administración, los actos de finalidad conservativa, los de defensa del mismo frente a ataques de terceros y los actos dirigidos a obtener de estos bienes su rendimiento normal de acuerdo con su destino económico, esto es, los actos de gestión (interna) y de representación (externa).

⁴⁷ DÍEZ PICAZO, L., «*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*», I, 6ª edición pág. 9. Thomson c Civitas, Madrid 2007.

⁴⁸ DÍEZ PICAZO, L., op. cit. pág. 97; Así, «*en algunos pasajes los actos de administración aparecen contrapuestos a los actos que exceden de la administración ordinaria. Otras veces se contraponen los actos de administración a los actos de riguroso dominio y entre estos sitúa el C.c. el transigir, el enajenar, el hipotecar y el realizar cualquier otra actividad semejante*».

De ahí que, a falta de consenso doctrinal y ante la ausencia de un concepto legal de *administrador* en el ámbito jurídico privado⁴⁹, se imponga en el ámbito penal —como apunta SEGRELLES ARENAZA⁵⁰— un *concepto amplio* que, *vertebrado alrededor de su función esencial*, permita integrar en el «quien» típico a todo aquel al que, aun no siendo jurídico formalmente un «administrador» (lo que permite englobar al administrador de hecho y aún el denominado administrador «oculto» o «durmiente»⁵¹), se le confiera sobre el patrimonio del administrado, en primer lugar, facultades de gestión y facultades de representación/disposición en el sentido de facultades de concluir o no cualquier clase de negocio jurídico de carácter patrimonial y, en segundo lugar, autonomía en la gestión en el sentido de que la decisión de ejercitarlas o no y hasta donde, le corresponda exclusivamente a él (la discrecionalidad empresarial a la que se refiere la LSC), siempre, claro es, en el marco de lo permitido por el título por el cual adquirió tal condición y a los fines determinados, siempre patrimoniales a la vista del bien jurídico protegido en el precepto.

Debe ponerse aquí de manifiesto que el delito de administración desleal no se halla entre las infracciones que pueden ser cometidas por una persona jurídica a pesar de que el artículo 212.1 de la LSC contempla la posibilidad de que pueda ostentar la condición de administrador, si bien en el apartado 2 del mismo precepto, determina que la sociedad deberá nombrar a una persona para el ejercicio permanente de las funciones propias por lo que, en principio, será esta persona quien a efectos penales puede cumplir el tipo penal, sin perjuicio de que a su autoría puedan coadyuvar cooperadores necesarios⁵².

En la misma línea, sostiene BACIGALUPO ZAPATER⁵³ que el llamado a administrar un patrimonio debe tener un cierto ámbito de autonomía donde independientemente y con autoresponsabilidad pueda ejercer sus facultades en el puesto que, de carecer de este ámbito de autonomía, no cabría hablar de administración sino de mandato (art. 1709 y ss CC).

⁴⁹ Donde se define como un «*contrato sui generis*» o negocio complejo mezcla de mandato y arrendamiento de servicios.

⁵⁰ SEGRELLES DE ARENAZA, I., «*El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas*», La Ley Penal n° 121, 1 de julio 2016, pág. 3.

⁵¹ Sobre el tema ampliamente ALONSO UREBA, A. «*Algunas cuestiones en relación con el ámbito subjetivo de la responsabilidad de los administradores (Administrador de hecho, administrador oculto y grupo de sociedades)*», en «*La responsabilidad de los administradores de Sociedades de Capitales*». GUERRA MARTÍN (Coordinador) La Ley Actualidad 2011, pág. 89 y ss. También GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. en «*La responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles*», 5ª ed. Valencia 2013, págs. 359 y ss.

⁵² En relación a los problemas derivados de la administración en el ámbito societario o empresarial y en especial respecto de los órganos colegiados, delegados y apoderados y su posible responsabilidad por el tipo del artículo 252 CP vid. la STS de 29 de octubre de 2020. En sede doctrinal, sobre el mismo tema PASTOR MUÑOZ/COCA VILA ob. cit. pág. 173 y ss.; también VERA RIVERA, ob. cit. pág. 394.

⁵³ En «*El nuevo artículo 252 del Anteproyecto de Código penal*» ob. cit. pág. 4.

Se trata, pues, de partir de un concepto funcional y no formal de administrador de modo que el «quien» típico podrá integrarlo aquel o aquellos (también un órgano colegiado) que participen, material o funcionalmente, de forma autónoma y efectiva en el desarrollo de las competencias a fines de gestión y de representación de una sociedad (o de un patrimonio perteneciente a persona física), al margen de si alguna vez tuvo o tuvieron aquella condición⁵⁴; es decir, aquel o aquellos que están facultados para llevar a cabo una pluralidad de actuaciones de diversa naturaleza, tanto internas (*ad intra*) como externas (*ad extra*) al desarrollo del objeto social y a la consecución del fin social. La restricción vendrá determinada por la exigencia típica de que aquellas facultades emanen de la ley, de una autoridad o de la asunción de un negocio jurídico.

La STS, Sala 1ª de 23 de febrero de 2004, refiriéndose al administrador societario plasma perfectamente este concepto funcional: «*los administradores de una sociedad... están obligados a dirigir la empresa social y a representar a la sociedad y han de desempeñar su cargo contemplando no su propio interés o el de cualquier tercero sino solo el interés de la sociedad que administran*».

Más allá de requisitos formales, *función, fines y autonomía* constituyen el eje alrededor del que gira la condición de administrador a efectos penales. Por lo tanto, a mi juicio, carece de interés, cualquier debate sobre la posibilidad de ser autores del delito cargos o posiciones tales como el de gerente, apoderado, consejero delegado o el gestor de negocios ajenos previsto como cuasi contrato en el artículo 1888 CC⁵⁵; cualquiera, en posesión de facultades de administración dimanantes de alguna de las fuentes típicas que ostenta para velar por el patrimonio, conservándolo e incrementarlo a ser posible y que goce de autonomía para ejercerlas, es un administrador a efectos penales.

Resultan excluidos, por expresa disposición legal, el administrador concursal, los depositarios de caudales, fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas, así como los particulares legalmente depositarios de efectos públicos y los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por autoridad pública aun cuando fueren de particulares. A estos sujetos, el CP en su artículo 435 asocia la misma condición y las mismas consecuencias previstas en el artículo 432 CP en base al interés público existente en la salvaguarda de dichos bienes a favor de los acreedores, la Administración o los titulares de los bienes embargados o secuestrados. No así el cónyuge gestor de los bienes de la sociedad de gananciales o de cuentas corrientes indistintas, considerados patri-

⁵⁴ GUERRA, G. «*La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital*» en «*La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*» (Coordinador Guerra... G) La Ley, Madrid 2011.

⁵⁵ Sobre el tema, extensamente PASTOR MUÑOZ, N./COCA VILA, I., ob. cit. págs. 173 a 181 y VERA RIVERA, M. C., «*El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*», Aranzadi, 2016, págs. 380 a 394.

monios ajenos a efectos del delito de apropiación indebida y lógicamente también a efectos de administración desleal.

Por otra parte, la doctrina mayoritariamente niega la posible condición de sujeto activo al gestor del contrato de cuentas en participación y al administrador del trust (*trustee*), por lo menos en el modelo anglosajón, en cuanto tanto en el primer supuesto (específicamente previsto en el derogado artículo 295 CP) como en el segundo, las aportaciones de la cuenta partícipe que el gestor debe administrar dándole cuenta y abonándole los beneficios, como los bienes que son confiados al *trustee* a los mismos efectos, pasan a formar parte de su patrimonio, motivo por el cual la administración a determinados fines y con determinados objetivos lo es de su propio patrimonio.

Así, —se aduce— en el contrato de cuentas en participación regulado en el Título II del Libro II del CC en sus artículos 239 a 243, el partícipe solo ostenta frente al gestor un derecho de crédito pues este no se obliga a restituir los bienes sino solo a rendir cuentas y entregar las ganancias obtenidas hasta el límite de la aportación (límite que alcanza igualmente a las posibles pérdidas); lo propio sucede en el trust anglosajón, que se construye como una relación fiduciaria en virtud de la cual el *trustee* se obliga a administrar los bienes recibidos del *settlor* en beneficio de los designados en el trust o del fin del mismo. En consecuencia, al exigir el precepto que «*el patrimonio administrado*» sea «*ajeno*», la actuación desleal del gestor y del *trustee* no sería incardinable en el artículo 252 CP porque lo impide su propia naturaleza a pesar de que no se discute que la esencia de la prohibición penal de la conducta no gira tanto en torno a la ajenidad (del patrimonio) sino en la causación por parte del sujeto de un perjuicio al patrimonio que debía administrar a favor de otro o a determinado fin⁵⁶.

Contrariamente, no existiría objeción en orden a admitir la autoría del *trustee* en el marco del modelo continental puesto que en este negocio jurídico, de naturaleza fiduciaria, los bienes no se integran en la esfera dominical del *trustee* sino que los bienes integran una masa distinta y no forman parte del patrimonio del *Trust* tal y como determina el artículo 2 del Convenio de la Haya sobre la Ley aplicable a los *Trusts* y su reconocimiento de 1 de julio de 1985 que entró en vigor el 1 de julio de 1992; dicha «*masa distinta*» a la que se refiere el Convenio constituye un patrimonio separado y autónomo y consecuentemente «*ajeno*» en la misma línea que en el derecho civil catalán los denominados patrimonios protegidos (artículo 227-2.1 CCC) por lo que siendo «*ajeno*» no existiría obstáculo para que

⁵⁶ En el mismo sentido MARTÍNEZ BUJAN, C., «*El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*», ob. cit. pág. 86, proponiendo una interpretación distinta pero gramaticalmente posible del término ajenidad que, a su juicio, permitiría incluir estos supuestos en el tipo, propuesta que no puedo compartir porque en estos supuestos no estamos ante algo «*impropio, extraño, no correspondiente*» sino ante algo titularidad de otro.

el *trustee* pudiera ser sujeto activo del delito si bien —salvo error— España no ha ratificado el Convenio⁵⁷.

Los denominados patrimonios separados se pueden definir como conjuntos patrimoniales, normalmente gestionados por un administrador, que en interés de un determinado fin y especialmente con referencia a una responsabilidad por deudas, son tratados en ciertos aspectos como un todo distinto del resto del patrimonio, siendo, en consecuencia, sus características la independencia del núcleo patrimonial de que se trate y el origen legal de esta autonomía patrimonial, ya que solo el Derecho objetivo —y para proteger determinados fines e intereses— puede establecer este régimen excepcional el cual no puede constituirse por la mera voluntad del titular del patrimonio.

La doctrina cita como casos de patrimonios separados en nuestro ordenamiento jurídico, la herencia indivisa, la aceptada a beneficio de inventario, los bienes gananciales, el patrimonio del hijo no sujeto a usufructo paterno, la comunidad de bienes, las comunidades de propietarios de la LPH y las uniones sin personalidad; un tipo especial lo sería el patrimonio de destino o en administración que es aquel que no depende de ningún titular y que está adscrito al servicio de un fin de los que son paradigmas el patrimonio del *nasciturus* y la herencia yacente. Todos ellos («el patrimonio administrado») serían calificables de «ajenos» por lo que se abriría la vía para, en su caso y cumplidos los ulteriores requisitos típicos, incriminar al administrador desleal por el artículo 252 CP.

Sea cual fuere la fuente de la que emana la obligación de administrar que vincula al penalmente definible como «administrador», y sea cual sea la amplitud de significado que se otorgue al término en la esfera penal, el tipo previsto en el artículo 252 CP configura un delito especial propio al que alcanzan las cuestiones generales en orden a la participación que tal naturaleza comporta⁵⁸.

Ahora bien, el sujeto al que se encomienda la administración de un patrimonio ajeno, sea cual fuere el título típico por el cual adquiere tal condición, asume en relación al patrimonio el deber de protegerlo, mantenerlo y, en su caso aumentarlo y no simplemente no dañarlo; o dicho de otra manera, —siempre siguiendo a SEGRELLES DE ARENAZA— la administración genera un estatus en el administrador que incluye deberes específicos que son el correlato y la razón de las facultades que se le otorgan para cumplir con aquellas finalidades⁵⁹. Deberes de diligen-

⁵⁷ Sí lo han hecho —con matices— en su regulación interna Holanda, Luxemburgo, Italia y Suiza.

⁵⁸ Naturaleza que le otorga unánimemente la doctrina penal. Excepcional y a mi juicio erróneamente, OSUNA MARTÍNEZ-BONE, en «Evolución del delito de administración desleal en el Código Penal español» Aranzadi Doctrinal, n° 11/2016, pág. 3, afirma que «tras la última reforma de la ley penal sustantiva el delito de administración desleal deja de entenderse como delito societario (o especial propio) pasando a ser exclusivamente patrimonial (delito común)».

⁵⁹ «El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas», en «Estudios monográficos sobre el nuevo delito de administración desleal» La Ley Penal n° 121, julio-agosto 2016, pág. 5 y ss.

cia y de lealtad en su actuación, que le obligan respecto del titular del patrimonio administrado⁶⁰ y cuya vulneración genera consecuencias civiles o societarias de diversa naturaleza y, en determinados supuestos, consecuencias penales vía artículo 252 del CP si con ello se causare un perjuicio al patrimonio administrado.

La vulneración de dichos deberes, fundamento de las facultades que su condición le otorga, su contenido y alcance unido al hecho de que el legislador, más allá del dolo, no exige ningún motivo de la acción, va a condicionar —como veremos— la delimitación de la conducta del administrador penalmente relevante.

Admitido, como no puede ser de otra manera, que cada clase de negocio de administración puede configurar en mayor o menor extensión las facultades que se otorgan al administrador, lo cierto es que estas giraran siempre en torno a las de gestión y representación (del patrimonio) que se erige en clave de bóveda del propio concepto de administración y que, en sede penal, como tendremos ocasión de justificar, deberán ser de naturaleza patrimonial. Correlato de dichas facultades patrimoniales (de incidir, decidir y actuar sobre el patrimonio) será siempre la existencia de unos deberes que, como presupuesto de aquellas, deberán ser respetados en su ejercicio.

En una primera aproximación y antes de una ulterior concreción en la esfera penal, se concretan en el deber de diligencia en la gestión y el deber de lealtad al titular del patrimonio administrado, en el sentido de anteponer el interés de aquel y a los fines asignados a cualquier otro y, desde luego, al propio, en evitación de conflictos de intereses.

3.1.2. El sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito puede serlo tanto una persona física como una persona jurídica titulares de un patrimonio cuya administración ha sido confiada, delegada o encomendada a un tercero, hecha excepción de las personas jurídicas públicas.

En concordancia con este entendimiento, existe acuerdo doctrinal en que pueden serlo las sociedades en formación, la sociedad irregular (en razón de entenderse su patrimonio como patrimonio separado), las comunidades de bienes o de propietarios, la herencia indivisa, la aceptada a beneficio de inventario, los gananciales, el patrimonio del hijo no sujeto a usufructo paterno y las uniones sin personalidad; un supuesto especial sería el patrimonio de destino o en administración que es aquel que no depende de ningún titular y que está adscrito al ser-

⁶⁰ No comparto pues la afirmación de SEGRELLES DE ARENAZA en op. cit. pág. 3 conforme a la cual «la administración es una relación estable entre un patrimonio y un sujeto» habida cuenta que las relaciones jurídicas lo son entre personas (físicas o jurídicas) y por tanto la relación estable lo es entre el administrador y el titular del patrimonio administrado que integra el objeto de la acción.

vicio de un fin, de los que son paradigmas el patrimonio del *nasciturus* y la herencia yacente. No en cambio, según CASTRO MORENO⁶¹ los cuenta-partícipes y los beneficiarios del trust, los terceros no titulares del patrimonio administrado que ostenten intereses patrimoniales y los socios o accionistas de entidades con personalidad jurídica propia, quienes —dice— como perjudicados «*podrán concurrir al procedimiento como acusación particular en defensa del patrimonio social y de sus propios intereses patrimoniales*».

Desde un prisma procesal esta afirmación es en parte cierta y en parte incierta. Efectivamente, admitido que el sujeto pasivo del delito es el titular del patrimonio al que se ha causado perjuicio pero que, en supuestos como los enumerados terceras personas con intereses patrimoniales sobre el patrimonio administrado pueden resultar perjudicadas (también en su caso los socios y accionistas) a raíz de la conducta desleal del administrador, no existe duda de que estos terceros pueden acudir a la vía jurisdiccional y ser parte en el proceso penal incoado contra el administrador.

Ahora bien, ni los socios y accionistas ni los terceros que, por ostentar intereses patrimoniales sobre el mismo, resulten afectados por la conducta del administrador, son los titulares del bien jurídico lesionado sino el titular persona física o persona jurídica que lo sea del patrimonio administrado. Estos son los únicos que, como «*ofendido*» o «*víctima*» del delito, pueden ejercitar la acción penal contra aquel como Acusación Particular y no aquellos sujetos cuya condición es la de sujetos patrimonialmente afectados por la conducta delictiva, esto es, los «*perjudicados*» por el delito; en este sentido y aun cuando —desde mi punto de vista erróneamente— en muchas ocasiones, los Tribunales les otorgan tal condición procesal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal es clara: el artículo 109 de la citada ley dispone que «*al ofendido por el delito que tuviera la capacidad legal necesaria, le asiste el derecho a mostrarse parte en el proceso*» ... debiendo ser informado de ello por el Secretario «*en el acto de recibirse declaración*», mientras que en el artículo 110 dispone que «*los perjudicados por un delito ..., podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieren antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan...*» en la condición procesal de actor civil, con la excepción de los supuestos y para los sujetos enumerados en los apartados 1 y 3 del artículo 109 bis de la Lecrim., quienes sí podrán personarse en la causa como Acusación Particular.

La ley distingue, pues y sin perjuicio que ambas condiciones procesales puedan concurrir en una misma persona, entre *ofendido por el delito*, al que en otras ocasiones llama «*víctima*», que como peculiaridad de nuestro sistema procesal podrá, como titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, ejercitar la acción

⁶¹ Ob. cit., pág. 14 y ss.

penal y también la civil (salvo renuncia expresa) en calidad de Acusación Particular junto a la Acusación Pública, y «perjudicado» por el delito, quien como persona sobre la que recaen las consecuencias patrimoniales de la lesión del bien jurídico, podrá ejercitar en dicha causa la acción civil como actor civil.

Ahora bien, se entiende por la doctrina procesal que la acción de responsabilidad civil derivada de delito, que lo es en realidad «por el *daño* causado por el delito» (art. 116 CP) y, por tanto, «*ex damno*», puede ser ejercitada por las personas o entidades «*directamente perjudicadas*» por la comisión del hecho delictivo, es decir, por aquellos en quienes recaen *directamente las consecuencias patrimoniales (negativas)*; pudiera entonces suscitarse la duda acerca de si, en sede societaria, los socios poseen la condición de perjudicados directos (condición que sí posee la sociedad titular del patrimonio administrado) o si, por el contrario, lo son solo de modo indirecto, caso en que, según expresa la STS Sala Civil de 23 de febrero de 2004, al ser los deberes de diligencia y lealtad, deberes que pesan sobre el administrador «*frente a la sociedad y no frente a terceros*»... es esta, según el artículo 238 de la LSC, quien por tratarse de patrimonio social deberá ejercitar la «acción social» de responsabilidad que no puede ser exigida por los socios a título individual o por los acreedores sociales si no es por subrogación, salvo lo dispuesto en los artículos 239 y 240 de la LSC que, en resumen, solo es factible en el caso de inactividad de la sociedad en su ejercicio.

