

BOLETÍN DE LA
ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACIÓN DE BALEARES

IV

PALMA DE MALLORCA, 1999

Impreso en IMPRENTA MALLORQUINA
Santo Cristo, 10 - Teléfono 971 72 22 51
07001 Palma de Mallorca
Depósito Legal: P.M. 981 - 1989

SUMARIO

- «In Memoriam»
D. MIGUEL COLL CARRERAS pág. 5
- «La nueva L.A.U., alguno de sus supuestos
mas problemáticos y tratamiento jurisprudencial»
Discurso de Apertura a cargo de
D. BERNARDO FELIU AMENGUAL pág. 13
- «El Matrimonio Canónico en libertad»
Discurso de Ingreso de
D. ANTONIO PERZ RAMOS pág. 39
- Contestación a cargo de
D. JUAN VIDAL PERELLO pág. 59
- «¿Es posible la unificación del Derecho
Penal Europeo?»
Discurso de Ingreso de
D. RAFAEL PERERA MEZQUIDA pág. 67
- Contestación a cargo de
D. GABRIEL GARCIAS PLANAS pág. 89
- «La Autonomía de la voluntad en
las Relaciones Laborales»
Discurso de Ingreso de
D. MIGUEL SUAUE ROSSELLO pág. 95
- Contestación a cargo de
D. FRANCISCO JAVIER MUÑOZ JIMENEZ pág. 137
- «Influencias del Derecho Privado en
el Derecho Público»
D. MIGUEL COLL CARRERAS pág. 147

IN MEMORIAM

*(palabras pronunciadas por el Presidente
don Miguel Coll Carreras en recuerdo
del Académico de número fallecido
don Francisco Téllez Miguélez)*

Cuando en 1.994 falleció don Antonio Hernández Gil, siendo Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, quien años después sería designado para ocupar el cargo, don Juan B. Vallet de Goytisolo, asumió la tarea de pronunciar el discurso evocador de trabajos, virtudes y méritos del fallecido y cumplió el encargo en la sesión necrológica celebrada por la Corporación el 7 de noviembre de dicho año.

En el discurso, al dibujar y enaltecer la figura del extraordinario jurista desaparecido, recorrió textos correspondientes a las intervenciones que había tenido en el seno de la Academia, como consecuencia de los parlamentos de contestación que había pronunciado en las conferencias leídas por nuevos Académicos. Y también al pronunciar las motivadas por las ceremonias de aperturas de curso.

En ese recorrido de “textos” de Hernández Gil, resaltó Vallet de Goytisolo significativos pasajes, exponentes de los amplios conocimientos de la gran figura del Derecho español. Entre ellos se encuentran los siguientes:

“El conferenciante confiesa que durante algún tiempo estuvo absorbido por la fenomenología, la teoría del conocimiento, el positivismo lógico y el estructuralismo, creyendo que eso era la vida, la vida intelectual, naturalmente. Después comprobó que es más firme su admiración por el jurista práctico romano que utilizaba el pensamiento para ocuparse de los hombres y de las cosas. Kant y el Digesto pertenecen a dos mundos distintos. Kant es la mente a solas que se cuestiona a sí misma. El Digesto es la mente de la sociedad que afronta los problemas de la convivencia”.

“El saber acerca del Derecho no está alojado exclusivamente en la ciencia, por lo que la contraposición entre ésta y la práctica no agota el

espectro cognoscitivo; son muy antiguas las aportaciones del Derecho a la convivencia, aunque no proceden en su integridad de un conocimiento científico, sino de esos dos acervos formados por la experiencia y la sabiduría. Tanto el jurista práctico romano como los principales autores del Código Civil francés y del español no eran propiamente científicos, sino juristas dotados de sabiduría, experiencia, buen sentido y aptitudes para la legislación”.

He considerado oportunas las citas que acabo de hacer cuando nos disponemos a honrar, en esta sesión necrológica, la memoria del desaparecido Académico Francisco Téllez Miguélez, puesto que como hombre de Derecho, que lo vivió intensamente en todos y cada uno de los cargos que desempeñó y en la pluralidad de actividades a que se aplicó, es alistable sin lugar a dudas en el grupo de lo que en palabras de Hernández Gil, refrendadas por Vallet de Goytisolo, han de ser los grandes profesionales del Derecho, es decir los “juristas dotados de sabiduría, experiencia, buen sentido y aptitudes para la legislación”.

Francisco Téllez Miguélez, nació en Miranda de Ebro, provincia de Burgos, el 11 de octubre de 1919. Estudió el Bachillerato en Madrid, en la Institución Libre de Enseñanza, y la carrera de Derecho en la Universidad Complutense de la capital de España. Entre los estudios de Bachillerato y los universitarios se interpusieron los mil días de la Guerra Civil, que implicaron para él un doloroso aislamiento respecto a su familia, puesto que nuestro compañero se encontraba en La Granja de San Ildefonso el 18 de julio de 1936, mientras que su familia se hallaba en Madrid. La participación en un cursillo de verano con asistencia de estudiantes extranjeros fué la causa de su estancia en la provincia de Segovia y, por ende, de la separación familiar indicada.

Sus estudios en la Facultad los simultaneó con quehaceres en el Ministerio de Educación y Ciencia, como Auxiliar de Administración Civil ocupando plaza ganada por oposición en 1940.

Concluida la Licenciatura participó en oposiciones para ingreso en el Ministerio Fiscal, en la Carrera Judicial y en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad. Triunfó, en las tres. En la primera y la segunda en 1945, con el n° 3, y en la tercera dos años más tarde, en 1947.

Optó en 1945 por la Carrera Fiscal, siendo su primer destino el de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de La Coruña, pero muy pronto fué trasladado a la entonces denominada Fiscalía de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

Entre su llegada a La Coruña y su arribo a Palma de Mallorca acaeció

un suceso importante en la vida de Francisco Téllez. Su matrimonio con Nieves García Penedo, recientemente fallecida también, esposa ejemplar que sobrevivió por muy pocos meses a su bien amado esposo. Fueron cinco los hijos nacidos de dicho matrimonio y uno, el único varón, llamado Francisco como su padre, falleció meses antes que éste, súbitamente, con gran desconsuelo de toda la familia. Un sino trágico ha acompañado en el último bienio a la familia que crearon Francisco Téllez Miguélez y Nieves García Penedo.

Permaneció nuestro llorado colega en Palma de Mallorca, desempeñando el cargo de Abogado Fiscal hasta 1949. En dicho año, aprovechó la coyuntura deparada por la creación de varias plazas de Registradores de la Propiedad en el Instituto Nacional de Colonización previstas para facilitar la ejecución de la Ley de Concentración Parcelaria recién promulgada, para solicitar, con éxito, uno de dichos puestos de trabajo. Su nombramiento al respecto provocó el cese en las actividades de la Carrera Fiscal, lo que implicó su pase a la situación de excedencia.

Fijada su residencia en Madrid a raíz de su ingreso en el Instituto Nacional de Colonización, abrió despacho para el ejercicio de la profesión de Abogado contando con numerosos clientes de Mallorca, fruto de la huella de simpatía, competencia y profesionalidad que había dejado en la Isla. Los recursos de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, los de injusticia notoria implantados en materia de arrendamientos urbanos, de los que conocía dicha Sala, y los de apelación ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal, fueron los campos de trabajo en que se movió Francisco Téllez, con notorio éxito, durante varios años. En ese tiempo intervino ante el Tribunal de Cuentas del Reino en defensa de la Diputación provincial de Baleares y fué designado Letrado del Banco de Crédito Industrial, llegando a desempeñar la Jefatura de la Asesoría Jurídica de dicho establecimiento oficial de crédito.

La intensidad y extensión de los quehaceres asumidos en razón de cuanto, sintéticamente, ha quedado expuesto, no fué óbice a alguna salida de nuestro compañero al ámbito de la literatura jurídica. En concreto, escribió un texto titulado “Contestaciones de Derecho Administrativo”, que fué considerado como un manual sumamente útil del que se valieron durante algún tiempo los opositores a ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal.

Llegó el instante en que, centrándose en su título de Registrador de la Propiedad se incorporó a dicho Cuerpo, pasando a desempeñar, fuera ya del Instituto Nacional de Colonización, varios Registros: Valdepeñas, Ocaña, Vich y Gerona. Luego remontó el escalón final: su nombramiento como Registrador de Palma de Mallorca, meta que se había propuesto desde que

en 1947 conoció la Isla y sus gentes, trabando amistades y relaciones que no abandonaría en toda su vida.

Desde 1976 hasta 1990, en que se jubiló por edad, Francisco Téllez Miguelez fué Registrador de la Propiedad de Palma de Mallorca. Viene a mi memoria el homenaje que se le tributó con motivo de su jubilación. Fue un acontecimiento social en el que confluieron gentes diversas que querían y admiraban al jurista jubilado, respetado y estimado.

No le acompañó la salud en los últimos veinte años de su laboriosa vida. Desde 1977 estuvo aquejado por una grave enfermedad que, en definitiva, y a pesar del coraje con que se enfrentó al mal que le afectaba, y que acabó vencién-dole, no le restó facultades para acometer con plenitud de inteligencia, cuestiones jurídicas plagadas de dificultades. Su animo no vacilaba nunca, cuando, bien por obligación, bien por afición, había de enzarzarse con ellas. En tales ocasiones, que fueron muchas, se olvidaba totalmente de sus disminuciones físicas, y de los contratiempos que éstas acarreaban. Con el vigor intelectual que caracterizaba su discurso —ciencia reforzada por experiencia— ofrecía a sus interlocutores todo un caudal de conocimientos que desembocaba, estratégicamente tratado, en conclusiones certeras que iluminaban el ámbito del coloquio.

Cuando ingresó en esta Academia, al ser elegido por los Académicos de número que la integran, fué contestado su discurso de ingreso por el Académico don Eduardo Martínez-Piñeiro y Caramés, quien, en su parlamento, sintetizó la figura de don Francisco Téllez Miguelez con las siguientes palabras:

“En resumen, carácter mas duro que la tizona del Cid (suavizado con el paso de los años por la influencia galaica), codos de acero, amor al Derecho, más amor —si cabe— a la institución del Registro de la Propiedad, inteligencia privilegiada, y un largo etcétera, que hacen del nuevo Académico un personaje irrepetible...”.

Ese mayor amor profesado a la institución Registro de la Propiedad, que Eduardo Martínez Piñeiro ensalzó, fué puesto de relieve, con generosidad, en su citado discurso de ingreso, que versó sobre el tema “Seguridad Jurídica y Registro de la Propiedad”.

El importantísimo principio de la seguridad jurídica, que tantas cosas explica en la Ciencia del Derecho y en sus técnicas, de difícil comprensión a veces por los profanos cuando choca con el principio de la justicia, fué estudiado en aquella ocasión por Francisco Téllez en el orden jurídico-político y en el orden jurídico civil.

En lo primero, hizo historia del constitucionalismo español,

remontándose a las Cortes de Cádiz y, por tanto, a la Constitución que aprobaron el 19 de marzo de 1812 –la famosa “Pepa”– y en el recorrido de textos que hizo el conferenciante enfatizó, como no podía menos de suceder, que hasta la promulgación de la Constitución vigente no había alcanzado rango constitucional el indicado principio de seguridad jurídica, acontecimiento experimentado por la proyección de su art. 9º, que proclama lo que constituyen los principios fundamentales del Estado de Derecho, al declarar que “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la SEGURIDAD JURÍDICA, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Pienso que la circunstancia de que haya tenido que llegarse a 1978 y, por ende, a la entrada en acción de la Constitución vigente, para que haya adquirido carta de legalidad el principio de seguridad jurídica, no puede ni debe ser valorada en el sentido de que “antes”, en ningún momento, hubo reconocimiento de dicho principio en las actividades de la Administración y de la Jurisdicción en España. Importa tener en cuenta que el alumbramiento del “principio” tal y como lo conocemos fué debido a los filósofos del Derecho cuando, en pleno siglo XX, al preocuparse por el principio de la justicia, engendraron como limitación de éste el de seguridad jurídica. Magistralmente, Gustav Radbruch, en su Filosofía del Derecho, publicada en España en 1933, después de aludir a las diferentes concepciones del Derecho y del Estado, en función de las diversas ideologías políticas, nos enseñó que “El Derecho, como ordenación de la vida común, no puede ser abandonado a las diversidades de opinión de los individuos, pues por encima de todos tiene que ser una ordenación, un “Orden”, puntualizando que la necesidad de ese Orden es lo que justifica cuanto se cobija en el mundo jurídico, bajo el principio de la seguridad jurídica.

Evidentemente, dichas teorías, relativamente modernas, estaban lejos de quienes participaron en la gestación de los textos constitucionales del siglo XIX. De aquí, pues, que el principio de la seguridad jurídica luciera en ellas expresamente, y de aquí también que cuando en 1978 fue elaborada la Constitución vigente, el influjo de las construcciones doctrinales afloradas en la presente centuria se mostrara con la precisión conceptual deparada por el invocado art. 9º que tomó Francisco Téllez como base de arranque de su discurso para abordar los problemas atinentes a dicha seguridad jurídica desde el punto de vista del Derecho Constitucional.

En el orden jurídico civil, abrazó el Académico desaparecido la doctrina expresiva de que los principios de publicidad y publicación, vigencia de las normas hasta su derogación, obligatoriedad y eficacia de las promulgadas a

salvo de ignorancias, exclusiones voluntarias y renunciaciones de derechos en perjuicio de terceros o del interés o el orden público e irretroactividad, principios todos estos que lucen en el Título Preliminar del Código Civil y, han de tomarse en cuenta como secuelas del principio de seguridad jurídica, puesto que, aun callando el Código sobre este principio, viene a aceptarlo mediante el reconocimiento de los que ahora hemos alistado, toda vez que todos ellos son pura consecuencia del de seguridad jurídica, idea fundamental que confiere vitalidad a los mismos.

Francisco Tellez se apoyó en las consideraciones instrumentadas en los dos órdenes de cosas apuntados para desembocar en lo que había de constituir el núcleo de su disertación: el tratamiento de la seguridad jurídica en el Derecho Inmobiliario español vinculado a la institución del Registro de la Propiedad, con la que estuvo tan cariñosamente compenetrado el orador a lo largo de su dilatada vida profesional.

Jugando así en campo propio, como diríamos con aprovechamiento de una locución deportiva generalizada en nuestra sociedad, se centró en los llamados principios hipotecarios, por entender que todos y cada uno de ellos entrañan manifestaciones solidas del de seguridad jurídica.

Desfilaron así ante quienes tuvimos el placer de estar presentes en su disertación, el principio de inscripción, el de legitimación registral, el de inoponibilidad, el de fe pública registral, el de propiedad, el de usucapión secundum tabulas, el de rogación, el de voluntariedad de la inscripción, el del negocio causal, el de tracto sucesivo, el de legalidad y el de especialidad o determinación. Para el conferenciante, que los analizó, resaltando con brillantez las correspondientes características, unos más que otros, pero en definitiva todos ellos han de tomarse en cuenta como reflejos o consecuencias en el marco del Registro de la Propiedad del invocado principio fundamental de la seguridad jurídica.

No concluyó Francisco Tellez su parlamento con lo hasta aquí expuesto. Ahondó en una temática tan atrayente como es la que tiene que ver con las consecuencias deparadas por la aplicación de los principios susodichos, con desenvolvimiento del sistema registral inmobiliario español. Se detuvo en las funciones que incumben a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad, ensalzando las excelencias del Notariado latino respecto al anglosajón, puso de relieve las bondades de la institución registral en España y, como colofón, trazó un inventario de los efectos directos e indirectos que, en punto a seguridad jurídica, lleva consigo la organización española en el expuesto orden de cosas.

Para finalizar, tras parangonar lo sucedido en el siglo XIX con la promulgación de las leyes desamortizadoras y desvinculadoras, que

permitieron que “entraran” en el comercio de los hombres, como suele decirse en el Foro, cuatro quintas partes de la propiedad inmobiliaria española, con los fenómenos del siglo XX provocados por la legislación sobre el suelo y ordenación urbana y la propiedad horizontal, a título de ejemplo, llegó a la conclusión de que habla que proclamar sin reservas la satisfacción deparada por el vencimiento del reprochable estado de cosas denunciado en el preámbulo del Real Decreto de 8 de agosto de 1855, en relación con las normas vigentes a la sazón, con las siguientes palabras:

“Ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen laudable influencia en la prosperidad pública, ni asientan en sólidas bases el territorio, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni dan la debida seguridad a los que con aquella garantía prestan sus capitales”.

La jornada de su ingreso en la Academia fué un día memorable para Francisco Téllez. Los aplausos que se le tributaron fueron signo del reconocimiento generalizado a la persona y al profesional del Derecho, sirviendo de rúbrica a una conducta que he tratado de exponer en la presente ocasión.

He comenzado parafraseando a Juan Vallet de Goytisolo en su discurso necrológico por la desaparición de Antonio Hernández Gil y voy a concluir haciendo algo por el estilo en relación con una señera figura de nuestro Derecho Privado, don Ramón María Roca Sastre, glosada por un Registrador de la Propiedad fallecido hace bastante tiempo, Francisco Cervera Jiménez Alfaro.

Dice Cervera que “si Roca Sastre es el gran teórico y publicista, no es jamás el iluso teorizante de espaldas a las exigencias vivas de la realidad jurídica. En su caso se aunan, por fortuna, ciencia y experiencia”.

“En su triple formación y posición –Registrador, Juez, Notario, y esto último por partida doble– Roca ha abarcado y asimilado todos los cauces del Derecho privado”.

“Pero, sobre todo, para nosotros, los Registradores, ha sido siempre maestro y compañero, excedente o en servicio activo, nunca ha dejado de serlo, si no efectiva, si afectivamente, Registrador de la Propiedad”.

Paco Téllez no fué Notario, pero sí Fiscal, además de Juez. La trilogía de oposiciones también fué nota distintiva de nuestro llorado Académico quien, al igual que lo ensalzado por Francisco Cervera, centró su actividad profesional en los quehaceres de Registrador de la Propiedad.

Y, como ya advirtió Eduardo Martínez Piñeiro, en su mencionado discurso de contestación al de ingreso de Paco en nuestra Academia, el amor de Paco al Derecho se convertía en “mas amor a la institución del Registro de la Propiedad”.

He aquí, pues, la utilidad de la evocación que acabo de hacer.

Francisco Téllez, Paco Téllez como le llamábamos cariñosamente, ha dejado una estela imborrable. Le concedieron condecoraciones varias como premios a los que se había hecho acreedor por sus merecimientos: San Raimundo de Peñafort y Mérito Agrícola, pero entiendo que prima indudablemente sobre cuanto son y significan dichas concesiones, la estima auténtica, el profundo afecto que los hombres de Derecho en estas Islas le profesaron en vida, trasladándose después al recuerdo que ha quedado tras su fallecimiento.

A sus hijas y nietos solamente, ya que el misterio de la vida y la muerte impide que me dirija a su querida esposa en el día de hoy, expreso la consideración, el afecto, el recuerdo de los compañeros de esta Academia, en la seguridad de que su paso por ella ha constituido un hito imborrable.

“LA NUEVA L.A.U., ALGUNO DE SUS SUPUESTOS MAS PROBLEMATICOS Y TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL”

**DISCURSO DE APERTURA DE LA ACADEMIA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION DE
BALEARES (20 DE NOVIEMBRE DE 1996)
A CARGO DEL ACADEMICO
D. BERNARDO FELIU AMENGUAL**

I.- SU JUSTIFICACION.

Próximo a cumplirse los dos años desde la publicación y entrada en vigor de la nueva L.A.U., pienso que es un momento adecuado para adentrarnos en ella, con la perspectiva que nos da el tiempo ya transcurrido y que nos permite, además de valorar su articulado, el fijar nuestra atención en el tratamiento jurisprudencial que se viene dando a alguno de sus supuestos más conflictivos.

Es de dominio público el clamor generalizado que desde distintos foros y colectivos reclamaba imperiosamente la sustitución o cuando menos modificación sustancial del Texto Refundido de 1964 que debido a distintos motivos había quedado totalmente obsoleto y no acorde con las circunstancias socio-económicas que estaba atravesando el País, unido a los aires liberalizadores imperantes en los países del área comunitaria.

Los pilares básicos sobre los que se asienta la relación arrendaticia: Renta y duración del arriendo habían quedado anquilosados con el vetusto

Texto legislativo, que a sus treinta años de vigencia estaba originando unas situaciones tremendamente injustas y en ocasiones rayanas en el absurdo, y siempre en perjuicio del arrendador. Porque al exagerado proteccionismo que históricamente se ha venido otorgando al arrendatario –considerado siempre como la parte débil de la relación locaticia–, y esta es la filosofía que impregna la práctica totalidad del articulado del anterior Texto Arrendaticio, debe añadirse que lo que debía constituir el contrapeso a tanto favor otorgado al arrendatario, por lo que a la renta se refiere, esto es, el art. 100 referido a la revisión bianual automática a tenor del coste de la vida y mediante Decreto aprobado en Consejo de Ministros, no llegó nunca a producirse, al haberse simplemente ignorado no sólo por el antiguo Régimen sino incluso los posteriores nacidos con la Democracia, que nunca osaron dar cumplimiento a dicho mandato legislativo, y que incluso provocó en su día unas actuaciones ante el Tribunal Supremo (6 Noviembre 1984) y Tribunal Constitucional (S. 89/9), sin resultado positivo alguno que permitiera desbloquear dicha situación.

De ahí que nos encontráramos con una situación totalmente injusta al producirse un desequilibrio en las contraprestaciones, contemplando el sufrido arrendador como unos alquileres que, si bien en su día eran acordes con el mercado imperante al momento de concertarse el arriendo, al no haberse previsto por las partes cláusula alguna revisora –simplemente porque el propio Texto la preveía– han visto como durante los últimos treinta años las rentas quedaban totalmente desfasadas.

Y los arrendadores que concertaron cláusulas revisoras –práctica que no se inicia hasta finales de los 70– vieron también cercenadas sus expectativas de actualización por mor de los sucesivos Decretos dictados por el Gobierno desde el 17 de Noviembre de 1975 hasta 12 de Diciembre de 1980 que redujeron drásticamente la aplicación de tales pactos revisorios.

Por otra parte la aplicación imperativa de la prórroga en los arriendos, unido a la serie interminable de subrogaciones –via intervivos o “mortis causa”– que se otorgaba a la parte arrendataria, constituía todo ello un cúmulo de despropósitos a los que se imponía imperiosamente poner coto.

A todo ello cabe añadir la paradójica situación que surgía de la entrada en vigor del Decreto-Ley 2/85 de 30 de Abril (Decreto Boyer), que casi sin quererlo sus propios mentores, supuso un giro de 180 grados con relación a la normativa anterior, al permitir a los contratantes –de tajo– convenir un plazo fijo y fatal en la duración de los arriendos, rompiendo así con la prórroga obligatoria que venía establecida –sin interrupción– desde el Decreto de 21 de Junio de 1920.

Así pues: A las enormes injusticias que se derivaban de la aplicación del Texto de 1964, se añadía el agravio comparativo que supuso para aquellos arrendadores el ver como los arriendos concertados desde Mayo de 1985

gozaban de libertad absoluta o lo que es lo mismo estábamos –si se me permite un símil futbolístico– ante arrendadores de 1ª División y 1ª Regional.

La nueva Ley, entre otras cosas, pretende –con más o menos acierto– poner fin a tanto dislate jurídico, intentando dar una solución equilibrada a las contraprestaciones de los contratistas, regulando un sistema gradual de desbloqueo de las rentas antiguas que casi nunca se produce cuando se trata de viviendas al no alcanzar el arrendatario el mínimo de ingresos que marca la Ley, a la par que reduce considerablemente el sistema de subrogaciones “mortis causa”, eliminando la vía intervivos para las viviendas y fijando un plazo máximo de duración del arriendo cuando se produce un traspaso de local de negocio.