Otra cosa es, naturalmente, que cualquiera de los sujetos mencionados pueda personarse en la causa como Acusación Popular tal y como permiten los artículos 101, 270 y 761.1 de la Ley procesal penal⁶².

3.2. *El objeto de la acción: el patrimonio*

Una de las cuestiones más controvertidas doctrinalmente en el contexto de los delitos patrimoniales, es el concepto de patrimonio puesto que, en muchas de las figuras penales que se encuadran en dicho contexto, el concepto de que se parta puede conducir a consecuencias jurídico-penales relevantes, especialmente en relación a la delimitación del menoscabo patrimonial o perjuicio típico que integra normalmente el resultado de la infracción. La cuestión no es ajena al delito de administración desleal y por tanto no es de extrañar que haya sido objeto de discusión doctrinal ya en relación a la redacción del anterior artículo 295 CP («*causando directamente un perjuicio económicamente evaluable*» a los sujetos pasivos típicos) y lo siga siendo bajo la nueva regulación en cuanto puede incidir directamente en la delimitación del perjuicio típico («*y de esa manera causen un perjuicio al patrimonio administrado*»).

⁶² Contrariamente de modo expreso entiende CASTRO MORENO en ob. cit. pág. 14, que podrán defender en la condición procesal de Acusación Particular *el patrimonio social y sus propios intereses patrimoniales los terceros* sobre los que recaigan los perjuicios patrimoniales por la gestión desleal.

La cuestión se plantea hoy en relación a si la finalidad de prohibir bajo pena las conductas desleales del administrador y la propia estructura del tipo, abonan la necesidad de partir de un concepto mixto de patrimonio (económico-jurídico) o si la redacción del artículo 252 CP implica un giro legislativo a favor de un concepto personal de patrimonio.

Como es sabido, las disfunciones que comportaba adoptar en sede penal un concepto jurídico o exclusivamente económico de patrimonio, dieron lugar a la formulación del concepto jurídico económico que constituye en la actualidad la posición dominante en la doctrina penal española y que coincide, en lo esencial, con la conceptualización del mismo en el ámbito de la doctrina civil. A efectos penales se define, pues, el patrimonio como el conjunto de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico o que por lo menos revistan una apariencia jurídica (artículos 1305 y 1306 CC) que son susceptibles de ser objeto de una transacción económica.

Desde otra perspectiva y partiendo de un concepto personal del bien jurídico, surge —como correctivo normativo de la teoría mixta del patrimonio— el concepto personal o funcional del patrimonio cuyo núcleo fundamental no es el patrimonio estáticamente considerado sino que parte del entendimiento de que el patrimonio es algo más que un conjunto de bienes con valor económico, pues engloba el poder o dominio, es decir, las facultades de disposición que su titular ostenta sobre las cosas o bienes que lo integran, lo que contribuye al desarrollo de su personalidad. De ahí que el concepto de patrimonio deba ser definido desde un prisma funcional o dinámico y, en consecuencia, como destinado a un fin (a los fines a los que su titular lo destina)⁶³.

Creo que por lo menos en lo que se refiere al tipo penal que nos ocupa, el debate doctrinal, no carente de interés, no presenta relevancia alguna y que adoptar, a efectos interpretativos, uno u otro concepto, escasa o nula incidencia puede tener a efectos de delimitación del ámbito típico.

Efectivamente, concebida la figura como un tipo especial («*quien tuviere facultades para administrar...*»), de infracción del deber («*las infringiere con abuso de las mismas*») y de resultado («*causando un perjuicio al patrimonio administrado*») el alcance que se proporcione al concepto «patrimonio» (susceptible de ser perjudicado) de una parte, derivará directamente de la naturaleza, marco y función del negocio de la administración que, como decíamos, citando a DÍAZ PICAZO, es un negocio jurídico que tiene por finalidad la *conservación y la defensa de*

⁶³ Aunque referido al delito de estafa con los matices que ello supone y que no son a mi juicio extrapolables sin más a cualquier delito contra el patrimonio, apunta a un concepto personal de patrimonio o mejor dicho de daño patrimonial la STS de 23 de abril de 1992 (caso de la Colza). Especialmente interesante resulta la exposición sobre el alcance y consecuencias de la adopción de un concepto funcional o mixto del patrimonio en sede del delito de administración desleal del antiguo artículo 295 CP, la STS de 29 de abril de 2020 («*Caso Palau de la Música*»).

los bienes que forman parte de un patrimonio y los actos dirigidos a obtener de los bienes aquellos rendimientos que normalmente deben proporcionar de acuerdo con su destino económico, finalidades que constituyen la función/deber del administrador y sustentan las facultades que se le confieren y que no varían si el título por el que se adquiere la condición de administrador es institucional en el sentido que deriva de la ley o del mandato de la autoridad.

Por otra parte, el alcance objetivo del perjuicio (patrimonial) derivará de la interpretación proporcionada a la acción típica, especialmente de la admisión o no de la posibilidad de la comisión por omisión.

Queremos decir con ello que la administración implica necesariamente la gestión autónoma de los *bienes y derechos con valor económico que integran el patrimonio de una persona física o jurídica*, para conservarlo, defenderlo y hacerlo rentable (aumentarlo, dentro de las expectativas económicas razonables), *siendo estos —y solo estos— los fines de este concreto negocio o institución* los cuales fundamentan las facultades que para ello se le confieren y su cumplimiento con diligencia y lealtad la obligación/deber del administrador.

Deberes que, como indica VALPUERTA GASTAMINZA⁶⁴ derivan todos ellos del deber general de buena fe objetiva, siendo los deberes básicos o fundamentales de diligencia en la gestión y el de fidelidad o lealtad al interés social y, como derivación de estos deberes, la exigencia de la comunicación de posibles conflictos de interés y la prohibición de competencia.

3.3. *La conducta típica*

El texto legal define la conducta típica como la *infracción* por parte del administrador *de las facultades* que le fueron otorgadas por la ley, la autoridad o que asumió en virtud de un negocio jurídico u otro título típico *excediéndose en su ejercicio*, definición legal profusamente criticada por la generalidad de la doctrina.

3.3.1. Precedentes

Resulta conveniente, en cuanto que ello va a incidir en el significado a proporcionar a los elementos típicos de la figura de la administración desleal y de la nueva redacción legal de la apropiación indebida, realizar una breve referencia a la regulación de la misma en el código penal alemán cuya influencia en la remodelación de dichas infracciones penales es clara lo que se pone de relieve en los

⁶⁴ En «*Comentarios a la Ley de sociedades de Capital*», Bosch 2013, pág. 620. También en este sentido, LLEBOT, J. O., «*Los deberes y la responsabilidad de los administradores*», en «*Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*» (Rojo/Beltran Directores) Valencia 2013, págs. 33 y ss. y PAZ-ARES, C. «*La responsabilidad de los administradores como instrumentos de derecho corporativo*» Indret, 4/03, pág. 5-12. (Las obras citadas anteriores a la LSC de 2014, esto es, comentan respectivamente la LSC de 2010 y la Ley General de Transparencia de 2003, si bien su contenido en orden a los deberes de los administradores es perfectamente compatible con aquella).

distintos Anteproyectos y Proyectos que han precedido a la reforma operada por la LO1/2015 de 30 de marzo⁶⁵.

En el código penal alemán la regulación del delito de administración desleal (*Untreue*) es de tal amplitud que, como ha señalado MARTÍNEZ BUJAN⁶⁶, dio lugar a la derogación de las normas penales societarias de administración desleal contenidas anteriormente en diversas leyes especiales; así, el parágrafo 266 del StGB, que en su apartado 2 regula una agravación penológica para supuestos de especial gravedad, en el apartado 1 castiga con una pena de uno a cinco años de prisión o con una pena pecuniaria a «*quien abuse de la facultad que se le ha otorgado por ley, mandato de la autoridad o negocio jurídico, de disponer de patrimonio ajeno o de obligar a otro, o lesione el deber de custodiar intereses patrimoniales ajenos, impuesto por ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o relación de fidelidad y de ese modo cause un perjuicio a los intereses patrimoniales que él tenía que cuidar*».

En la doctrina germánica existe consenso en que el precepto recoge en realidad dos tipos, si bien para el sector mayoritario el primero implica solo una manifestación específica del tipo genérico de la deslealtad, mientras que minoritariamente se otorga al llamado tipo de abuso un contenido y significado autónomo; en el apartado 1 se describe el denominado tipo de abuso (*Treubruchtatbestand*) cuya finalidad es prohibir bajo pena ataques contra el patrimonio concretados en disponer del patrimonio administrado o contraer obligaciones, es decir, abusar de las facultades que se otorgan al administrador de proyectar su actuación en la esfera externa o, lo que es lo mismo, en el tráfico económico jurídico y, en cambio, en el segundo (*Missbrauchtatbestand*) se sanciona penalmente la conducta de quien infringe el deber que le incumbe de preservar los intereses patrimoniales ajenos que le han sido confiados, esto es, la deslealtad/infidelidad con consecuencias económicamente perjudiciales⁶⁷.

⁶⁵ Por todos y contundentemente RAMOS RUBIO, C., «*El nuevo delito de administración desleal*», en «*Comentario a la reforma penal de 2015*»; GONZALO QUINTERO, G. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ob. cit. pág. 534. También GILI PASCUAL, «*Administración desleal genérica. Incidencias en la apropiación indebida y otras figuras*» en «*Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*», GONZÁLEZ CUSSAC (dir), ob. cit. pág. 782. Excepcionalmente BACIGALUPO ZAPATER, E., descarta la directa influencia de la legislación penal alemana y alude a una semblanza del nuevo artículo 252 CP con el parágrafo 153 del texto punitivo austriaco en «*La reforma de la Ley de sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal*», en *Diario La Ley*, n° 8637, Sección tribuna, 3 de noviembre de 2015, ob. cit. pág. 7/8. El parágrafo 153 ÖSTGB sanciona con una pena privativa de libertad de hasta seis meses o con pena de multa de hasta 360 cuotas-día a «*quien a sabiendas abuse de la facultad de disponer sobre el patrimonio ajeno o de obligar a otro que se le ha otorgado por ley, mandato de la autoridad o negocio jurídico, y, de este modo cause a otro un perjuicio patrimonial*».

⁶⁶ *El delito de administración desleal*, ob. cit. pág. 71.

⁶⁷ Este segundo inciso del parágrafo 266 que fue introducido en la reforma del StGB de 1933, en pleno auge del nacionalsocialismo, ha sido objeto de importantes críticas, habiéndose puesto en duda incluso su constitucionalidad. Respecto a las cuestiones planteadas en la doctrina y jurisprudencia alemana en torno a la administración desleal vid. PASTOR MUÑOZ, N./ COCA VILA, I., ob. cit. pág. 51 y ss. y SCHÜNEMANN, B., «*La administración desleal de los órganos societarios*»

El sector mayoritario de la doctrina germánica parte de la consideración de que el parágrafo 266.1 del StGB prohíbe bajo pena cualquier infracción del deber de salvaguardar el patrimonio ajeno que alcanza al administrador pero con la particularidad de que asocia a la conducta genérica de infidelidad una pena pecuniaria y una pena de prisión de uno a cinco años cuando esta infracción causante de perjuicio se concreta en una conducta de abuso en el ejercicio de las facultades de disposición que considera, pues, de mayor gravedad.

Este binomio que, bajo una aparente administración desleal genérica, se traduce en definitiva en la existencia de un tipo penal que acoge dos conductas posibles de deslealtad del administrador (cuya generalidad y extensión corregía el Proyecto Alternativo que acogía en su parágrafo 183 el delito de «*abuso de facultades jurídico sociales*», más restrictivo en cuanto al círculo de autores y a la conducta típica, si bien ampliaba la materia de prohibición⁶⁸), era el que acogían el español Proyecto de Reforma de 2007, el Anteproyecto de 2012 y especialmente el Proyecto 2013 en el curso de cuya tramitación se modificó, mediante una enmienda de Izquierda Unida, la propuesta de tipificación del nuevo delito en el sentido de suprimir el «*tipo de infidelidad*» criticado por la doctrina, por el Informe del Consejo General del Poder Judicial y por el Informe del Consejo Fiscal que hicieron hincapié en la cuestionada constitucionalidad del tipo de infidelidad por parte de la mayoría de la doctrina penal germánica⁶⁹.

Pero como ya apunté en las primeras páginas de este trabajo, el legislador efectivamente copió (el parágrafo 266 del StGB) pero copió mal o, siendo benévolo, cuando acordó suprimir el tipo de mera deslealtad, redactó mal el tipo de abuso que al parecer pretendía configurar, dando a luz a una figura atrabiliaria de difícil interpretación. Con ello la polémica doctrinal y el desconcierto de los Tribunales llamados a aplicar el nuevo delito y, en suma, la inseguridad jurídica, estaban servidas.

Adelanto ya que, desde mi punto de vista, la lectura de la descripción típica de la conducta punible del artículo 252 del vigente CP, conectada con la naturaleza del negocio de la administración y, más concretamente con las finalidades que fundamentan el papel que asume el administrador en el mismo (conservar, no dañar y aumentar el patrimonio) así como la relación que establece con su titular,

y «¿Infracción grave del deber en la administración desleal?» en «*La administración desleal de los órganos societarios*», GÓMEZ JARA DIEZ, C. (coordinador) Atelier 2008, págs. 21 a 80 y 83 a 96; MIR PUIG, C., «*La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español*», ADPCP, Vol. LXVIII, 2015, pág. 207 y ss.

⁶⁸ Sobre este punto vid. extensamente MARTINEZ BUJAN, «*El delito de administración desleal del patrimonio ajeno*», ob. cit. pág. 73 y ss.

⁶⁹ Sobre el contenido y vicisitudes del trámite parlamentario del Proyecto de 2013 de nuevo ampliamente MARTINEZ BUJAN, C. «*El delito de administración desleal...*» ob. cit. pág. 35 y ss.

permite considerar que estamos ante un solo injusto típico, caracterizado por causar un perjuicio al patrimonio ejerciendo el administrador sus facultades quebrantando el vínculo de fidelidad que le une al titular del patrimonio y que le obliga a actuar como «*un representante leal*», esto es, gestionándolo con diligencia y lealtad.

La correcta acotación del ámbito de lo prohibido y la reconducción del amplio concepto de «fidelidad» para que no desborde los límites de un Derecho Penal, definido como el último instrumento de control social, vendrá determinado por la interpretación que se proporcione a dichos deberes y la extensión que se otorgue a las facultades cuyo ejercicio, quebrantándolos, causa perjuicio⁷⁰.

3.3.2. La infracción de las facultades del administrador excediéndose en su ejercicio: generalidades

Como era fácil presumir, la doctrina penal sin excepciones coincide en denunciar la falta de rigor del legislador, en criticar la redacción típica que anuncia problemas interpretativos de hondo calado y mayoritariamente efectúa ya propuestas de «*lege ferenda*» desde el mismo momento de su entrada en vigor, lo que es más que llamativo; sin embargo, la unanimidad se rompe al tomar posición en relación al significado hermenéutico a proporcionar a la nueva configuración de la conducta típica, quiebra que puede sistematizarse en dos grupos claramente diferenciados.

De la supresión en trámite parlamentario de la figura de deslealtad genérica, calco literal de la *Missbrauchtatbestand* del parágrafo 266 del StGB de cuya constitucionalidad ha dudado la doctrina germánica⁷¹, un primer grupo infiere que el nuevo tipo, al igual que el anterior, se configura como un tipo de abuso y que, por lo tanto, la supresión del artículo 295 CP anterior a la reforma no resultaba imprescindible⁷². Otro sector doctrinal, sosteniendo igualmente que el legislador ha

⁷⁰ SCHÜNEMANN, B. «*Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victima dogmática*», en «*Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*», Atelier, 2006, págs. 81-82.

⁷¹ Sobre ello, el Informe del CGPJ al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/95 de 23 de noviembre del Código Penal, Madrid 2013 que tras poner de relieve que el precepto se mantiene en el StGB obedece a la especial configuración normativo-mercantil de las estructuras empresariales, recuerda que su origen se halla en la Ley de 26 de mayo de 1933 y se promulgó en un contexto histórico determinado en el que el control/represión/incautación de las empresas titularidad de los «*enemigos del Reich*» aparecía como instrumento necesario. Sobre el tema también MIR PUIG, C., *La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español*, ob. cit. pág. 206 y ss.

⁷² Así, MARTÍNEZ BUJAN, ob. cit., aludiendo expresamente a la tesis del statu quo, recoge palabras de CONDE PUMPIDO TURON pronunciadas en relación al Anteproyecto que resultan hoy harto significativas atendida la interpretación que la Sala Segunda ha proporcionado a los nuevos artículos 252 y 253 del vigente Código Penal: «*el cambio de modelo responde a una concepción doctrinal respetable pero no es necesario para responder a una demanda social, forense, del mundo económico o del jurisdiccional. No elimina graves lagunas de punibilidad ni aporta mayor seguridad*

articulado un tipo de abuso, entiende adecuada la ubicación sistemática en el marco de las defraudaciones y considera, en principio, correcta su redacción en cuanto permite —dicen— delimitar la conducta desleal del administrador del delito de apropiación indebida⁷³; en todo caso, especialmente en estos últimos autores, surgen discrepancias en torno a extremos interpretativos más importantes de los que es paradigma la admisión o no de la comisión por omisión.

Al hilo de esta última cuestión, especialmente interesante resulta la tesis expuesta por SEGRELLES PEDRAZA⁷⁴ que niega la posibilidad de comisión omisiva del delito de administración desleal sobre la base de los siguientes argumentos que tienen como punto de partida el hecho de que el artículo 11 CP regula solo los delitos que consistan en la producción de un resultado: *«en los delitos de resultado caben varias opciones: la primera es expresar o determinar el resultado mediante el verbo de la acción»* (el homicidio como ejemplo paradigmático). *«La segunda opción es referirse solo al resultado y utilizar como verbo típico un verbo neutro —es decir sin contenido valorativo de bien jurídico— como “causar”..., de este modo es el resultado en que aporta el contenido valorativo y la conducta queda totalmente abierta y separada del mismo»* (así sucede en el delito de lesiones)... *en estos dos supuestos (aun cuando la primera es más restringida) la conducta está abierta..., de modo que se puede matar o causar lesiones golpeando o no frenar el vehículo, es decir cabe una gran variedad de acciones y cabe también la omisión»* y por tanto *«entran dentro de los delitos que consisten en la producción de un resultado que regula el art. 11 CP. Pero no es el caso del art. 252 CP, lo que nos lleva a detenernos en la tercera opción a la hora de construir los delitos de resultado que consiste en que el resultado no se expresa con el verbo de la conducta (de la acción en sentido amplio) y además dicha conducta se describe de manera concreta, es decir, tipos de medios determinados»...*, siendo este el caso del art. 252 CP *«cuyo resultado es un perjuicio al patrimonio administrado y la conducta..., infringir las facultades excediéndose en el ejercicio de las mismas. En este punto la cuestión de si los tipos de medios determinados, a pesar de ser de resultado, se excluyen de los delitos que consistan en la producción de un resultado que es la exigencia del art. 11 CP»*.

Pero como a continuación reconoce el citado autor, aun cuando un nutrido sector de la doctrina se inclina por esta opción que consecuentemente conllevaría la exclusión de la omisión del ámbito de prohibición bajo pena de la administración desleal, se trata de una cuestión abierta sobre la que me pronunciaré en líneas posteriores.

jurídica. Prescinde de la doctrina jurisprudencial de nuestro T.S. dejando vacío de contenido un trabajo clarificador realizado a lo largo de casi dos décadas e introduce un modelo importado que es hoy cuestionado en su propio país de origen y que resulta inseguro, innecesario y perturbador».

⁷³ Entre otros, JUAN SANJOSÉ, R. J. «La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines», Bosch 2016, pág. 125 y ss.

⁷⁴ «El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas», ..., ob. cit. pág. 8.

Finalmente, un sector minoritario mantiene que la descripción típica de la conducta permite sostener que el legislador ha configurado una administración genérica (un tipo de infidelidad) que, a diferencia de lo que acaecía en el artículo 295 CP, «no se limita a recoger el abuso de las facultades de disposición o contratación de obligaciones, sino que el legislador español castiga todo ejercicio patrimonialmente lesivo y doloso de dichas facultades en el que el autor se desvía del fin para el que le han sido otorgadas»⁷⁵, tesis que en principio comparto con las particularidades que iré poniendo de manifiesto.

3.3.3. El deber de salvaguarda del patrimonio como presupuesto de las facultades del administrador

Al inicio de este trabajo decía que el legislador de la reforma ha copiado mal y lo ha hecho precisamente al configurar la conducta típica no solo de manera imprecisa sino contra el sentido gramatical y normativo de las palabras que utiliza para definirla, dando lugar así a una controversia doctrinal en gran medida estéril pero que, como he puesto de manifiesto anteriormente, da lugar a interpretaciones antagónicas del ámbito de protección típica y a la postre no garantiza, sino al contrario, la seguridad jurídica.

Se impone en consecuencia una interpretación de la conducta que evite, sea una reducción del tipo a un mero tipo de abuso prácticamente idéntico al derogado artículo 295 CP lo que el tenor literal no permite, sea una no deseable incriminación de todas las conductas del administrador causantes de perjuicio con extensión del precepto a comportamientos (del administrador) que, sin embargo, no traspasan el marco de la discrecionalidad empresarial o societaria, es decir, se muevan en el contexto del riesgo permitido. Y de igual modo, se impone tanto evitar que escapen al reproche penal conductas desleales causantes de perjuicio por una rígida interpretación de la cualificación que acompaña al verbo que describe la conducta típica, (*infrinjan*), «*excediéndose en el ejercicio de las mismas*» (las facultades), como asociar responsabilidad penal a comportamientos del administrador que, aun causantes de perjuicio, deben quedar en la esfera del derecho privado o societario.

Para esta tarea, no fácil y de resultados *de lege lata* no unívocos y poco satisfactorios, debe partirse —creo— de dos premisas:

a) Las facultades en su significado gramatical no se infringen sino que se ejercen o se usan, mientras que son los deberes los que se infringen (o se cumplen). Dicho en otros términos: los deberes constituyen el presupuesto de las facultades que se otorgan al administrador para que conserve (no menoscabe), ges-

⁷⁵ PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I. «*El delito de administración...*» ob. cit. pág. 71; también LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «*La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*», Madrid 2015, pág. 333.

tion y aumente en su caso, el patrimonio de un tercero, de manera que el ejercicio de las facultades debe ajustarse a los deberes que le alcancen y desde luego al fin para el cual le han sido entregadas.

b) La conducta típica —siempre y sólo— tendrá lugar en el marco de un negocio/posición de administración (formal o no, dimanante de la ley, de la autoridad o de la conclusión de un negocio jurídico) que asigne penalmente al posible autor, la condición de administrador en el amplio sentido al que antes hemos hecho referencia, por lo que vendrá condicionada por la propia esencia del negocio que comporta que al administrador, en el cumplimiento de su función, le vinculen determinados deberes (de lealtad/diligencia, de fidelidad en definitiva) y que se le otorguen facultades (de representación y de gestión) para alcanzar sus fines.

De ahí, que también normativamente, deberá entenderse que *el administrador cumple sus deberes y usa o ejerce las facultades de disposición sobre el patrimonio ajeno que está llamado a administrar en virtud de la ley, por decisión de la autoridad o por un negocio jurídico*. Si se excede en el ejercicio de dichas facultades, (hace un uso distinto al que le es propio, esto es, un mal uso, un uso indebido o, lo que es lo mismo, abusa de ellas) *infringe los deberes de diligencia y/o lealtad* que está obligado a respetar en su ejercicio y en consecuencia quebranta la buena fe que debe presidir su actuar, *es decir, incurre en infidelidad*.

No se trata, como mantiene mayoritariamente la jurisprudencia para deslindar su conducta de la apropiación indebida, de que el administrador en su actuar vaya más allá de sus facultades (las traspase o «infrinja») situándose deslealmente fuera del título, sino que haga uso del poder jurídico (no fáctico) que su condición le confiere sobre el patrimonio, vulnerando los deberes que integran el presupuesto de aquel poder y causando, desde su posición privilegiada respecto al patrimonio (*ad intra*), un perjuicio patrimonial objetivamente imputable a aquel actuar con infracción del deber. De ahí que *el ataque al patrimonio por parte del administrador constituya un ataque en el ejercicio del haz de facultades en que se despliega el poder jurídico que se le ha otorgado para lograr el fin patrimonial convenido o dispuesto o lo que es lo mismo un ataque desde dentro*.

Parece obvio, pues, que, como pone de relieve BACIGALUPO ZAPATER⁷⁶ «*el núcleo del tipo penal de la administración, está conformado por la infracción del deber de lealtad que incumbe al administrador; ello determina el ya señalado carácter de delito especial propio por los elementos de la autoría y más precisamente de delito de infracción de deber en lo referente a las reglas que rigen la distinción entre autores y partícipes*». Infracción del deber llevada a cabo en el ejercicio de sus facultades de las que abusa, hace un uso indebido, (*excediéndose en el ejercicio de*

⁷⁶ La reforma de la Ley de sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal, diario La Ley nº 8637, noviembre 2015.

las mismas) es decir, valiéndose de ellas para atacar el patrimonio administrado y causarle un perjuicio desde dentro, por la meridiana razón de que solo puede infringir sus deberes en el marco del ejercicio de sus facultades.

Coincido con el citado autor, en que *el núcleo del injusto de la figura está conformado por la infracción de los deberes que le alcanzan y que lleva a cabo excediéndose en el ejercicio de sus facultades* y causa un perjuicio patrimonial al patrimonio administrado o era objetivamente idóneo para causarlo. La conducta típica (del administrador) descrita en el artículo 252 CP se concreta, en consecuencia, en excederse en el uso de las facultades que le han sido conferidas a los fines del negocio (y que precisamente por ello deben serlo *de naturaleza patrimonial*) infringiendo así el o los deberes que por su especial posición en relación con el patrimonio administrado debe cumplir.

3.3.4. Naturaleza y extensión de los deberes del administrador y de las facultades cuyo ejercicio indebido los quebranta

Definir las facultades típicas como *facultades de naturaleza patrimonial supone una primera acotación de la conducta típica*: no será subsumible en el tipo del artículo 252 CP el perjuicio causado por el administrador excediéndose en el ejercicio de facultades que no sean facultades *cuyo ejercicio no sea susceptible objetivamente de incidir de modo positivo o negativo en el patrimonio*.

Pero ello no permite aún su estricta delimitación y obliga a dotar de contenido jurídico penal a las siguientes cuestiones:

1º) ¿A efectos de cumplimiento del tipo del artículo 252 CP, cuáles son los deberes que resultan infringidos cuando, por un exceso en el ejercicio de sus funciones, el administrador infiel causa un perjuicio al patrimonio administrado?

2º) ¿Atendido que la administración desleal constituye un delito de lesión patrimonial y que la administración confiere al administrador un amplio elenco de facultades, en qué se traducirán aquellas cuyo ejercicio excesivo integrará la conducta típica? ¿Es factible la realización del tipo en comisión por omisión?

En relación a la primera de las cuestiones, coincido en principio con la posición hermenéutica de PASTOR MUÑOZ y COCA VILA: el actual artículo 252 CP acoge un *único injusto cuyo núcleo es la infracción del deber de lealtad* y que se caracteriza por una modalidad comisiva que se traduce en la infracción por quien las ostenta (el administrador), de unas facultades que le otorgan un poder jurídico de actuar en la esfera patrimonial del administrado y no un mero poder fáctico o material.

Así, el injusto del delito de administración desleal se vertebra en torno a una lesión o daño patrimonial derivada —como hemos dicho— de un ataque al mismo desde dentro de la esfera patrimonial del administrado (*ad intra* no *ad extra*). Y ello solo es posible cuando exista una relación interna entre autor y víctima

cuyo eje es *el deber de velar por los intereses ajenos*, deber de lealtad que deriva del artículo 1889 CC de gestión de negocios ajenos como «*un buen padre de familia*», como «*un ordenado empresario*» en términos mercantiles o de los artículos 227 y 228 de la LSC en su nueva redacción dada por la Ley 31/14.

Nos hallamos, por lo tanto, ante un tipo de infidelidad en el *que la infracción del deber de salvaguarda del patrimonio constituye el desvalor de acción de este delito* y no el exceso en el ejercicio de las funciones, entendiéndose por tal el ejercicio de las facultades de representación que ostenta el administrador con traspaso de los límites internos.

Ante la falta de precisión de la descripción típica y el hecho de que la prohibición de la conducta alcance también al administrador de persona física, no resulta ciertamente sostenible que los deberes del administrador a cuya infracción se asocia una sanción penal, se correspondan estrictamente y en toda su extensión a los derivados del artículo 1889 del Código Civil o de los artículos 227 y 228 de la Ley de Sociedades de Capital⁷⁷.

Nos movemos en el marco de una normativa (el Derecho Penal) que selecciona sus parcelas punitivas y que, por tanto, no puede circunscribirse a una función de sanción de comportamientos vulneradores de deberes de naturaleza privada lo que, por otra parte, vaciaría de contenido el enorme y diverso catálogo de sanciones previstas para el administrador societario que infrinja los deberes de lealtad y las responsabilidades civiles del administrador de persona física que no actúe «*con la diligencia de un buen padre de familia*» o de «*un ordenado empresario*».

No estamos, pues, aun cuando pueda parecerlo por la falta de determinación, ante una ley penal en blanco sino ante una *figura penal que se caracteriza por colocar al administrador en una posición de garantía penal en relación al patrimonio que está llamado a gestionar*; y es, precisamente para llevar a cabo su función, que se le otorga un *poder jurídico sobre el mismo que se despliega el haz de facultades que debe ejercer con respeto a los deberes de diligencia y lealtad y de conformidad con los fines establecidos*.

Hecha excepción del origen legal o institucional del deber, es este deber de salvaguarda penal respecto del patrimonio, el que, en su caso, infringe o vulnera el administrador penalmente desleal. Tal conceptualización trae como consecuencia que no necesariamente coincida siempre con todos los deberes jurídico-civiles que, de modo general, se establecen en las diferentes regulaciones jurídico privadas. Y en razón de la propia naturaleza jurídica del negocio de administración,

⁷⁷ Sobre esta cuestión y desde posiciones distintas VERA RIVERA, M. C. ob. cit. págs. 318 y ss.; MAYO CALDERÓN, B., «*La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del artículo 295 CP español y propuesta de lege ferenda*», Granada 2005, pág. 264 y CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal* (art. 295) Madrid, 1998, pág. 284 entre otros.

seguirá siendo el mismo (*deber de salvaguardar el patrimonio*) si no se hace constar explícitamente, supuesto en el que, como señalan PASTOR MUÑOZ, N./COCA VILA, I.⁷⁸ «*el administrador asume..., el deber de diligencia general del art. 1104.1 CC y 1104.2, CC el deber de diligencia del buen padre de familia; en el ámbito de las relaciones jurídico-mercantiles el cuidado del negocio como propio para el contrato de comisión (art. 255.2 CC), la exigencia general de la buena fe, la lealtad y diligencia de un ordenado empresario (art. 9.1 y 9.2 de la Ley de contrato de Agencia) y en el derecho de sociedades la diligencia del ordenado empresario y el representante leal (art. 225 y ss LSC)*».

Estoy afirmando, por tanto, que a pesar de la deficiente redacción, la única interpretación viable del precepto conduce a entender que la conducta típica (el núcleo del injusto penal) se traduce en la *infracción por parte del administrador del deber de garantía (penal) que ha asumido en virtud de alguno de los títulos típicos, haciendo mal uso del ejercicio de las facultades de naturaleza patrimonial que le han sido asignadas* (abusando) a efectos de cumplimiento del fin para el cual se le han otorgado (conservar, evitar el daño e incrementar el patrimonio).

De esta manera se dota a la administración desleal penalmente relevante de un fundamento propio (*quebranto de la garantía penal que asume respecto del patrimonio*), diferenciable de los deberes jurídico-privados del administrador que, como dicen los citados autores, *solo cobran relevancia en la medida en que dichos deberes hayan sido incorporados a la posición de garantía penal*⁷⁹.

Pero obsérvese que tras el dogmáticamente exquisito análisis llevado a cabo por los mismos, se atisba, sin embargo, una realidad innegable: siempre, de un modo u otro (explícita o implícitamente), este deber de garantía penal se reconducirá a deberes de diligencia y de lealtad, de fidelidad en suma, que vinculan y limitan al administrador en el ejercicio de su función en el ámbito patrimonial, los cuales hallan su exacto sentido y contenido en el marco del derecho civil y mercantil al que, por lo menos como punto de referencia normativa, deberá acudir necesariamente el intérprete en la aplicación del artículo 252 CP.

Así acotadas las facultades típicas (facultades de naturaleza patrimonial que quebranten el deber de garantía penal), quedan ex ante excluidas de la figura prevista en el artículo 252 CP, las conductas del administrador causantes de perjuicio claramente vulneradoras de la diligencia y/o la lealtad al patrimonio administrado que ha asumido también como deber de garantía, pero que, para su cumplimiento no requiere del ejercicio de facultades patrimoniales.

Estas conductas, susceptibles algunas de ellas de causar también perjuicio económico a la sociedad, o bien se tipifican en los artículos 290 a 294 del CP referidas al administrador societario y sometidas generalmente a la cuestión de pro-

⁷⁸ Ob. cit. pág. 109 y ss.

⁷⁹ Ob. cit. pág. 110.

credibilidad de denuncia previa en el artículo 296 del CP, o bien constituirán conductas generadoras de responsabilidad del administrador a exigir por la vía societaria o civil de las que a mi entender, son en principio exponentes en el marco societario las descritas en los apartados 2 y 3 del artículo 225 y en los apartados c) y e) así como en los apartados a), b) y d) salvo que se traduzcan en facultades de naturaleza patrimonial del artículo 228 y apartado e) del artículo 229, todos ellos de la Ley 31/2014 de Sociedades de Capital.

Ejemplos de estas últimas, entre otras, la STS, Sala Civil, de 4 de octubre de 2011 en la cual se establece la responsabilidad civil del administrador que ante una coincidencia en una misma persona de dos funciones diversas en un marco societario, no respetó (a efectos de evitar un conflicto de intereses económicos), el deber de pasividad o de abstenerse de actuar, como concreta manifestación de lealtad que exige no observar comportamientos que causen o puedan causar daños a la sociedad, la STS Sala Civil de 25 de junio que declara la responsabilidad del administrador que percibió «las denominadas “remuneraciones tóxicas” contrarias a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de lealtad societaria y la ética social», siendo irrelevante que se hubieran acordado en Junta y no hubieren sido impugnadas y la STS, Sala Civil, 3 de septiembre de 2014, que señala que una acción u omisión generadora de responsabilidad no debe suponer siempre la violación de una norma legal concreta..., pues basta que se dé el presupuesto que..., no se actúe con la diligencia exigible de acuerdo con un ordenado empresario y conforme a las exigencias de la buena fe.

La distinción entre la infracción de los deberes generadora de responsabilidades jurídico-privadas y la que genera responsabilidad penal, tampoco es factible acudiendo a la menor o mayor gravedad de la infracción o a la concurrencia o no de lucro propio o ajeno; efectivamente de un lado, es la mayor o menor entidad del perjuicio (superior o no a 400 euros) la que distingue la conducta como delito o como delito leve y, de otro, tampoco acudiendo a un propósito de enriquecimiento, dado que el legislador ha considerado irrelevante la finalidad que guía al autor reflejada en la ausencia del ánimo de lucro o búsqueda de beneficio propio o ajeno, a diferencia de lo que sucedía en el artículo 295 del CP anterior a la reforma.

En la misma línea de dotar de contenido a la amplitud de la descripción típica SEGRELLES ARENAZA⁸⁰, tras poner de manifiesto lo tremendamente amplio que resulta el nuevo precepto y «el elevado número de facultades de gestión como de administración que puede llegar a incluir la condición de administrador, como por ejemplo en las sociedades de capital, la criminalización del Derecho de Sociedades, resulta excesiva e infringe los principios de intervención mínima y fragmentariedad

⁸⁰ Ob. cit. págs. 5/19.

del Derecho Penal», propone la siguiente tesis: partir del bien jurídico protegido para restringir el tipo de modo acorde a los principios del Derecho Penal y establecer así una línea divisoria con los ilícitos civiles o mercantiles de modo que, atendido que el bien jurídico protegido es el patrimonio, «*la conducta se debe interpretar en el sentido de que solo las facultades de carácter patrimonial sean típicas*»; restricción a la que añade el hecho de que «*sólo sean típicas las infracciones de los deberes que se cometan a través de la infracción de facultades*», lo que comparto y de que sea, a la vez, «*un tipo de acción, que no admite la comisión por omisión*», lo que no comparto.

Pero la cuestión no se resuelve con la reducción de la materia de prohibición derivada de lo antes expuesto, ni tampoco —a mi juicio— con el criterio propuesto por Pastor Muñoz/Coca Vila conforme al cual, para incidir (gestionar) en el patrimonio del administrado, el administrador debe gozar de una autonomía, de una amplitud tal que le sitúe en la misma posición del dueño, quien le cede el poder de decisión, configuración y control del mismo, (en su totalidad o en parte), por lo que *siempre que tal autonomía sea inexistente no cabrá hablar de garantía penal* (de velar por el patrimonio) *y por tanto, aun cuando se infrinja el deber de no lesionar el patrimonio ajeno, la conducta no constituirá administración desleal*, poniendo como ejemplo, el cajero y el recadero que hacen suyos un bien ajeno. El exceso típico en el ejercicio causante de perjuicio penalmente relevante lo sería, pues, solo de aquellas facultades patrimoniales que le otorgaren autonomía de actuación.

Les asiste la razón, pero olvidan a mi parecer que civil o mercantilmente no hay negocio de administración sin una mayor o menor parcela de autonomía, esto es, una libertad en la configuración y gestión del patrimonio administrado que es objeto incluso de específica protección a través de la denominada «protección de la discrecionalidad empresarial» en el artículo 226 de la LSC. En mi opinión, no se trata de una cuestión de autonomía en sentido estricto, de la que obviamente debe gozar, sino de que al administrador se le confiere un poder jurídico sobre los elementos integrantes del patrimonio mientras que el cajero (hurto con abuso de confianza o apropiación indebida), el recadero (apropiación indebida), el comisionista, el depositario o quien no siéndolo tenga la custodia del bien, solo ostentan un poder fáctico sobre determinado bien, no pueden ser llamados «*administrador*» y jamás podrán ser autores del delito del artículo 252 CP.