En cualquier caso –y en contra de lo que cabría deducir en principio de lo que establece al efecto la Disposición Derogatoria al dejar sin efecto el Texto de 1964– conviene tener muy presente la plena aplicabilidad de dicho Texto para los arriendos concertados bajo su vigencia, salvo en aquellos extremos –los menos– que resultan modificados por el nuevo Texto Arrendaticio.

Por otra parte para los contratos de nueva creación, y salvo los referidos a viviendas durante los cinco primeros años en que sigue imperando el carácter tuitivo, y –por ende– de obligado cumplimiento de determinadas normas afectantes principalmente a la duración del arriendo, revisión renta y repercusión de determinados gastos, para el resto de arriendos –tanto de viviendas como para usos distintos–, las líneas a seguir son claramente liberalizadoras, otorgando en definitiva a los contratantes un amplio margen de libertad con aplicación en definitiva del C.c. en orden a convenir lo que libremente interesen, lo cual es de agradecer y pienso que positivo para el futuro.

Justificada pues la nueva LEY y expuestos suscintamente sus conceptos más generales vamos a fijar nuestra atención sobre algunos supuestos CONCRETOS PROBLEMATICOS.

II.- CONTRATOS FORMALIZADOS AL AMPARO DE LA NUEVA LEY: SANCION LEGAL AL DESESTIMIENTO DEL TRATO PACTADO.

En la nueva L.A.U. no se contempla una tutela específica semejante a la indemnización legalizada en el art. 56 del anterior Texto según el cual si el arrendatario incumple el plazo convenido y desaloja la vivienda o el local de

negocio antes de su terminación, viene obligado a indemnizar al arrendador “con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir”, precepto –por otra parte– que la corriente jurisprudencial más reciente y mayoritaria únicamente considera de aplicación y limitada la indemnización al tiempo que la finca permanezca desocupada y libre, pues, en otro caso –se dice– se daría la situación clara de enriquecimiento injusto que los Tribunales de Justicia no deben amparar (T.S. 15 Junio 1993 y 25 Enero 1996 y A.P. de Palma (sección 4ª) de 21 de Septiembre de 1995).

En la actual normativa –art. 11– y referido a vivienda se alude al “Desestimiento del contrato” y únicamente para aquellos arriendos de duración superior a cinco años, previéndose la posibilidad de desestimiento por parte del arrendatario con un preaviso de dos meses, con posibilidad de pactos –con carácter máximo– para tal supuesto de una indemnización al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor para cada año del contrato que reste de cumplir o su parte proporcional si dicho tiempo es inferior a un año.

El problema surge –y ya está adquiriendo auténtica virulencia a los dos años de la nueva L.A.U.– cuando el desestimiento se plantea antes del transcurso de los cinco primeros años, y si en este caso cabe establecer un pacto en que las partes acuerden para este evento la indemnización correspondiente, o qué sucede cuando el arrendatario, sin más, desiste del contrato, sin que se haya previsto contractualmente dicha contingencia.

Lo que resulta evidente es que el legislador no ha previsto para tales supuestos tutela específica alguna a favor del arrendador análoga a la del art. 56 del Texto de 1964, por lo que ante la orfandad de tratamiento la tutela habrá de venir por vía genérica del art. 1.124 del C.c. (obligaciones recíprocas), mencionado expresamente en el art. 27 de la nueva L.A.U. que sanciona la tutela ante “el incumplimiento de obligaciones”, a cuya arma deberá acogerse el perjudicado ante el incumplimiento del contrato, con la dificultad añadida de tener que determinar los Tribunales la indemnización que corresponda, salvo que se haya previsto contractualmente, al no resultar de aplicación el citado art. 56 que si la cuantificaba, amén de la posibilidad de que algunos Juzgados exijan y otros no que la vivienda no haya sido nuevamente arrendada para que la indemnización que se otorgue no pueda considerarse como un enriquecimiento injusto.

La inseguridad jurídica –como vemos– es total en este terreno y –que yo sepa– no ha sido dictada Sentencia alguna, a nivel de A.P., que lo resuelva en un sentido u otro.

III.- DISPOSICIONES TRANSITORIAS:

Transitoria 1ª.- PRORROGA O ESTIPULACION NUEVO PLAZO VIGENCIA ARRIENDO VIVIENDAS

(Decreto Boyer, Transitoria 1ª).

Para los contratos de arrendamiento de vivienda formalizados al amparo del Decreto-Ley 2/85 de 30 de Abril (Decreto Boyer) y cuyo vencimiento se produce ya entrada en vigor la nueva L.A.U., surge la duda sobre si resulta posible convenir, bien a modo de prórroga o estipular un nuevo plazo de vigencia, sin necesidad de someterse al art. 9 de la Ley que, con carácter imperativo sitúa en cinco años su plazo mínimo de duración para tal tipo de locaciones.

Me inclino a pensar que la libertad de pacto debe primar siempre que los contratantes formalicen el nuevo convenio antes de que transcurran 15 días desde la fecha de su extinción, pues en tal caso operaría la tácita reconducción prevista en el art. 1.566 del C.c. y que concreta la Disposición Transitoria 1ª por un plazo de tres años, y que recoge la A.P. de Palma de Mallorca (sección 3ª) 18 de Abril de 1996 y sin que dicha sentencia resuelva –por otra parte– de forma clara el problema comentado.

Y el argumento para mantener dicha tesis de libertad de pacto en cuanto a la duración del contrato deriva del hecho de que no cabe hablar “stricto sensu” de un nuevo contrato, que sí entonces estaría sometido al plazo mínimo de duración de 5 años, ya que –en definitiva– fué formalizado antes de que entrara en vigor la nueva L.A.U., y por otra parte resultaría un contrasentido que si por el instituto de la tácita reconducción previsto en la nueva L.A.U. el plazo de vigencia se reduce a tres años, resultara de peor suerte al arrendador caso de convenir libremente con el arrendatario una prórroga o nuevo plazo al arriendo antes de su extinción.

Transitoria 3ª. A).- ARRENDATARIO JUBILADO.

Una de las cuestiones más controvertidas de la nueva L.A.U. y que mas alarma social creó al publicarse, y la polémica sigue subsistente, es la Disposición Transitoria Tercera B) Apartado 3, en la que se contempla como “CAUSA DE EXTINCION DEL ARRIENDO” la JUBILACION del arrendatario.

Dicho precepto referido a los arriendos de local de negocio celebrados antes del 9 de Mayo de 1985 y que en la fecha de entrada en vigor de la Ley se encuentran en situación de prórroga legal, establece que –entre otros

supuestos que contempla la norma– “quedarán extinguidos “POR LA JUBILACION DEL ARRENDATARIO”.

La duda surge en determinar si desde Enero de 1995 (fecha en que entra en vigor la nueva Ley) quedó extinguido automáticamente el contrato suscrito por arrendatario jubilado con anterioridad a dicha fecha o si por el contrario dicha situación de “jubilación” opera únicamente sobre aquellos supuestos producidos con posterioridad a la indicada fecha.

La interpretación en sentido positivo –esto es que el arriendo concertado por arrendatario jubilado antes de entrar en vigor la nueva Ley quedó extinguido– resulta del tenor literal del propio precepto que no prevé excepción alguna al respecto, al no distinguir entre arrendamientos anteriores y posteriores a 1 de Enero de 1995 por lo que al no haberse producido la subrogación estando jubilado, la extinción se impone y debe surtir efectos inmediatos. Y en esta línea se vienen pronunciando destacados tratadistas en la materia y lo que es mas importante han sido dictadas –que sepamos– hasta un total de 5 sentencias en dicho sentido, así:

A. P. de Cáceres: 4 Noviembre 1995 y 19 Enero 1996.

A. P. Albacete: 12 Diciembre 1995.

A. P. La Coruña: 18 Diciembre 1995 y 11 Marzo 1996.

Por otra parte, han sido dictadas 14 Resoluciones en sentido contrario, así:

A.P. Burgos: 17 Febrero 1995.

A.P. Salamanca: 26 Septiembre y 25 Noviembre 1995.

A.P. Córdoba: 1 Diciembre 1995.

A.P. Palencia: 4 Octubre y 13 Diciembre 1995.

A.P. Oviedo: 7 Febrero 1996.

A.P. Málaga: 25 Abril 1996.

A.P. Zaragoza: 30 Enero y 11 Junio 1996.

A.P. Toledo: 14 Marzo 1996.

A.P. Pontevedra: 20 Marzo 1996

A.P. Vitoria: 30 Abril 1996.

Palma se ha pronunciado al respecto: A.P. Palma (sección 5ª): 9 Octubre 1996.

La tesis que sostienen dichos fallos mayoritarios se basa fundamentalmente en que:

“La voluntad del legislador en la Disp. Trans. 3ª. 3 L.A.U. 1994 (LA LEY-LEG. 4106/94) –que da una excepción al régimen general de aplicación de la normativa anterior– es limitar el efecto de la L.A.U. en determinados

supuestos y establecer un límite absoluto a las prórrogas y subrogaciones, cual es el de 20 años desde la entrada en vigor de la nueva ley si se produjera alguna subrogación o traspaso, pero no la aplicación de la nueva Ley a los contratos de arrendamiento de local anteriores al 9 Mayo 1985. No se atisba en la norma una voluntad de extinguir “ex lege” determinados contratos en la fecha de su entrada en vigor, sino que, al contrario, lo que pretende es poner un límite temporal a las prórrogas si se produjeran subrogaciones.

Al ser innovadora la inclusión de la jubilación como causa de extinción del contrato –Disp. Trans. 3^a. 3 L.A.U. 1.994 (LA LEY-LEG. 4106/94)–, el efecto jurídico de la ya causada debe buscarse en el derecho aplicable en el momento de la jubilación y deducir si la nueva norma tiene efecto retroactivo (art. 2.3 CC), es decir, en relación a hechos anteriores que han causado la correspondiente situación jurídica o generado un derecho. No ofrece duda que la jubilación del arrendatario producida antes del 1 Enero 1995 tuvo consecuencias jurídicas inocuas respecto a la relación arrendaticia, por lo que mantuvo en pleno vigor el derecho arrendaticio como titular del negocio, compatible con la situación administrativa de jubilado o perceptor de derechos pasivos. Por ello, hay que aplicar la Disp. Trans. 1^a CC, en virtud de la cual se regirán por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el CC los regule de otra forma o no los reconozca.

La Disp. Trans. 3^a L.A.U. 1994 (LA LEY-LEG. 4106/94) no reconoce su efecto retroactivo, sino un régimen distinto para determinados contratos a los que, como regla general, se les aplica la normativa, anterior, salvo las excepciones que contempla y que se concretan, como resulta de la E. de M. de la Ley, en una limitación de la prórroga forzosa en base a reducir el plazo máximo de las sucesivas hasta 20 años después de la vigencia de la nueva Ley. La propia naturaleza transitoria del régimen aplicable a los contratos que regula –de local de negocio anterior al 9 Mayo 1985 que se encuentre en situación de prórroga legal a la entrada en vigor de la L 29/1994, del que sea arrendatario una persona física– permite afirmar por esa sola razón que se trate de una regulación retroactiva de las relaciones jurídicas a que se refiere. El derecho transitorio regula la situación jurídica de las relaciones conjugando la aplicación de la normativa anterior y de la posterior, pero ello no supone, salvo expresa referencia de la Ley, que se aplique retroactivamente la norma”.

Coincido plenamente con la tesis que desarrolla esta última Doctrina Jurisprudencial, máxime si tenemos además presente que en el Preámbulo de la nueva L.A.U. y cuando se refiere a los arrendamientos de locales de negocio celebrados con anterioridad al 9 de Mayo de 1985 se dice: “Se ha

optado por articular un calendario de resolución temporal de estos contratos, aunque distinguido entre los arrendamientos en los que el arrendatario sea una persona física, de aquéllos en los que sea una persona jurídica, presumiendo mayor solvencia económica allí donde el entramado organizativo sea más complejo.

Por ello, se mantienen, aunque de forma limitada, derechos de subrogación “mortis causa” en el primer supuesto, garantizándose “al grupo familiar vinculado el desarrollo de la actividad un plazo mínimo de 20 años, que podrá superarse mientras el arrendatario y su cónyuge vivan y continúen el ejercicio de la actividad que se venga desarrollando en el local”. (A.P. Palma 9 octubre 1996 Sección 5ª)

De ahí que si “garantiza al grupo familiar vinculado el desarrollo de la actividad un plazo mínimo de 20 años” a contar desde la aprobación de la Ley (3 Noviembre 1994) no resulta compatible tal declaración con la interpretación a favor de la extinción del contrato.

Y por otra parte la tesis resolutoria automática no se compadece con el hecho de que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 94 una doctrina jurisprudencial plenamente consolidada ha posibilitado mantener el “status” de arrendatario jubilado cuando el arrendador no ha sido capaz de acreditar la presencia de un tercero extraño en el local arrendado, y salvo los casos de dependencia familiar o relación laboral, con lo que se establecía un distingo entre la jubilación laboral y civil propiamente dicha, máxime cuando la O.M. de 31 de Julio de 1976 establece expresamente que “la pensión por jubilación será compatible con la titularidad negocial y con las funciones inherentes a la misma” así A.P. Palma 9 Junio 1990, 28 Abril y 6 Noviembre 1992.

Tema polémico de la Ley resulta el referido a la ACTUALIZACIÓN RENTAS (Tr. 2 y 3).

B) REVISIÓN DE RENTA.

En el preámbulo de la Ley se recoge la voluntad del legislador de intentar desbloquear la situación de las rentas congeladas y a tal fin se establece un sistema de revisión aplicable a todos los contratos anteriores al 9 Mayo 1985, que pretende recuperar las variaciones no repercutidas de la inflación desde la fecha de celebración del contrato o desde la última revisión legal, según proceda, cuya revisión no se produce de forma inmediata sino gradual.

Para aplicar los mecanismos que al efecto establece la Disposición Transitoria 2ª, 3ª y 4ª de la L.A.U. y conseguir dicho objetivo ya se

vislumbraron desde el primer momento de publicarse la Ley las dudas y lagunas que suscitan dichos preceptos y la experiencia de estos casi dos años de vigencia no han hecho sino confirmar tales augurios.

Voy a intentar resumir las situaciones que hasta la fecha están originando un mayor número de problemas:

a) Base de la revisión.

La ley se remite a “la renta pactada inicialmente en el contrato que dió origen al arrendamiento” resultando de gran trascendencia económica para el proceso revisorio determinar adecuadamente cual debe entenderse por “renta pactada inicialmente”.

Y el problema surge de la otrora extendida práctica de convenir en un mismo acto dos contratos referidos al mismo local, con una diferencia “formal” de días o semanas –y en alguna ocasión meses– entre ambos y con una sustancial diferencia en su merced arrendaticia, recogiendo al propio tiempo alguna contraprestación, así p.e.: autorización para obras, y todo ello con evidentes motivos fiscales (Timbre inferior del contrato, menos Fianza, coartada ante una posible inspección de Hacienda, etc.).

¿Cual de ellos va a prevalecer? –Que yo sepa– no ha recaído aún Sentencia de alguna A. P. que resuelva dicho asunto, aún cuando me consta se han planteado en Palma diversas demandas sobre dicho asunto.

Me inclino a pensar que el criterio que va a prevalecer es el de dar validez a la renta “verdad” o realmente “pactada” que no puede ser otra que la que figura en el “segundo” contrato, ya que –en definitiva– constituye la “renta pactada inicialmente en el contrato”, a que se refiere el legislador, a pesar de que las manipulaciones formales operadas “inter contratantes” pudiera dar a entender lo contrario. Y la cuestión no resulta baladí ya que de utilizarse uno u otro contrato la actualización del alquiler resultaría diametralmente distinta.

b) Incidencias surgidas en el curso del arriendo:

El proceso revisorio de la renta, y tomando como base “la renta pactada inicialmente en el contrato que dió origen al arrendamiento”, se desarrolla aplicando sobre dicha renta los I.P.C. correspondientes al mes anterior a la fecha del contrato con el anterior a la fecha de cada actualización, y sin que el legislador haya previsto ningún tipo de excepción a dicha norma general, previendo únicamente que si en el contrato se contuviera expresamente otro sistema de actualización, será este último de aplicación “a partir del año en que se alcance el cien por cien de actualización”, sustituyéndose así la formula legal de aplicar a partir de dicho momento y sobre la total renta ya

revisada la variación porcentual experimentada en los doce meses anteriores por el Índice General de Precios de Consumo.

Es decir: Que el legislador –al parecer– hace abstracción de los pactos revisorios concertados, en su caso, al formalizarse el arriendo y lo que puede resultar más discutible de cláusulas que hubieran podido ser incorporadas en el propio contrato de arrendamiento en el curso del arriendo y con posterioridad a su formalización originaria, lo que teóricamente pugnaría con la teoría de los Actos Propios a los que tanta relevancia otorga la doctrina jurisprudencial. En cuanto a la ineficacia de las revisiones producidas en base a los pactos de actualización incluidos en el contrato ya se ha pronunciado la A. P. de Madrid: 30 Noviembre 1995, A. P. Oviedo: 7 Mayo 1996, A. P. Lérida: 22 Mayo 1996, A. P. Valladolid: 3 Mayo 1996, (Juzgado 1ª Instancia nº 13 Palma de Mallorca: 31 Julio 1996) y A. P. Pontevedra: 29 Junio 1996, justificando su tesis a “la consideración de las múltiples situaciones en que los contratos han transcurrido sin hacer efectivas las revisiones y, al mismo tiempo, a que durante la vigencia de aquellas las subidas han sido bajas y sometidas a restricciones impuestas por diversas disposiciones limitativas entre los años 1975 y 1980 y que –en definitiva– resultan de aplicación en tales supuestos las Disposiciones Transitorias que regulan el proceso revisorio y que una interpretación distinta aislaría desde el punto de vista hermeneúutico la regla 6ª y la tornaría fuera de sentido”.

Por otra parte las resoluciones de A. P. Salamanca: 26 Enero 1996, A. P. Jaen: 18 Enero 1996 son rotundas “Toda actualización o revisión de renta de los contratos anteriores al 9 Mayo 1985 deberá regularse con carácter exclusivo y excluyente, a través del procedimiento de actualización de rentas regulado en las Disposiciones Transitorias”.

Y dicha aplicación se hace extensible igualmente cuando se trata de arrendamientos referidos a viviendas de protección oficial y extinguido el carácter protegido de la vivienda antes de la entrada en vigor de la L.A.U. 94, y como ha declarado la A.P. de Valladolid de 3 de Mayo de 1996 al decir que “no hay ninguna razón para excluirlos del ámbito de la Disposición Transitoria 2ª de la L.A.U., sin establecer diferenciación o excepción alguna en atención al carácter protegido o no que inicialmente tuviera la vivienda arrendada”, si bien hay que decir que dicha doctrina no es totalmente pacífica (Disposición Adic. 1-3º).

b) Las incidencias surgidas en el curso del arriendo, y supuesto de considerarse NO VINCULANTES para los contratantes pueden conducir a situaciones realmente injustas bien para el arrendador o para el arrendatario.

Piénsese, p.e., en los supuestos de haberse concertado fórmulas revisoras, limitando el porcentaje de aumento y sobre el que resulte del I.P.C. correspondiente o de traspasos habidos en los que el arrendador optó –por la vía de la negociación con el arrendatario– por una indemnización o precio superior al establecido legalmente por el traspaso efectuado a cambio de reducir de forma considerable la renta correspondiente, o en supuestos de ejecutarse por el arrendatario obras de consideración en el local arrendado que incumbían al arrendador teniendo como contrapartida la reducción del alquiler o cuando menos congelación durante años de pactos revisorios concertados al inicio del arriendo.

O de contraprestaciones arrendaticias de cierta entidad y que traen como consecuencia que se plasmen fórmulas revisoras especiales, con renuncia expresa a cualquier sistema de actualización que traiga causa de una futura Ley (como la que estamos analizando ahora), etc., etc.. La sola mención de las situaciones que se pueden dar resultaría interminable.

Pienso que los Tribunales, tendrán que estudiar detenidamente cada caso planteado, y nada me extrañaría en el futuro que a la fórmula general revisora que no contempla ningún tipo de excepciones, vayan apareciendo fisuras y excepciones a dicha norma general y con el fin de salvar situaciones que inciden claramente en un abuso de derecho y fraude de Ley.

c) Momento de optar por el no aumento.

Para los arriendos referidos al local de negocio, la Disposición Transitoria 3ª, reconoce al arrendatario su derecho a optar por la “NO aplicación” de la revisión de renta que contempla la propia norma, y que trae como consecuencia la extinción del arriendo “cuando venza la quinta anualidad contada a partir de la entrada en vigor de la presente Ley”, esto es el 31 de Diciembre de 1999, debiendo para ello notificar dicha voluntad el arrendatario al arrendador “en un plazo de treinta días naturales siguientes a la recepción del requerimiento de éste para la revisión de la renta”.

Similar previsión se contempla en la Transitoria 2 al referirse a las viviendas, con la variante de que la extinción del arriendo se produce a los ocho años, contándose dicho plazo no desde la entrada en vigor de la Ley sino desde la “fecha del requerimiento fehaciente del arrendador”.

Una situación que se viene produciendo y de forma reiterada durante este segundo año de vigencia de la Ley y una vez que fué iniciado el proceso revisorio el pasado año entre los contratantes y que surge con ocasión de notificar el arrendador la segunda actualización de renta que procede aplicar, es la voluntad manifestada por el arrendatario de poner fin ahora al proceso revisorio, con la consecuencia obligada de la extinción del

arriendo y paralización del proceso revisorio.

¿Debe calificarse de “extemporánea” dicha voluntad? o –por el contrario– debe surtir efecto.

Toda la problemática deriva de la poco afortunada redacción del precepto arrendaticio al aludir de forma genérica al “Requerimiento”, sin especificar si se está refiriendo al primero de ellos o a cualquiera de los que sucesivamente se iran practicando en aplicación de la mecánica revisora que contempla la propia norma.

Y no resulta fácil aventurar cual va a ser la linea jurisprudencial que resuelva dicha cuestión –por ahora inexistente–, pues si bien es cierto que cuando se trata de locales de negocio la oposición “extemporánea” –por decirlo de alguna forma– del arrendatario al proceso revisorio iniciado un año –como mínimo– antes no le causa ningún problema al arrendador (el contrato se extinguiría igualmente el 31 de Diciembre de 1999, sea cual fuere el momento en que se produzca dicha circunstancia opositora, amén de percibir un alquiler superior al haberse producido como mínimo una primera revisión), no cabe decir lo propio por lo que a las viviendas se refiere al haber previsto el legislador que la extinción del arriendo se produce a los ocho años, pero contándose dicho plazo “a partir de la fecha del requerimiento fehaciente del arrendador”, con lo que el arrendatario estaría en una situación de privilegio permanente interín se desarrolla y no se ha culminado en su totalidad el proceso revisorio, para decidir a su antojo cuando le resulta conveniente poner fin a dicho proceso con la seguridad de que hasta que no hayan transcurrido ocho años desde dicho momento no quedará resuelto definitivamente el arriendo.

d) Silencio positivo. Art. 101.

El mecanismo revisorio, tanto en lo que se refiere a viviendas como a locales de negocio, prevé un previo requerimiento fehaciente al arrendatario a partir de cumplirse una anualidad de vigencia del contrato, acompañando el certificado del I.N. de E. expresivo de los índices determinantes de la cantidad notificada, posibilitando al arrendatario de vivienda o local el oponerse a la pretendida actualización de la renta, comunicándoselo fehacientemente al arrendador en el plazo de treinta días naturales siguientes a la recepción del requerimiento de este, en cuyo caso –como hemos analizado anteriormente– el contrato se extingue a los ocho años desde la fecha del requerimiento (vivienda) o cinco (local), caso de que el arrendatario opte por esta via.

Sin embargo, si la actitud que adopta el arrendatario es la de no aceptar, simplemente, la pretendida revisión, bien sea en función de los ingresos que percibe el grupo familiar (viviendas), o por incorrecta aplicación

de cuanto estatuye al efecto la Disposición Transitoria 3ª y 4ª en cuanto a los locales de negocio o asimilados, curiosamente la norma no establece expresamente un plazo de oposición al requerimiento practicado y en consecuencia, no cabe deducir “ab initio” y “ex lege” que el silencio del arrendatario en un determinado plazo convierte en aceptación tácita la revisión postulada por el arrendador.

Lo único que aparece resuelto en lo que se refiere a las viviendas es que “en defecto de acreditación por el arrendatario de los ingresos percibidos por el conjunto de las personas que convivan en la vivienda arrendada, se presumirá que procede la actualización pretendida”, es decir que aquí lo que se produce es una inversión de la carga de la prueba, pero sin que se sepa exactamente a partir de cuando se produce dicha presunción a favor del arrendador.

Al seguir vigente el Texto Refundido de 1964 para los contratos anteriores a 1 de Enero de 1995, en todo aquello no especialmente previsto en la L.A.U. 29/94, al indicarlo así expresamente todas las Disposiciones Transitorias, cabe pensar que el art. 101 del Texto Refundido 1964 sigue siendo de aplicación, al tratarse en definitiva de una actualización legal, desvinculada, por tanto, en su origen, conceptos que la configuran, plazos, porcentajes exigibles y prohibiciones, de la voluntad de las partes, por lo que si el arrendatario no contesta en el plazo de 30 días a la notificación del arrendador y a tenor de dicho precepto en su epígrafe 2-2ª, se entenderá que está conforme al interpretarse su silencio, por imperativo de dicha norma, como aceptación tácita, viniendo obligado a satisfacer el recibo con las modificaciones correspondientes. La aplicación de dicho precepto no es aceptada por la generalidad de la Doctrina, habiendo recaído Resoluciones contradictorias: Así lo aceptan: A. P. Pontevedra: 7 Junio 1996 y A. P. Palma (Secc. 3ª): 11 Enero 1996, mientras que la A. P. Barcelona: 26 Febrero 1996 sostiene que no resulta de aplicación “al estar previsto para supuestos distintos del aquí contemplado, y referirse a los incrementos regulados por los arts. 99 y 100 del Texto Refundido 1964, que ninguna relación guarda con la cláusula de revisión”.

En cuanto a si el silencio positivo cabe deducirlo del propio Texto de la Ley 29/94, la Jurisprudencia no es en modo alguno uniforme, habiéndose pronunciado los Tribunales mayoritariamente en el sentido de estimar aceptada tácitamente la actualización por parte del arrendatario si en el plazo de 30 días naturales desde practicarse el requerimiento no manifiesta oposición alguna al mismo, por considerar extensivo dicho plazo no sólo al beneficio de la opción de NO REVISION sino también al de oposición al proceso revisorio notificado por el arrendador.

Así: A. P. Pontevedra: 30 Noviembre y 4 Diciembre 1995.
A. P. Oviedo: 18 Abril 1996.

A. P. Palma Mca. (secc. 3ª): 11 Enero, 11 Junio y 17 Octubre 1996.

En contra: A. P. Barcelona: 26 Febrero 1996.

A. P. Salamanca: 18 Julio 1996: Sosteniendo que en el juego de la norma no cabe alegar una falta puntual de contestación o plena acreditación por el arrendatario de las circunstancias en que se ampara para negar la actualización, pues la ley no exige que tales comunicaciones hayan de efectuarse imperativamente en el plazo de treinta días siguientes a la recepción del requerimiento del arrendador.

e) La actualización no debe efectuarse necesariamente durante 5 ó 10 años.

Cuestión controvertida al publicarse la Ley y que ya tiene señalada una clara línea jurisprudencial.

Una interpretación puramente literal de la regla 11-9ª a) y b) Transitoria 2 conduce a pensar que la actualización de la renta en las viviendas tiene que ser inexcusablemente realizada en un periodo de 10 años o 5 (vivienda: ingresos superiores a 5'5 veces el salario mínimo interprofesional), lo que supone una total contradicción con lo dispuesto en la regla 2ª en la que se prevé que “para el caso de aplicarse la tabla de porcentajes que corresponda resultase que la renta que estuviera pagando en este momento el arrendatario fuera superior a la cantidad que corresponda en aplicación de tales tablas, se pasaría a aplicar el porcentaje inmediatamente superior, o en su caso el siguiente o siguientes que correspondan, hasta que la cantidad exigible de la renta actualizada sea superior a la que estuvieren pagando”, es decir que en aplicación de dicha mecánica el plazo de revisión podría verse sensiblemente reducido.

Dicho asunto –al publicarse la Ley– fue objeto de encontradas opiniones entre los Tratadistas en la materia y ya han recaído algunas resoluciones, así: A. P. La Coruña: 16 Febrero 1996, A. P. Valladolid: 26 Febrero 1996, A. P. Zaragoza: 15 Mayo 1996, todas ellas en la misma línea y en el sentido de que la actualización no necesariamente debe efectuarse durante 5 ó 10 años, basándose fundamentalmente en el examen de las vicisitudes parlamentarias de tales preceptos al acoger una enmienda del grupo socialista en el sentido de conseguir con el precepto aprobado una reducción de los plazos máximos establecidos, y fundamentalmente en que la regla general (5 ó 10 años) es general siendo especial la regla 2ª (reducción plazos), siendo preferente ésta a aquélla.

f) Aceptación 1ª revisión y oposición a las posteriores.

Una de las materias que está creando una mayor conflictividad durante estos últimos meses es la que se produce al momento de ponerse en marcha el mecanismo revisorio para consolidar la 2ª actualización de la renta:

Se está produciendo un fenómeno muy curioso: cuando el año 95 se inició el proceso de revisión con la 1ª notificación, el receptor arrendatario no calibró en su justa medida las consecuencias económicas que le iba a suponer su progresiva aplicación, aceptando sin mas la 1ª revisión y no preocupándose siquiera de tener un asesoramiento adecuado en orden a acreditar su posible carencia de los ingresos familiares que con –carácter mínimo– establece la Ley, y ello debido fundamentalmente a que el aumento del alquiler que se producía casi siempre era pequeño y fácilmente asumible por cualquier arrendatario.

Cuando ahora se le notifica el 2º aumento éste ya resulta considerable y es cuando pretende ignorar lo acontecido el año anterior en que –sin mas– aceptó el primer aumento y –por ende– todo el proceso revisorio, y se opone a la actualización.

También se está dando el caso de haberse producido sustanciales cambios en los ingresos del grupo familiar durante el año anterior (piénsese en un hijo conviviente, con un buen sueldo y que al casarse o emanciparse deja el hogar conyugal) con lo que dicho grupo familiar no alcanza los mínimos establecidos en la regla 7 del apartado 11 de la Disposición Transitoria 2ª.

Cómo es fácil imaginar, al producirse –como decía– tal tipo de situaciones durante el presente año 1996 al momento de practicarse la 2ª notificación, no ha recaído –que yo sepa– ninguna resolución judicial a nivel de Aud. Provincial que resuelva tan peliagudo asunto.

A mi entender la situación jurídica creada en el primer año es ya definitiva, pues en otro caso –y así lo viene diciendo algún que otro tratadista– el proceso de actualización quedaría a merced de los cambios de una sola de las partes, incluso por decisión unilateral, pues no solamente se puede plantear porque el arrendatario se jubile, esté en paro laboral, sino también porque deciden que un hijo que aportaba dinero salga del hogar familiar, aunque sólo sea formalmente, etc.

De no ser así se crearía una total situación de inseguridad jurídica, –amén del colapso que se produciría en los Juzgados–, si cada año del proceso revisorio cabía la posibilidad de cuestionar el nuevo aumento, bien por parte del arrendador o arrendatario pues la situación de los ingresos familiares podría igualmente haber devenido en suficientes a tenor de los techos mínimos que marca la ley, caso de obtener ahora unos ingresos que no existían al año de iniciarse el proceso revisorio, etc.

La Ley nada establece al respecto y en apoyo de la tesis expuesta cabe añadir que al igual que convenida una cláusula revisora, antes de entrar en vigor la actual L.A.U., a tenor de las variaciones del I.P.C., su aplicación

futura en modo alguno podría quedar cercenada por mor de unas circunstancias económicas desfavorables sobrevenidas al arrendatario en el curso del arriendo, sin posibilidad de utilizar la conocida cláusula “rebus sic stantibus”.

En definitiva: La 1ª Actualización debe resultar vinculante para ambas partes, arrendador-arrendatario, y ello independientemente de las circunstancias de toda índole que puedan surgir en el futuro mientras dure el arriendo.

Este criterio fué ratificado por el propio Defensor del Pueblo, que con fecha 24 de Febrero de 1995 –recién publicada la Ley– pide al Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, hoy de Fomento, que se dicten normas complementarias modificando entre otras cosas de la nueva L A.U. la conveniencia de que los cambios de los ingresos de los arrendatarios sean tenidos en cuenta en el curso del proceso revisorio y a tal fin solicita que “se establezca una modulación del periodo de actualización de la merced arrendaticia, para que las incidencias en los ingresos de las respectivas unidades familiares sean tenidas en cuenta tanto al alza como a la baja para la reducción o ampliación del citado plazo, de acuerdo con el principio de estabilidad familiar en la vivienda reconocido por la Ley”.

Y una proposición similar fue hecha por el Grupo Parlamentario Popular sin que se llegara a tramitar por la vía reglamentaria correspondiente.

g) Actividad que se desarrolla. Condena de futuro.

Uno de los aspectos que más llama la atención de la Ley es la trascendencia que comporta la “actividad que se desarrolla en la finca arrendada”, pues ello condiciona sustancialmente tanto el proceso revisorio de la renta como la propia duración del arriendo.

A diferencia del régimen anterior según el cual el desarrollo de una “actividad profesional” no afectaba a la prórroga obligatoria ni tampoco tenía especial incidencia en la renta, con la nueva normativa (Disposición Transitoria 4ª) tal tipo de arriendos son los que se encuentran con peor tratamiento para el arrendatario quien, amén de verse obligado a culminar y como máximo en cinco años el proceso revisorio, a los cinco años desde el inicio de la Ley, esto es el 31 de Diciembre de 1999, se encontrará –salvo que haya actualizado el 100% del alquiler el primer año en cuyo caso el plazo será ampliado en cinco años más– que el contrato quedará extinguido en la fecha indicada.

Se plantean infinidad de supuestos en los que la actividad del arrendatario no resulta fácilmente encajable bajo el concepto de “actividad

profesional”, así, p.e.: farmacéuticos, peluqueros, sastres, tapiceros, restauradores de muebles, carpinteros, etc. (son comerciantes o profesionales?). A.P. Cuenca: 6 Abril 1996 - Peluquería Profesional).

La base de toda actividad mercantil o industrial (A. P. Barcelona: 9 Febrero 1996) la constituye “el conjunto de operaciones materiales que viene exigida por la producción o cambio de mercancías, lo que determine la existencia de un patrimonio industrial o acervo mercantil del cual forman parte las propias existencias del negocio”.

Por otra parte se produce la paradójica situación de que gran número de dichos arrendatarios adquirieron sus derechos arrendaticios como consecuencia de un traspaso (Peluquerías, Farmacias, Carpinterías), lo que pugna frontalmente con la “actividad profesional pura” (piénsese en un despacho de Abogado, Médico, etc.) a cuyo arrendatario “ex lega”, históricamente, le ha sido vedado tal derecho de traspaso.

De ser catalogadas dichas actividades como propias de un “comerciante” y no propias de un “profesional”, si se trata de personas físicas, su derecho de prórroga se mantiene “sine die”, quedando sometidos al proceso revisorio del alquiler que puede alcanzar hasta 10 años, lo que evidencia la diferencia de trato si lo comparamos con el que recibe el mismo arrendatario si su actividad se considera como la propia de “profesional” (5 años revisión y 5 años duración).

Una cuestión intimamente ligada con la expuesta la constituye La CONDENA DE FUTURO. ¿Cabe plantear ahora una demanda postulando, en función de lo antedicho, que el contrato quedará resuelto a los 5 años?

Si bien es cierto que una condena de futuro no es aceptada “ab initio” por los Tribunales, así: T.S. 24 Septiembre 1984, entre otras muchas, en contra de otras, así A.P. Palma: 27 Noviembre 1989 (secc. 3^a) al decir que “nada impide solicitar de futuro una condena judicial, solamente ejecutable cuando el plazo pactado haya vencido”, en línea con la del T.S. de 20 Junio 1986 sobre que “la proscripción de la condena de futuro no es general”. Y la A.P. Palma (sección 3^a) de 16 Septiembre 1996, en aplicación de la nueva Ley estima una demanda dando por resuelto un contrato de arrendamiento de local de negocio a los cinco años de vigencia Ley, esto es 31 Diciembre 1999, sin que dicha resolución derive de un proceso de revisión de rentas, no es menos cierto que dicho asunto necesariamente tendrá que quedar resuelto por el Tribunal, aunque de forma indirecta, como consecuencia del proceso de revisión de renta que señala unos parámetros (plazos, coeficientes de aplicación) diametralmente opuestos –conforme decimos– según que el arrendatario sea un profesional o comerciante.

IV.- PROCEDIMIENTO.

La simplicidad de las normas rituarías con que se ha pretendido regular los conflictos arrendaticios urbanos, está ocasionando enormes dificultades en la práctica cuyo solo análisis justificaría una charla monográfica sobre el tema.

A pesar del escaso tiempo del que dispongo no puedo evitar la tentación de plantear algunos de sus aspectos problemáticos:

a) Desahucio directo o determinación de renta.

Una de las cuestiones más novedosas, trascendentes y problemáticas de la nueva Ley, como hemos visto, la constituye el tema de las revisiones de renta.

Una vez el arrendador ha procedido a poner en marcha el mecanismo revisor y se produce el silencio o aceptación tácita del arrendatario, surge la duda procesal sobre si el arrendador puede interponer directamente el correspondiente desahucio por falta de pago contra el arrendatario y a tenor de la renta revisada, justificando y acreditando simplemente en la demanda haber cumplido con los requisitos notificadorios que establece la L.A.U., o –si por el contrario– le esta vedada dicha vía procesal al haber previsto el legislador (art. 38-4º) precisamente que las acciones para la “Determinación de la renta” se deben decidir en procedimiento verbal, esto es NO el específico del Falta de Pago apuntado, y lo mismo cabe decir en relación a los “importes que de conformidad con la Ley corresponda abonar al arrendatario”.

La experiencia diaria de nuestros Juzgados más próximos pone en evidencia la diversidad de criterios existentes, aceptando unos Jueces que a través del juicio de desahucio y a pesar de las limitaciones probatorias que establece la propia ley rítuaría (art. 1.579: Confesión - Recibo pago) puedan los litigantes plantear y acreditar, como si de un declarativo se tratara, cuantas cuestiones puedan afectar a la determinación de la renta e importes reclamados, mientras que otros remiten al juicio verbal para proceder –con carácter previo– a la determinación del “quantum” que se reclama, y no hace sino incidir en esta inseguridad procesal las sentencias de la A. P. Córdoba: 11 y 26 Enero 1996 al entender que ni siquiera resulta de aplicación el Juicio Verbal al que –aparentemente– nos remite el art. 38-4 de la L.A.U. 1994, siendo de aplicación el Juicio de Cognición (art. 40 de la misma Ley) y conforme a la Disposición Transitoria 6ª, al cuestionarse en suma “no solo el hecho de la actualización de la renta, sino el derecho de si, conforme a la Ley, cabe o no la revisión”, y así lo dice la A. P. Gerona: 15 Mayo 1996 y A. P. Madrid: 28 Junio 1996.

Por otra parte la vía del art. 101 del anterior Texto resulta igualmente cuestionada –como hemos visto–, si bien entiendo que conserva su plena eficacia normativa y ordenadora para regular los arrendamientos celebrados antes del 1 de Enero de 1985 al no haber sido derogado dicho cauce procesal por la nueva L.A.U. por lo que es perfectamente aplicable para regular el procedimiento a seguir en la actualización de rentas que la nueva Ley autoriza.

Por lo tanto si el arrendatario no contesta en el plazo de 30 días a la notificación del arrendador, se entenderá que está conforme, a tenor de lo dispuesto en la regla 2ª, apartado 2, y deberá satisfacer el recibo con las modificaciones correspondientes, según la regla 3ª del citado precepto legal. Si dejara de pagar el nuevo importe, el arrendador tiene vía libre para acudir al desahucio por falta de pago, ya que al silencio la norma legal lo considera como aceptación tácita y así lo tiene declarado la sentencia de la A.P. de Palma de 11 de Enero de 1996, y para el supuesto de existir oposición del arrendatario, si será preciso acudir a) al juicio verbal de “determinación de rentas e importes” indicado, pero siempre en el plazo de tres meses que señala dicho precepto y desde la fecha en que se produjo dicha oposición, b) y todo ello sin perjuicio de utilizar el mecanismo resolutorio que dimana del indicado art. 101 y que según la tesis más generalizada si de revisiones de renta resultantes de la nueva L.A.U. se trata, tendría que utilizarse el Juicio de Cognición, al postularse –en definitiva– la resolución del arriendo en determinados supuestos de oposición temeraria al aumento.

b) Nuevos desahucios: Renta - Cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario (art. 27).

Es una de las novedades de la Ley la de haber elevado –a efectos del desahucio por falta de pago– a la categoría de renta propiamente dicha la de los impagos referidos a “importes bien asumidos o que corresponda satisfacer al arrendatario”, a tenor del nuevo Texto, como resultan ser, p.e., el coste de servicios y suministros (gastos de comunidad), I.B.I., repercusión obras, etc.

Conocemos ya algunas sentencias de Juzgados de 1ª Instancia de Palma, A.P. PALMA (secc. 3ª, 11 Junio 1996 (gastos de comunidad) y A. P. Gerona: 15 Diciembre 1995 que aceptan inequívocamente lo que podríamos denominar “Los nuevos desahucios de la L.A.U.” al referirse a importes distintos de la renta y que por la mecánica ritual de la nueva L.A.U. su impago, provoca el desahucio del arrendatario salvo que esté en condiciones de poder enervar.

A. P. Segovia: 11 Diciembre 1995: “No será exigible su pago por el

arrendatario sin la previa comunicación y exhibición del recibo de pago por el arrendador”.

El problema para el arrendatario se agrava no sólo ante el riesgo constante de poderse ver involucrado en tal tipo de procedimiento (piénsese que los gastos de comunidad se generan con periodicidad, en ocasiones, mensual) sino lo que es mas grave por el hecho de que ante una segunda reclamación, y por la nueva redacción dada al art. 1.563 de la L.E.C., se ve inexorablemente abocado al desahucio ante la imposibilidad de enervar e incluso –a tenor de la propia norma– en el supuesto de haber sido requerido de pago con una antelación de cuatro meses a la presentación de la demanda, y conforme recoge la A.P. Palma (sección 3ª) de 11 de Junio de 1996.

c) Enervaciones.

El art. 1.563 de la L.E.C., en su modificación operada a través de la Disposición Adicional 5ª de la nueva L.A.U., establece que la ENERVACIÓN “no tendrá lugar cuando se hubiera producido otra anteriormente”.

Su desafortunada redacción ha provocado ya un gran número de litigios al no quedar suficientemente establecido si a los efectos enervatorios indicados deben ser o no computadas las enervaciones que se hubieran podido producir con anterioridad a su entrada en vigor, esto es, 1 Enero 1995. Las resoluciones de las A. P. son numerosas al respecto y además contradictorias: Algunas Audiencias se pronuncian en el sentido de tener que computarse los enervamientos ocurridos tanto bajo la vigencia de la Ley 29/94 de 24 de Noviembre, como con anterioridad a la fecha de 1 de Enero de 1995, así:

A. P. Cuenca: 5 Junio, 11 Julio y 25 Octubre 1995,

A. P. León: 31 Julio 1995,

A. P. Valladolid: 13 Julio 1995 y 22 Marzo 1996,

A.P. Pamplona 17 Octubre 1995,

A. P. Zaragoza: 30 Enero 1996,

A. P. Granada: 26 Febrero 1996.

La A. P. Palma de Mallorca (secc. 3ª): 17 Octubre 1996, ha tenido ocasión de pronunciarse en parecidos términos, si bien en el supuesto contemplado el arrendatario había utilizado en TRES ocasiones el privilegio enervatorio con anterioridad a Enero de 1995 y entiende la Sala que resulta de aplicación en tal supuesto el art. 147.3 del Texto 1964 por reiteración en el uso de dicho privilegio, ya que de no ser así “se produciría el absurdo de que, habiendo sido ya reiterativas las enervaciones anteriores a la nueva L.A.U. y no mereciendo amparo legal de la Ley antigua, lo tendrían de la nueva Ley

que exige dos enervaciones, a pesar de que es mas restrictiva”. En similares términos A. P. Tenerife: 18 Abril 1996. La gran mayoría proclaman la tesis opuesta en base fundamentalmente a que el nuevo art. 1.563, como norma procesal y en consonancia con la Disposición Transitoria Sexta, su contenido ha de aplicarse a los pleitos sustanciados bajo la nueva normativa y que al suponer una limitación de los derechos de los arrendatarios al matizar de forma significativa sus anteriores posibilidades de enervación y rehabilitación, al permitir la facultad de enervar en una sola ocasión, como toda norma limitativa que es, ha de ser interpretada judicialmente de manera restrictiva siguiendo el principio general “odiosa sunt restringenda”, y que además supondría disponer un trato discriminatorio al arrendatario, lo cual no se compadece con el principio de igualdad prevenido en el art. 14 de la C.E..

Así, sentencias:

A. P. Madrid: 14 Noviembre 1995 y 30 Marzo 1996.

A. P. Granada: 24 Noviembre 1995.

A. P. Soria: 8 Mayo y 27 Noviembre 1995.

A. P. Barcelona: 14 Febrero 1996.

A. P. Cádiz: 27 Febrero 1996.

A. P. Las Palmas: 29 Febrero 1996.

A. P. Pontevedra: 21 Marzo 1996.

A. P. Cordoba: 9 Abril y 6 Junio 1996.

A. P. Salamanca: 30 Abril 1996.

A. P. Oviedo: 16 Mayo 1996.

A. P. Zaragoza: 29 Mayo 1996.

Enervación desahucio:

1) Local negocio:

A. P. Caceres: 9 Febrero y 6 Junio 1996 “no cabe en los supuestos de arrendamiento de locales de negocio ...” y en base al preámbulo de la Ley.

A. P. Palma: 14 Diciembre 1995 - tesis contraria.

A. P. Zaragoza: 29 Mayo 1996 - tesis contraria.

2) de industria: NO procede, al posibilitarse exclusivamente en el art. 1.563 a los arrendatarios de “viviendas y fincas habitables en las que se realicen actividades profesionales, comerciales o industriales” A. P. Tenerife: 31 Mayo 1996.

d) Consignaciones para apelar.

La consignación de rentas a efectos de interponer recursos en la nueva L.A.U. ha dado lugar a opiniones contradictorias.