Hasta aquí, lo único que puede inferirse, sin mayor complicación, es que el artículo 252 CP acoge un *tipo de lesión patrimonial (perjuicio) causada por el administrador en el ejercicio abusivo o indebido de sus facultades patrimoniales quebrantando dolosamente de este modo el deber de fidelidad que le alcanza (deber de diligencia y de lealtad)*.

Entonces, ¿cuáles son las posibles soluciones dogmáticas que se ofrecen al intérprete para dotar de un contenido penal operativo pero lejos de cualquier interpretación extensiva, a la descripción de la conducta típica?

Partiendo de la ya anunciada necesidad de tomar como referencia interpretativa la regulación en el ordenamiento jurídico privado de los deberes de diligencia y lealtad que obligan a todo fiel representante⁸¹ una posible primera solución podría venir determinada por la exacta conceptualización del deber de diligencia, que excluiría del ámbito de lo punible, la mayoría de las conductas del administrador en la gestión del patrimonio cuya salvaguarda le ha sido confiada, carentes de diligencia y causantes de perjuicio, por tratarse de conductas meramente infractoras de la norma de cuidado, obviamente no punibles en base a la articulación en nuestro sistema punitivo de la imprudencia como «*crimina culposa*».

El deber general de diligencia en el tema que nos ocupa, solo es reconducible en nuestro sistema a los preceptos de los textos de derecho privado citados en líneas anteriores, y se especifica en toda su extensión en el artículo 225 de la LSC, razón por la que, si bien se formula para el marco societario, es perfectamente útil a efectos interpretativos incluso en lo que atañe al «*ordenado empresario*» y al «*buen padre de familia*»: «1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. 2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad. 3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria para que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones».

Como señala HERNANDO CEBRIA, L.⁸² a las exigencias enumeradas en el precepto, deberá sumarse un estándar de conducta especial, en relación con la gestión de una empresa actuante en un mercado en competencia que exime de la actuación prudente que en el ámbito civil puede reclamarse del «*pater familias*». «Y ello se ha de entender así a partir de una labor no meramente conservativa del patrimonio social que ha dado lugar, en buena medida al amparo que el administrador recibe a través de la formulación legal de una específica regla de protección de la libertad empresarial en el artículo 226 de la LSC», labor no meramente conservativa que le obliga a tomar decisiones patrimoniales sobre el patrimonio para obtener beneficios.

Este artículo/regla de protección establece que «en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administra-

⁸¹ ALFARO AGUILA REAL, J. «Comentarios a los artículos 225 y ss. de la Ley de sociedades de Capital», Capítulo III, en ALFARO/JUSTE, (JUSTE Coordinador), «Comentario de la reforma del régimen de sociedades de capital en materia de gobierno corporativo» (Ley 31/2014) Cizur Menor 2015.

⁸² «El deber general de diligencia» en «Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital» Bosch 2015, pág. 65.

dor haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado», presunción de actuación diligente del administrador en la gestión que exigirá también la racionalidad y la motivación, esto es, de la denominada «diligencia procedimental»⁸³.

En principio, pues, puede concluirse que:

a) Las conductas de gestión del patrimonio por parte de administrador que siendo de naturaleza patrimonial se atengan al deber de diligencia normativamente exigible, aun cuando causaren un perjuicio, no generaran responsabilidad alguna. Se enmarcan dentro de los riesgos inherentes a toda actividad empresarial o societaria que opera en el tráfico jurídico económico.

b) Contrariamente, aquellas causantes de un perjuicio objetivamente imputable al incumplimiento de su deber de salvaguarda patrimonial por infracción de la norma de cuidado que le era exigible, es decir, conductas negligentes o imprudentes, generarán responsabilidad civil y/o societaria.

c) En cambio, tendrá cabida en el artículo 252 del CP la conducta del *administrador que con mal uso de una facultad de naturaleza patrimonial, dolosamente vulnera la diligencia que le era exigible causando un perjuicio patrimonial al patrimonio administrado*. La subsunción es posible en cuanto la amplitud de la fórmula legal empleada para describir la conducta típica permite acogerla sin incidir en analogía prohibida aun cuando si bien existen en nuestro sistema punitivo tipos dolosos de estructura imprudente (piénsese en el delito de conducción bajo la influencia de sustancias tóxicas del artículo 379 CP) estos se hallan normalmente tipificados de forma específica.

Por otro lado, la fidelidad del administrador en la gestión y representación del patrimonio a la que hacíamos referencia, exige que además de ser diligente se comporte con lealtad en el ejercicio de su función. Este deber de lealtad se define en el artículo 227 de la LSC en el sentido de que *«los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad»*, definición legal en la que destacan dos puntos: a) Que deberá actuar con fidelidad a la sociedad como titular del patrimonio que administra, en las relaciones o actuaciones que en nombre de esta establezca con o frente a terceros; y b) Que deberá evitar cualquier tipo de conflicto de intereses. También un detenido análisis de lo que supone el deber de lealtad en relación al ejercicio de las facultades patrimoniales del administrador puede ayudar, creo, a una exacta delimitación de las conductas de deslealtad.

La LSC recoge en su artículo 228, como imperativas y por tanto de carácter no dispositivo (con excepción de la dispensa regulada en el artículo 230 LSC), las

⁸³ HERNANDO CEBRIA, L. ob. cit. pág. 90.

siguientes manifestaciones/exigencias del deber de lealtad que califica de básicas: «a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos por los que le han sido concedidas; b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el ejercicio de su cargo, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera; c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos y decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto...; d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal o criterio, con libertad de juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de tercero; e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad».

Y detalla con precisión los supuestos de evitación de conflicto de intereses en el artículo 229 en el siguiente sentido: «En particular el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo anterior obliga al administrador a abstenerse de: a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio. De la utilización financiera y de los resultados de la entidad; b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas; c) Hacer uso de los activos sociales. Incluida la información confidencial de la compañía con fines privados; d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad; e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo, asociadas a su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía; f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen, una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier modo le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad».

Señala HERNANDO CEBRIA⁸⁴ que «los deberes del administrador (societario) pivotan sobre dos ejes: el deber general de diligencia y el deber de lealtad. Ambos deben ser comprendidos desde una relación de complementariedad por la distinta función a la que teleológicamente están destinados. Por lo tanto esta summa divisio encuentra su fundamento en las propias características de la actuación de los administradores en el plano societario y empresarial como delimitación del campo de juego en el cual depurar la conducta exigible» vertebrada, según venimos exponiendo, alrededor de un eje nuclear: la fidelidad.

Desde este punto de vista «el deber general de diligencia comprende desde el marco de las facultades de gestión como el estrictamente organizativo-societario o

⁸⁴ «Presupuesto del deber de lealtad: art. 227.1» en «Régimen de deberes...» ob. cit. pág. 142 y ss.

empresarial. Ad extra, a partir del concepto de “representante leal”, la lealtad se expresa, en mayor medida, en el ámbito de la representación de la sociedad y de las conductas del administrador o en su particular posición respecto de terceros que pueda de cualquier modo colidir con la función representativa».

Así las cosas, manifestada ya mi posición respecto de los supuestos en los cuales la infracción dolosa del deber de diligencia puede cumplir el tipo del artículo 252 CP y el no encaje en el mismo de la conducta del apartado e) del artículo 229 LSC, la *infracción dolosa del deber de lealtad (de las obligaciones enumeradas en el citado artículo 229 LSC)* que cristalizaran en el no cumplimiento de las obligaciones específicamente impuestas en sus diversos apartados, será susceptible de integrar la conducta típica cuando halle causa en el ejercicio concreto de facultades patrimoniales por parte del administrador con la precisión siguiente: cuando me refiero a facultades de naturaleza patrimonial estoy aludiendo no a un concepto abstracto de «*naturaleza patrimonial*» sino a *ejercicio de facultades que por su naturaleza sean objetivamente idóneas en el caso concreto para incidir positiva o negativamente en el patrimonio*, condición que, en principio, puede concurrir en las descritas (prohibiéndolas) en el artículo 229 LSC, *a las que podrán sumarse ulteriores facultades derivadas de los estatutos o del título que confiere el carácter de administrador al sujeto que asume los deberes que constituyen su presupuesto.*

3.3.5. El exceso en el ejercicio de las facultades

Como hemos visto, el actual artículo 252 CP, a diferencia del anterior artículo 295 CP, para nada fija la conducta típica en realizar actos de disposición de los bienes o contraer obligaciones, sino que utiliza la amplísima fórmula de infringir el administrador las facultades que le fueron conferidas, realidad legal que nos ha obligado a intentar dotar de contenido penal a la misma. Pero es que, además, para que la conducta sea típica no basta «*la infracción de las facultades*» sino que debe serlo «*excediéndose en el ejercicio de las mismas*», expresión cuyo sentido normativo no es unívoco.

Pues bien, de ninguna manera, acudiendo a los criterios por los que debe regirse el llamado a interpretar y aplicar la ley, puede sostenerse jurídicamente que el artículo 252CP tipifica exclusivamente los actos patrimonialmente lesivos al patrimonio causados por el administrador disponiendo de los bienes o contrayendo obligaciones al excederse en el ejercicio de sus facultades. De igual forma que tampoco lo es que, cuando de administrar dinero se trate, solo sean subsumibles en el precepto los usos no dominicales del mismo y no su apropiación definitiva como insiste en afirmar la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Más allá de lo hasta aquí razonado, no creo factible salida interpretativa alguna que no sea remitir al intérprete a dotar de contenido preciso al tipo a través de sus resoluciones, señalando, a través del recurso al caso concreto, cuales facultades patrimoniales cuyo exceso en su ejercicio quebrantando el deber de salva-

guarda, causa un perjuicio patrimonial, constituyen delito de administración desleal y cuales deben quedar extramuros de la normativa penal.

A pesar de ello aún dos cuestiones, controvertidas doctrinalmente, deberán ser tenidas en cuenta: el significado a proporcionar al *exceso en el ejercicio* de las facultades y, por consiguiente, la posibilidad (o no) de realización del tipo en comisión por omisión.

Respecto de la primera estoy de acuerdo con la opinión de CASTRO MORENO⁸⁵ conforme a la cual la amplitud de *la conducta típica permite la subsunción en el tipo del artículo 252 CP tanto de conductas de apropiación definitiva de bienes administrados como conductas desleales no apropiatorias de mero uso o utilización, los denominados usos ilícitos no dominicales*. A ello apunta el hecho de que el legislador ha eliminado de la apropiación indebida el negocio de la administración, sin que desvirtúe esta tesis el hecho de que conserve en la nueva redacción (artículo 253 CP) *el dinero* como objeto posible de apropiación, extremo que integra una de las razones en las que descansa, aún hoy, la distinción jurisprudencial entre exceso intensivo (administración desleal) y exceso extensivo (apropiación indebida) defendida también por BACIGALUPO que, calificando el delito del artículo 252 CP como tipo de abuso, reitera que los usos dominicales por parte del administrador hallan todavía encaje en la apropiación indebida del actual artículo 253 CP.

Y aunque sobre este punto volveré en el último epígrafe del trabajo, resulta interesante adelantar que el hecho de que «el administrador reciba facultades de disposición sobre el dinero no significa que el dinero pase a formar parte de su patrimonio personal ni que haya adquirido su propiedad, a no ser que además de recibir dichas facultades reciba parte o la totalidad del dinero de modo que ingrese en su patrimonio»⁸⁶, por ejemplo, mediante un préstamo mutuo o tal y como vimos sucede en los supuestos del Trust anglosajón y del cuenta partícipe. No entiendo discutible, de una parte, que el negocio de la administración no constituya un título de transmisión del dominio y de otra, que la condición de administrador le otorga «un poder jurídico» sobre los bienes (también sobre el dinero) de los que puede disponer a los fines del negocio y siempre en el marco del deber de salvaguarda patrimonial que ha asumido.

Como bien indica este autor, la generosa vaguedad con que el legislador ha configurado la conducta del artículo 252 CP (el exceso en el ejercicio de las facultades de administración) no debe entenderse en aquel sentido sino que «el término exceso debe referirse a cualquier infracción del empleo de las facultades de administración, ya sea de los límites internos, ya externos. *De ahí que la enorme amplitud típica, al consistir el nuevo delito en una simple infracción del deber de lealtad en el uso (mal uso) de las facultades de administración causante de un perjui-*

⁸⁵ Ob. cit. pág. 10.

⁸⁶ Ob. cit. pág. 6.

cio» permite la inclusión no solo de las facultades dispositivas o de contracción de obligaciones, sino también otras de distinta naturaleza.

Como decíamos, la mayoría de la doctrina, interpretando la expresión *excediéndose en el ejercicio de las mismas* (las facultades patrimoniales) en un sentido de actuar positivo del administrador, niega la posibilidad de la realización del tipo en comisión por omisión, aun reconociendo que estamos ante un delito de infracción de deber, de resultado y la innegable posición de garante del administrador en relación al patrimonio (asumida o encomendada por la autoridad o emanada de la ley), negativa que anudan normalmente a su calificación como tipo de abuso.

En este sentido CASTRO MORENO⁸⁷ expresa que *«la aplicación del tipo requiere del exceso en el ejercicio de las facultades, y no de una mera infracción de deberes de administración. Aun cuando pudiera entenderse que el ejercicio de las facultades se refiere al desempeño de las mismas y que este desempeño puede ser activo u omisivo, lo cierto es que el precepto tipifica el exceso en el ejercicio, no el defecto en el mismo, que es lo que sucede en los casos de omisiones dolosas y perjudiciales de las facultades de administración»*.

No lo entiendo así. Administrar un patrimonio es gestionarlo para lo cual el administrador deberá gozar de autonomía, entre otros, para disponer del mismo y para contraer obligaciones con terceros como *alter ego* («en lugar de») del titular, siempre a los fines establecidos y en esencia de no dañarlo, conservarlo (no menoscabarlo) y, en su caso, incrementarlo. Es precisamente esta condición de «alter ego» que implica actuar como si fuera el dueño sin serlo lo que legitima actuaciones como el enajenar, gravar o donar que la doctrina civilista considera actos de estricto dominio.

Y ello es así porque la disponibilidad con plena autonomía, es una facultad/condición inherente a una correcta y eficaz gestión del patrimonio, integrando, a su vez, el presupuesto necesario para concluir negocios jurídicos y actuar con y frente a terceros (facultad de representación). Igualmente, incluso semánticamente, una facultad se ejerce siempre tanto si el ejercicio se traduce en un hacer (contraer una obligación, gravar un bien) como en un no hacer debiéndolo hacer (no reclamar un crédito vencido); por lo tanto, excederse en su ejercicio es equivalente a usarla indebidamente, abusar de la misma, lo que tendrá lugar tanto cuando dolosamente la ejerza empleando a fines propios capital perteneciente al patrimonio que administra, menoscabándolo y causando por tanto un perjuicio económico al titular, como cuando dolosamente en el ejercicio indebido o abuso de su facultad de disponer, omite la acción que le era debida dejando de reclamar un

⁸⁷ Ob. cit. pág. 11. Igualmente SEGRELLES DE ARENAZA, ob. cit. págs. 8/9 *«la configuración del delito de administración desleal que ha plasmado el Código Penal en 2015 no admite la comisión por omisión porque es contrario al principio de legalidad y, más específicamente al principio de taxatividad»*.

crédito vencido o una indemnización a favor del administrado causando de nuevo un perjuicio. El administrador infringe el deber de salvaguarda patrimonial tanto en un caso como en el otro.

Y de la admisión de la posibilidad de realización del tipo en comisión por omisión surge la necesidad de determinar con la mayor precisión posible hasta donde pueden y deben hallar respuesta penal las omisiones del administrador (no actuar debiendo hacerlo, es decir, haciendo lo contrario a lo ordenado por la norma) infractoras del deber de salvaguarda patrimonial.

Aunque ciertamente la restricción del ámbito de lo punible es factible *ex post* en el marco del perjuicio (resultado), que debe ser objetivamente atribuible a la omisión (equivalente según el sentido del tipo a su realización positiva) según las reglas de la imputación objetiva, parece conveniente marcar en lo posible ya en el ámbito de la conducta cuáles de ellas deben quedar al margen del tipo del artículo 252 CP aun siendo vulneradoras del deber de salvaguarda patrimonial. *Desde mi punto de vista únicamente* ostentarán relevancia penal el no ejercicio (debiendo haberlo hecho) por parte del administrador de las facultades de naturaleza patrimonial que debió haber ejercido causando de este modo un perjuicio al patrimonio que se habría evitado de haberlo hecho.

En consonancia con lo dicho, no puedo más que estar de acuerdo con los siguientes ejemplos propuestos por PASTOR MUÑOZ/COCA VILA⁸⁸: *«no ejercitar un derecho de crédito en tiempo y forma, no presentar en el plazo previsto la documentación necesaria para cobrar una indemnización de la compañía de seguros a la que se tiene derecho, no aceptar la oferta de un contrato lucrativo...»*; mayor dificultad ofrece, a mi juicio, la exigencia de responsabilidad penal al *«administrador que omite medidas debidas de vigilancia de las personas a las que ha delegado determinadas tareas, así, por ejemplo, si deja de controlar a sus ejecutivos y permite que estos celebren negocios desastrosos y empleen a la empresa para sus intereses particulares»*, porque, en todo caso debería tratarse de delegación de facultades de naturaleza patrimonial y, a lo sumo, al administrador le alcanzaría solo el deber de control del buen uso de aquellas, resultando difícil construir un supuesto en el que no por imprudencia sino dolosamente el administrador deje de controlar conociendo que su omisión del control causará un perjuicio patrimonial.

Y, desde luego, no coincido con estos autores (que también dudan de ello pero parecen inclinarse en sentido positivo) en dotar de relevancia penal vía artículo 252 CP a aquellos casos en los que el administrador no actúa para poner fin a una situación perjudicial para la empresa cuyos efectos negativos van a proyectarse en el futuro..., *«como sería el supuesto en el que la sociedad tiene un empleado que trabaja de forma negligente y afecta negativamente a los intereses de la socie-*

⁸⁸ En ob. cit. pág. 123.

dad si el administrador no lo despide, pudiendo hacerlo...»; y no lo hago por una parte, ya que si bien toda la estructura, funcionamiento y organización de una empresa o sociedad tiene un componente patrimonial, pues es con el fin de obtener beneficios que actúa en el mercado y el administrador ocupa un lugar de suma importancia y goza por ello de amplias facultades, a efectos del tipo penal objeto de estudio que pueda despedir a un trabajador (o no, pues normalmente es ocupación del jefe de recursos humanos) no es una facultad de naturaleza patrimonial en el sentido que he venido defendiendo y por otra, porque «colocar a la empresa en una situación perjudicial» (trabaja mal, luego rinde menos) no equivale al perjuicio típico que además debe ser cierto o por lo menos previsible sin que a ello equivalgan «unos efectos negativos a proyectarse en el futuro».

En definitiva, mi propuesta interpretativa en orden a la conducta típica del artículo 252 CP puede sintetizarse del siguiente modo: cumple el tipo del delito de administración desleal «*el administrador que en el ejercicio de facultades que le otorga su condición y que sean objetivamente idóneas para incidir en el patrimonio, dolosamente las use de modo indebido, bien mediante una acción positiva o bien omitiendo una actuación a la que venía obligado, infringiendo de este modo el deber de fidelidad y cause con ello un perjuicio económico a su titular*».