Parte de la doctrina entiende que, dado que la reforma del art. 1.566 de la L.E.C. se halla incluida en la Disposición Adicional 5ª-2ª de la L.A.U. 1994 que se encabeza con una referencia genérica a todos los procedimientos del art. 38 de dicha Ley, la necesidad de acreditar hallarse al corriente de pago de la renta al interponer recursos debe hacerse extensivo a todos los procesos resolutorios del arriendo, conforme a la normativa de la anterior legislación; sin embargo la mayoría sostiene que aún conscientes de que puede tratarse de un lapsus del legislador, al hallarse ubicado el art. 1.566 dentro de las concretas normas reguladoras del juicio sumario de desahucio, no cabe hacer extensivo tal requisito para recurrir a los demás procesos que no se sigan por estas normas, conforme a la interpretación restrictiva que prima en materia de admisibilidad de los recursos.

Y es este el criterio que mayoritariamente los Tribunales vienen sosteniendo, por entender que en la duda debe prevalecer la interpretación más beneficiosa al recurrente, aunque ello suponga romper con una larga tradición legislativa que exigía al arrendatario justificar el pago o consignar las rentas para recurrir.

Así: A. P. Palma de Mallorca: 27 Noviembre 1995 (secc. 3ª).
A. P. Oviedo: 15 Enero 1996.

Si se ejercita acción de reclamación de cantidades, acumulada a la del desahucio por falta de pago, la consignación de rentas para apelar resulta necesaria, según ha declarado la A. P. Badajoz: 29 Enero 1996.

V.- INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNAS NORMAS.

Aún cuando en el día de la fecha parece ser que no existen recursos planteados sobre la nueva Ley, nada lo impide –aunque no ya como recursos de inconstitucionalidad “per se” por el plazo transcurrido– debido a la notable inseguridad jurídica que suponen el complicado laberinto diseñado sobre la mal llamada transitoriedad de la Ley y la vulneración de los principios de equidad y justicia para situaciones iguales que manifiestan tratamientos diferentes.

a) UNIONES DE HECHO.

Introduce la nueva ley un elemento distorsionador del concepto de familia, equivocando la tradicional, sociológica y jurídicamente, con la eventual –afectividad– y antinatural –uniones del mismo sexo– en clara contradicción con la Constitución Española.

Los arts. 12.4 y 16.1 b) al regular el desistimiento y la subrogación en los nuevos arriendos y que a través de las transitorias 1ª y 2ª se hace extensivo a los concertados con anterioridad a su entrada en vigor, reconocen tal

derecho “a la persona que haya convivido con el arrendatario en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual”.

Pugna dicho precepto con el art. 39.1 de la C.E. que ordena a los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y el concepto constitucional de la familia no es otro que el derivado del art. 32 de la C.E., es decir, el hombre y la mujer en matrimonio.

b) DERECHO DE PRORROGA.

Sobre el derecho de prórroga del art. 57 del Texto Refundido de 1964 y que se mantiene incolume a través de la Disposición Transitoria 2ª de la nueva L.A.U. para los arriendos de viviendas anteriores a 9 Mayo 1985 o posteriores que así lo hubieren incorporado a sus contratos o para los arrendatarios de locales de negocio que sean personas físicas, ya se planteó en su día recurso de inconstitucionalidad recayendo sentencia del T.C. de 17 Marzo 1994 que no daba lugar a declarar la inconstitucionalidad, pero hubo un voto particular al que se adhirieron dos magistrados, entendiendo el Alto Tribunal que el derecho de prórroga no supone la desaparición o negación del contenido esencial del derecho de propiedad, respondiendo –en suma– a una finalidad tuitiva de intereses que se consideraban de una especial protección, concretamente los de los arrendatarios ante la situación del mercado inmobiliario. Con el nuevo espíritu de la nueva L.A.U. 1994 esa función social no está justificada, y por tanto, ha de ser el Estado del Bienestar a través de la solidaridad de sus ciudadanos, el que resuelva las situaciones injustas que se puedan producir, por lo que los argumentos de dicho Tribunal resultan hoy en día hartos discutibles.

c) Transitoria 1ª: Contratos celebrados después de 9 Mayo 1985 (Decreto Boyer).

En los supuestos –que abundan– en que se convino por los contratantes el sometimiento al derecho de prórroga, cuando se trate de arrendatarios personas jurídicas, cabe plantearse la inconstitucionalidad de dicha transitoria que respeta dicho pacto y que vulnera los principios de justicia y de igualdad respecto a similares arrendamientos concertados con anterioridad a dicha fecha y que en aplicación de la Transitoria 3ª tienen señalado un plazo de extinción de 5 a 20 años, según los casos.

d) Pago del I.B.I. (Transitoria 2ª 10.2).

El I.B.I. según el art. 61 de la Ley 39/88 de 28 de Diciembre reguladora de las Haciendas Locales, es un tributo de carácter directo, real, y cuyo hecho imponible gravita sobre las siguientes cualidades: propietario, usufructuario, superficiario o concesionario de la Administración; así, pues,

el simple arrendatario no puede ser gravado por este Tributo de acuerdo con la Ley y a voluntad del arrendador. Por tanto el arrendatario ni es contribuyente, ni puede ser sustituto del contribuyente según se desprende de los artículos 32 y 33 de la Ley General Tributaria de 1963, pudiendo colisionar este artículo por tanto con el art. 33.3 de la C.E.

e) Arrendamientos para actividades profesionales.

Una de las discriminaciones más notables de la L.A.U. (Transitoria 4^a) es la que se produce en el caso del arrendatario que desarrolla una actividad profesional, al considerarlo, a efectos del plazo de extinción del arriendo: 5 años, como un comerciante persona jurídica que desarrolla actividad no incluida en la División 6 de la Tarifa del Impuesto sobre Actividades Económicas, y que abona el I.A.E. más elevado, esto es, superior a 190.000 pesetas anuales.

La A. P. Cuenca: 6 Abril 1996 los considera “asimilados los arrendamientos sobre local de negocio”.

Por otra parte se elimina la subrogación mortis causa a favor del hijo o descendiente del titular del despacho.

Al publicarse la Ley ya se denunció la injusticia y agravio comparativo que se producía con tan desfavorable tratamiento, anunciándose la interposición de Recurso de inconstitucionalidad por parte de algunos de los colectivos más afectados por dicha norma que, aparte de ser totalmente discriminatoria no parece ni objetiva ni razonable.

f) EXIGENCIA DE LA FIANZA.

El único precepto de obligado cumplimiento para los contratantes, bien lo sean de vivienda o para usos distintos lo constituye la prestación de la fianza, y cuya exigencia suscitó una fuerte controversia cuando se estaba elaborando la nueva Ley, hasta el punto de que en algún Proyecto desaparecía su prestación, si bien –y así se recoge en el Preámbulo de la Ley– se pretende justificar revelando la importancia de estos fondos para la financiación de la política autonómica de vivienda.

Algún autor plantea la posible inconstitucionalidad de la normativa reguladora de la Fianza en la nueva L.A.U., impuesta incluso contra la voluntad de las partes y cuyo incumplimiento conlleva nada menos que la resolución del contrato, es decir el incumplimiento de lo accesorio se convierte en casi el del incumplimiento de una obligación contra el tenor del art. 1.124 del C.c. y si se considera un depósito de naturaleza administrativa, resulta inconstitucional al faltar la justa causa para exigir a un particular una cantidad en metálico sin ninguna contraprestación.

No obstante cabe decir que el T.S. (13 Junio 1992) ha dicho que no es inconstitucional el D. 1.949 (Regulador del Decreto de Fianzas), si bien al haber sido derogado por la nueva ley, y traspasadas las competencias sobre dicha materia a las C.C.A.A. surge la duda acerca de la constitucionalidad que sobre dicha regulación, incluso primitiva, arbitren los entes autonómicos, al echarse en falta –en definitiva– en la nueva L.A.U. la justificación del interés público para la obligatoriedad del depósito.

VI.- CONCLUSION.

Pienso que después de mi exposición es posible que algunas dudas que de seguro se planteaban muchos de los que me han escuchado pacientemente se hayan podido disipar, pero también soy consciente que la mayoría de los temas tratados, bien por su deficiente regulación en algunos casos o evidentes lagunas existentes en su regulación en otros, no permitirán una impresión tan optimista, si no mas bien de signo contrario máxime cuando la Jurisprudencia conocida hasta la fecha como hemos visto se muestra oscilante en muchos casos, lo que permite aventurar que nos queda un largo trecho por recorrer hasta conseguir una doctrina jurisprudencial más uniforme; –ahora bien lo que si puedo asegurar– y es un mérito que no cabe discutir a la nueva Ley es que va a contribuir a la mejora del empleo en el campo de la Abogacía.

EL MATRIMONIO CANONICO EN LIBERTAD:

Reflexiones al hilo de las fuentes históricas de su regulación

DISCURSO DE INGRESO A LA ACADEMIA DE D. ANTONIO PEREZ RAMOS

1. INTRODUCCION: EL DERECHO ROMANO, PRIMER ABANDERADO DE LA LIBERTAD MATRIMONIAL

Es justo, en efecto, reconocer a Roma y a su sabio derecho la condición, el mérito, de haber sido primer abanderado o adalid de la más antigua proclamación solemne, dentro de nuestra área occidental, del derecho de todo hombre y de toda mujer a contraer matrimonio en libertad: “ Libera esse matrimonia antiquitus placuit” (L. 2. Cod. de inutil. stipul VIII, 39).

Una proclamación fundamental, enraizada en el derecho natural, o si se prefiere en el derecho ideal, entendiendo por tal el conjunto de ideales jurídicos (Juan Igartua).

Y una declaración institucional, la romana, que en lo que tiene de positivación, es anterior al derecho específico matrimonial de la Iglesia católica. En otras palabras, Roma es nuestro precedente legal inmediato de la libertad, como exigencia del matrimonio, sin otras connotaciones o matizaciones. O sea del matrimonio nacido del consentimiento. ¿ Continuo o inicial ? Poco importa bajo el punto de vista estrictamente teórico o asépticamente puro de la libertad. Y en tal sentido repetimos que precedió, se adelantó, a la regulación canónica del matrimonio “in subiecta materia”.

Contemplamos, por ende, un fenómeno histórico-jurídico, que tiene su explicación obvia como jurídico y como histórico, pues no se olvide que el derecho es una realidad histórica. En efecto, la institución eclesial se implantó, originariamente, dentro de las fronteras del Imperio Romano. Y la incipiente preceptiva canónica, nacida tras la paz constantiniana, anduvo, en opinión de Piero Bellini, atenta, como siempre, a la valoración de los actos humanos “sub specie peccati” o “sub specie scandali”; y, en consecuencia, en

cuanto halló cualificaciones civiles —entiéndase del derecho romano vigente— que eran invalidantes legales de conductas anómalas de sus fieles, las acogió con un positivo aprecio . Postura que adoptó la Iglesia, al encontrarse, dentro del tejido social en que iba penetrando, con la dura realidad de la violencia de unos contra la libertad de otros, en algo tan intrasferiblemente personal y definitivo como el contrato nupcial (Wernz). Entonces el legislador eclesiástico hizo suyo, bautizándolo con ambas manos, el principio de la libertad, y lo declaró indispensable para poder casarse debidamente. Al tiempo que tomó el meritado principio del Digesto como “ratio”, junto al principio de la injusticia subyacente en la coacción, para regular el impedimento “vis et metus”. Una prohibición de contraer perteneciente, en expresión del Prof. Victor Reina, “al patrimonio más antiguo de la legislación canónica”. Y apostillamos, junto con el rapto, cuyo introductor en la categoría de óbice legal a la libertad nupcial, se debía ya probablemente a Constantino, quien la sancionó con pena de muerte para el raptor y para los cooperadores del delito, e incluso para la raptada, aunque hubiese luego consentido. Se diría que se castigaba entonces la injuria cometida contra la propia institución matrimonial. Asimismo, en aquel derecho romano cristianizado se buscaba tutelar otros valores superiores como la fe y la fidelidad, al establecerse el impedimento de disparidad de religión, primeramente entre judío y cristiana, por mandato de Constancio; y por el de Valentiniano, Teodosio y Arcadio, al de cristiano y judía, calificando el supuesto de adulterio y aplicando a la adúltera la pena capital, pena que Justiniano, en 566, substituyó por la de encierro de la mujer en un convento, no sin antes ordenar que la azotaran (Robleda).

Y todo esto, con ser otra la preocupación prioritaria en la legislación matrimonial de Constantino, o sea la de determinar, desde el enfoque del derecho y la teoría del consentimiento la cuestión de cuándo empezaba a vincular la realidad de la relación conyugal, así como, por influjo de la fe cristiana, mientras el gran protector de la Iglesia miraba de inculcar la idea de la indisolubilidad, desde la perspectiva dogmática (Arecherrena).

Refrendos y apoyos desde la vieja, sabia y lapidaria expresión del derecho romano a favor de la libertad de casarse, con que la Iglesia echó a andar; y que durante diecisiete siglos ha venido manteniendo, traspasando incontables fronteras culturales, encrucijadas ideológicas las más diversas, e inspirando legislaciones de la densidad y trascendencia como la matrimonial. Si bien hay que reconocer que el “*ius connubii*” o derecho natural de casarse sobre el cual se funda el derecho de los fieles al sacramento del matrimonio (Turnaturi), hasta épocas recientes no ha desplegado un desarrollo generoso en sede canónica (cc. 219, 1058). Y, lógicamente, menos aún se había proyectado con tanta fuerza sobre el mundo secular (J. Maldonado).

Nos referimos, con categoría y dimensión de derecho humano fundamental (Turnaturi) admitido entre los constitucionales canónicos, de nuestra material que no formal Constitución. ¿Exponentes? Ahí están el canónico-justiniano, el medieval o derecho de las Decretales; la normativa del CIC-17, cuyas normas se quedaron cortas, faltas de creatividad, sin pasar por la conveniente catarsis y liberarse de adherencias inútiles del pasado. Evidentemente les faltó una mayor inspiración evangélica y el que el Espíritu suscitara un Concilio Vaticano II por cuyo conducto se nos diera a entender que el elemento jurídico pacticio está puesto en el consentimiento personal e irreversible (GS, 48) y, por supuesto, libre (Parisella). Que también esta libertad específica forma parte de la genérica inherente a los hijos de Dios, y que se enmarca, con todas las consecuencias, en la esfera “libertatis” de todo bautizado (Hervada-Lombardía).

Ideal que, desgraciadamente, no siempre o no del todo se ha logrado; mientras se registran no pocas deficiencias, que los turistas somos propensos a disculpar, de acuerdo con el brocardo “distingue tempora et concordabis iura”. Y que hacemos en un saludable ejercicio de comprensión, tanto para con el derecho romano, como para con el canónico histórico. Fundamentalmente porque en lo que tienen de humano, han pagado tributo a la fragilidad y a la incoherencia, que bien plasmara Terencio, en su “humanus sum”... Y, todo bien mirado, por otra parte, a ambos derechos no se les podía pedir más. Esto es, el primero ya hizo bastante con ser signo, bandera, surcador de caminos. Y el segundo, con que defendiera, en sus albores, la institución misma y más directamente a los propios nubentes frente a la coacción, empezando por la que provenía de los padres y del contexto de una sociedad cerrada.

Otra cosa —y por cierto no menos sugerente— sería la consideración de la libertad en el matrimonio no confesional o civil. Es decir, en aquel sistema que naciera de la conjunción romano-canónica del Medioevo. Que luego se sacralizó en el siglo X. Y que desde la reforma protestante sufrió un proceso de secularización cada vez más desbordante. De esto haremos una sencilla alusión, al final, a modo de escolion.

De momento, nos quedamos, en unas reflexiones al hilo del correspondiente estudio de fuentes, planeando como primer frente por los juristas romanos y con sus esfuerzos, que son de agradecer, aunque fueran limitados en los resultados. Para continuar y detenernos en los Canonistas que, aunque abundaron en muchas sutilezas, las comprendemos, dadas las coordenadas en que se movía la concepción del hombre en el pasado, cuando se conocía tan poco sobre su libertad, principalmente por no haber penetrado todavía los progresos de las ciencias humanas en la complejidad del misterio humano.

¡Curiosas sutilezas de unos interpretando a los otros!. Como por ejemplo, el derecho romano prohibió “coniugia inter liberum et ancillam”. La ley canónica en un principio no se atrevió a rehusar tal prohibición y la mantuvo incluso en la primera Codificación, incrustándola en el can. 1083, en sede del error “condicionis servilis”. Pero la doctrina justificaría tan anacrónica y discriminatoria prescripción argumentando que no puede ejercerse una auténtica dilección entre aquellas personas de las cuales una reduce a la otra en servidumbre.

Igualmente, sirve de botón de muestra de ese talante hecho de respeto y conformismo esterilizante, de un talante felizmente ya periclitado, la no menos artificiosa interpretación del texto bíblico: “Lo que Dios ha unido, que no lo separe el hombre”. La literatura canonística acudiría a la hábil interpretación de Ivo de Chartres, para legitimar la separación canónica, pues: “ Quien separa, en el contrato, no es el hombre, sino la justicia (Bellini).

Son éstas, como es de ver, sencillas pinceladas y meras glosas en torno a la inscripción que da título a este Discurso nuestro. Un texto que, por su amplia formulación, propicia a lo ecuménico, a lo universal y hasta a lo planetario, bien pudiera lucir en el frontispicio de cualquier foro internacional de derechos humanos, o como leyenda en un Instituto multidisciplinar sobre el matrimonio o, a un nivel más modesto, en la antesala de cualquier vicaria o en la de un juzgado de familia, o quién sabe si presidiendo un paño de pared en un despacho matrimonialista.

En todo caso, la frase, enjundiosa y emblemática, nos ha servido, Excmos. Señores, de introducción al tema escogido para optar al ingreso en esta prestigiosa Academia, que me designara electo, como miembro de número, el 30 de junio del año pasado.

Útil, iluminadora, sugerente como la que más. Pues impacta a modo de indicador o referente de una cantera doctrinal y jurisprudencial de calado y de extensión a la vida personal, a la relación interpersonal dual que es el matrimonio, y a la misma sociedad en que vivimos. Así como, a fuer de mensaje que arranca, resuena y revierte a la entraña del pensar y actuar de hoy. Hasta el punto de que la libertad de elección matrimonial es, en el presente, uno de los signos de los tiempos, englobado en el más amplio de la libertad en general. Que goza de su momento estelar, como principio programático, que es elemento integrante de lo mejor de nuestro de nuestra cultura, y que se estructura como eje de nuestro sistema matrimonial, subsistema del canónico. Amén de figurar entre los más preciados valores, en la axiología de este fin de siglo. Un valor superior que muestran orgullosos los ordenamientos de los Estados democráticos, al autodefinirse en sus

respectivas cartas magnas, al sobreentenderse, como es en el caso de nuestra Constitución de 1978, la libertad matrimonial del art. 32, implícita en la libertad del art. 1.

Volvemos, por lo demás, en este introito, como en una especie de “ritornello”, a insistir en que la libertad de elegir matrimonio, que estimamos, a pesar de todo, constante histórica y que presentamos como luminosa en la defensa del hombre mismo, en el derecho eclesial, no empece la existencia de sombras, de oscuridades, de lagunas y baches en su seno, a través de los tiempos, tanto como formulación de un principio esencial del instituto matrimonial, como sobre todo si se bucea en la efectividad de la tutela real de los casos concretos o en la aplicación a personas, y a circunstancias, muchas de ellas sangrantes.

Datos negativos que no deben sorprendernos, si caemos en la cuenta una vez más de que la tensión y hasta la incoherencia y la confrontación pertenecen al propio ser eclesial. Que esa casi constante proclama de libertad es coordinada ideal de otra que se mueve con tendencia a bajar a ras del suelo. De donde no siempre son convergentes lo ideal con lo real. He ahí el “punctum pruriens” de este misterio divino y humano por el que navegamos. El lastre, consustancial, que acompaña a esta singular institución. El contrapunto. Y la dialéctica entre ley y libertad, entre pecado y gracia. La antinomia que busca, finalmente, la armonía escatológica. De todo esto nos ocupamos, de conjunto, en el epígrafe que sigue.

II. LA AUTOCOMPRESION DE LA LIBERTAD EN LAS DISTINTAS DISCIPLINAS JURIDICAS ECLESIASTICAS

Empecemos por unas someras consideraciones sobre la naturaleza del derecho en la Iglesia y sobre el puesto relevante que en el mismo ocupa la libertad: Para eso haremos un breve apunte de qué se entiende por libertad en las diversas disciplinas jurídicas que configuran nuestro Derecho confesional. No sin antes señalar que, dentro de este ordenamiento jurídico, el concepto de ley relacionado con el de libertad apunta de inmediato a lo que es correlativo, poliédrico o equivalente. Diversificándose tal relación según lo peculiar de cada rama del saber jurídico eclesial.

1) Así, desde la óptica del Derecho público eclesiástico interno, el binomio denota la existencia de una tensión con un poder al más alto nivel, que exige sumisión; de una autoridad en el vértice que impone obediencia incondicional; y de una jerarquía que pide orden y subordinación, en ocasiones desde una estricta visión de fe o en otras, gravando la conciencia. Por tanto, en dicha disciplina, antiguo corolario de la Teología

Fundamental, están estrechamente ligados y marcados de correlación y de interacción lo que, por un lado, es institucional o “ius cogens”; y lo que, por otro, es personal y opcional.

2) Mientras que para el Derecho publico externo la “libertas Ecclesiae”, contenido esencial de la tesis de la personalidad jurídica de la propia institución, se revela como requisito imprescindible de su ordenamiento primario, autosuficiente e independiente de los ordenamientos estatales, por voluntad de su Fundador. Libertad que es proclamada y reivindicada en las grandes declaraciones introductorias de determinados documentos de iglesia y, por descontado, en los Concordatos o Acuerdos de la Santa Sede con los diversos Estados.

3) Se da una tercera acepción de libertad que es la contemplada desde el ángulo del Derecho constitucional eclesiástico, o sea, como equivalente al carisma que estructura al pueblo de Dios (libertad institucional), y que lo configura en la vertiente de la espontaneidad y en línea con la igualdad fundamental entre todos los bautizados (libertad fundamental del fiel). Esto nos sitúa, por ende, ante un derecho publico subjetivo y un libertad pública, que es “erga omnes” y que ha de respetar y tutelar la autoridad social religiosa.

4) Con lo que nos acercamos al subsistema del Derecho matrimonial, dentro del marco general del sistema canónico, de naturaleza pública y de ámbito universal, como derecho común ordinario y cuyos principios son, según Llamazares, de un lado, el de equidad, como informador del sistema de normas y, de otro, el de sacramentalidad, según el cual la Iglesia aparece configurada como una institución sacramental de comunión, en tanto que principio informador del sistema de relaciones canónicas. En efecto, al ser configurado el matrimonio como la más pequeña, pero verdadera Iglesia –Iglesia doméstica, según los Padres y el Vaticano II– y, dada la analogía de la sacramentalidad, resulta que la relación entre la institución matrimonial y la Iglesia en la que se inserta es similar a la que el propio Concilio predica de la relación entre Iglesia particular e Iglesia universal. De donde habrá de concluirse que la institución matrimonial es, asimismo, el sacramento del amor divino y que en el deberá manifestarse el principio de equidad como expresión de la ley del amor.

Principio capital de sacramentalidad del que derivan directamente otros que, jerarquizados, son el institucional, el del consentimiento, el del “favor iuris” y el de la forma de celebración.

Y, a propósito de sistematización del derecho, de tiempo atrás venimos preocupados por la conveniencia de una axiomatización del sistema matrimonial, del que anda falto la Canonística respecto de la normativa

codicial, especialmente en el campo de la patología del consentimiento. Al tiempo que nos estimula la tarea, por cuanto que la sistematización es un buen instrumento metodológico para la búsqueda de la verdad y es una mediación, dotada de potente dinámica interna cuyo proceso dialéctico enriquece progresivamente la malla apresadora de la verdad. Aun a riesgo, bien lo sabemos, primeramente de que podemos caer en la exageración hegeliana de identificar verdad y sistema; y de que el previsible enriquecimiento conlleve un permanente enfrentamiento entre dato teológico y dato sociológico, como criterios últimos de contrastabilidad del sistema jurídico-canónico, concretamente del matrimonial.

III. LA ESPECIAL TUTELA DE LA LIBERTAD NUPCIAL EN LAS FUENTES DEL MIEDO INVALIDANTE

Puestos a investigar lo que estimamos el exponente más claro de la normativa canónica en defensa de la libertad, con método adecuado, nos autolimitamos, “prima facie”, a la patología del consentimiento meticoloso, por ser lugar preferente de encuentro del binomio libertad / coacción, donde el legislador protege con sanción de nulidad el quebrantamiento de la voluntad matrimonial en cuanto no libre. Avanzaremos como por un hilo conductor y, a grandes rasgos, veremos las fuentes históricas, así la extraeclesial más emblemática o el derecho romano, como las intraeclesiales más importantes y señeras. Haciendo del concepto “fuente” una lectura extensiva, es decir, no sólo abarcando las “essendi” sino las “cognoscendi”, incluido el propio magisterio, la enseñanza de los Santos Padres, la filosofía y teología escolásticas; también el llamado derecho litúrgico, en su acepción más generosa; amén de los criterios marcados por la doctrina científica y por la jurisprudencia.

A este propósito, no podemos menos de citar –siendo quien les habla fundamentalmente un juez– las palabras, en su texto original, de Cicerón, en el *De legibus*, III, 1: “*Ut enim magistratibus leges, ita populo praesunt magistratus; vereque dici potest magistratum legem esse loquentem; legem autem mutum magistratum*”.

Y aquellas otras de Carnelutti, en su “*Trattato del proceso civile*”, también originales, y apropiadas como las que más a una Academia de Jurisprudencia y Legislación: “*La dignità del giudice non cede nulla a quella del legislatore e le raccolte di legge non hanno maggiore importanza che quella della giurisprudenza. La giurisprudenza è, appunto, sullo stesso piano della legge perché non è altro che la legge interpretata*”.

Abrimos, pues, nuestro caminar investigador, de la mano de seguros guías; y presididos en todo caso por el “*leiv motiv*” del texto de portada, en

su doble dimensión enunciativa, o sea en razón de que los matrimonios han de ser libres; y de que esta voluntad del legislador “placuit” se pronunció así porque quiso; y “antiquitus”, o sea desde casi la noche de los tiempos.

1) La fuente extraeclesial por antonomasia, el derecho romano

Lo dijimos inicialmente. El Derecho canónico es tributario del romano. Ahora precisamos que éste influyó sobre el derecho canónico sobre todo indirectamente, esto es, a través del Decreto de Graciano y de las Decretales. Una influencia a tres bandas: La de suplencia de las lagunas de la norma canónica; la inspiración de elementos romanos, operantes en el subsuelo de diversas instituciones canónicas; y determinadas reminiscencias metodológicas que asimiló un sector de la doctrina canónica tradicional. Vayamos por partes:

A) Aportaciones romanas en el campo de las lagunas canónicas:

a) Descubrimos la primera en la interpretación del “vis metusve causa” como una hendiadis o un “metus ex vi”, conocida como “teoría unitaria”, la más común entre los romanistas. De donde resultaría que la “vis” es la clase única de la violencia moral. Con lo que quedaría descartada la “teoría dualista”, que parece desprenderse de la lectura “vis ac metus”, o de dos supuestos de violencia, que ya es actual; y en que el “metus” sería un estado de ánimo producido en la víctima a través de la amenaza, por causa de un peligro presente o futuro (Crisquoli).

b) La segunda aportación se cifra en que la “vis physica” sería el equivalente de la “vis corpori illata”, al tenerse en cuenta el medio de presión ejercido y el objeto al que la fuerza va dirigida. Una presión que puede conseguir “ab extrinseco” una declaración de voluntad, que causaría en la víctima una situación aflictiva y que al final acabaría por provocar una declaración viciada. Es lo que parece desprenderse de la lectura del punto del Digesto “quamvis si liberum esse noluissem, tamen coactus volui” (D. 2, 421). Mas, como observa Gordillo, el resultado terminal de esta violencia no es siempre de total exclusión de la voluntad o “vis impulsiva o ablativa”; sino que se quedaría en vis relativa, compulsiva, viciante o moral. Opinión que apoya Alvaro D’Ors, al entender que la “vis absoluta” es extraña al derecho romano, de modo que el principio de que la “voluntas coacta” sigue siendo voluntad es doctrina tomada, no del Derecho de Roma, sino de la Escuela de los estoicos. Lo que, igualmente, avala Hartkamp: El genuino concepto de violencia para el Derecho Romano era la situación de estar sometido a un “dominus”

c) Otro punto de interés interpretativo es si el impedimento de vis et metus era dirimente o no en el período clásico. Pues bien, para los

seguidores de la teoría del consentimiento continuo, en que matrimonio y coacción pueden coexistir, el matrimonio así contraído sería válido (Orestano) También para los seguidores del consentimiento inicial (Robleda), puesto que la cesión ante la coacción moral no anula el matrimonio. En todo caso, el matrimonio así contraído es rescindible, al amparo de la autoridad de Celso y de Paulo, configurándose entonces la acción / excepción “quod metus causa”. Mas el común de los romanistas afirman que en el periodo postclásico el matrimonio meticuloso, o afectado de fuerza o miedo era inválido fundados en el parecer de Ulpiano.

B) Elementos del miedo romano incorporados al canónico

a) En el derecho antiguo: Fueron la “actio metus”, la “restitutio in integrum” y la “exceptio metus causa”. Tomados como otros tantos remedios jurídicos para reprimir la violencia y tutelar a las víctimas de ésta.

b) En el derecho canónico medieval: Las Decretales incorporaron la teoría de la identificación o sea entre “vis et metus”. Mientras los glosadores desarrollaron la doctrina de la “vis compulsiva” Destacaban la famosa glosa “Accursiana” sobre un texto del Digesto (D. 4.2.9 pr.), en que el glosador, explicando el edicto del Pretor “Quod metus causa” introdujo, al adjetivar “metus” con “illatus”, un nuevo elemento configurador de la exterioridad, a saber, que el miedo lo causara precisamente una persona.

c) La canonística medieval prestó mas atención a la “vis phisica”, llevando al campo de la gravedad el módulo absouto del “vir constantissimus” del derecho de Roma; y haciendo hincapié en los requisitos legales cuyo objeto era el estudio de la actividad coaccionante del sujeto amenazante.

d) Menguada, sin embargo, fue la influencia romana en la doctrina canónica de los siglos XVI al XVIII, pues aunque se respetaron los principios de los juristas romanos, se tuteló más, según Dossetti, el elemento volitivo en los negocios jurídicos importantes como es el matrimonio. Dicho de otro modo, frente a la consideración puramente delictiva de la violencia, contemplóse el fenómeno coactivo desde el punto de vista de los vicios del consentimiento, y no como acciones puramente penales.

e) Por último, en la época de la primera codificación, la Jurisprudencia de la Rota dio una gran acogida al principio tantas veces citado del Digesto, sobre la libertad nupcial. Y al mismo tiempo, entre los años 1940 - 1950 Doctrina y Jurisprudencia repetían a menudo la definición de Ulpiano sobre el miedo, como “instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio”; y recurrían al principio de fuerza mayor, vertido por Paulo, a propósito del “Quod metus causa”; o sea se echaba mano al “maioris rei impetus qui repelli non potest”. Mientras la propia estructura del can. 1087 acusaba la

impronta del derecho romano, en cuanto que los varios elementos de dicha norma, yuxtapuestos, venían a conformar, en expresión de López Alarcón, una especie de tipo penal donde se tenía más en cuenta la violencia que produce el miedo que el miedo producido por la violencia.

2) Las **fuentes intraeclesiales**

Tales fuentes, las escritas –claro está– arrancan del siglo IV. Pues en los tres primeros siglos cristianos no se hallan leyes eclesiásticas sancionadoras de nulidad de los matrimonios coaccionados. De ahí que algún autor como Schmalzgrueber haya afirmado que el impedimento de fuerza y miedo es de origen consuetudinario; y que Wernz sostuviere que la falta de legislación primitiva, tuteladora de la libertad matrimonial, se ha de atribuir a que su fundamento es el mismo derecho natural, o por lo menos se explica tal laguna por la existencia del derecho imperial, que la Iglesia asumió, según dejamos sentado en los preámbulos de esta disertación.

A) Algunos cánones conciliares de la antigüedad

a) Son harto significativos los Concilios habidos en los siglos IV y V, como el de Ancira, can. 11 (año 314) y de Calcedonia, can. 27 (año 451), que dictaron disposiciones de carácter penal para proteger a las mujeres que fuesen raptadas con el fin de contraer matrimonio;

b) Y los celebrados en el siglo VI en España y Francia, como el Aureliano IV, can. 22 (año 541), el de Paris III, can. 6 (año 557), y el III de Toledo, can. 10 (año 589), castigaban con excomunión o con interdicto los abusos, especialmente de los nobles, por obligar a las vírgenes y a las viudas, e incluso a las monjas, a contraer matrimonio con determinadas personas.

B) El derecho litúrgico de los siglos IX a XI

Aporta, a través de la preceptiva sobre los ritos nupciales, una ayuda valiosa para conocer los criterios de la jerarquía sobre los requisitos exigidos en la preparación de los candidatos al matrimonio. Se trataba, claro está, de medidas indirectamente preventivas de nulidades, afianzando a los nubentes por los diferentes aspectos que encuadran la relación matrimonial, entre ellos los de justicia, los de libertad, y los de amor en libertad (“dilectio”):

a) Así el can. 10 del Sínodo de Pavía (año 850) urgía, tomándolo del simbolismo del velo que el sacerdote imponía a los contrayentes, el deber de entregar la “nupta” al varón, con el que había sido velada;

b) Las Falsas Decretales (siglo IX), al tiempo que reforzaban la necesidad de la bendición nupcial, abogaban por el derecho de los Obispos a regular las nupcias, remarcaban la indisolubilidad del vínculo, y proscribían el incesto y el raptó;

c) Hincmaro de Reims (siglo IX), si bien enseñaba, con toda la tradición, las desigualdades de roles en el conyugio, o sea que al varón toca la “praelatio”, y a la mujer la “subiectio”, atenuaba tal diferencia diciendo que, ello no obstante, la “dilectio” es la que constituye la verdadera relación de los sentimientos;

d) E Ivo de Chartres (siglo XI), deducía de los gestos y palabras de la bendición nupcial, entre otras cosas, el predominio del acuerdo de las voluntades de aquéllos que se unen deliberadamente. Para lo cual veía conveniente que ya para entonces hubieren llegado los contrayentes al uso de razón.

3) **La Patrística**, testimonio cualificado de la tradición eclesial de esta época, contribuyó más bien escasamente a la construcción de la dogmática jurídica o principios fundantes de la libertad de elección matrimonial. Efectivamente, las “razones de conveniencia” que emitieron a tal fin, desde su oficio teológico-moral y pastoral, se centraron, en virtud de las circunstancias de aquella hora histórica en que vivieron, en una labor de salvar, por un lado, la legitimidad de las nupcias, desafiando la “ratio peccati” de los puritanos montanistas; y, por otro, de destacar las excelencias del estado de la virginidad, como un don del Reino de los cielos, que había de ser reconocido sin ambages.

Y en esa coyuntura y confrontación dialéctica, en esa liza en que se apostaba por la primacía entre dos estados de vida cristiana, el matrimonio quedó en segunda posición, o sea en la fría categoría conceptual de vínculo y éste indisoluble, en el sentido de atadura, de renuncia. Es más, de pérdida de libertad personal, aun en el supuesto de que fuera un matrimonio por amor. “Tout court”, la persona, su libertad, su felicidad quedaban bastante en la penumbra, como bajo un hálito de pesimismo antropológico. Es lo que se desprende de tales “auctoritates”:

a) San Ambrosio vino a sentenciar que las nupcias, aunque por “amor”, no dejan de ser vínculo;

b) Y San Jerónimo, el Crisóstomo y el mismo San Agustín, llevados de su alto ascetismo de corte escatológico, se limitaron simplemente a justificar la bondad de la institución, en mérito a sus bienes intrínsecos, que el de Hipona cifró en tres; y que más tarde San Isidoro de Sevilla los identificó con los fines de la institución.

4) **Teología y filosofía escolásticas**

Vinieron, ciertamente, en ayuda del derecho matrimonial, por cuanto que se abrieron paso a la diagnosis de la patología del miedo. Pero caminaron, por lo general, por una vía estrecha, puesto que entendieron el acto humano en un sentido reduccionista. Tal sería la bipolar vertiente del voluntario

“simpliciter” y del voluntario “secundum quid”. Fue un engendro pobre y una técnica alicorta. Sin duda, por la influencia de la Patrística, tan lejana del hombre en dimensión tan humana como la matrimonial. La de entonces era otra mentalidad; otros intereses; otra preocupación. No se olvide que, de cara a la elección del estado matrimonial, éste era tenido como un asunto de familia; que, en particular para la mujer, el matrimonio era un destimo y casi una predeterminación, al que había que dejarse llevar preferentemente por el parecer de los padres. ¡Estaba todavía tan lejos la consideración del matrimonio como un ideal de vida, como una opción vocacional, y como una camino de santidad!

5) El pensamiento de Santo Tomás

Con lo dicho en el número precedente no hemos pretendido descalificar ni siquiera minusvalorar lo que de objetiva contribución a la causa de la libertad nupcial significó, excepcionalmente, para su época y para su escuela, el pensamiento de Santo Tomás. Ahí están textos que denotan cómo entendió el “Doctor Angélico” el acto voluntario, sin duda recogiendo enseñanzas de Aristóteles y de San Gregorio Niceno. Aludimos, pues, a ese particular, en una sencilla aproximación:

a) Efectivamente, el aforismo que adujimos y criticamos en nuestra introducción general, lo acuñó el de Aquino” (Sum. Theol, I-II, q. VI, art. 6): “Quod per metum fit simpliciter voluntarium est; secundum quid autem voluntarium”.

b) En cambio, es impecable y enjundiosa la expresión tomista “tener el dominio o el señorío de sí mismo” (“dominus suipisius”), especialmente aplicándola al matrimonio. De forma que, como recalca el Santo, para matrimoniar hace falta el libre albedrío o gozar de señorío sobre uno mismo por la razón y por la voluntad; de lo contrario, no hay verdadero acto humano de consentir.

c) Y un tercer texto tomista merece, igualmente, recordarse, relacionándolo con el temor reverencial. Y eso, aunque implique una concepción negativa, muy propia de entonces. Era la tensión dialéctica que él veía entre servidumbre perpetua, tal como se entendía el matrimonio, y la condición de toda persona, aun siendo libre y porque es libre precisamente. Reproducimos:

“Como en el matrimonio se da una cierta servidumbre perpetua, el padre no puede obligar al hijo, mediante mandato, para que contraiga matrimonio, en el supuesto de que el hijo sea de condición libre; sin embargo, puede inducirlo por una causa razonable. Nunca es lícito a los padres, en virtud tan sólo de la patria potestad, el uso del mandato absoluto y pertinaz para

coaccionar a los hijos al matrimonio, porque esto sería condenarlos a una especie de esclavitud irredimible” (Sum. Theol. Suppl. q. 47, art. 6).

6) El Decreto o “Concordia discordantium canonum”, de Graciano

Hay dos datos a considerar en la patología jurídica del “metus”, como:

a) La desautorización de la praxis de que las hijas sean prometidas en matrimonio por sus padres, sin contar con el consentimiento de aquéllas (C. XXXI, Q. II, c. 1); y

b) La urgencia de que se cumpla la norma de que los contrayentes no accedan al matrimonio contra su voluntad (C. XXXI, Q. II, c. 3).

7) Las Decretales

Contienen una preceptiva importante:

a) Primeramente, la llamada carta magna de la libertad matrimonial, debida a Alejandro III. Se encuentra en el cap. 14 “De Spons. et Matr.”, y se titula “Quum locum”. Reza: “No tiene lugar el consentimiento donde interviene miedo o coacción. Por eso hay que investigar en el ánimo de quien lo presta, no sea que alguien, por temor diga que quiere aquello que en realidad aborrece”;

b) En los capítulos 15 y 28 del mismo título se deja bien sentado que es inválido el matrimonio cuando intervenga vis - metus “qui cadere potuit in constantem virum”;

c) Del principio de libertad matrimonial, reproducido del Digesto, unido a una máxima de experiencia, fue autor el Papa Gregorio IX, en el Cap. 17 “De sponsalibus”, y se acuñó en estos términos: “Cum libera debeant esse matrimonia et coactiones difficiles solent frequenter exitus habere”;

d) El establecimiento de la condición de sexo como elemento diferenciador en la estimación de la gravedad del miedo: La mujer es más fácilmente influenciable que el hombre (Gregorio IX, cap. 5, III, 4, 28);

e) La introducción del miedo indirecto, si bien no invalidante del matrimonio, a no ser que el sujeto paciente quedase reducido a la esclavitud como consecuencia de la coacción (Inocencio IV);

8) Los decretalistas

Sobre todo los más conspicuos en el conocimiento del capítulo de la “vis et metus”, contribuyeron con elementos tan significativos como:

a) El introducido por Enrique de Susa (“El Hostiensis”), quien enseñó, fiel al Derecho romano, que el miedo accidental violento ha de ser provocado por obra de hombre (acción humana, causa libre);

b) Sin embargo, dicho autor rompió con el precedente romano, en la consideración subjetivista que hizo acerca de la relevancia jurídica de la sospecha de males;

c) San Ramón de Peñafort y Bernardo de Pavia, por su parte, dieron a entender, por el hecho de no mencionar la “vis et metus” por separado o excluir estos términos de la lista de los impedimentos, que optaban por la tesis de la identificación de uno otro miembros del binomio;

d) Asimismo, el propio Peñafort, al tocar el aspecto de la justicia, se ciñó a la regla del miedo “cadens in virum constantem”; y con él se plasmó el dístico penal “stupri, sive raptis status, verberis atque necis”. Justo el paradigma o la regla para estimar a uno como “homo constans”, o sea como el que sólo se deja amedrentar por males muy graves como los expresados en el mentado verso latino (González del Valle). Si bien el célebre canonista dejó a salvo la relatividad del miedo infligido a la mujer, y admitió una cierta diversificación, según fuere la clase o condición de las personas víctimas de la coacción moral;

e) Y Juan de Andrés afirmó con rotundidad: “Ubi est vis non est consensus, ergo nec matrimonium”.

9) La normativa de Trento

Este Concilio, en su afán reformador, abordó tres puntos que ya habían sido objeto de atención legislativa en el Derecho antiguo. Esto es:

a) En el capítulo “Tametsi” proclamó los principios de consensualidad y el de indisolubilidad, ambos en el eje del sistema matrimonial católico;

b) Prohibió y sancionó con graves penas a los señores y magistrados que forzasen a sus subordinados al matrimonio, circunstancia que venía produciendo un sinnúmero de matrimonios nulos;

c) Un grupo de Padres y teólogos conciliares se esforzaron en defender especialmente la libertad de los hijos menores de edad para poder contraer matrimonio, con independencia de la voluntad de sus padres. Sólo si aquéllos eran libres su matrimonio era válido;

d) Desglosó también la Asamblea los impedimentos del miedo respecto del de raptó, al presumir también en este supuesto la invalidez de contrato matrimonial, cabalmente por inexistencia de consentimiento. Sería el modo de tutelar la libertad de la raptada, aun suponiendo que ésta hubiese emitido un consentimiento matrimonial en la celebración nupcial.

10) Los canonistas más notables de los siglos XVI a XX

a) Tomás Sánchez

Fue el principal defensor del miedo directo, restando toda relevancia al

indirecto; pues en este caso es el propio contrayente quien se impele a sí mismo al matrimonio, y por tanto no es inducido por otro;

Interpretó la regla “*vir constans*” para medir la gravedad de la voluntad coaccionada, atendiendo a la edad, al sexo, a la condición de la víctima;

Queriendo salvar, sin duda, el pensamiento de Ambrosio de que la indisolubilidad hace perder la libertad personal, señaló que tal pérdida es recompensada por el amor mutuo esponsalicio, hecho a semejanza del de Cristo a su Iglesia;

Y en cuanto al “*metus suspicionis*”, advirtió que, si la sospecha es fundada o probable, constituye un verdadero miedo “*ab extrinseco*”.

b) Juan de Lugo

Dejó escrito, entre otras cosas:

El miedo que anula el matrimonio ha de ser grave e injusto, pero no es preciso que sea directo, sino que basta el indirecto, pues el resultado de ambos es el mismo en quien lo padece;

El requisito de la gravedad se ha de atribuir al temor, no a la violencia;

El miedo hace nulo el matrimonio porque con él se causa una injusticia al sujeto paciente, y no precisamente una falta de libertad de elección;

Para el autor cabe la relatividad en la injusticia, de modo que en la prueba del miedo se ha de atender tanto a las cualidades de la víctima, como también a su estado de ánimo, que a veces solamente se ve alterado eventualmente a la hora de casarse, hasta el punto que un miedo teóricamente leve pudiera en tal supuesto convertirse en grave.

c) Schmalzgrueber

Siguiendo al Cardenal De Lugo, defendió la teoría del miedo indirecto como invalidante del matrimonio;

También, que el fundamento del impedimento de “*vis et metus*” no está en que la violencia quite la libertad del nubente; sino en la injusticia cometida por haber causado tal violencia de un modo no permitido por la ley;

En esta línea llegó a defender que, como el miedo injusto trae consecuencias desastrosas para la convivencia conyugal, procede que se haga rescindible el contrato en que operó dicho miedo;

Así como profesó el voluntarismo escolástico, al afirmar que el matrimonio celebrado por miedo regularmente es válido, toda vez que de sí no quita el voluntario, “*cum coacta voluntas adhuc sit voluntas*”.

d) Coscius

Al ocuparse de la patología de la separación conyugal, escribió: “Para irritar el matrimonio, que significa la unión de Cristo con la Iglesia, fundada en el amor libre y voluntario, no en la coacción, basta un miedo menor que en los demás contratos, debido a la máxima libertad que se desea en el matrimonio”.

e) Van Espen

Con haber sido jansenista, gran teórico del “placet” y del “exequatur” regalistas, defendió, coincidente con Coscius, la libertad matrimonial, basándose en la superioridad del contrato conyugal sobre los demás contratos, por ser una unión de amor, incompatible con cualquier tipo de coacción. Y, a la vez, por ser un contrato indisoluble;

Aunque voluntarista, entendió que “en una acción hecha por miedo interviene un cierto involuntario contrario a la libertad”;

En el requisito de la gravedad extendió la tradicional regla del “vir constans” a la “constans foemina”;

Invocó la autoridad de las Decretales, para hacer suyo el “Cum libera debeant esse matrimonia”;

Y, con Schamalzgrueber, consciente de que “coacciones difficiles soleant frequenter exitus habere”, abogó por la nulidad del matrimonio coaccionado.

11) **Las fuentes jurisprudenciales de los siglos XVIII a XX**

Estudiadas magistralmente por V. Reina, a saber, las Resoluciones de la S.C. del Concilio, del Santo Oficio y de la S.C. de Propaganda Fide, referenciadas en las “Fontes” del can. 1087 del CIC-17, a su comentario, por lo acertado, nos remitimos, y remitimos a la distinguida Audiencia. Mas no sin antes recoger aquí y hacer nuestra la conclusión global del prestigioso Profesor. Una conclusión valorativa, por cierto, que ensombrece la hasta ahora luminosa panorámica histórica del Derecho en defensa de la libertad nupcial. Pero que no nos debe extrañar, si recordamos lo que prevenimos en el comienzo de nuestro estudio.