Así configurada la conducta prohibida, el tipo objetivo halla una ulterior restricción posible en la exigencia de que el resultado (el perjuicio patrimonial) sea objetivamente atribuible a la conducta conforme a las reglas de la imputación objetiva.

3.4. *El perjuicio patrimonial como resultado típico*

El perjuicio constituye el resultado típico de un delito que se estructura como un tipo de resultado y de lesión que debe ser naturalmente de naturaleza patrimonial o económica y como bien señala CASTRO MORENO⁸⁹ la remisión penológica al artículo 249 CP lo es *ad integrum*, esto es, a los criterios de determinación de la pena referidos en dicho precepto (importe de lo defraudado, quebranto económico causado al perjudicado, etc.) y al artículo 250 CP cuya mera lectura evidencia la dificultad —cuanto no imposibilidad— de aplicación al delito de administración desleal muchos de los supuestos agravados que contempla.

El perjuicio patrimonial, en palabras de PASTOR MUÑOZ y COCA VILA⁹⁰, debe hallar causa en un comportamiento típicamente relevante, es decir, idóneo para generarlo y este debe concurrir como resultado del delito.

La norma prohíbe precisamente causar al patrimonio un perjuicio objetivamente imputable al uso indebido por parte del administrador, en su ejercicio, de las facultades patrimoniales que le han sido otorgadas. No parece entonces jurídi-

⁸⁹ En «*Malversación, administración desleal y apropiación indebida*» ob. cit. pág. 27.

⁹⁰ Ob. cit. pág. 153 y ss.

co penalmente temerario mantener que la teoría de la imputación objetiva (nexo causal conforme a la teoría de la equivalencia de causas más relación de riesgo) puede constituir un eficaz criterio limitador de la responsabilidad penal del administrador por el tipo del artículo 252 CP; la limitación será mucho más rigurosa si partimos de la tesis sostenida por MIR PUIG en relación a los elementos que deben conformar la misma⁹¹.

Para este autor *«la teoría de la imputación objetiva debe extender su alcance más allá del problema del nexo que debe concurrir entre la conducta y el resultado en los delitos de resultado»* en cuanto *«la imputación objetiva depende de la finalidad de la norma correspondiente al tipo de que se trate. Si el resultado se puede imputar objetivamente a una conducta es, entonces, porque esta realiza la parte objetiva del tipo»*.

Hasta aquí la clásica conceptualización de la teoría de la imputación objetiva. Ahora bien —sigue diciendo—, *«para que una conducta realice la parte objetiva del tipo en los tipos de autoría»* (como el que es aquí objeto de análisis)..., requiere algo más que la creación del riesgo típico realizado en el resultado..., el tipo de autoría *«requiere, además, que el hecho pueda imputarse al sujeto como suyo»*. Consecuentemente, *la completa realización de la parte objetiva del tipo de autoría en los delitos que exigen la producción de un resultado supone, tres elementos: 1) la realización de causalidad; 2) una determinada relación de riesgo que cristalice en el resultado; y 3) la relación de autoría*.

La pregunta que surge a continuación es la siguiente: ¿Cuándo cabrá hablar de que, cumplidos los dos primeros elementos, se cumple dicha relación de autoría que permitirá exigir responsabilidad penal por el artículo 252 CP al administrador como autor de un delito de administración desleal?

La respuesta nos la ofrece el mismo autor: de entre todos los sujetos que intervienen en un hecho, el delito solo pertenecerá como autor a *«aquel o aquellos que, reuniendo las condiciones personales requeridas en el tipo (esto es importante en los delitos especiales) aparezcan como protagonistas del mismo, como sujetos principales de su realización»*. *«La ejecución material del hecho o su control efectivo pueden ser un criterio que permita afirmar dicho protagonismo (autoría directa o autoría mediata con dominio efectivo del hecho) pero ello no siempre será así»*...

«La autoría..., supone una relación de pertenencia», pertenencia que, en primer lugar, *«corresponde al ejecutor material individual al que puede imputarse el delito cuando es el único causante del hecho porque no existe posibilidad de atribuirle a otro dicha pertenencia...»* y también *«al autor mediato que utiliza a un instrumento bajo su total control»*. Este criterio que, según su tesis que comparto, es aplicable igualmente en supuestos de delitos especiales en los que la generalidad

⁹¹ *«Derecho Penal. Parte General, 10ª edición actualizada y revisada»* Repperton, Barcelona 2015 pág. 263.

de la doctrina niega la posibilidad de autoría mediata por quien no reúna la cualificación legal pero sí si es el *intra-neus* quien se sirve de un *extra-neus* como instrumento *incluso en el supuesto de instrumento doloso no cualificado*, esto es, cuando el instrumento actúa con plena libertad, porque la pertenencia del delito solo es predicable del sujeto causante del mismo al que puede y debe imputársele el delito, no solo su realización fáctica, como suyo, porque ningún otro sujeto se halla en mejor situación para disputárselo.

La exigencia de esta relación de autoría para entender cumplidos los elementos que otorgan virtualidad a la imputación objetiva de un resultado (el perjuicio, en este caso) a la conducta típica del administrador causante del mismo, resultará útil para negarla también —y por tanto su responsabilidad penal— en supuestos similares a los que en sede omisiva planteaban VERA RIVERA y PASTOR MUÑOZ/COCA VILA⁹² (estos últimos acudiendo al dolo eventual en algunos de los ejemplos propuestos) tales como, no llevar un control sobre los gastos superfluos o excesivos que subordinados o miembros del consejo pudieran hacer con el uso de tarjetas de crédito, no despedir a un empleado que no realiza todo el trabajo que le sería exigible de acuerdo a su retribución o hacerlo deficientemente (ya citado en páginas anteriores), no impedir mediante su voto un acuerdo lesivo para la sociedad o no impugnarlo pudiendo hacerlo y entre otros, omitir deberes de vigilancia sobre sus ejecutivos y permitir por tanto que estos empleen a la empresa a sus fines particulares. La atribución de la autoría del delito de administración desleal al administrador se sustenta en partir de la base de que el deber de diligencia vinculado a la gestión le obliga a la prevención y control de riesgos por regir, por lo menos en el ámbito societario, el «principio de desconfianza»; ahora bien, entiendo que la infracción del cuidado debido, la negligencia, en su función de control de riesgos de lesión patrimonial no es suficiente para imputarle penalmente como autor (atribuírsela como suya) la lesión al patrimonio causada por la conducta de otro u otros, vía delito de administración desleal, sin perjuicio de la responsabilidad civil o societaria en que pueda haber incurrido.

Hechas las anteriores consideraciones, ninguna duda cabe que constituirá perjuicio típico el daño emergente o menoscabo del patrimonio administrado que, atendida nuestra posición en relación al negocio de la administración y sus fines, del concepto de patrimonio y del contenido y alcance proporcionado a las facultades del administrador, integrará no solo la disminución o menoscabo material del mismo sino también la no aportación material de elementos o activos patrimoniales formal y jurídicamente pertenecientes a dicho patrimonio, como lo sería la no reclamación de un crédito a favor del administrado o no ejercitar una

⁹² Obs. cit. págs. 351 y ss. y 123 y ss. respectivamente.

acción de responsabilidad que daría lugar a una indemnización a favor del titular del patrimonio.

Este perjuicio será directo al contrario que el lucro cesante que, tal como indica GILI PASCUAL⁹³, constituirá un perjuicio indirecto perfectamente subsumible ahora en la figura del artículo 252 CP mientras que no se entendía posible en la anterior regulación de la administración desleal en cuanto el artículo 295 CP exigía la causación directa del perjuicio por lo que solo podía hallar acomodo en la responsabilidad civil. La redacción del artículo 252 CP —sigue el autor— permite que afirmar que «*hay perjuicio siempre que se disponga de un patrimonio de forma contraria al deber*», hay que entender patrimonial. Desde otra perspectiva interpretativa, podría sostenerse, sin embargo, que también en la anterior regulación el lucro cesante tenía cabida en el «*perjuicio económicamente evaluable*»: si considerásemos que la expresión «*causando directamente un perjuicio...*» era el reflejo de la exigencia de la imputación objetiva del resultado/perjuicio a la conducta desleal, tanto más cuanto que el precepto citaba expresamente al cuenta partícipe cuyo único posible perjuicio se limita al lucro cesante.

La problemática se desvanece con la actual redacción típica que, sin ulteriores elucubraciones, permite sostener que perjudicar económicamente el patrimonio administrado, no es solo menoscabarlo sino gestionarlo y/o representarlo (relación con terceros) deslealmente, lo que incluye también privarle de una ganancia/rendimiento plausible. Y así, en la expresión realizar actos de disposición no puede dejar de incluirse el no concluir un negocio que objetivamente hubiera reportado beneficios, esto es hubiera incrementado o aumentado el patrimonio. En efecto, ejerce sus facultades el administrador que concluye un negocio jurídico pero lo hace igualmente quien dolosamente se abstiene de hacerlo (dispone no hacerlo) sabiendo que resultaría provechoso, contraviniendo su obligación de incrementarlo y causando un perjuicio patrimonial. Y así debe ser, porque resulta innegable que el abuso de las facultades no se agota en las de disposición entendidas estas en un sentido exclusivamente de actuación positiva (contraer obligaciones o disponer material o jurídicamente de los bienes que integran el patrimonio) sino en privar al titular del mismo, en cuya posición se encuentra el administrador, de una ganancia que sabía segura y cierta o prácticamente cierta.

Las posiciones doctrinales que niegan o discuten tal posibilidad parten, como bien pone de relieve VERA RIVERA, M. C.⁹⁴ de «*vincular el cálculo del resultado de lesión o perjuicio patrimonial a una cuestión eminentemente contable desde el valor que integra el patrimonio antes de la realización del comportamiento*», «*desconectada de los diversos fundamentos de las teorías del patrimonio*» (económico, mixto o personal). El punto de partida debe ser otro.

⁹³ Ob. cit. pág. 775.

⁹⁴ «*El delito de administración desleal; criterios de política criminal...*» ob. cit. pág. 366 y ss.

Efectivamente, lo esencial será la constatación de que de la conducta del administrador deriva un menoscabo/daño (figuradamente entendido este último), en el sentido de frustración de las expectativas objetivas de conservación y aumento (ganancias/beneficios) del patrimonio, que dan legitimidad a las facultades que para ello se le otorgan y generan a su vez el deber de ejercerlas con diligencia y lealtad. Siguiendo a la antes citada autora⁹⁵, en el ámbito económico «*lo importante no es solo lo que reflejen los números contablemente sino el valor económico de una transacción*», de manera que si la conducta del administrador se traduce en la no adquisición de unas acciones que darían lugar a una mayoría, de un inmueble que facilitaría la producción del objeto de un negocio del titular o de una marca determinada que supondría una ganancia para el titular del patrimonio administrado (el incremento del mismo), se está causando un perjuicio penalmente relevante a efectos del tipo del artículo 252 del actual CP, suscitándose exclusivamente una cuestión de naturaleza procesal: la prueba de la imputación objetiva de la ganancia dejada de percibir a la conducta desleal del administrador.

Otra cosa sucede en relación a los denominados negocios de riesgo, respecto de los cuales existe práctica unanimidad en entender que deben quedar al margen del ámbito de prohibición penal dado que lo contrario supondría, en múltiples ocasiones, el estrangulamiento del tráfico jurídico económico. En este sentido parece plausible que el fracaso de un negocio de riesgo no puede en sí mismo considerarse perjuicio a efectos del delito de administración desleal, resultando esclarecedoras al respecto las palabras de GILI PASCUAL⁹⁶: «*nunca puede situarse una decisión de gestión empresarial que rebase los business judgment rule en el punto de mira del reproche penal*».

Ahora bien, creo que la afirmación es en parte precipitada. Es cierto que la obtención de ganancias en el tráfico económico requiere a veces acudir a los denominados negocios de riesgo, posibilidad que por lo general (y salvo indicación en contrario) forma parte de la discrecionalidad empresarial, esto es, de la autonomía de decisión del administrador, al que se ha encomendado la gestión del patrimonio físico o social; sin embargo, señala NIETO, A.⁹⁷ «*una de las funciones del delito de administración desleal es la sanción de operaciones de riesgo o altamente especulativas*» precisamente porque su frustración es susceptible de causar un daño/perjuicio al patrimonio administrado.

Partiendo de lo expuesto y admitiendo que, en principio, los negocios de riesgo fallidos causantes de perjuicio deben quedar fuera de cualquier responsabilidad o sanción siempre que el administrador actúe en el marco de sus facultades y cumpliendo los deberes de diligencia y lealtad que su cargo conlleva, pueden distinguirse tres supuestos:

⁹⁵ Ob. cit. pág. 367.

⁹⁶ Ob. cit. pág. 776 y ss.

⁹⁷ Ob. cit. pág. 798.

a) Si esta gestión empresarial —ex post fallida— del administrador, fue tomada con las precauciones debidas en orden a la valoración del binomio riesgo/ganancia posible, la conducta, aun siendo de riesgo se mantuvo en el marco del riesgo permitido, esto es, fue diligente, el perjuicio constituirá una consecuencia posible y asumida de operar como sujeto activo en el tráfico jurídico mercantil.

b) Si, por el contrario y siempre en el marco del riesgo permitido, existió negligencia, precipitación o falta de información y valoración por parte del administrador y la conclusión del negocio de riesgo causó un perjuicio, aquel podrá incurrir en las responsabilidades previstas en la normativa jurídico civil o societaria.

c) Y finalmente, si el administrador concluyó un negocio patrimonial altamente especulativo conociendo las posibilidades objetivas de su fracaso y, consecuentemente, yendo más allá del riesgo permitido y con ello causó un perjuicio al patrimonio administrado, actuó deslealmente y su conducta le es atribuible a título de dolo eventual⁹⁸.

4. *El tipo subjetivo*

El tipo subjetivo está integrado exclusivamente por el dolo, incluido como hemos visto, el dolo eventual.

La doctrina ha puesto de relieve la ausencia de cualquier otro motivo de la acción en el artículo 252 CP, a diferencia de lo que sucedía en el anterior artículo 295 CP que regulaba la administración desleal societaria y, concretamente, la ausencia de la exigencia, antes prevista, de que la conducta desleal lo fuera «*en beneficio propio o de tercero*» (lucro) que dotaba a la figura de la naturaleza de delito de enriquecimiento.

La no exigencia de un elemento subjetivo del injusto en el sentido indicado, apoya la tesis formulada por CASTRO⁹⁹, conforme a la cual el tipo se configura como un «*delito patrimonial de daño*», «*siendo dogmáticamente difícil alejarlo de los daños con abuso de confianza castigados con pena de multa*», realidad que, como mínimo, resulta jurídicamente exótica. Como exótico es que el legislador penal prescindiera en el delito de administración desleal, de toda mención a un propósito de enriquecimiento propio o ajeno que el legislador societario da por supuesto que concurre en los casos de infracción del deber de lealtad del artículo 229 de la LSC al abarcar la responsabilidad del administrador desleal la devolución del enriquecimiento obtenido. Y es que escapa de la lógica de lo razonable que debe presumirse de los actos humanos, del administrador medio para ser más precisos, que este vulnere su deber de fidelidad y especialmente las obligaciones impuestas en evitación de conflicto de intereses, persiguiendo, aceptando como inevitable o

⁹⁸ NIETO MARTÍN, A., ob. cit. pág. 798.

⁹⁹ Ob. cit. pág. 771.

conociendo con una probabilidad rayana casi en la seguridad, la causación de un perjuicio al patrimonio administrado, por venganza, maldad o puro divertimento que, a lo sumo, serían siempre motivaciones excepcionales ajenas a cualquier valoración penal.

Tiene pues razón GILI PASCUAL¹⁰⁰, cuando sobre esta ausencia señala que es perturbador el hecho de que el legislador haya prescindido de las finalidades subjetivas que sí contemplaba el anterior artículo 295 CP que permitían configurar con mayor precisión el tipo, habida cuenta que una de las funciones del delito de administración desleal se concretaba (y se concreta) en sancionar operaciones de riesgo altamente especulativas llevadas a cabo por el administrador, supuestos en los que el dolo aparece normalmente como dolo eventual, lo cual es cierto.

Sin embargo y como he manifestado en páginas anteriores, por un lado, creo posible la sanción en los términos expuestos aun en ausencia de cualquier elemento subjetivo añadido; por otro lado, no puedo estar de acuerdo con su propuesta de recomendar «*en orden a la necesaria restricción del ámbito típico*» que sean los Tribunales quienes lleven a cabo dicha limitación por vía interpretativa puesto que crear *extra legem* una supuesta finalidad lucrativa, supondría ir más allá del ámbito típico e infringir el principio de legalidad, al margen de que hacerlo así, por lo menos en el ámbito societario, en algunas ocasiones podría «*situarla por encima del listón que establece la legislación mercantil para la protección de la discrecionalidad empresarial* (art. 226 LSC)».

IV. ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y APROPIACIÓN INDEBIDA:

DE NUEVO UN INTENTO FALLIDO DE ZANJAR LEGISLATIVAMENTE EL PROBLEMA DE DELIMITACIÓN ENTRE AMBAS FIGURAS

Una de las razones —tal vez la de mayor importancia— de la creación del nuevo delito de administración desleal así como de su reubicación sistemática, era marcar legislativamente los límites entre esta figura y el delito de apropiación indebida poniendo, definitivamente fin a una doctrina jurisprudencial que había generado no pocas críticas doctrinales para lo cual —se dijo— era inevitable reformar también la apropiación indebida que tuvo lugar en los términos expuestos.

Esta modificación, indica la Exposición de Motivos, debía comportar las siguientes consecuencias:

a) «*Quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las*

¹⁰⁰ Ob. cit. pág. 76, citando a NIETO MARTÍN, A. en «*Administración desleal*», en «*Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Código Penal de 2012*», ALVAREZ GARCIA, F.J. (coordinador), 2013, pág. 798.

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».

b) Por tanto, *«esta conducta que pasa a formar parte del ámbito de la administración desleal queda ya fuera del ámbito de la apropiación indebida que se regula en sección diferente»* y cuya materia de prohibición, por lo que al tipo básico se refiere, abarca la conducta de *«quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla».*

1. Posición doctrinal y tesis que se propone

Pero como hemos venido poniendo de manifiesto a lo largo del trabajo, la revisión del tipo tradicional de la apropiación indebida se concretó exclusivamente en la supresión del término *«distraer»* y de uno de los títulos de recepción de la cosa o efectos, *«la administración»* (que se sustituyó por la custodia), en lógica concordancia con la finalidad de que las conductas del administrador, hasta entonces subsumidas por la jurisprudencia en una de las modalidades de apropiación indebida, pasaran a integrar, junto a otras, la materia de prohibición de la administración desleal, dejando sin embargo *«el dinero»* como cosa susceptible de apropiación en sentido estricto; esta decisión que, como apuntó inmediatamente la doctrina penal, posibilita diversas interpretaciones, desdibuja los motivos que según el legislador fundamentaron la reforma por necesarios.

En el ámbito doctrinal, unos autores sostienen que el nuevo delito de administración societaria engloba también la apropiación indebida del administrador, otros dudan y finalmente, aquellos que defendieron que en la antigua redacción del delito de la apropiación indebida y que, como modalidad de la misma, se subsumía la administración desleal del dinero, mantienen que su tesis sigue siendo sostenible tras la reforma.