Se trata, en opinión del autor citado, de unas fuentes que no se refieren propiamente al miedo producido por la violencia absoluta, física o extrínseca. “Y ello, aparte de ser absolutamente decepcionante y de comprometer el sentido mismo de los principios asentados por el Decreto y las Decretales, produce una gran perplejidad, porque si para declarar la nulidad de un matrimonio en nombre de la libertad de las nupcias es preciso afirmar las brutalidades y violencias físicas a que siempre se refieren estas fuentes jurisprudenciales, entonces no valdría la pena investigar más”.

12) La Encíclica “Arcanum” de León XIII

Es el primer documento magisterial sobre el matrimonio cristiano, que vio la luz ya en las postrimerías del siglo XIX, y que cierra como clave del arco la bóveda de las fuentes del can. 1087, fuente única a su vez del actual can. 1103.

Unas enseñanzas pontificias que tocaron nuestra materia, pero tímidamente, como de puntillas, con haber sido el mismo papa un buen liberal y autor también de la avanzada, para entonces, Encíclica “Libertas”. En nuestro campo actuó con humildad, sin triunfalismos, marchamo de lo auténtico: “La Iglesia –observó– hizo cuanto pudo para desterrar del matrimonio la fuerza... y limitó hasta un punto conveniente la potestad de los padres respecto de los hijos”. Palabras textuales. De las que quizá alguien deducirá que la Iglesia hasta finales del siglo XIX hizo poco por la causa de la libertad para casarse. Puede ser que, bajo una severa y acerada crítica, habría que aceptar el juicio. Pero eso no enerva que la Iglesia ya “antiquitus”, o sea desde que tomó el relevo al Derecho de Roma, o defendiera la libertad con tesón y constancia, en la teoría y en la práctica, con más o menos dosis de “humanitas” o de personalismo, siquiera al legislar sobre las nupcias de sus fieles. Diríamos, en todo caso, que aun dando por bueno que no hiciera bastante, lo cierto es que nadie hizo en el pasado tanto como ella. Y, desde luego, que nadie hace tanto en el presente.

IV ESCOLION: SOBRE LA IRRELEVANCIA DE LA LIBERTAD EN EL MATRIMONIO CIVIL

Para convencerse de este aserto baste asomarse, al sistema español matrimonial vigente, y ver cómo el matrimonio civil está configurado, una vez que ha culminado su proceso de secularización por la ley de 7 de julio de 1981. Pues tenemos un matrimonio en el Código que, aunque tenga por eje el consentimiento, prescinde de adjetivaciones y explicitaciones tan ricas como la de la libertad; si bien es verdad que el art. 73, 5º enumera escuetamente la nulidad del “contraído por error o miedo grave”. Y en el articulado se evita el señalamiento de fines y propiedades o de bienes o valores, elementos igualmente esenciales y que connotan la bondad moral de los contrayentes y de la institución. Por lo que no es de extrañar que el matrimonio civil reciba el trato legislativo de un contrato más (L. Alarcón);

Hay que añadir, abundando en que es un contrato consensual, que se parte del principio del consentimiento. Pero, a todas luces, “rebajado”, puesto que no se corresponde con una específica protección del instituto en toda su integridad, de modo que en algún caso hasta cabe la revalidación automática. O sea que se prescinde de la voluntad personal y libre del sujeto para dar vida al matrimonio;

Y como, por lo demás, es un sistema divorcista, con un matrimonio, por tanto, que no forma parte de la indisolubilidad (Failde), la reforma estatal ha conllevado una ausencia de sólidos presupuestos metajurídicos; y no hay en dicho cuerpo legal un transpositivismo que inspire la consiguiente regulación jurídica, sino que el matrimonio se concibe más sobre base sociológica, o sea como una resoluble comunidad de convivencia entre hombre y mujer (L. Alarcón);

Entonces se trivializa prácticamente el pacto, del que uno puede desdecirse sin grandes complicaciones, reducido a un trámite social de cara a la obtención de un permiso para poder tener relaciones sexuales o hijos con honorabilidad social (Viladrich). En realidad se trata de vínculo que no vincula. Lo relevante es la persistencia de la voluntad de los cónyuges de vivir en matrimonio. Casarse equivale a manifestar la voluntad de vivir en matrimonio como situación fáctica, con relevancia jurídica; y divorciarse es manifestar que esa voluntad ha cesado. Como en la época romana (G. del Valle).

En definitiva, en legislaciones civiles como la nuestra, con presupuestos ideológicos tan diluidos –en contraste con los de la Iglesia Católica– el matrimonio no se entiende más allá de una unión estable entre varón y mujer, normalmente origen de la familia. Y, por ende, los contrayentes se consideran con muy pocas exigencias de carácter psicológico, de profundidad y radicalidad cual es la libertad de elección de cónyuge de cara a formar una comunidad de vida y amor, fiel y para siempre.

V. CONCLUSION

Cerramos nuestro recorrido de fuentes históricas, o procedemos a la clausura de la vuelta realizada al pasado, y que emprendimos por parecernos una tarea útil y, de seguro, aleccionadora.

Hemos intentado hacer en nuestro empeño un chequeo a normas y a criterios doctrinales y jurisprudenciales que, por lo general, fueron coherentes, cual observara Reina, en un momento histórico, y no en otro u otros más evolucionados, como venturosamente es el nuestro en la amplitud de su marco canónico.

También nos hemos asomado, como de pasada, a nuestro matrimonio civil y lo hemos confrontado, a grandes rasgos con el canónico, “sub specie libertatis”.

Ahora ya terminamos, Excmos. Señores. Y os decimos: Ahí están unos datos investigados, de los que hemos desentrañado unas razones, preferentemente jurídicas, que explican el devenir y el sentido direccional de la institución matrimonial, tal como se entiende y se enseña desde los orígenes; y tal como se vivió en el ayer o se pretende vivir en el hoy en la

Iglesia Católica. O sea hemos presentado la historia del matrimonio vista desde el ángulo del consentimiento en libertad o de la libertad para casarse. Y de todo ello hemos elaborado unas acotaciones, pensando que así contribuimos a allanar la inteligencia de nuestro sistema canónico vigente, y concordado todavía con el del Estado.

Puesta, por lo demás, nuestra esperanza en poder acercarnos al actual Derecho comparado, especialmente a ordenamientos matrimoniales civiles tan próximos a nuestro entorno cultural como el italiano y el español, tributarios que fueron, en gran medida, del Derecho canónico. Ordenamientos seculares que, por obra y gracia de destacados juristas de ambos bandos – cito a Perego, Paleari, Gordillo, Gete, Clavería, Alvarez Cortina etc. – dan la impresión de que quieren llamar, claro está, con los nudillos de la especulación teórica y técnica, a nuestras puertas, afanados como van en la búsqueda de perfeccionar el instituto matrimonial, en sus respectivos países, tanto en la concepción de la constitución del matrimonio, como en la regulación e interpretación de cada una de sus patologías consensuales.

En todos ellos intuimos una cierta añoranza por volver a la mejor de las esencias de nuestro derecho matrimonial. Y eso nos alegra enormemente. Sobre todo por lo que puede suponer de un trabajo conjunto, en un futuro próximo, para bien, en definitiva, de la ciudadanía. En defensa de la libertad en sus tres acepciones, a saber, como dice Peces Barba, psicológica o libertad de elección; moral o el rasgo más característico de la dignidad humana; y jurídica, cuyo ámbito de acción es la sociedad civil, el poder y su derecho, raíz de los derechos humanos y de los principios de organización del ordenamiento jurídico.

Me gustaría que civilistas y canonistas nos diésemos pronta cita en este campo tan apasionante de la antropología personalista, cual es el matrimonial, convocados por las perennes proclamas del derecho de Roma, cuyo eco ha llegado hasta el mismo Vaticano II, resonando singularmente en la constitución sobre la Iglesia en el mundo actual, “*Gaudium et Spes*”, 26, 29 y 52. Una resonancia última de tan potentes ondas se ha estacionado en el vigente Código de Derecho canónico de 1983, en el canon 219, que tiene al mencionado documento conciliar como fuente misma de su ser, y donde aquellos sendos apartados se han fundido, cantando a coro, a guisa de verso - mensaje: “En la elección del estado de vida todos los fieles tienen derecho a ser inmunes de cualquier coacción”.

Palma, 8 de abril de 1996.

**DISCURSO DE CONTESTACION AL
DE INGRESO EN LA ACADEMIA DE
D. ANTONIO PÉREZ RAMOS, POR PARTE DEL
ACADÉMICO D. JUAN VIDAL PERELLO.**

I.- Quiero que mis primeras palabras sean de agradecimiento a nuestro Presidente, en primer lugar, por la oportunidad de contestar al discurso de ingreso de un viejo maestro –uno es deudor para siempre de aquel de quien se aprendió–; y en segundo lugar, por su ejemplar prueba de paciencia ante mis continuas incursiones en el supuesto que regula el artículo 1.101 del CC, y que el propio precepto identifica como la mora del deudor.

Conozco al nuevo académico desde mi infancia. Le tuve como prefecto en el segundo curso de latín, en plena experiencia vital del primero de los principios en que Cicerón fundamenta la naturaleza y la fuerza de la bondad moral: “Omnes enim trahimur et ducimur ad cognitionis et scientiae cupiditatem” = arrastrados y traídos irresistiblemente hacia el afán de conocimientos y de saber... (Cicerón, *De Officiis*, I, VI, 18). Ingenuos y presuntuosos, nosotros, no habíamos aprendido todavía que el saber es imposible, que sólo existen saberes singulares que, además, son inestables.

En casos como éste, resulta apropiado buscar unas pocas palabras que definan al nuevo académico. Yo quisiera evocar las que usó Gregorio Marañón para la presentación de Pio Baroja en la Real Academia Española de la Lengua, y aplicarlas, con una razón de analogía, al profesor Pérez Ramos. Decía entonces don Gregorio que Baroja era un hombre “solitario y antiespectacular”. Ambos predicados son, a mi juicio, propios del nuevo académico

–solitario, porque, como jurista, vive incomprendido en medio de una casta clerical repleta de teólogos dogmáticos que, como Castilla, desprecian cuanto ignoran; y

—antiespectacular, con un pálpito de tolerancia impropio de la época que le ha tocado vivir, como quien sigue el llamado de Costa y Llobera: “Siau qui sou”, en un tiempo y unos lares en que muchos tratan de ser otro o de otra manera, porque el hombre de este final de siglo no parece estar conforme consigo mismo. Hombre de Dios y hombre de mundo, el profesor Pérez Ramos gusta de trabajar silenciosamente. Tal vez por eso Dios le ha dotado de la voz opaca de los seductores.

II.- El discurso que acabamos de escuchar debe situarse en el largo y multiseccular proceso de espiritualización del Derecho. En este sentido, quisiera llamar la atención sobre un factor con frecuencia descuidado, pero de enorme importancia, que es la coexistencia —incluso temporal— de varios procesos humanizadores. En efecto, no es lo mismo la transformación que sufre el Derecho Romano que se convierte de un Derecho formalista —un Derecho de fórmulas, en la época primitiva— en un Derecho de los de tipo consensual —en el Derecho Pretorio—. En el primer caso lo decisivo era pronunciar la fórmula. Recordemos la “mancipatio”: “Spondes mihi dare?” “Spondeo”.- En el segundo caso, la voluntad y, por consiguiente, la causa del negocio jurídico ya son tenidas en cuenta... No es lo mismo aquel cambio que la regeneración que soporta el mismo Derecho Romano como consecuencia de la aceptación e imposición imperial del cristianismo. La primera transformación es de tipo técnico - estructural; la segunda es de tipo ideológico. No hay que minusvalorar la importancia de la primera, que anticipa la victoria del consentimiento sobre el carácter sacramental de la fórmula; pero aquí nos vamos a referir básicamente a la segunda.

Con toda seguridad, ninguno de los líderes de la historia, ninguna de sus instituciones, ni siquiera el más generoso de los pensadores ha potenciado y enaltecido tanto la dignidad humana como la comunidad cristiana. Un designio del hombre hecho a imagen y semejanza de Dios, repetidamente elevado a la consideración de Hijo de Dios y hermano de Jesucristo, instado por la Gracia a participar del Reino y estructuralmente predeterminado a la salvación —según la hermosísima tesis del P. Rahner—, permite a la Iglesia “elaborar una concepción del hombre en la que destacan su dignidad y su inviolable sacralidad” (Boff). Este proyecto de hombre, para quien se postula la libertad en su más alto grado (GS, 7c), ya que el Vaticano II sanciona cualquier discriminación de aquella, social o cultural, como contraria al plan de Dios (GS, 29 b)... es un producto sin lugar a dudas europeo, pero básicamente cristiano. Y no dejemos de tener presente la interconexión entre ambas palabras, que permitió afirmar a Ernst Troeltsch a principios de siglo que el cristianismo es “el rostro de Dios vuelto hacia Europa”.

La pregunta sobre la intervención de la Iglesia en el proceso de auto-regeneración del Derecho tiene una respuesta sencilla, pronta y casi de manual: me refiero al protagonismo en la ampliación del concepto de la “aequitas”, entendida no sólo como “la justicia del caso concreto”, sino como la impostación de la ternura en la estructura de la norma y de la decisión judicial. Al margen de esto, resulta notable la aplicación de los mecanismos de la persona jurídica, entrevistados ya por el Derecho Romano, al ámbito privado (los “*pia corpora*”, el “*locus religiosus*”, las capellanías y sobre todo, la figura de la fundación); pero la cosa no termina aquí. Son muy numerosos los casos de apropiación por parte de la Iglesia de puras instituciones greco-romanas ...¡pero cuyo contenido altera enseguida! Con lo cual se subvierte una vez más el orden de la generación científica, ya que primero se encuentran con un nombre entre las manos para, más tarde, atribuirle un contenido (supuestos como el “*deus ignotus*” del aerópago, el de la patria potestad, el del “*sacrifitium*”, etc).

Y un tercer punto neurálgico a tener en cuenta es el de la eclesial centralidad del concepto de persona, sin que ello implique en absoluto una tematización de los derechos fundamentales, ya que la elaboración del concepto de persona iba orientada a explicar problemas trinitarios.

III.- Además de los supuestos citados –y aparte de los mismos– la historia nos ha dejado testimonio de una serie de supuestos de penetración del espíritu cristiano en el poder legislativo. Por razones obvias de brevedad me limitaré a dos de los emperadores del siglo IV.

En la legislación de Constantino, donde se puede reconocer una estima creciente de la dignidad de la persona humana, se halla una norma del año 315 que prohíbe “marcar la cara de los condenados a trabajos forzados en las minas, o a ser presa de las fieras del circo”; todo ello por la razón de “no ser lícito deshonrar el rostro humano que fue formado a semejanza de la belleza celestial”. El carácter bíblico y cristiano de este considerando es bien patente.

En el orden social, un Edicto dirigido al Obispo Oslo declara que los cristianos pueden, en presencia del obispo, manumitir a sus esclavos, con plena validez jurídica. (Codex Theodos. IV, 8, 1).

Un cierto sentido humanitario se puede detectar también en la prohibición de dejar morir de hambre a los prisioneros, quienes deberán bañarse una vez a la semana y los obispos y presbíteros tendrán el derecho de visitar las prisiones.

Un importante decreto demuestra la misma estima por el oficio

episcopal. Según esta determinación, un arbitraje de un obispo cristiano tiene valor civil, siempre que las partes le pidan al Juez que someta su caso a tal arbitraje. Lo que decida la “lex christiana” tendrá fuerza jurídica. (CT 1,27,1).

En otra disposición que eximia de determinados gravámenes a los solteros sin hijos uno puede adivinar un trato de favor para los ascetas de la Iglesia tardo-romana (C. Th. VIII,16,1).

De importancia decisiva resulta también la Ley dominical, de Constantino, de marzo-julio del año 321, que ordena “en este día venerable” el descanso de tribunales y obreros manuales. Para la categoría religiosa de este día quedan reservadas determinadas obras de piedad, como la liberación de esclavos. No tiene sentido ver aquí el “dies solis”, un día consagrado al sol: la introducción de una fiesta oficial para el primer día de la semana significa, evidentemente, poner de relieve el día del Señor de la Iglesia cristiana y honrar así una nota esencial de su liturgia (C.Th. 8,1).

El edicto que concede, a quien sea, la posibilidad de legar bienes a la Iglesia fue una distinción muy especial (ibidem, XVI, 2,4). Sin que exista disposición alguna semejante a favor de las comunidades judías o cismáticas.

La legislación religiosa para los cristianos deviene minuciosa en extremo. El CODEX THEODOSIANUS contiene unos 150 mandatos de tipo sagrado, para defender la ortodoxia y, sobre todo, la libertad religiosa proclamada en la convención de Milán, siempre en beneficio del cristiano.

Únicamente la fe católica es considerada como “cultus Dei”. Ni al Judaísmo ni al paganismo se les reconoce el mismo privilegio. Una ley de mayo del año 323 prevé el castigo de la flagelación o de grave multa pecuniaria para quienes fuercen a miembros de la comunidad cristiana a tomar parte en sacrificios paganos. La religión pagana ya viene devaluada con la palabra “superstitio”. El ejercicio de la aruspicina, o arte de adivinar por las entrañas de los animales. se castiga con penas graves, y el emperador Licinio, refiriéndose al culto pagano ya habla de “templis mendacii” y de “libertate tenebrarum”...

IV.- Todo esto concierne a la primera historia del cristianismo. A partir de ahora voy a comentar la actual relación de la Iglesia con el Derecho, a través de un aspecto –que reconozco muy, muy parcial– pero que me preocupa enormemente, porque creo que en materia de derechos humanos la Iglesia ha quedado enquistada en el pasado y, lo que es peor, en un pasado no precisamente próximo. Me refiero a los tristemente celebres “Juicios de Roma”. Y por si queda todavía alguna alma cándida, voy a recordar el

contenido del canon 212 del Codex:

“...Los fieles tienen el derecho, y aun a veces el deber, de manifestar a los pastores su opinión sobre aquello que pertenece al bien de la Iglesia”

Esta suerte de “mal du siècle”, consistente en eso que ahora llaman la perversión de los criterios, la preferencia de los principios abstractos sobre las personas, el inveterado jacobinismo de la Iglesia-institución y, sobre todo, la postergación de la verdad en aras de la conveniencia, dificultan enormemente nuestra condición de creyentes, y hacen que veamos a nuestra Madre Iglesia con marcadas connotaciones de madastra.

En la exposición anterior sobre la Iglesia primitiva he querido exponer una perspectiva; pero no hay historia sin su contrapunto. El de la Iglesia actual consiste probablemente en una obsesión enfermiza por mantener la propia identidad y la cohesión interna que postula como grupo. Parece haber olvidado que su objetivo es servir al mundo y no mantener sus propias y peculiares estructuras de poder. Un ejemplo dará luz a estas afirmaciones: mientras el concilio Vaticano II habla de la Iglesia como de una “communio”, quince años más tarde, en el canon 204 se retoma el viejo concepto de “societas perfecta”, en lo que constituye un perfecto modelo de regresión histórica.

El caso de “los procesos de Roma” representa un capítulo muy doloroso de nuestra época. Asaeteada desde todas direcciones, la Iglesia es de perdón fácil para los ataques que vienen de fuera; pero no tolera bajo ningún concepto que se la cuestione desde dentro. Se trata normalmente de personas a la búsqueda de esferas de libertad –teólogos que buscan la ventilación– y que discuten, directa o indirectamente, la verticalidad en el ejercicio del poder. Se trata, también, de una lucha entre profetas y funcionarios y, sistemáticamente, de victorias de la disciplina sobre el carisma.

En concreto, la evolución ha sido la siguiente:

- Desaparece la Inquisición –su nombre– y aparece el Santo Oficio.
- Desaparece el temible Santo Oficio y, en un nuevo alarde semántico, aparece la Congregación para la doctrina de la fe, con lo cual se confirma una vez más que el nombre no hace la cosa.

Pero siguen los procesos. Han cruzado el umbral del bochorno el padre Rahner, el padre Schillebeck, Bernard Häring, Leonardo Boff, Hans Küng... Silenciados y privados de enseñar los españoles Xabier Pikaza, de la universidad de Salamanca; el jesuita José M. Castillo, de la Facultad

teológica de Granada; Juan Estrada, de la misma Facultad... Pregunten y hablen con los innúmeros anónimos que han pasado el mismo calvario sin el escudo de la celebridad, el calvario de los procesos con instructores sin nombre, sin abogado defensor, sin notificación de acusaciones y sin apelación posible: al juez romano y eclesiástico de Iván Ilich sólo le falta llevar puesta la capucha que salvaguarda a los torturadores de su propia cobardía.

Frente a tales hechos, uno no puede menos de recordar que cincuenta años antes de la era cristiana, Publio Virgilio Marón nos advertía, con tenebrosos acentos y en el que probablemente sea el más genial de sus hexámetros, sobre la futilidad de las cosas de este mundo: “Sunt lacrimae rerum, el mentem mortalia tangunt...” (Eneida, Lib I, v. 462) expresivo de que todas las cosas arrastran su propia tristeza. Se me podrá decir que aquel dictamen es preintencional; pero... ¡Qué contraste con el discurso de la montaña, en lo que constituye uno de los hallazgos morales más excelsos de la historia! Uno se pregunta si, a dos mil años de que esto ocurriera, hemos aprendido alguna cosa.

V.- Esta perspectiva de un Jano bifronte es la que ofrece la Iglesia hoy en día. Con lo cual el creyente tiene ante sí dos salidas: la de callar, haciéndose cómplice de las situaciones denunciadas, y la de hacerlas públicas, y en tal caso sobrevendrá ineludiblemente la corrección correspondiente. Cuando tal cosa ocurra, no hay lugar para demasiadas filigranas. Sólo cabe seguir el consejo –que cito de memoria– de Georges Bernanos para tales situaciones “Acude corriendo a tu obispo, échate a sus pies suplicando el perdón y pídele que te abra nuevamente las puertas de la Iglesia...” Esta monición vale sobre todo para el final, ya que vivimos justamente para aprender a morir.

Y es que a uno le gusta la idea de morir en la iglesia, le gusta la sensación de sentirse parte de la comunión de los santos, de verse acompañado en el camino hacia la consumación del plan salvífico de Dios, solidario con Pablo de Tarso y Agustín de Hipona, con Jacopone da Todi y el “poverello”, con San Juan de la Cruz, con Charles Péguy y Gabriel Marcel y con todos los innumerables anónimos que a la caída de la tarde fueron examinados sobre el amor, ¡y aprobaron!

No queda tiempo para la nostalgia, pero tampoco es momento para echarse a cantar. Revivimos la experiencia vital de los israelitas que lloraban de añoranza de Sión, en pleno destierro, sentados a la orilla de los ríos de Babilonia, colgando de los sauces sus liras y cítaras. ¿A quién se le

ocurre pedirles que canten, prisioneros en tierra extranjera, en plena crisis de nostalgia? (Salmos, 137). Conscientes de que vivimos en tierra extraña, esperamos entre tinieblas que se realice la opción por la vida frente a la muerte que asumimos un día, al abrazar la fe cristiana.

¿ES POSIBLE LA UNIFICACION DEL DERECHO PENAL EUROPEO?