Entre estos últimos, BACIGALUPO ZAPATER¹⁰¹, el verdadero *«padre»* de aquella tesis jurisprudencial, es rotundo cuando afirma que el legislador *«ha tenido el grave error de mantener como objeto de la apropiación indebida al dinero recibido, que por ser un bien fungible no es susceptible de apropiación como cosa ajena»*, creyendo ingenuamente que *«al suprimir la administración entre los títulos de la recepción del dinero había resuelto el problema de la recepción del dinero que venía siendo discutido desde la STS 224/1998 del caso Argentia Trust, es decir, el de la existencia en el art. 252 de un tipo de administración desleal junto al de apropiación indebida en sentido estricto»*;

¹⁰¹ En *«La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal»*, ob. cit. págs. 6 a 8.

«tipo de administración desleal que no ha desaparecido pues el nuevo artículo 253 mantiene junto a la apropiación de cosas muebles, la distracción del dinero, aunque llamándola erróneamente apropiación» precisamente porque mantiene la fórmula abierta de *«cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos»* que permite seguir subsumiendo la distracción del dinero en el contexto de la apropiación indebida con lo que *«la problemática originada por dos tipos de administración desleal, por tanto seguirá siendo la misma, aunque atenuada considerablemente por la identidad de las consecuencias jurídicas»*.

Otro sector doctrinal¹⁰² se inclina por considerar que no es solo la voluntad manifestada en la Exposición de Motivos de crear un nuevo delito de administración desleal sino la gran amplitud con la que el legislador ha configurado la conducta típica, lo que conduce a concluir que en el tipo del actual artículo 252 CP son subsumibles tanto las conductas de apropiación definitiva de los bienes administrados como las conductas no apropiatorias (los antes llamados «usos no dominicales») con las que se causa dolosamente un perjuicio patrimonial.

En este punto, partiendo del hecho de que la administración es un delito patrimonial y la apropiación indebida es un delito contra la propiedad, es especialmente interesante la cuestión planteada por PASTOR MUÑOZ/COCA VILA¹⁰³ (Nota ob. cit. pág. 253) en los supuestos en los que el administrador se apropia de bienes pertenecientes al titular del patrimonio y la apropiación no es fruto del mero aprovechamiento de acceso fáctico al bien (tomar del domicilio del administrado un valioso jarrón) sino que *«se produce como forma del ejercicio de las facultades del administrador (transferir fondos de la sociedad a fondos propios)»* ..., entonces, *«se plantea un verdadero problema concursal»* entre la administración desleal y la apropiación indebida cuya *«solución es compleja puesto que el artículo 252 CP es más específico en cuanto al deber del autor y el artículo 253 más específico en lo referente al objeto de la agresión y la conducta (la propiedad mediante un acto de apropiación)»*. A entender de estos autores, solamente el delito de administración desleal *«absorbe todo el injusto propio de la conducta del administrador puesto que solo este delito recoge la infracción del deber de velar por los intereses administrados cosa que no hace el artículo 253 ...»* sin que sea relevante la objeción de que el artículo 252 CP no absorbe el injusto de la agresión contra la propiedad, habida cuenta que cuando se habla de protección de la propiedad referida a la apropiación indebida, se está hablando de protección del derecho de propiedad *«en cuanto portador de un valor patrimonial y dicha dimensión patrimonial es absorbida por el art. 252 CP»*, por lo que este último precepto es suficiente para abarcar todo el injusto del autor/administrador.

¹⁰² CASTRO MORENO, A., *«Malversación, administración desleal y apropiación indebida...»*, pág. 9 y ss.

¹⁰³ Ob. cit. pág. 253.

La solución propuesta coincide con mi posición expuesta en páginas anteriores al analizar la conducta típica del nuevo delito de administración desleal: el tipo penal que la configura penalmente abarca también la conducta del administrador consistente en apropiarse definitivamente de los bienes, elementos y dinero sobre los cuales en virtud del título posee un poder jurídico que le permite, operar y disponer de ellos a los fines propios del negocio. El administrador en virtud del título *se coloca*, como he dicho, *en relación al patrimonio en la posición del titular del dominio, pero no adquiere la propiedad que sigue perteneciendo al administrado que ostenta contra el administrador y contra cualquier tenedor, la acción reivindicatoria*¹⁰⁴.

Tal conclusión nada tiene que ver con la supresión del marco de la apropiación indebida del término «*distraer*» cuya equivocada y extensiva interpretación ya denuncié en su día y del término «*administración*» puesto que ni alcanza al administrador el deber de «*entregar o devolver*» los bienes muebles que administra ni la administración es título jurídicamente idóneo para transmitir el dominio, por lo que si, haciendo mal uso de las facultades patrimoniales de disposición de los bienes (y bien es el dinero) cuya titularidad dominical sigue siendo del sujeto cuyo patrimonio administra, los incorpora a su esfera patrimonial, infringe el deber de lealtad que es presupuesto de ese poder jurídico.

Recibir dinero en administración no es equivalente a recibir un préstamo dinerario ni, desde luego, gozar solo de un «*poder fáctico*» sobre el mismo como sucede en los ejemplos propuestos por la doctrina: mandatario con o sin custodia, comisionista, cajero o recadero. Estos últimos, en caso de apropiarse de los bienes o dinero que tenían que «*entregar o devolver*» atacan la propiedad quebrantando la *fiducia* inherente al título y cometen el delito de apropiación indebida (o hurto con abuso de confianza en el caso del cajero) mientras que si el administrador lleva a cabo la misma conducta respecto de los bienes o dinero recibidos para administrarlos, ataca el patrimonio (al que menoscaba) y quebranta el deber de lealtad (*fidelitas*).

Desde mi postura, no existe posibilidad de punto de encuentro alguno entre la administración desleal y la apropiación indebida más allá de que ambas figuras se insertan bajo la rúbrica común «De las defraudaciones» y en el Título dedicado a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico; siquiera en el bien jurídico protegido que en una es el patrimonio como unidad jurídico-económica y en la otra, la propiedad de las cosas muebles. Su estructura típica es asimismo distinta en cuanto la administración indebida es un delito de apropiación de cosa mueble ajena cuya única diferencia respecto del hurto es que el autor tiene ya en su poder fáctico o material y temporalmente la cosa, con la obligación de entre-

¹⁰⁴ Como también señalan dichos autores pág. 253 en nota quienes entienden que el *animus rem sibi habendi* que se exige en el artículo 253 CP constituye un elemento subjetivo del injusto o plus al dolo abocan la solución a un concurso ideal de delitos entre el 253 y el 252 CP.

garla (a tercero) o devolverla a su dueño, mientras que la administración desleal es un delito que se caracteriza por un ataque al patrimonio (menoscabándolo o no incrementándolo) llevado a cabo por quien (el administrador) ha asumido el deber de salvaguardarlo, otorgándosele para ello un poder jurídico sobre el mismo que colocándolo en la posición del titular abarca un haz diverso de facultades de gestión y de representación. De igual manera, el dinero es susceptible de apropiación porque no toda entrega del mismo implica la transmisión del dominio y, desde luego, no la entrega de dinero en depósito, comisión, custodia o títulos de naturaleza semejante ni en administración.

Aun cuando así pudiera interpretarse la nueva regulación legal, esta sigue siendo paradigma de una labor legislativa más que discutible y presenta ulteriores disfunciones que no pueden dejar de ser señaladas.

En primer lugar, la mayoría de la doctrina considera que, a pesar de ello, las deficiencias de la nueva regulación de ambas figuras resultan poco trascendentes porque se anuda a su comisión pena de idéntica gravedad (de seis meses a tres años de prisión); sin embargo, desde una perspectiva que vaya más allá de la mayor o menor gravedad de la infracción a efectos del concurso de leyes del artículo 8,4° CP y del concurso de delitos de los apartados 2 y 3 del artículo 77 del CP, reviste mayor gravedad el delito de apropiación indebida por castigar los actos preparatorios en el artículo 269 CP, es decir, por el adelantamiento de la protección penal al lejano peligro de lesión del bien jurídico que suponen los actos preparatorios.

En segundo lugar, la realidad social de la dimensión del negocio de la administración en la actualidad, incluso cuando del patrimonio de una persona física se tratare, pone en evidencia la irreflexión legislativa que implica la articulación de un delito leve de administración desleal, es decir, de un menoscabo patrimonial inferior a 400 euros a cuya comisión se asocia una pena de uno a tres meses de prisión (que no se cumplirá) cuando, en la que califica de profunda reforma, no se toma en consideración la necesidad de regulación penal de los necesarios delitos financieros y bancarios, auténtica lacra económico social de nuestro tiempo en nuestro país. Y en mayor medida cuando en el artículo 963.1.1ª, b) configura el delito leve de administración desleal como delito prácticamente público mientras que delitos objetivamente más graves como los tipificados en los artículos 290, 291 y 292 CP se sujetan siempre a la cuestión de procedibilidad de denuncia previa del ofendido o su representante legal.

Finalmente la administración desleal se incluye entre las infracciones patrimoniales que se benefician de la excusa absolutoria o causa personal del levantamiento de pena si se llevan a cabo entre los parientes enumerados en el artículo 268 CP, excusa de la que no se podía beneficiar el administrador societario cuya conducta hubiere sido subsumible en el derogado artículo 295 CP. Entonces, si uno de los motivos de la reforma era la protección del patrimonio de la persona

física frente a los posibles ataques del administrador, ¿para qué habrá servido la reforma en los casos más que frecuentes en los que aquel sea uno de los parientes descritos en el precepto?

2. *¿Hacia una nueva jurisprudencia? El desencanto*

Especialmente significativa fue la prontitud con la que la Sala Segunda del Tribunal Supremo se aprestó a pronunciarse respecto a la naturaleza y las distintas esferas de protección típica de las dos nuevas figuras, formulando unos iniciales criterios interpretativos que, en puridad, debieran ser entendidos como «*obiter dicta*» en cuanto se contienen en resoluciones resolutorias de recursos de casación contra sentencias dictadas bajo la vigencia de la legislación anterior; pronunciamientos que apuntaban a una línea difícilmente compatible con aquellas confesadas razones del legislador y que desafortunadamente se han consolidado.

Si bien en las SSTs de 10 de noviembre de 2015 y de 26 de enero de 2016 se apuntaba ya la posición de la Sala Segunda («*el legislador ha zanjado la cuestión al mantener específicamente el dinero como objeto de apropiación indebida en el nuevo 253*»), se señala como pionera la STS n.º 163/2016 de 2 de marzo (Ponente, Excmo. Sr. Conde Pumpido Turón) que parte literalmente de la Exposición de Motivos —que transcribe— para señalar críticamente:

«Algún sector doctrinal, que siempre ha mantenido una posición contraria a la apropiación del dinero, calificándola en todo caso como un supuesto inserto en el tipo de apropiación indebida, pretende ahora enmendar la plana al legislador y sostener que, pese a la mención expresa del dinero en el artículo 253 CP, la apropiación de dinero por su naturaleza fungible no puede sancionarse como apropiación indebida (diga lo que diga el legislador) sino que debe calificarse en todo caso como administración desleal, sea cual sea el título por el que se haya recibido y sea cual sea la naturaleza de la acción realizada sobre el mismo (excederse en las facultades de administración o hacerlo propio). Otros sectores mantienen que la mención del dinero en el artículo 253 solo puede referirse a los supuestos en los que el dinero se ha entregado como cosa cierta (identificando la numeración de los billetes y especificando que la devolución debe realizarse sobre los mismos billetes entregados» y que este no es el criterio de la Sala, sino el sostenido desde hace ya más de veinticinco años partiendo de la interpretación del artículo 535 del Código Penal de 1973 por el que se juzgaron hechos cometidos antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

Realizada la crítica a la doctrina penal, sigue manifestando:

«La reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal, la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de

aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de administración desleal)...», lo que, según hemos expuesto, no es cierto o, por lo menos, no existe, ni en la Exposición de Motivos ni en la redacción de los nuevos tipos delictivos, dato alguno para sustentar tal contundente afirmación que prescinde tanto de la «*mens legislatoris*» (vid. supra «*diga lo que diga, el legislador*») como la «*mens legis*», la cual, por cierto, no es merecedora de análisis o comentario alguno a pesar del cambio sustancial de la descripción típica de los nuevos artículos 252 y 253 CP.

Y concluye: «*En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el artículo 252 recoge el tipo de delito de administración desleal del art. 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras; y la apropiación indebida en los supuestos en los que el perjuicio al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de los bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el artículo 252 y ahora en el 253*».

Esta interpretación que perpetúa, como línea distintiva entre ambos injustos, los denominados *exceso intensivo* (dentro del título) y *exceso extensivo* (más allá del título) es de inmediato acogida por el Alto Tribunal en las sentencias que la siguen (SST n° de 30 de marzo de 2016, de 2 de junio de 2016, de 13 de julio de 2016, de 26 de julio de 2016 entre otras) poniendo de relieve la STS n° 414/2016 de 17 de mayo que cuando se alcanzaba el jurisprudencialmente denominado «*punto de no retorno*» donde de manera definitiva los bienes salen del patrimonio de la víctima, «*la conducta será subsumible en el nuevo artículo 253 CP, esto es, constituye una apropiación indebida*». Este «*punto de no retorno*», frontera entre administración desleal y apropiación indebida, es procesalmente idóneo para generar confusión en la aplicación de una u otra figura atendidas las facultades de disposición inherentes a la administración. ¿Cómo, en qué casos y en qué momento podrá el intérprete afirmar que los bienes que el administrador, excediéndose en sus facultades, ha destinado a un fin distinto (administración desleal) han pasado a formar parte de su esfera patrimonial (apropiación indebida)?

La consideración del dinero como bien fungible, cuya entrega, a diferencia de otros bienes muebles que forman parte del patrimonio, conlleva siempre la transmisión del dominio y que dio lugar a la criticada —y criticable— creación jurisprudencial del entonces inexistente tipo de administración desleal, planea como una sombra sobre la interpretación del ámbito de protección típica de las nuevas figuras penales; e igualmente persiste, tozudamente, la distinción entre *exceso intensivo* o usos no dominicales del dinero administrado por parte del administrador y *exceso extensivo* o apropiación definitiva del mismo como criterio delimitador entre administración desleal y apropiación indebida.

Y sin embargo, como hemos venido sosteniendo, siempre se ha tratado de una controversia/cuestión artificialmente creada bajo el anterior código penal con

olvido (o «*ignorancia deliberada*» por utilizar una expresión penal en boga) de que, como atinadamente señala SEGRELLES ARENAZA, I.¹⁰⁵, «*del hecho que el administrador reciba facultades de disposición sobre el dinero (como dice la Exposición de Motivos) no cabe extraer que el dinero pase a formar parte de su patrimonio personal ni que haya adquirido su propiedad*», porque una cosa es hallarse en una posición jurídica que posibilita a una persona a actuar sobre el patrimonio administrado como si fuera el dueño (inclusive sobre el dinero), y otra es ser el dueño (del dinero). A partir de ahí, la diferenciación entre exceso intensivo o exceso extensivo en el ejercicio de sus facultades por parte del administrador, como criterio delimitador entre administración desleal y apropiación indebida, carecía —y carece ahora en mayor medida— de sentido jurídico.

Lo expuesto en el párrafo anterior constituiría una perogrullada jurídica si la consideración contraria no hubiera hecho correr inútilmente ríos de tinta y —lo que me parece más preocupante— no hubiera dado lugar a un número indeterminado de condenas por apropiación indebida a administradores que habían hecho un uso no dominical de bienes, aplicándolos a un fin distinto sin que los hubieran integrado en su esfera patrimonial.

Finalmente, quiero dejar constancia de que quien firma este trabajo, haciendo gala de ingenuidad jurídica, a la vista del importante acervo doctrinal que la reforma de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida ha generado sin que pueda hablarse aún de consenso, esperaba que, tras las primeras sentencias de los años 2015 y 2016, la Sala Segunda del Tribunal Supremo habría ido profundizando y matizando la inicial interpretación de dos tipos penales que tanta controversia habían planteado, especialmente por la importancia práctica actual del delito de administración desleal perceptible por la mera lectura de la prensa.

No ha sido así, por lo menos hasta finales del año 2020 que supone el límite de las sentencias consultadas para la elaboración del trabajo. Podría pensarse que todavía no se ha conformado una doctrina jurisprudencial consistente, cohesionada y que haya tenido en cuenta, aunque fuera para refutarlas con fundamento, la intención manifestada por el legislador en la Exposición de Motivos de la reforma y la profunda modificación de la materia de prohibición de ambos delitos, por no haber tenido ocasión de pronunciarse sobre casos concretos cometidos tras la entrada en vigor de la misma, pero me temo que no es este el motivo.

La razón de mi temor viene determinada por lo siguiente: todas las sentencias dictadas por la Sala Segunda hasta la actualidad en sede de administración desleal/apropiación indebida, coinciden en los siguientes puntos: 1º) Todas ellas, tras señalar que se trata de un supuesto de hecho anterior a la reforma, se pronun-

¹⁰⁵ Ob. cit. pág. 4.

cian extensamente sobre qué ha supuesto aquella en relación a la anterior doctrina de la Sala Segunda y lo hacen en el mismo sentido: «*como muy bien explica la sentencia n.º 163 de 2 de marzo de 2016*»; 2º) Todas ellas en los Fundamentos Jurídicos acuden a dicha sentencia que transcriben casi literalmente de manera que el Ponente, Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido ha sentado jurisprudencia¹⁰⁶ como en su día lo hiciera el Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater con la sentencia del caso Argentia Trust de 26 de febrero de 1998 de cuyo Tribunal formó parte.

El desencanto —que no es sólo de hoy— surge por las consecuencias que comportan para aquellos sobre los cuales va a recaer la ley penal (los justiciables) y por el hecho de que, ante la profunda reforma de una figura penal muy importante en el marco de los delitos económicos (la administración desleal), el Tribunal, llamado por ley a ser el faro jurídico de los órganos judiciales penales inferiores, no se haya

¹⁰⁶ Valgan por todas las SSTs de 20 de mayo de 2020 Ponente Ferrer García y de 10 de junio de 2020, Ponente Sr. Marchena Gómez:

«La sugerente controversia doctrinal suscitada por la defensa ya ha obtenido respuesta en numerosos precedentes de esta Sala. Las SSTs 700/2016 de 9 de septiembre y 163/2016 de 2 de marzo compendian el actual estado de la jurisprudencia, a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015, 30 de marzo, al tiempo que rechazan aquellas opciones interpretativas que, no sólo se apartan del criterio jurisprudencial proclamado reiteradamente por esta Sala, sino que alentarían espacios de impunidad como consecuencia de un malentendido criterio de subsunción».

A lo allí razonado hemos de remitirnos. Basta ahora recordar que ..., *«la reforma excluye del ámbito de la apropiación indebida la administración desleal por distracción del dinero, pero mantiene en el ámbito de la apropiación indebida, la apropiación de dinero en los supuestos de que el acusado se apropiare para sí o para otros el dinero que hubiere recibido en depósito, comisión o custodia, o que le hubiere sido confiado en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o negare haberlos recibido».*

«Algún sector doctrinal que siempre ha mantenido una posición contraria a la apropiación indebida de dinero, calificándola en todo caso como un supuesto de administración desleal indebidamente inserto en el tipo de apropiación indebida, pretende ahora enmendar la plana al Legislador y sostener que pese a la mención expresa del dinero en el art. 253 CP, la apropiación de dinero por su naturaleza fungible no puede sancionarse como delito de apropiación indebida (diga lo que diga el Legislador) sino que debe calificarse en todo caso como administración desleal, sea cual sea el título por el que se haya recibido y sea cual sea la naturaleza de la acción realizada sobre el mismo (excederse en las facultades de administración o hacerlo propio)...» Este no es el criterio seguido por esta Sala en una ya abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015 que *«sigue manteniendo con efectos retroactivos (nota, es de entender para los hechos acaecidos bajo la vigencia del 295), la tipicidad de la apropiación indebida del dinero».*

«En realidad la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular, pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal). En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art. 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art. 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art. 252 y ahora en el 253».

detenido a analizar los elementos esenciales que la conforman (*«infringir las facultades excediéndose en su ejercicio»*), tan distintos a los que conformaban la/s figura/s en que sustentaron su anterior posición interpretativa, aunque cuando fuere solo para reconducirlos a su tradicional posición, y en mayor medida, cuando la doctrina penal se ha volcado en su estudio desde la fase de Anteproyectos y Proyecto.

Tal modo de actuar, es exponente del divorcio existente en nuestro país entre la doctrina penal, que tal vez no se ocupa lo suficiente de seguir la necesaria evolución de las resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su función de *«creación/renovación»* constante del Derecho vigente, y la jurisprudencia penal que, con suficiencia (*«algún sector doctrinal... pretende ahora enmendar la plana al legislador...»* en la citada STS 163/16), simplemente la ignora. Dos mundos aparte que no debieran serlo.

CONTESTACIÓ

per

ENCARNA ROCA TRIAS

*Acadèmica de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*

M^a José Magaldi Paternostro ha estat des que va acabar la seva carrera universitària, un referent en l'àmbit del Dret penal a Catalunya. Va acabar la llicenciatura en Dret l'any 1970 i és Doctora en aquesta matèria des de 1975. Des de la finalització de la carrera va estar col·laborant com a professora a la Facultat de Dret sota el mestratge de l'enyorat Octavio Pérez Vitoria i de Joan Córdoba Roda, ambdós acadèmics en aquesta Acadèmia i va obtenir per oposició nacional en 1978 la plaça de professor adjunt. Però per aquelles coses de la vida, la M^a José va decidir dedicar-se a la judicatura i va accedir pel quart torn, una «oposició» camuflada que ha permès exercir aquesta funció fonamental en qualsevol societat ben organitzada, persones ben preparades professionalment que, per les raons que siguin, cadascú les seves, no han pogut fer les oposicions habituals. Va ser jutge, doncs, pel quart torn en 1992 i després va accedir com a Magistrada a l'Audiència Provincial de Barcelona, on va servir en la Secció segona fins l'any de la seva jubilació, 2020.

Recordo que un company meu al TS, l'ara President de la Sala 1^a, Francisco Marín Castan, em va dir un dia que les oposicions, en qualsevol dels seus aspectes, són el sistema més democràtic per accedir a la funció pública i el menys discriminatori. I a la vista està, que en els darrers anys, un alt nombre de dones han obtingut places en sectors importants, com ara la mateixa judicatura. Però deixem aquest tema que ara no toca, però l'he volgut treure ara i aquí perquè és el cas de la Dra. Magaldi.

Compartim la M^a José i jo alguns aspectes en les nostres respectives carreres: hem fet carrera universitària, hem accedit a la judicatura, però això és només professió. Jo crec que tenim a més, un orgull d'haver fet la nostra feina d'una forma rigorosa i escrupolosa. Hem servit a l'Estat amb lleialtat, en els llocs on ens ha tocat treballar, ja sigui a la Universitat o a la Judicatura, tenint sempre present el justiciable. Ella ha tingut més ocasions que no pas jo, perquè la seva magnífica carrera com a Magistrada de l'Audiència Provincial de Barcelona, a la Secció 2^a,

ha durat molts més anys i la doctrina expressada en les sentències de les que ha estat ponent ha estat acceptada moltes vegades, per la Sala 2^a del TS, perquè sempre ha fonamentat les seves decisions en la interpretació correcta i adequada de la norma jurídica. En definitiva, ha aplicat el dret, sense influències de cap tipus que allunyïn la justícia de la decisió.

Per aquestes raons agraeixo de tot cor que l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya a la que m'honor en pertànyer, m'hagi designat com a la seva representant per contestar el discurs presentat per M^a José Magaldi, acadèmica electa, per complir el tràmit estatutari de ser rebuda com a acadèmica de número en aquesta Corporació. Haig de dir que el tema que presenta avui M^a José Magaldi no pertany ni de bon tros a la part del Dret a la que m'he dedicat tota la vida. I no em sap greu reconèixer que la contestació hauria d'haver-la realitzat l'acadèmic Dr. Joan Córdoba Roda, per la seva competència en aquests aspectes i per la seva condició de mestre de l'actual recipiendària. La mort del Dr. Córdoba ha impedit que això pogués ser així. Lamentant aquest fet, em complau molt poder substituir l'estimat mestre i amic Joan Córdoba en una tasca que li esqueia molt més que a mi. Us demano que sabeu perdonar les meves mancances, però creieu que he acceptat aquesta designació amb agraïment i respecte per l'Acadèmia i amistat amb la recipiendària.

1. OBJECTE DEL DISCURS

La Dra. Magaldi ens ha presentat, per forçar la nostra discussió dins de les tasques acadèmiques, un discurs, llargament pensat i elaborat, sobre «El delito de administración desleal en el sistema penal español: pasado y presente». Començar amb una cita de l'intel·ligent Oscar Wilde demostra la cultura de M^a José, en les seves lectures, més enllà de les jurídiques. Aquestes són obligades i se suposa que les fem habitualment o les hauríem de fer, però les altres... Hi ha qui pensa que són una pèrdua de temps, però només cal fixar-se en el que diu Wilde: *quan tinc converses amb mi mateix algun cop penso que soc molt intel·ligent perquè no entenc ni una paraula del que estic dient*. Això és molt habitual entre els juristes. El discurs, però, no cau en aquest defecte, perquè explica de forma molt clara, en primer lloc, la introducció del delictes d'administració deslleial en el sistema penal espanyol, les interpretacions del Tribunal Suprem i les conseqüències fins a la reforma operada per la LO 1/2015, de 30 de març. Assenyala que fins aquesta data, la jurisprudència va configurar el delictes sobre uns fonaments jurídics «cuando menos discutibles». Segons Magaldi, «la jurisprudencia creó de la nada legal un tipo de administración desleal genérico que el legislador, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos de nuestra área de cultura no reguló hasta el año 1995». Acaba dient que les raons de la fonamentada crítica a l'anterior regulació i la fe-

blesa dogmàtica en aquell moment, fonamentada únicament en la decisió polític-criminal d'emplenar un buit legal de punició, van comportar la confusió entre l'apropiació indeguda i l'administració deslleial societària, un cop el legislador va crear aquest delictes en la reforma de 1995.

La citada LO 1/2015 va redactar de nou l'art. 252 CP, introduint algunes modificacions, que segons l'exposició de motius de la llei, obeïen a la necessitat de regular un delictes d'administració deslleial modern que abastés tots els casos «dolosa gestión desleal causante de perjuicio». Es va incloure també l'administració deslleial del patrimoni d'una persona física, atorgada per llei o negoci jurídic, a més d'altres modificacions dels delictes d'apropiació indeguda. Penso que la millor descripció que es pot fer és la que conté el mateix discurs, a partir de la qual presentaré les meves reflexions en nom de l'Acadèmia:

«Coincido con el citado autor [Bacigalupo Zapater], en que *el núcleo del injusto de la figura está conformado por la infracción de los deberes que le alcanzan y que lleva a cabo excediéndose en el ejercicio de sus facultades* y causa un perjuicio patrimonial al patrimonio administrado o era objetivamente idóneo para causarlo. La conducta típica (del administrador) descrita en el artículo 252 CP se concreta, en consecuencia, en excederse en el uso de las facultades que le han sido conferidas a los fines del negocio (y que precisamente por ello deben serlo *de naturaleza patrimonial*) infringiendo así el o los deberes que por su especial posición en relación con el patrimonio administrado debe cumplir».

2. EL DRET PENAL ECONÒMIC

L'autora és una coneguda especialista en Dret penal econòmic i per aquesta raó ens ha proposat aquesta temàtica. La discussió sobre la necessitat o no de crear o de treballar un aspecte del dret penal, relatiu a delictes que tinguin a veure amb la legitimitat d'aquest aspecte segueix essent motiu de reflexió, sobretot en relació als anomenats delictes «de coll blanc» o de «guant blanc», fonamentalment, delictes contra el patrimoni de les persones, físiques o jurídiques, entre els que estaria inclòs el delictes de l'administració deslleial¹⁰⁷, en tant que produeix un perjudici en el patrimoni administrat. Darrerament KUBICIEL, des d'Alemanya, assenyalava que el dret penal econòmic resulta imprescindible en una societat com l'europea i que en realitat no hi ha delictes prescindibles, perquè si es vol reparar o impedir un problema econòmic que té conseqüències socials potencialment perjudicials, el legislador disposa d'un ampli ventall de possibilitats normatives, que inclouen el dret penal; ara bé, segueix dient l'autor, «se considera que los

¹⁰⁷ Michael KUBICIEL. «Derecho penal económico indispensable, delitos prescindibles». Diario La Ley.

medios especialmente intrusivos solo deben utilizarse como “último recurso; es decir, empleándose de forma especialmente moderada”¹⁰⁸, perquè, en definitiva, «el derecho penal también debe garantizar la estabilidad del marco normativo económico»¹⁰⁹. Fins aquí la justificació.

He portat aquí aquesta cita i més en relació a la veritable especialitat de la recipiendària, perquè certament, els problemes que es plantegen en la regulació del tipus penal fan referència a la intersecció i a més, col·lisió, amb normes de dret privat, civil i mercantil bàsicament, en les quals cal fonamentar el tipus descrit en l'article 252 CP, en la redacció actual, posterior a la reforma de 2015. L'article 252 CP estableix el que segueix:

«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».

La lectura que d'aquest tipus portarà a qualsevol persona no especialment experta en dret penal a pensar que ens trobem davant d'una absoluta penalització de l'administració deslleial, sigui en l'àmbit mercantil, l'administrador de societats que comet delictes econòmics que el beneficien i perjudiquen la societat, sigui en l'àmbit civil, com pot passar en els contractes especialment destinats a l'administració, com el mandat, o les obligacions legals imposades a progenitors, en relació als béns dels menors que estan subjectes a la potestat dels pares, dels discapacitats als que s'ha imposat una administració externa, etc. I a més cal precisar que aquesta remissió es fa a les normes de dret privat en tots aquells casos en què tinguin facultats per administrar «emanadas de la ley», de manera que també s'inclouen aquí les normes civils autonòmiques que atribueixen, per llei, facultats d'administrar un patrimoni aliè.

D'aquesta manera i per determinar la naturalesa i l'extensió dels deures de l'administrador, cal configurar la conducta típica, tal com exposa la recipiendària, «[...] ante una *figura penal que se caracteriza por colocar al administrador en una posición de garantía penal en relación al patrimonio que está llamado a gestionar*; y es, precisamente para llevar a cabo su función, que se le otorga un *poder jurídico* sobre el mismo *que se despliega el haz de facultades que debe ejercer con respeto a los deberes de diligencia y lealtad y de conformidad con los fines establecidos*». Aquí entrem en un dels problemes que aquesta relació planteja des del punt de vista del dret privat: l'administració deslleial no consisteix en

¹⁰⁸ KUBICIEL, cit. p. 7, con cita de Kaspar.

¹⁰⁹ KUBICIEL, cit. p. 8.

l'incompliment dels deures inherents al càrrec que atorga l'administració del patrimoni aliè, sinó solament davant de la infracció del deure de salvaguardar el patrimoni administrat. La qual cosa ens portarà a diverses conseqüències: i) que poden coexistir diferents tipus de reclamacions, com veurem, penals i civils quan els deures s'hagin incomplert i a més, s'hagi produït una agressió al patrimoni administrat; ii) per tant, solament es pot cometre aquest delictes quan ha tingut lloc un perjudici patrimonial per mal exercici de les facultats que li atorguen a l'administrador la llei, els acords en el negoci jurídic de constitució de l'administració o en altres casos previstos a l'art. 252 CP, i iii) el que està sancionant el Codi Penal és, per tant, el resultat conseqüència de l'administració tal com s'ha dut a terme; no està sancionant exactament que l'administració hagi sigut deslleial, sinó que aquesta deslleialtat hagi aconseguit produir un perjudici econòmic en el patrimoni administrat al seu càrrec. Hipotèticament, podria haver-hi una deslleialtat que no produís aquest resultat i llavors, la conducta deslleial, però no perjudicial, no seria objecte de penalització, d'acord amb el que estableix l'art. 252 CP.

3. L'ADMINISTRACIÓ: NEGOCI JURÍDIC I ADMINISTRACIÓ LEGAL

No deixa de sorprendre que el nostre sistema jurídic encara sigui tributari d'expressions, com *negoci jurídic*, institució inexistent en el nostre Codi civil i que s'arrossega i fins i tot apareix a les lleis, com en la modificació del Codi Penal de 2015, per una pura influència acadèmica periclitada i perquè es considera que és més fàcil la referència al «negoci jurídic», que a contracte, testament, etc., etc. Deixem-ho córrer, però en el fons és això.

Alguns autors defineixen els «negocis jurídic» d'administració com aquells que tenen com a objecte la conservació, el gaudi i la millora del patrimoni sobre el qual s'exerceix, sense comprometre l'existència del patrimoni o d'una part considerable del mateix. Ara bé, l'atribució de facultats del tipus descrit pot tenir diversos orígens, com el mateix article 252 CP admet: legal, voluntària o judicial. Partint de la idea expressada en l'anterior apartat, crec que és important fer una breu referència a les diferents fonts que atribueixen per poders per administrar.

1. *Negocis jurídic d'administració*. Ja m'he pronunciat sobre la utilització de l'expressió «negoci jurídic». En principi, cal aplicar les normes generals d'incompliment, contingudes en els arts. 1101-1104 CC, que ajuden a determinar quin és l'estàndard de conducta de l'obligat a administrar. En realitat, inclou diversos tipus de contractes que inclouen per definició aquestes facultats i que de forma molt esquemàtica, són:

—*El contracte de mandat*, en les seves modalitats de mandat i les especialitats mercantils¹¹⁰. En l'art. 1719 CC s'estableix el nivell estàndard d'actuació del mandatari, que haurà de comportar-se segons les instruccions del mandant i en cas de no haver-n'hi en general o en aquell cas concret, haurà de fer tot allò que segons la naturalesa del negoci faria un bon pare de família. A més i, com a conseqüència, l'art. 1726 CC declara responsable el mandatari no solament del dol, sinó també de la culpa, que es podrà moderar pels tribunals segons si el mandat és retribuït o no¹¹¹. En aquest mateix sentit, els contractes de comissió mercantil (art. 288 C. de C), la gestió de negocis aliens sense mandat (art. 1889 CC), que inclou l'obligació estàndard de l'actuació del gestor amb la diligència del bon pare de família i altres contractes basats en el deure genèric de fidelitat engendrat per la confiança¹¹².

—*L'administració dels béns hereditaris*. Des del marmessor, fins els administradors voluntaris i judicials poden concórrer en les successions diverses figures jurídiques que tenen atribuïda la facultat d'administrar els béns hereditaris, ja sigui perquè el testador ha imposat aquesta càrrega als seus hereus o legataris, ja sigui perquè ha nomenat un marmessor amb aquestes facultats (possible segons l'art. 902 CC), ja sigui perquè la llei preveu aquesta situació, p.e. en el cas de l'art. 1020 CC, que preveu l'administració establerta notarialment mentre dura la formació de l'inventari en l'acceptació a benefici d'inventari.

També hi ha figures d'aquest tipus en el Codi civil català, en els articles 426-28, on estableix que l'hereu fiduciari ha d'administrar «amb la diligència que cal esmerçar en els béns propis»; l'administració de l'herència beneficiària (art. 461-21 CCC) i el marmessor universal (art. 429-8 CCC).

—*L'administrador deslleial*. El cas que va donar lloc a la introducció del tipus delictiu consistent en l'administració deslleial és el de l'art. 236 de la Llei de societats de capital¹¹³, que refonia en un únic text les lleis especials de societats anònimes, societats limitades, entre d'altres. Diu la recipiendària que la «joia de la corona» de la introducció dels delictes societaris, fou en el seu moment, l'administració deslleial. L'article 262 LSC estableix:

«1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contra-

¹¹⁰ El tipus anglosaxó de l'agent, ve definit en els *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW. Sellier, 2009, p. 546, on es diu que un agent, «*is a person who is authorised to act for another*». En el contracte de mandat, article IV.D-3:103 se li imposa l'obligació d'actuar «*with the care and skill that the principal is entitled to expect under the circumstances*».

¹¹¹ DIEZ PICAZO. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. T. IV. *Las particulares relaciones obligatorias*. Civitas, 2010, p. 493.

¹¹² DIEZ PICAZO. cit. p. 530.

¹¹³ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1/con>

rios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa».

Per començar, cal dir, amb la generalitat de la doctrina mercantilista, que els administradors de la societat hi estan vinculats mitjançant els contractes de mandat, d'arrendament de serveis, o d'altres tipus, de manera que Alfaro aclareix que estan units amb la societat a través d'una relació contractual i una relació orgànica¹¹⁴. Resulta necessari, per tant, determinar quan els administradors incorren en responsabilitat d'acord amb l'article transcrit. Cal dir que en tot cas, la responsabilitat dels administradors socials correspon a la derivada de l'incompliment del contracte que els atorga les facultats per a administrar. Però l'article 236 LSC no permet atribuir responsabilitat als administradors en aquells casos en què les accions perjudicials hagin estat preses per la majoria dels socis. I això perquè l'article citat exigeix que hagi actuat amb dol o culpa. La responsabilitat es trasllada en aquest cas a la mateixa societat o al responsable de la decisió errònia, que ha estat executada per l'administrador. És cert que el desenvolupament d'aquest tema donaria per a un altre discurs. Deixem-ho aquí. Però cal tenir en compte aquesta problemàtica pel que després diré.

2. *L'administració atribuïda per la llei.* La llei, els Codis civils en general, atribueixen a aquelles persones que exerceixen funcions en benefici d'altres necessitats de protecció, l'obligació d'administrar-los els béns que tinguin. Així, començant per la pàtria potestat, pàtria potestat com a responsabilitat parental (art. 154.2 CC), o potestat parental (art. 236-1 CCC) s'inclou com a deure, «representar[los] y administrar sus bienes». L'art. 236-21 CCC, estableix: «1. Els progenitors que exerceixen la potestat han d'administrar els béns dels fills amb la diligència exigible a un bon administrador, segons la naturalesa i les característiques dels béns». No hi ha un efecte específic per a la manca de diligència en aquest tipus d'administració. S'hauran d'aplicar les regles generals, tenint en compte, però, les característiques que el Codi Penal estableix en relació amb els delictes econòmics entre pares i fills. Efectivament, l'art. 268 CP insereix la que es coneix com a «excusa absolutòria» de l'art. 268.1 CP, on s'estableix que:

«1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad».

¹¹⁴ ALFARO AGUILA-REAL. «Los administradores sociales: introducción». Almacén de derecho. Julio 10, 2018.