**DISCURSO DE INGRESO A LA ACADEMIA
DE D. RAFAEL PERERA MEZQUIDA**

S U M A R I O

- I.- Introducción.
 - II.- Un interrogante previo.
 - III.- Dos coordenadas que delimitan el tema.
 - IV.- ¿Unificación del Derecho Penal Europeo?
 - V.- La incidencia del Derecho Comunitario.
 - VI.- Nuestro T.S. y el Derecho Comunitario.
 - VII.- Los fondos comunitarios y su protección penal.
 - VIII.- El Tratado de Maastricht y el convenio de 1.995: Su importancia en la lucha contra el fraude a los intereses comunitarios y en la armonización del Derecho penal de los Estados miembros.
 - IX.- El nuevo Código Penal (L.O. 10/1995) y la nueva Ley de Contrabando (L.O. 12/1995).
 - X.- Consideración final.
- Notas.

Molt Honorable Señor Presidente de la Comunidad Autónoma.
Excmo. Señor Presidente de esta Academia.
Excmo. Señor Decano del Colegio de Abogados.
Excmos. Señores.
Excmo. y Rvdmo. Señor.
Honorables Señores.
Ilustrísimos Señores.
Señoras y Señores.
Queridos amigos y compañeros.

Cuando en 1985 España se adhirió a las Comunidades Europeas, pocos juristas pensaron en la incidencia que el Derecho Comunitario pudiera tener en el Derecho Penal. Es más: La generalidad de los penalistas se desentendieron del tema, por pensar que sólo a los mercantilistas, civilistas, administrativistas o profesores de Derecho Financiero correspondía el estudio de la normativa comunitaria y de su proyección sobre el Derecho interno español (1).

Hoy, en 1997, está totalmente claro que aquella inicial apreciación mayoritaria fue errónea, y que de ninguna manera puede el penalista “lavarse las manos” ante la realidad europea.

Grandes interrogantes, en efecto, han ido planteándose en esta materia a lo largo de los últimos años: ¿Ostentan “ius puniendi” las Comunidades Europeas? ¿Puede el Derecho Penal Comunitario suplantar al Derecho Penal interno? ¿Puede hablarse en serio de un Derecho Penal Europeo que sustituya, o llegue a sustituir, a los Ordenamientos penales de los diversos Estados europeos, de la misma manera que el Euro va a sustituir a las monedas nacionales?

Interrogantes –éstos y muchos otros– que, desde luego, justifican sobradamente el que este discurso –con el cual accedo, muy honrado, a la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Baleares– tenga por objeto un acercamiento –un simple acercamiento– a tan importante materia: Un acercamiento que permita a los que estamos aquí congregados, profesionales del Derecho en su gran mayoría, reconsiderar juntos, aunque sea sólo superficialmente, algunas de las realidades y de las perspectivas que el tema ofrece.

Vaya por adelantado, por lo demás, que pocas ideas originales van a encontrar Vds. en esta intervención. Y sí en cambio muchas “apropiaciones” (entre comillas) de reflexiones y trabajos ajenos. De aquí, por cierto –y

permítaseme la disgresión— que, ante todo, reconociendo la escasez de mis méritos, haya de agradecer especialmente tanto mi nominación para la Academia como las palabras de presentación del Excmo. Sr. D. Miguel Coll Carreras (uno de los mejores juristas de Baleares de todos los tiempos, sin duda alguna) que, en esta ocasión, ha hecho gala, una vez más, de su benevolencia, de su generosidad y de su buena amistad.

II.- Un interrogante previo.

Y enseguida, entrando en el tema, procede plantear, ante todo, un interrogante previo, que, hoy, a punto casi de cambiar de milenio, preocupa prioritariamente a un importante sector de juristas:

¿Tiene hoy verdadero significado o utilidad el Derecho Penal? ¿No es, en realidad, —como alguien ha dicho— un “instrumento represivo de poder para la realización del orden jurídico”, carente por ello de verdadera justificación en las sociedades democráticas?

Interrogantes éstos que, a las puertas del año 2.000, se enlazan enseguida conceptualmente con una realidad cruda e insoslayable en Derecho Penal: la de las penas de privación de libertad y sus nulos efectos en orden a frenar el aumento de la delincuencia y a conseguir la resocialización y regeneración de los delincuentes (2).

Cuestiones éstas que conducen a preguntarse también enseguida: ¿No habrá llegado el momento de buscar y postular una política criminal diferente a la actual? (una política que, desde ahora mismo, tienda y se oriente a una descriminalización de conductas hoy sancionadas penalmente y a una restricción severa de los internamientos en las cárceles). (3)

Y... —por lo que afecta concretamente al tema que nos ocupa— ¿valdrá la pena esforzarse por unificar o armonizar a nivel europeo un Derecho —el Derecho Penal— que está en crisis y cuya aplicación práctica presenta un saldo negativo? ¿No será preferible dirigir los esfuerzos colectivos, no a conseguir a nivel europeo un mejor Derecho Penal, sino a alcanzar algo mejor que el Derecho Penal:

Mas hay que añadir enseguida, con los pies en el suelo, que tal planteamiento (ciertamente sugerente y sugestivo) encierra, —Vds. ya lo intuyen— un cierto espejismo: Un espejismo falaz, que se disipa en cuanto se constata que —como dice JESCHECK (4)— en una sociedad organizada sólo la pena hace posible la adecuada protección de la paz jurídica en un marco de libertad; o como apunta MUÑOZ CONDE (5) que la intervención del Estado a través del Derecho Penal está justificada por la protección de la convivencia humana en sociedad. Ello aparte de que —como destaca RUIZ

VADILLO– (6) el Derecho Penal es el único instrumento que es capaz de garantizar con verdadera eficacia en determinadas ocasiones a las instituciones y a las personas; a la vez que es garantía frente a los poderes públicos (incluidos en ellos obviamente los jueces) y entraña, por tanto, “un derecho protector del inculpado, al que defiende y salvaguarda en sus derechos”.

Hay que concluir, pues, en la encrucijada histórica en que nos encontramos, que no puede prescindirse del Derecho Penal; y que, por tanto, en las coordenadas espaciales de la actual Europa, es no sólo procedente sino necesario abordar y contemplar desde todos los puntos de vista las incidencias que en el Derecho Penal –en nuestro Derecho Penal– tiene o puede tener el Derecho de las Comunidades Europeas, y las posibilidades, ventajas e inconvenientes de una unificación o, por lo menos, de una armonización del Derecho Penal de los distintos Estados que integran el viejo continente.

III.- Dos coordenadas que delimitan el tema.

Y... el abordar tales cuestiones, no pueden obviarse dos reflexiones prioritarias, que actúan como coordenadas delimitadoras del tema:

La primera, es que, ciertamente, hoy, nos hallamos en unos momentos en que el ideal europeísta está polarizado por un tema estrella: los criterios de convergencia de Maastrich y la moneda única. Pero que, en lo demás, está envuelto en un cierto halo de recelo y desconfianza respecto a la realidad de una verdadero construcción europea (7).

La vergüenza de lo ocurrido en Yugoslavia, la incertidumbre respecto a la ex-URSS, los sacrificios que se van a derivar de Maastrich y el resurgir de ciertos nacionalismos, han hecho que hasta se hable de un europeísmo y hasta de un euroescepticismo. Lo cual, evidentemente, no es un buen caldo de cultivo para una empresa como la unificación del derecho penal europeo que requiere un esfuerzo colectivo y armonizado de todos.

La otra reflexión radica en que aunque en el año 1992, a raíz del Tratado de Maastrich, la expresión “COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA” fue sustituida por la de “COMUNIDAD EUROPEA”, (suprimiendo por tanto la mención económica), es lo cierto que, de hecho, y al margen de atractivas construcciones como por ejemplo la de la “ciudadanía europea” son los intereses económicos los que dominan y concentran hoy la problemática comunitaria europea y los que, por tanto, trasplantados al campo del Derecho Penal, lo absorben prioritariamente, hasta el punto de que, hoy por hoy, sólo puede hablarse y tratarse, razonablemente, de las perspectivas de un Derecho Penal Económico Europeo.

Así delimitado el tema, a él vamos a referirnos seguidamente.

IV.- ¿Unificación del Derecho Penal Europeo?

Nadie duda, desde luego, –dicho sea de entrada– de la conveniencia de la unificación del Derecho Penal Económico de los distintos Estados del continente europeo.

Es más: La creciente actividad de empresas multinacionales, los problemas del blanqueo de dinero, la defensa del consumidor a nivel internacional, los problemas de contaminación del medio ambiente, etc., hacen necesaria esa unificación, para luchar eficazmente contra la delincuencia.

Sin embargo, hay que reconocer que los obstáculos para la misma no faltan: El primero de ellos –derivado del principio de legalidad– se centra en las diferencias estructurales de los ordenamientos jurídicos del “common law”, del área anglosajona, respecto a los sistemas penales de nuestro entorno. Obstáculo al que hay que agregar el derivado de las diferentes concepciones de los distintos Estados sobre cuestiones básicas del Derecho Penal, como son la validez de la ley penal en el espacio, la relevancia del error de derecho, la tentativa punible, el delito imposible, el dolo eventual, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y otras y variadas cuestiones, como las afectantes a las penas y a las medidas de seguridad.

Mas, aparte de todo ello, hay que observar enseguida que el verdadero obstáculo para la unificación –como ha destacado la doctrina– no reside tanto en las cuestiones técnicas apuntadas (que son todas ellas superables), como en la celosa tutela que los diversos Estados europeos tienen de su propia soberanía, al estimar –quizás con razón– que renuncian a parte de la misma si delegan o transigen en cuanto a la facultad de establecer los contenidos y los presupuestos de las sanciones penales.

Ello sin reparar en quienes sostienen, muy crudamente, que las dificultades y objeciones a la unificación penal europea radican, de verdad, no precisamente en el concepto de soberanía, sino, sobre todo, en las reservas y reticencias de diversos “sectores” –entre ellos el de los titulares fácticos del poder económico– frente a la intervención del Derecho Penal en el mundo de los “negocios” (entre comillas).

Así las cosas: Puede afirmarse –como síntesis del estado de la cuestión– en estos momentos, que: Existen, sí, meritorios esfuerzos doctrinales de reconocidos expertos –a los que luego habremos de referirnos– postulando la UNIFICACIÓN del Derecho Penal Europeo (8). Pero que, fuera de ello, la

realidad es que no parece que a corto plazo podamos contar con un Código Penal Europeo ni siquiera limitado a los delitos económicos.

V.- La incidencia del Derecho Comunitario

Ahora bien: Lo que sí resulta patente y trascendente es la incidencia e influencia del Derecho Comunitario –emanado de los órganos correspondientes de las Comunidades Europeas– en el Derecho Penal de los Estados miembros. Incidencia e influencia en las que debemos reparar, por cuanto a través de las mismas se está operando indiscutiblemente una aproximación de conceptos y de técnicas, muy favorables para la armonización del Derecho Penal de los distintos estados europeos.

Vale la pena, pues, aludir a continuación a tres aspectos, –o, mejor, a tres caminos– mediante los que el Derecho Comunitario se hace presente en el Derecho Penal interno de España: Aspectos o caminos que, por cierto, ponen en entredicho la afirmación de que las Comunidades Europeas carecen de competencias en materia penal y concretamente carecen de “ius puniendi”: Afirmación con la cual suelen algunos tratadistas encabezar estas cuestiones: Afirmación, insisto, no ajustada a la realidad, por cuanto la normativa comunitaria tiene claramente, –como enseguida vamos a recordar–: Una incidencia negativa, por un lado, y otra incidencia Positiva, por otro, sobre el Derecho Penal español; aparte de la influencia que se deriva de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de Luxemburgo, a la que luego también habremos de aludir.

1. En primer lugar, es de destacar el efecto despenalizador y descriminalizador que el Derecho Comunitario tiene respecto al Derecho Penal español, en ciertos supuestos. Efecto despenalizador que se concreta en que el juez penal español no puede castigar aquellas conductas que según el Código Penal español son típicas y punibles si resulta que tales conductas están amparadas o cubiertas por una norma comunitaria. Se trata, como se ve, de una incidencia o efecto negativo del Derecho Comunitario en el Derecho español, que obliga al juzgador español a dejar de aplicar una ley penal interna y dejar de castigar lo castigable. Efecto que tiene su base y su fundamento –conviene recordarlo– en dos principios o características esenciales de la Normativa Comunitaria, muy conocidos: El principio del “efecto directo” y el principio de la “primacia”. Según el primero la norma comunitaria crea derechos subjetivos en los ciudadanos de los Estados comunitarios y es directamente invocable ante los jueces de los mismos, sin necesidad de que tal norma haya sido incorporada al Derecho interno. Según el segundo, la Norma Comunitaria está por encima, en la jerarquía

normativa, de las normas del Derecho español, e incluso es preferente a las normas de la propia Constitución Española.

(Conviene, desde luego, en este punto –para ser precisos– matizar que en el Ordenamiento Comunitario la aplicabilidad “directa” queda restringida en principio a los Reglamentos y a las Decisiones (artº 189 T.C.E.E) (9) aunque, por otro lado, es lo cierto que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha hecho de la “eficacia directa” la regla general, y así ha admitido la invocabilidad por los particulares de los Tratados y aun de las Directivas siempre que el precepto reúna estas circunstancias: a) sea claro y preciso; b) completo y jurídicamente perfecto (en el sentido de no dejar ningún poder discrecional al legislador para su aplicación); y c), además, incondicional, es decir, no sujeto a plazo o reserva.

2. En segundo lugar, las Normas comunitarias tienen una incidencia Positiva en el Derecho Penal interno español otorgando una adecuada protección a intereses comunitarios. Ello es así en base al artículo 5 del Tratado de las Comunidades Europeas y a través de una lenta evolución o trayectoria interpretativa del Tribunal de Luxemburgo que va –en conocida expresión de los tratadistas comunitarios– desde los tulipanes holandeses, hasta el maíz griego. Es decir, desde la interpretación que de dicho artº 5 del Tratado dio el citado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 1977, a raíz del conocido caso de los “tulipanes holandeses” (denominado “Amsterdam bulb”) hasta la interpretación que el propio Tribunal dio, once años después, en 1989, al fallar el caso del “maíz griego”. En su primera sentencia el Tribunal Europeo declaró que, aunque los Estados miembros tienen obligación de tutelar los intereses comunitarios no es necesario que tal tutela se realice a través del Derecho Penal, ni que la misma sea similar a la tutela de los intereses nacionales, sino que puede efectivizarse a través de sanciones de distinto carácter o de distinta naturaleza o energía. En la segunda sentencia (la del maíz griego, de 21 de Septiembre de 1989), dando un paso importante y definitivo, el propio Tribunal de Luxemburgo estableció que las violaciones de los intereses comunitarios han de ser sancionadas por los Estados miembros en condiciones similares a las violaciones de intereses nacionales, y agregó que en todo caso las sanciones habrán de ser “efectivas”, “proporcionadas” y “disuasivas” (tres adjetivos luego asumidos definitivamente por la jurisprudencia comunitaria); lo que implicó una clara llamada al Derecho Penal: Criterio éste que, consecuentemente, se recogió luego, en 1992, en el Tratado de Maastrich (en su artº 209) al exigirse --como veremos-- que los Estados miembros adopten para sancionar el fraude de los intereses comunitarios las mismas medidas adoptadas para el fraude a sus propios recursos.

3. El tercer camino por el que el Derecho Comunitario incide en el Derecho español tiene como vehículo el ya tan aludido Tribunal de Justicia

de Luxemburgo y se materializa mediante dos mecanismos judiciales, muy conocidos por los juristas, que simplemente ahora voy a apuntar: Uno. Las cuestiones Prejudiciales, planteadas al Tribunal Europeo por los jueces españoles sobre la interpretación de los Tratados o del Derecho Comunitario; y Dos. El denominado recurso Por incumplimiento mediante el que el Tribunal Europeo puede imponer sanciones a los Estados, a los jueces y a las autoridades nacionales.

Precisamente, el Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el español Gil Carlos Rodríguez Iglesias, muy recientemente, en unas declaraciones a una importante revista (10) ha afirmado, en el sentido apuntado, que la Jurisprudencia de dicho Tribunal esta desempeñando un papel transcendental en orden a la armonización jurídica entre los Estados miembros, y que, de hecho, por tal camino, se está produciendo un evidente fenómeno de recepción de conceptos jurídicos del Derecho Comunitario y del Derecho de alguno de los Estados miembros en los sistemas jurídicos de otros Estados.

VI.- Nuestro T.S. y el Derecho Comunitario

Y, llegados a este punto, vale la pena –haciendo un inciso– aludir a cuál ha sido la postura de nuestro Tribunal Supremo respecto al Derecho Comunitario, y concretamente respecto al denominado “efecto directo” y al principio de “primacía” de las Normas Comunitarias. Y en este aspecto hay que decir que la Sala 2ª de nuestro T.S., en un principio –y aludimos concretamente a la Sentencia de 2 de Diciembre de 1988 (ponencia de Bacigalupo), en la que se enjuiciaba un delito de contrabando de tabaco procedente de Portugal–, declaró, en contra del criterio expuesto, que los Tratados no crean ningún derecho subjetivo en los particulares que contienen simples líneas orientativas de la política económica, y no pueden, consecuentemente, ser invocados directamente ante los Tribunales, lo que si puede hacerse –añadió– respecto a los Reglamentos. En base a tal doctrina desestimó el recurso; viniendo a negar algo que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas venía afirmando desde los años 70: Es decir, que los Tratados crean derechos subjetivos y que han de ser salvaguardados por los jueces nacionales, siempre que la norma de que se trate cumpla los requisitos antes expresados.

Afortunadamente, la misma Sala 2ª en otras Sentencias posteriores como la 20 de Octubre de 1992 (ponencia de Ruiz Vadillo) referida también a un caso de contrabando de tabaco procedente de un país comunitario, abordó correctamente la relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho

Penal interno, declarando la primacía del Derecho Comunitario, con efectos –dice textualmente– descriminalizadores o despenalizadores.

Y, más recientemente, otras Sentencias como la de 19 de Julio de 1995 (ponencia de Montero) citando otras de 1993 y 1994 afirma entrecomidallamente que “las normas comunitarias no necesitan ser traspuestas o traducidas a normas de derecho interno sino que son fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afecten, pudiendo ser invocadas directamente por los particulares ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tienen obligación de aplicarlas”.(11)

VII.- Los fondos comunitarios y su protección penal.

Al margen de lo hasta aquí dicho o junto a lo dicho, hay que situar y hacer referencia a una cuestión plenamente candente: Es la de la protección penal de los denominados intereses comunitarios. Intereses financieros y comunitarios cuya defraudación está resultando para los desaprensivos –como vamos a ver– fácil, por dificultades de control y apetecible, por la cuantía de las cifras que se barajan.

De aquí, pues, que al incipiente Derecho Penal Europeo interese sobremanera la constatación de qué tipo de castigo penal puede y debe darse –a nivel comunitario y a nivel de Estado miembro– a quienes defraudan esos fondos propios de las Comunidades Europeas (12).

Apuntemos, de entrada, que los niveles de fraude comunitario son tales que algún autor (13) ha realizado estudios sobre “el Mercado Común como factor criminógeno especial”, con una consideración especial para “los fraudes en el Mercado Agrícola”.

Apuntamos, asimismo, también de entrada, que tal defraudación se ha producido y se produce –como es sabido– tanto en los ingresos a que tienen derecho las Comunidades Europeas como en los gastos o inversiones de las mismas, singularmente en el capítulo de las subvenciones (y sobre todo en el de las subvenciones agrícolas).

Piénsese concretamente, por ejemplo, en los trucos y trampas utilizados para eludir el pago de los derechos de aduana, concretamente los denominados “prélèvements”, (con cuyo pago se pretende –como todo el mundo sabe– que los productores de terceros países –o sea de países extracomunitarios– que puedan ofrecer sus productos más baratos no inunden el mercado y hagan así caer los precios comunitarios). Concretamente recuérdese, como botón de muestra, el conocido caso del maíz griego –antes ya aludido–, en el que, utilizándose documentos falsos elaborados por las autoridades aduaneras griegas, se hizo pasar maíz yugoeslavo por maíz

griego, el cual posteriormente era exportado hacia Bélgica. A través de tal falsificación se consiguió, pues, que el producto apareciese como de origen comunitario y, por tanto, libre del pago del arancel aduanero.

Piénsese igualmente en los fraudes a las subvenciones concedidas por la Comunidad. Hace muy pocos años –por citar un caso concreto acaecido– unas empresas españolas se aprovecharon de las subvenciones que concede la Comunidad para la exportación de vinos a países no productores, utilizando el truco de exportar, o, mejor dicho, figurar que exportaban vino a Suecia –país no productor–. Ese vino figuraba, luego, como comprado por filiales de las sociedades españolas en el país nórdico. Los mostos, sin embargo, no llegaron a ser descargados nunca en Suecia, sino que eran desviados a E.E.U.U. –país productor de vino–, obteniéndose por este producto subvenciones por un valor de 21 millones de dólares.

Ejemplos éstos –que podrían multiplicarse hasta el infinito– que ponen sobre el tapete, la necesidad de determinar y concretar el papel que las Comunidades Europeas y los Organos Comunitarios, así como los distintos Estados miembros han de desempeñar y desempeñan en el descubrimiento, enjuiciamiento y sanción de tales fraudes.

En este punto, (antes de aludir a jalones tan importantes en la protección penal de dichos intereses como son el Tratado de Maastrich, el Convenio de Cannes o nuestro nuevo Código Penal) es preciso comentar, por vía de inciso, y en voz baja, –en voz baja, a pesar de que ello ha sido reconocido en foros internacionales– que un freno importantísimo en la lucha contra aquellas defraudaciones está, de hecho, en la falta de espíritu comunitario de las autoridades nacionales de los distintos Estados: Falta de colaboración –evidenciada incluso en la no cumplimentación de los controles e inspecciones exigidos por los Reglamentos Comunitarios–, que posiblemente obedece, no tanto a desidia comunitaria, como al hecho de que, según la normativa europea, cuando el quebranto económico de la Hacienda comunitaria (por ejemplo, falta de percepción de aranceles aduaneros, pagos indebidos de la Comunidad, no recuperación de lo procedente, etc.) se deba a la actuación negligente de una Administración Nacional, es ésta la que debe soportar las pérdidas del fraude, e incluso abonar, con intereses de demora, a la Hacienda Comunitaria, las cantidades que debieran haberse recaudado. (Es explicable, pues, que, así las cosas, no exista demasiada preocupación por un control exhaustivo y eficaz del fraude de tales recursos comunitarios).

Por otro lado, vale la pena resaltar –también por vía de inciso– que el fraude a las Haciendas Comunitarias se produce, en buena medida, aprovechándose de los resquicios y posibilidades que dejan abiertos las

propias Normas comunitarias, como consecuencia de un modo de legislar casuístico, complejo y profuso, de difícil coordinación (14). A lo que debe agregarse el dato de que son diez las lenguas distintas en que se redactan los Reglamentos y las Directivas comunitarios, con el consiguiente riesgo de disparidades legislativas y semánticas. Todo lo cual motiva y explica un hecho curioso y hasta grotesco: Que hoy existan en Europa bastantes bufetes de abogados dedicados especialmente a buscar las distintas contradicciones y lagunas en la letra de la ley aplicable, a fin de obtener ventajas económicas, ello en detrimento de las Haciendas Comunitarias.

VIII.- El Tratado de Maastricht y el Convenio de 1995: Su importancia en la lucha contra el fraude a los intereses comunitarios y en la armonización del Derecho Penal de los Estados miembros.

¿Cómo abordó el TRATADO DE MAASTRICHT, en vigor desde 1993, la lucha contra el fraude a los intereses de la Hacienda Comunitaria?