Aquesta excusa abasta tots els delictes recollits en els Capítols I-X del Títol XIII CP, entre els quals es troba l'administració deslleial. De manera que cal interpretar aquesta contradicció entre l'art. 268 CP i l'art. 252 CP, en el sentit que, malgrat que l'art. 268 CP inclou entre els casos d'administració deslleial la infracció de les facultats per administrar un patrimoni aliè, com és el del fill subjecte a la potestat parental, facultats que s'atribueixen per la llei, d'acord amb el que disposen els articles 154.2 CC i 236-1 CCC, serà d'aplicació la norma especial, art. 252 CP, sobre la general, art. 268 CP. En conseqüència, el fill afectat no podrà demandar per la via penal el progenitor administrador i haurà d'utilitzar els remeis civils generals.

No passa el mateix en el cas de les infraccions al deure d'actuació lleial en l'administració dels béns de persones discapacitades, segons la reforma del Codi civil i altres lleis concordants realitzada per L 8/2021, de 2 de juny. La nova regulació estableix dos sistemes de protecció:

a) *La tutela*, que es constitueix en relació als menors d'edat no emancipats que es trobin en situació de desemparament o que no estiguin sotmesos a la pàtria potestat (art. 199 CC). En aquest cas el tutor exerceix l'administració dels béns del tutelat¹¹⁵, que li correspon d'acord amb l'art. 228, 4 CC. Però en aquest supòsit, el Codi civil estableix una regla de responsabilitat molt clara, perquè l'art. 234.1 estableix que respondrà dels danys i perjudicis que el tutor hagi causat al menor «por su culpa o negligencia». Per tant, en aquest cas es podrà demanar també la responsabilitat del tutor per la via penal, en aplicació de l'art. 252 CP.

b) La modificació del Codi civil realitzada per la Llei 8/2021 no estableix un sistema de protecció únic per a les persones discapacitades que requereixin un recolzament o ajut. Crea diverses mesures possibles (art. 250 CC)¹¹⁶, sempre adaptades a la situació de cada persona discapacitada en concret i en casos «excepcionals», es poden autoritzar funcions de representació (art. 249.3 CC). S'aplica la mateixa regla de responsabilitat pels danys causats per culpa o negligència del curador que ja hem vist s'aplicava al tutor. L'art. 294.1 CC estableix que «el curador responderá de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona a la que prestó apoyo». Per tant, el perjudicat també podrà exercir l'acció penal de l'art. 252 CP.

c) A Catalunya s'ha modificat recentment la regulació de la protecció dels discapacitats. El Decret-Llei 10/2021, de 31 d'agost pel que s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procés de modificació judicial de la capacitat, decla-

¹¹⁵ Llevat que el menor en aquelles circumstàncies hagi estat afavorit a títol gratuït o en testament amb una atribució patrimonial i el disposant estableixi regles específiques per a l'administració d'aquests béns. Art. 205 CC.

¹¹⁶ Les que l'art. 250 CC anomena «medidas de apoyo», seran dutes a terme pels qui s'hagin establert de forma voluntària; la guarda de fet; la curatela i el defensor judicial.

ra extingida la institució de la tutela i dona pas a la figura de l'assistència. Ara bé, se segueix mantenint la norma de l'art. 222-40 CCC, on s'estableix la regla estàndard a la que s'han d'ajustar els càrrecs assistencials respecte a l'administració del patrimoni, cas que s'hagi constituït, que es fixa en «la diligència d'un bon administrador». A més, «responen dels danys causats per llur actuació». Aquests supòsits, doncs, estan inclosos en el delictes de l'art. 252 CP.

La conclusió on ens porta aquest ràpid i incomplet examen dels tipus d'administració que poden donar lloc a la conducta tipificada en l'art. 252 CP és que, excepte en l'administració derivada de l'exercici de la potestat parental per les seves especials característiques, en gairebé tots els casos l'ordenament jurídic permet una doble via per a la reparació dels danys. En alguns, s'exigeix que l'actuació de l'administrador s'hagi produït concorrent dol o culpa. De manera que la caiguda en l'àmbit penal del que ha estat fins ara qualificat com a un il·lícit civil crec que planteja més problemes que no pas ajuda a resoldre els que ja tenim. Per tant, el que Magaldi nomena «delito de administración desleal genérico» i la tendència a convertir en penal qualsevol infracció, incompliment, abús, etc., sense tenir en compte si té o no ja una via per a la resolució en el dret privat serveix per fer-nos pensar, però ens obliga a preguntar-nos si resulta d'utilitat en aquest complex món de les relacions entre institucions privades i el seu ingrés en la criminalitat. I això és tant més així quan existien ja altres figures jurídiques penals que podien acollir aquests tipus de delictes.

4. RESPONSABILITAT CIVIL DERIVADA DEL DELICTE: QUIN ÉS EL DANY?

Un dels efectes de la coincidència de l'il·lícit civil i el penal correspon a la responsabilitat civil a càrrec de la persona condemnada per haver comès un delictes tipificat en l'art. 252 CP. Voldria aturar-me un moment en la reflexió sobre aquesta qüestió.

S'han de posar de relleu algunes qüestions que deriven de la coneguda divisió entre la responsabilitat que s'origina pels danys ocasionats per la comissió del delictes de què es tracti. Aquí només m'interessa posar de relleu que la doble regulació de la responsabilitat per danys té el mateix tractament en el Codi civil i en el Codi penal i que com afirma Díez Picazo, no existeix una diferència substancial entre la responsabilitat civil extracontractual de caràcter general regulada en el Codi civil (arts. 1902 i ss) i la responsabilitat civil pels danys causats per fets que tinguin la consideració de delictes¹¹⁷. Sé que en aquest aspecte no estaré d'acord

¹¹⁷ DIEZ PICAZO, cit. T. V., *La responsabilidad civil extracontractual*, 2011, p. 244.

amb la recipiendària, però el dret està fet d'aquests desacords i de l'amistat per mantenir la distància sense caure en l'ofensa.

La dualitat de regulacions, que té un origen històric molt clar i es manté malgrat totes les advertències acadèmiques sobre la necessitat de la unificació de regulacions¹¹⁸, deixa de banda que el fonament de l'atribució de l'obligació de respondre es troba sempre en el dany causat¹¹⁹. Així s'estableix a l'art. 109 CP, de manera que qui ha dut a terme un fet que la llei considera delictiu, serà responsable dels danys causats a la víctima del dany, perquè el fonament de la responsabilitat no és el delictiu, sinó el dany. Fins aquí la doctrina general.

Ara bé, hi ha normes que plantegen seriosos problemes no tant pel que fa a la determinació dels danys, sinó respecte a quins danys han produït en realitat. Un exemple típic el trobem en els delictes d'impagament de pensions i aliments, regulat en l'art. 227 CP, on s'estableix que:

«1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.

2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas».

El supòsit de fet del delictiu i els danys a la víctima de l'impagament inclouen les pensions/aliments deixats de pagar, que constitueixen precisament el tipus delictiu. S'hi ha guanyat gaire? No s'exclouen altres danys, com quan s'ha hagut de demanar un crèdit, per exemple, però en realitat es tracta de forçar el compliment d'una obligació per la via penal.

He estudiat en la tercera part d'aquesta contestació precisament quins són els efectes que els il·lícits civils per administració deslleial s'estableixen en les lleis que els tipifiquen i això condueix a una reflexió que ja es fan alguns autors: no es tractarà de sancionar la mateixa conducta per dues vies diferents?¹²⁰. És cert que en la majoria dels casos estudiats, l'il·lícit penal és pràcticament idèntic al civil,

¹¹⁸ DIEZ PICAZO, cit. T. V., p. 243.

¹¹⁹ ROCA TRIAS, a Roca Trias, Navarro Michel. *Derecho de daños*. 8ª ed. València 2020, p. 69.

¹²⁰ GANDÍA. «¿Qué normas se aplican a la responsabilidad civil en que incurre el administrador de una sociedad de capital que comete un delito de administración desleal?» Almacén de derecho, Dic. 10, 2020. <https://almacenederecho.org/que-normas-se-aplican-a-la-responsabilidad-civil-en-la-que-incurre-el-administrador-de-una-sociedad-de-capital-que-comete-un-delito-de-administracion-desleal>.

fins i tot s'exigeix la concurrència de dol o culpa en alguns casos, com ja s'ha posat de relleu. És a dir, que perquè neixin les accions corresponents al perjudicat en l'administració deslleial per incompliment del contracte de mandat, l'art. 1726 CC exigirà que el mandatari hagi actuat amb dol o culpa i el mateix en relació a les accions per l'incompliment del deure d'administrar respecte dels discapacitats, segons l'art. 294 CC, que exigeix que els danys ocasionats pel curador seran indemnitzables quan hagi actuat amb culpa o negligència. Per tant, la raó de l'il·lícit civil és la mateixa que la penal. Aquesta coincidència, eliminaria la responsabilitat civil derivada dels danys produïts pel delicte?

Crec que la resposta ha de ser absolutament negativa, de la mateixa manera com ho és per al delicte de l'impagament de pensions i aliments. I per aquestes raons, penso que s'hauria d'arribar a les conclusions següents:

1^a. La condemna per la comissió d'alguns dels delictes d'administració deslleial tal com estan tipificats en l'art. 252 CP implica la responsabilitat pels danys causats amb aquest delicte, ja que no s'exceptuen en l'art. 109 CP, que és el que determina l'obligació de respondre segons els arts. 1089 i 1092 CC.

2^a. La doble via a què dona lloc la col·lisió de regulacions, de dret privat, civil i mercantil per una banda, i penal per l'altre, no exclou l'acció penal.

3^a. El perjudicat per aquest delicte podrà reservar-se la reclamació de la indemnització corresponent en la via civil, perquè les accions originades pels danys, contractuals o no, causats per l'administrador deslleial seguiran el que disposa l'art. 109.2 CP que estableix que el perjudicat podrà optar en tot cas, per exigir la responsabilitat en la via civil.

Més problemes planteja la determinació del dany. Cal partir de la base que en la via penal el tipus delictiu exigeix que l'incompliment de les obligacions d'administrar (que així s'ha d'entendre l'expressió «facultades») ha produït un dany en el patrimoni administrat. Aquest dany és l'objecte de l'obligació d'indemnitzar, però això no impedirà que en una acció civil independent per incompliment de contracte es pugui demanar la indemnització que correspongui segons les regles de l'incompliment de les obligacions, establertes als articles 1101-1104 CC.

5. REFLEXIÓ FINAL

M'agrada caminar pels boscos. He vist arbres de diferents famílies convivint: roures, alzines, pins, faigs, alzines sureres, cedres. Fins i tot he vist arbres centenaris, sequoies als jardins d'El Escorial, portats d'Amèrica: no tots els arbres són iguals. Però tots formen part del mateix bosc. En el bosc del sistema jurídic, hi ha moltes institucions que tenen finalitats semblants, en el cas que ens ocupa, la protecció dels titulars de béns, mobles i immobles, que per les seves circumstàncies personals, no es poden fer càrrec de la seva administració. O que prefereixen

els serveis de professionals perquè no poden o no saben administrar. O societats de capital que en ser persones jurídiques, necessiten de les persones físiques per gestionar el capital de què són titulars, igual que les associacions i les fundacions. Sempre es tracta del mateix: la gestió que inclou l'administració dels béns està basada en el principi de confiança i si aquest falla, haurem de buscar els remeis civils o penals que restableixin el que la deslleialtat ha fet trontollar. Si es legisla oblidant aquest principi, apareixen rareses com les que M^a José Magaldi ha posat de relleu en el seu discurs. Jo m'he limitat a confirmar, des d'un punt de vista complementari, el que ella ha estudiat amb la profunditat requerida en una acadèmica.

L'Acadèmia s'ha de sentir orgullosa de comptar entre els seus membres a tan excel·lent jurista, que sens cap dubte, ens ajudarà en els nostres debats. Benvinguda.

Madrid, agost 2021

DISCURS DE CLOENDA DE LA SESSIÓ D'APERTURA DEL CURS I DE LA SESSIÓ SOLEMNE DE DISCURS D'INGRÉS DE LA IL·LMA. SRA. M^a JOSÉ MAGALDI

per

FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES

President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Voldria en primer lloc agrair a tots els assistents l'honor que ens fan en acompanyar-nos en aquest acte per nosaltres tan important.

Inaugurem avui el curs 2021/2022.

Amb la lectura per part del Secretari Sr. Joaquín Tornos, hem pogut conèixer les principals activitats dutes a terme per l'Acadèmia durant el curs anterior, encara molt afectat per la crisi sanitària provocada per la Covid-19.

Confiem que en aquest curs, amb la millora de la situació sanitària, podrem desenvolupar totes les actuacions que teníem previstes.

Volem seguir treballant al servei de la societat. Tenim el propòsit de col·laborar més intensament en la reforma de la legislació, i hem de procurar que la nostra funció sigui més coneguda i reconeguda.

Vivim temps convulsos en els que s'han subvertit els valors, però els juristes no podem defugir de les nostres responsabilitats.

Cal treballar per que la societat entengui què és el dret i torni a creure que és necessari; i que sempre serà millor el dret que el no dret.

En definitiva, cal fomentar la cultura jurídica per recuperar el respecte pel dret.

Ja ho he dit altres cops, però crec important insistir-hi: la reflexió pròpia de l'activitat acadèmica és avui més necessària que mai.

Tenim idees, projectes i molta il·lusió i demanem la col·laboració de les Administracions i la implicació de la societat civil per tal de poder dur a terme la tasca que tenim encomanada.

En tot cas, comencem el curs de la millor manera possible, amb un discurs d'ingrés.

Avui és, per tant, per tots nosaltres un dia de festa, amb la recepció com a acadèmica de número de la Il·lma. Sra. María José Magaldi Paternostro que, d'aquesta forma, adquireix la plenitud de drets a la nostra Corporació.

La Dra. Magaldi és una penalista de reconegut prestigi, amb una trajectòria professional amb dues parts diferenciades. Primer, al llarg d'una vintena d'anys, professora de Dret penal amb dedicació exclusiva a la Universitat, i després, accedí a la judicatura pel quart torn i ha estat magistrada a l'Audiència Provincial de Barcelona, fins a la seva recent jubilació.

És, per tant, una jurista teòrica i pràctica. I com diu ella mateixa al seu treball: «... *del mismo modo que no hay práctica sin teoría, no hay teoría ni construcción conceptual alguna, sin asomarse al mundo de los hechos*».

La Dra. Magaldi, com a penalista teòrica i pràctica, ha de poder seguir desenvolupant l'activitat realitzada a l'Acadèmia pels seus dos mestres, ambdós acadèmics, els enyorats professors Octavio Pérez-Vitoria i Juan Córdoba Roda, que malauradament ja no hi són entre nosaltres.

Encapçala la Dra. Magaldi el text escrit del seu discurs amb una cita de l'escriptor irlandès Oscar Wilde.

En la contestació del discurs, la Dra. Encarna Roca assenyala que començar el treball amb una cita de l'esmentat escriptor demostra la cultura de la Dra. Magaldi, amb un bagatge de lectures literàries més enllà de les jurídiques.

Em permeto recordar el discurs d'ingrés, l'any 2010 «*Juris Prudentia del juez civil*» del nostre acadèmic honorari Dr. Ignacio Sancho Gargallo, en el qual va manifestar que la formació del jutge no pot ser exclusivament jurídica sinó que també ha de ser humanística i cultural. Per la tasca que desenvolupa, el jutge ha de ser un humanista que pugui comprendre la singularitat del cas concret, la qual cosa exigeix uns coneixements i experiència que la literatura pot ajudar a tenir.

Coincideixo plenament amb el Dr. Sancho Gargallo i amb la Dra. Roca en la importància de la cultura literària dels jutges i, afegeixo, de la resta dels operadors jurídics. No podem oblidar que el dret desplega els seus efectes influït pel conjunt de manifestacions intel·lectuals i culturals.

Sabem de les vinculacions entre el món jurídic i la literatura, que, entre d'altres, posa de manifest l'escriptor i professor triestí, Dr. Honoris Causa per la UB, Claudio Magris en el seu llibre «*Literatura y Derecho. Ante la ley*».

Conclou Magris el seu treball, tot dient: «*Los antiguos, que habían comprendido casi todo, sabían que puede existir poesía en el acto de legislar; no casualmente muchos mitos expresan que también los poetas fueron los primeros legisladores*».

La Dra. Magaldi ha fet un discurs magnífic sobre un tema d'indubtable interès: el delictes d'administració deslleial en el sistema penal espanyol: passat i present.

L'autora analitza amb rigor i en profunditat el tipus delictiu de l'administració deslleial. Fa palesa amb el seu discurs, la seva trajectòria de jurista teòrica (professora universitària) i pràctica (magistrada), la qual cosa li permet una anàlisi crítica molt fonamentada de l'esmentada figura delictiva, fins i tot de la seva ubi-

cació sistemàtica en el Codi Penal, però també del text i redacció de la norma, i especialment de la jurisprudència del Tribunal Suprem.

Com és ben sabut, als administradors dels patrimonis aliens se'ls imposa el deure de diligència i el deure de lleialtat. Les infraccions d'aquests deures poden constituir il·lícits civils i penals.

La Dra. Magaldi tracta amb rigor aquesta distinció, atès que si bé està especialitzada en Dret penal, coneix també el dret civil i el dret mercantil.

Sempre he pensat que un bon jurista no es pot limitar a conèixer a fons la seva especialitat.

Conclou la recipiendària el seu discurs lamentant el divorci existent entre la doctrina i la jurisprudència penal: «*Dos mundos aparte que no debieran serlo*».

La Dra. Encarna Roca ha complert amb escriure l'encàrrec que l'Acadèmia li va encomanar de contestar el discurs de la Dra. Magaldi.

Ha dut a terme una contestació magnífica. Gràcies, Encarna.

Afirma la Dra. Roca que el tema del discurs de la Dra. Magaldi no pertany ni de bon tros a la part del dret a la que s'ha dedicat tota la vida. Però com és una excel·lent jurista i, per tant, bona coneixedora de les distintes branques del dret, ha fet un gran treball.

Manté, com és lògic entre juristes, algunes discrepàncies amb les tesis de la Dra. Magaldi, la qual cosa ha de permetre obrir un debat en el si de l'Acadèmia, com fem habitualment.

Em correspon per tant felicitar a la Dra. Magaldi i a la Dra. Roca.

María José Magaldi ha adquirit la plenitud de drets a la nostra Corporació. Ocuparà, com s'ha dit, el setial del jurista del segle XVII Josep Ramon, en el qual substitueix a D. Francisco Soto Nieto, que com la Dra. Magaldi, era magistrat i va viure molts anys a Girona.

De ben segur que la figura llunyana de Josep Ramon i la més propera de Francisco Soto Nieto, han de servir de mirall en la futura actuació que sens dubte serà fructífera de la nova acadèmica.

Permeteu-me que expressi la meua personal satisfacció, com a president, en rebre com a acadèmica de número a una companya de la Facultat.

Encetem avui amb il·lusió un nou curs, en el que ens comprometem a continuar treballant perquè l'Acadèmia sigui, com ho és des de fa 181 anys, un referent en el món jurídic català.

El text complet del discurs i de la contestació es publicaran al web de l'Acadèmia i a la Revista Jurídica de Catalunya, però també en un opuscle que està a disposició de tots els interessats.

Moltes gràcies a tots per la seva atenció.

Queda inaugurat el curs 2021/2022 de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

S'aixeca la sessió.