Muy sucintamente, –pues es materia que los juristas conocen– recordemos que dicho Tratado se refirió a tal cuestión en su Título VI letra K. Y que en el mismo no se modificó, desde luego, el panorama de las competencias penales comunitarias, ni se previó la autoatribución de un “ius puniendi” de ámbito comunitario. Lo cual equivale a decir –y valga otro inciso, inciso conectado directamente con el tema de esta intervención– que se deja de lado en dicho Tratado la idea de un Código Penal común para los Estados miembros.

Pero, por otro lado, dicho Tratado contiene avances muy positivos para una armonización del Derecho Penal en Europa. Así:

- incluye un catálogo de derechos humanos (tal como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, colmándose con ello una laguna muy sentida por todos).

- y prevé técnicas de asimilación y de coordinación entre las normativas penales de los distintos Estados europeos.

Una cuestión se planteó enseguida, tras la entrada en vigor del Tratado, al ser abordada su ejecución o cumplimiento. Porque la idea de armonización que flota en dicho Tratado hubo de ser materializada optando entre dos alternativas o caminos: O la firma de un Tratado o Convenio entre los distintos Estados, de acuerdo con el Derecho Internacional Penal clásico; o la promulgación de una Directiva Comunitaria, amparada en los Tratados fundacionales que otorgan a las Comunidades la facultad de promulgar directivas precisamente para armonizar los distintos derechos nacionales (15).

El camino elegido fue el de un CONVENIO entre los distintos Estados miembros. Con ello, por tanto, se dejó de lado la técnica de las Directivas, que es sin duda la más eficaz y la más enérgica por cuanto obliga a los Estados miembros a trasladar a su Derecho interno el contenido de la Directiva, incluso con sanciones en caso de incumplimiento. Mientras que ello no ocurra con los Tratados o Convenios, los cuales, además, requieren la ratificación del respectivo Parlamento nacional sin que la falta de tal ratificación conlleve sanción alguna.

Se abandonó, pues, al optar por tal sistema de CONVENIO el firme camino que se había emprendido con dos importantes Directivas: Una, sobre el uso de información privilegiada (INSIDER TRADING) en 1989 (16); y otra, sobre el blanqueo de dinero en 1991: Directivas que, por cierto, habían conseguido un elevado grado de armonización de los derechos sancionadores estatales.

Así, pues, en la cumbre de Cannes, en Julio de 1995, el Consejo de la Unión Europea aprobó un CONVENIO, titulado “para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas”.

CONVENIO –hay que decirlo enseguida– que no ha sido hasta ahora ratificado por España, y que, por tanto, en rigor, carece de eficacia y virtualidad jurídica.

Y seguramente tal falta de ratificación por nuestra parte no ha sido casual, ni responde a otras prioridades del Parlamento Español; sino que obedece a ciertos aspectos concretos del mencionado CONVENIO que no son asumibles por nuestro Ordenamiento Jurídico.

Botón de muestra de tal inasumibilidad pueden ser estos dos detalles siguientes: El primero, relacionado con las conductas a castigar y las sanciones a imponer: Según el Convenio, los Estados miembros han de castigar con penas de privación de libertad de entidad suficiente para dar lugar a la extradición (o sea pena mínima de un año de prisión) los fraudes que superen los 50.000 Ecus: Exigencia que supone, en ciertos casos, o bien que hay que castigar al autor igual que al cómplice, y la tentativa igual que el delito consumado, o bien que habrá que castigar al autor con una pena elevadísima para que posteriormente al calcular las penas de la tentativa o de la participación sigan siendo lo suficientemente elevadas como para que puedan dar lugar a la extradición.

El segundo botón de muestra está en la proyección de la territorialidad y de la personalidad de la ley penal, que, según el CONVENIO, ha de posibilitar el seguimiento de varios procedimientos judiciales simultáneos en distintos Estados (cuando la conducta típica haya sido realizada en varios de

ellos o en ellos se hayan obtenido beneficios), para, luego, decidir, por acuerdo entre las partes, cuál de los Estados miembros ha de enjuiciar al autor o autores del presunto fraude: Sistema que choca frontalmente con el tenor literal del artº 24 de nuestra Constitución, que veda radicalmente una determinación del Juez “ex post”, efectuada por negociación entre las partes.

IX.- El nuevo Código Penal (L.O. 10/1995) y la nueva Ley de Contrabando (L.O. 12/1995).

Ahora bien: Es lo cierto que, pese a la falta de ratificación por España del aludido CONVENIO internacional de Julio de 1995, nuestro nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/95) –siguiendo una línea legislativa que merece elogios– ha incorporado al mismo una buena parte de las directrices de aquel Convenio.

Fue ello debido a una enmienda del grupo socialista, enmienda sumamente acertada, en el curso de la discusión parlamentaria, en el Senado, en la que se propuso la introducción en el Título XIV de determinadas conductas típicas; enmienda que luego fue objeto de otra complementaria que determinó la inclusión, además, de dos faltas en el Libro III del mismo Código.

Con ello, pues, puede decirse que se ha producido una primera recepción del aludido CONVENIO de 1995 en el Derecho Español.

La regulación concreta de esta materia en el nuevo Código, sin embargo, no parece demasiado afortunada, por cuanto ni se ha seguido el criterio de dedicar un capítulo o sección del mismo –que hubiere podido denominarse “De los delitos contra las Comunidades Europeas”– a las correspondientes conductas típicas; ni se ha adoptado tampoco el sistema de asimilar y equiparar las Haciendas Comunitarias a las Haciendas Públicas españolas, protegiendo a aquéllas en los mismos términos que a éstas.

Sino que el legislador ha optado por intercalar o entremezclar en el Título XIV varios artículos que sancionan determinadas conductas en perjuicio de la Hacienda de las Comunidades. Conductas que, en un intento de sistematización, pueden concretarse en las siguientes:

- el OBTENER INDEBIDAMENTE FONDOS DE LAS COMUNIDADES falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieren impedido. (Artº 309)

- el DAR A LOS FONDOS OBTENIDOS APLICACION DISTINTA de aquélla a que estuvieren destinados. (Artº 306, inciso segundo).

- el ELUDIR el pago de CANTIDADES, TRIBUTOS O RETENCIONES,

u OBTENER indebidamente DEVOLUCIONES, o DISFRUTAR BENEFICIOS FISCALES, de la misma forma. (Artº 306, inciso primero y artº 305.3 en relación con el artº 305.1).

A través de la descripción de tales conductas, se penaliza, como se ve, tanto el fraude en el disfrute de subvenciones comunitarias, como el fraude a los ingresos de la Comunidad (17), siempre y cuando –y ello es una condición objetiva de punibilidad– la cantidad defraudada exceda de 50.000 ECUS (unos 8.000.000 pesetas) para los delitos; y exceda de 4.000 ECUS (unos 650.000 pesetas) para las faltas (18).

Por cierto, algún autor con humor, –y valga otro inciso– comentó, a raíz de la promulgación del nuevo Cd. Penal y dada la referencia que en él se hace a los ECUS, que dicho Código “empezó a envejecer antes de entrar en vigor”; puesto antes de su promulgación ya estaba decidido que la moneda de la Unión Europea se denominaría “euro” y no “ecu”.

Entre los muchos comentarios que sugiere la regulación examinada, vamos a aludir –por razones de brevedad– sólo a tres de ellos:

1.- En primer lugar: Las cantidades mínimas en ECUS exigidas para el delito y para la falta en perjuicio de las Comunidades Europeas son más bajas que las exigidas para las defraudaciones en perjuicio de las Haciendas Públicas nacionales. Ello equivale a decir que al eventual defraudador le convendría más defraudar intereses nacionales que intereses de las Comunidades Europeas, pues en el primer caso tendría un mejor trato penal.

2.- En segundo lugar, que el defraudador comunitario no puede hacer uso de la excusa absolutoria que el Código Penal establece para los defraudadores internos si regularizan su situación tributaria o reintegran las cantidades que expresan los artº 305 y 308 del C.P. Se aprecia, pues, aquí también, una mayor severidad o rigor penal en el castigo del fraude a los intereses comunitarios que en la punición del de los nacionales. (Aunque justo es decir, por otro lado, que el fraude a las subvenciones internas conlleva una pena (artº 308.2) que no está prevista para los comunitarios: la de la pérdida de la posibilidad de obtener ayudas o subvenciones públicas).

3.- Por último, repárese en que la tipificación diferenciada del fraude a las Haciendas Comunitarias y del fraude a las Haciendas españolas, puede dar lugar a dudas y problemas importantes en cuanto a la punición en el caso, muy frecuente, de subvenciones cofinanciadas. Piénsese, por ejemplo, en el caso del señor que recibe una subvención de 16 millones de pesetas: 9 de ellos a cargo del erario nacional y los 7 restantes a cargo de los fondos comunitarios. Si se tiene en cuenta que el fraude de subvenciones

nacionales (act° 308 C.P.) sólo es delito a partir de los 10.000.000 pesetas y el fraude realizado a las subvenciones comunitarias sólo a partir de 50.000 ECUS (o sea unos 8.000.000 pesetas) resulta que tal defraudador no podrá ser castigado por delito, pese a haber defraudado la cantidad global de 16.000.000 pesetas (19).

Por otra parte, y en otro aspecto, la nueva Ley de Contrabando de 1995 (L.O. 12/1995 de 12 de Diciembre), aunque inspirada en el CONVENIO de Cannes de 1995, no cumple tampoco con el conjunto de las exigencias del mismo.

Dicha Ley de Contrabando, por otra parte (por haber prevalecido en ella criterios político-económicos) contiene, en ciertos aspectos, soluciones sorprendentes que hacen tambalear el principio de libre circulación de mercancías proclamado en Maastricht (20). Tal ocurre, por ejemplo, con el tabaco de origen comunitario, el cual es considerado por la Ley como género estancado, por lo que su comercio, tenencia y circulación sin cumplir los requisitos establecidos es materia objeto del delito de contrabando. Por otro lado, en sentido contrario, la salida del territorio nacional de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, aunque su destino fuere otro país de la Unión Europea, es considerado también delito de contrabando si ello se hace sin la previa autorización administrativa. Criterio éste que, además, está en contradicción con el contenido de la importante Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 23 de Febrero de 1995, a la que enseguida brevemente vamos a aludir. Y aludiremos a ella por cuanto, además, a su trasluz, podremos hacer una breve alusión al tema de “los Delitos Monetarios”.

Tal sentencia –de 23 de Febrero de 1995–, resolviendo una cuestión prejudicial promovida por la Audiencia Nacional española (21) declaró –en un caso de presunto Delito Monetario– que es contrario al Derecho comunitario el que un Estado miembro pueda someter la exportación de moneda a una autorización previa. ¿Por qué? Porque el sistema de “autorización previa –dice el Tribunal de Luxemburgo– representa que hasta que tal autorización no se conceda –si es que se concede– la divisa no puede salir del territorio, con lo que, de hecho, la circulación queda sometida a la discrecionalidad de la Administración. Con tal sistema, pues, una libertad –la de la libre circulación de capitales o de mercancía– se puede convertir en ilusoria.

Tal sentencia de Luxemburgo, sin embargo, no fue bien recibida por nuestro Tribunal Supremo, el cual, meses después, dictó la Sentencia de 17 de Julio de 1995 (ponencia de MONTERO) en la que se mantiene un criterio totalmente opuesto al del Tribunal de Luxemburgo, llegando

—curiosamente— a afirmarse (sin duda, para justificar la discrepancia) que “el Estado no puede encontrarse impotente ante la salida salvaje y tumultuaria de capitales guardados en maletines o bolsas de viajes u ocultos en los dobles fondos de los automóviles”. Así pues desestima el recurso, y mantiene la condena, al socaire —sostiene— de que, aun prescindiéndose del requisito de la “autorización previa” será necesaria por lo menos una “declaración” a la Administración, cuya ausencia —dice— tiene transcendencia penal (22).

Menos mal que, el legislador español, —dándose cuenta de que el estar en Europa conlleva unas exigencias ineludibles— ha promulgado muy recientemente el Real Decreto 1638/1996 de 5 de Julio (23) en el que se suprime la exigencia de “previa autorización” para la salida del territorio nacional de moneda, billetes de banco, etc.; dejándola sometida solo a una simple “declaración” cuando su importe fuere superior a 1.000.000 pesetas por persona y viaje; declaración, por otro lado, de carácter administrativo (carente de toda transcendencia penal).

X.- Consideración final.

Señoras y señores:

Antes de terminar y antes de que Vds. puedan escuchar la intervención del admirado y querido Prof. D. Gabriel Garcías —quien, por cierto, de todo esto sabe mucho más que yo— desearía hacer una reflexión: Una reflexión al hilo precisamente de los esfuerzos de la doctrina para dotar a Europa de unas estructuras eficaces de lucha contra la delincuencia económica internacionalizada.

No son suficientes —digámoslo claramente y enseguida— los métodos y las técnicas hasta ahora utilizados, que fueron establecidos por el Tratado de Maastricht.

Ni el sistema de la simple cooperación, ni el de la asimilación de normas, ni el de la armonización entre los distintos Derechos Europeos son suficientes para luchar eficazmente contra la delincuencia internacional.

Se requiere la unificación: La unificación aun a riesgo de que los Estados tengan que renunciar y abdicar de una parte de su soberanía, tengan que modificar a fondo su legislación (25) y tengan que renunciar a concepciones individualistas: Unificación que, —eso si— se ha de llevar a cabo sobre unas premisas dogmáticas totalmente seguras y perfectamente concordadas.

Premisas éstas, por cierto, que están, hoy, ya, muy elaboradas por eminentes expertos europeos como se aprecia, por ejemplo, en el libro

homenaje al Prof. Klaus Roxin que recoge las ponencias y las conclusiones del Congreso de COIMBRA de hace unos años.

Y... precisamente, en esta misma línea, es de destacar que, muy recientemente, tres de estos expertos europeos: Un alemán, Klaus Tiedemann; un español, Enrique Bacigalupo; y un italiano, Giovanni Grasso, coordinados por el Prof. Delmas-Martí, de la Soborna, han elaborado, no un nuevo estudio doctrinal sobre la cuestión –sobran los estudios doctrinales– sino un proyecto de “reglas” concretas, articuladas, a las que han denominado CORPUS IURIS, redactadas para ser adoptadas, ya, por todos los estados de la Unión Europea, para la protección de los intereses financieros de dicha Unión Europea.

La idea raíz/matriz del trabajo viene expresada en pocas palabras, muy precisas, y muy elocuentes, en la contraportada del libro publicado, en cuyo texto se dan a conocer tales “reglas” debidamente glosadas y comentadas.

La edición es bilingüe, en inglés y en francés.

Esta editada en París y su tinta está todavía fresca, pues salió a la calle hace sólo unas semanas. (25).

Voy a leerles a Vds. aquellas palabras en su versión francesa:

“Cet ouvrage propose une réponse radicalment nouvelle à l’absurdité dénoncée par tous, mais toujours tolérée, qui consiste à ouvrir largement les frontières aux délinquants pour les refermer aux organes chargés de la répression, au risque de transformer nos pays en véritables paradis pénaux. Il ne s’agit pas d’un code pénal ni d’un code de procédure totalement pénale européen ... mais d’un ensemble de règles pénales, qui constituent une sorte de corpus iuris, limité à la protection pénale des intérêts financiers de l’Union européenne, et destiné à assurer, dans un espace judiciaire européen largement unifié, une répression plus juste simple et plus efficace”.

El proyecto consta de solo 37 artículos:

Los 17 primeros destinados a describir los tipos de delito y las penas a imponer (todo ello con estricta sujeción a los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad); y los 18 restantes dedicados al procedimiento, desarrollando un modelo de proceso –con todas las garantías exigibles– proceso que está asentado –y éste es el “quid” de la cuestión– sobre la base de la creación de un espacio judicial único europeo (integrado por el conjunto de los territorios de los Estados miembros de la Unión Europea), espacio en el que un Fiscal General Europeo y los Fiscales Europeos Delegados del mismo en cada país y en cada capital que se estime

conveniente, llevarían la instrucción e investigación de los delitos comunitarios, para que, luego, en el Estado cuya jurisdicción resultara más apropiada para una buena administración de Justicia, los Jueces nacionales de dicho país procedieran a la celebración del Juicio y a dictar la sentencia correspondiente.

Un proyecto ambicioso –en cuyos detalles no podemos entrar–, que requerirá seguramente reformas constitucionales, pero que aporta un rayo de auténtica esperanza en esta candente cuestión.

Ahora bien: Señoras y Señores:

Con proyecto o sin proyecto, lo cierto es que los juristas europeos tienen ante sí –a punto casi de cambiar de milenio– un auténtico reto: Un reto esperanzador, un reto que debe ser abordado con ilusión y con confianza. Un reto que nadie podía imaginar cuando en 1985 España se adhirió a las Comunidades Europeas.

Nada más. Y muchas gracias.

Palma, Septiembre 1996

NOTAS

(1) Una excepción fue el Profesor Klaus Tiedeman quien desde siempre se ha preocupado por la cuestión: Véanse sus obras publicadas en 1974. Y confróntense los trabajos publicados bajo el título “Hacia un derecho penal económico Europeo”, con motivo de las “Jornadas de honor del Profesor Klaus Tiedeman” celebradas en Madrid en Octubre de 1992.

(2) En 1994 Margarita Mariscal de Gante, actual Ministra de Justicia y entonces vocal del C.G.P.J., formuló un Voto Particular en relación con el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 21 de Diciembre de 1994 aprobando el Anteproyecto del Nuevo Código Penal, voto en el que, entre otros extremos, expresó que “la situación penitenciaria continúa siendo extraordinariamente insatisfactoria: Ni reinserción para los internos ni seguridad para los ciudadanos en general...”. Y que “... la discusión mundial acerca de las diversas posibilidades de afrontar la delincuencia, así como los resultados de esa discusión no pueden tener valor decisivo para las opciones legislativas allí donde, como sucede en España, no existen los medios necesarios para hacer realidad esas alternativas”.

(3) Véase “Hasta dónde el control penal en una sociedad democrática” IX Congreso de Jueces para la Democracia. Alicante Octubre 1994.

(4) JESCHECK, Haus Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Traducción y adiciones de Derecho Español por Mir Puig y Muñoz Conde. vol. I, pg. 5 y 11.

(5) Cita tomada del estudio “Apuntes sobre el perfil del Juez Penal”. RUIZ VADILLO. Estudios de Derecho Procesal Penal 1995.

(6) RUIZ VADILLO, Enrique. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. 17 Junio 1996.

(7) Una encuesta realizada en Agosto de 1996 (véase el diario EL MUNDO del 12 Agosto 1996) refleja que una mayoría de los españoles cree que el cumplimiento de los requisitos de convergencia de Maastricht y la moneda única no merecen tantos sacrificios de recorte presupuestario y de ajuste social, necesarios para cuadrar cifras y rebajar el déficit en más de un billón de pesetas.

(8) Pueden verse los meritorios trabajos de ENRIQUE RUIZ VADILLO: “ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE UN POSIBLE DERECHO PENAL COMUN DE LA UNION EUROPEA” en la R.D.P. y C., 1994, n° 4; “LA RELACION ENTRE LOS ORDENAMIENTOS PENALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y DEL DERECHO PROPIO DE LA COMUNIDAD” en “Noticias de la Unión Europea”, 1995; “EL DERECHO COMUNITARIO Y EL TRATADO DE LA UNION EUROPEA”. Conferencia de Cáceres, 30 Abril 1992; “HACIA UNA REORDENACION DE LOS DERECHOS PENALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS CON VISTAS A UNA MEJOR PROTECCION DEL DERECHO COMUNITARIO”. Conferencia en ICADE-ICAI, Octubre 1992; ¿QUE PUEDE ESPERARSE RAZONABLEMENTE DE UN DERECHO PENAL EUROPEO COMUNITARIO?. “Actualidad Penal”, n° 34, 20-26 Septiembre 1993; “EL INCIPIENTE DERECHO PENAL COMUNITARIO”. Conferencia de Clausura en las Jornadas de Derecho Comunitario Europeo. Universidad de Alcalá de Henares. (Enero 1994); “EL DERECHO PENAL EN EUROPA”. Conferencia en Santander 1992; Asimismo pueden verse los profundos trabajos de ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER “POSIBILIDADES DE UNIFICACION DEL DERECHO PENAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS PARA LA PROTECCION DE LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD”. C.P.C. 1990, n° 41; y “ESTUDIO COMPARATIVO DEL DERECHO PENAL DE LOS E.E.M.M. DE LA U.E. SOBRE LA REPRESION DEL RECICLAJE O BLANQUEO DE DINERO ILICITAMENTE OBTENIDO”; y otros de los mismos autores.

(9) La doctrina distingue entre los conceptos de aplicabilidad directa y efecto directo. La aplicabilidad directa propiamente dicha es exclusiva de los reglamentos. La cuestión es importante y es conveniente distinguir bien entre ambos términos: La aplicabilidad directa se predica de un tipo de norma en cuanto tal –reglamento– pero puede darse el caso yare un determinado precepto de un reglamento no posee las características que determinan el efecto directo, en cuyo caso no podrá ser invocable y por tanto no susceptible de crear derechos y obligaciones para los particulares. (Cfr. PELLICER ZAMORA. “Los caracteres del Derecho Comunitario”).

(10) Revista del Consejo General de la Abogacía Española. Junio 1996, pág. 29 y 31.

(11) Desde el punto de vista doctrinal, pueden verse los estudios de TIEDEMANN DANNECKER y SCHERLOCK7HARDING sobre la “Armonización del Derecho Penal en el interior de la Comunidad Europea. (Transcribo esta cita tomándola del libro de ADAN NIETO “Fraudes Comunitarios”).

(12) Puede verse el brillante estudio de BACIGALUPO “La protección de los intereses financieros de la Comunidad en el Derecho Penal español). C. P. C. 1990 n° 41 página 258 y siguientes.

(13) Véase “Fraudes Comunitarios” de ADAN NIETO MARTIN, Editorial Praxis, Página 3: “El Mercado Común como factor criminógeno especial”.

(14) Hasta el punto de que la propia Comisión Europea ha creado un grupo de trabajo con el fin de simplificar la legislación.

(15) Referencia común de ambos sistemas o alternativas era, claro esta, la absoluta necesidad de evitar las disparidades legislativas entre los distintos Estados, tanto en cuanto a la protección de los intereses comunitarios como respecto a otros intereses del Derecho penal económico como son la protección del consumidor, del medio ambiente del mercado bursátil, de los derechos de los Trabajadores, de los accionistas, etc. Y todo ello por haberse detectado, de hecho, que numerosas empresas estaban prefiriendo instalarse en aquellos países comunitarios cuyos sistemas sancionadores eran –o son– más benévolos o más ineficaces a la hora de castigar aquellas infracciones.

(16) Sobre esta Directiva puede verse el estudio “El Insider Trading” de Jacobo López Barja de Quiroga, en el Anuario de Derecho Penal, Septiembre-Diciembre 1993, fascículo III.

(17) La expresión “cantidades que se deban ingresar” utilizada por el artº 306 no resulta demasiado lúcido, pues no es claro a qué “cantidades” se refiere. Desde luego no puede referirse a tributos comunitarios porque éstos están previstos en otro precepto (el artº 305.3 en relación con el artº 305.1) NIETO (obra citada, pág. 383), entiende que bajo la expresión “cantidades”, el legislador penal estima como conducta típica la de quien recibe una subvención a la que, en principio, tiene derecho, pero, posteriormente, por variar las circunstancias, ha de ser revocada; o, la de quien en caso de subvenciones que se concedan periódicamente, deja de tener derecho a su renovación o mantenimiento. La conducta típica consistiría, por tanto, bien en la violación de una obligación de comunicación o bien en suministrar declaraciones o documentos falsos, que impide a la Administración reclamar una subvención a la que ya no se tiene derecho, por variar las circunstancias o que provoca que dicha Administración siga abonando cantidades periódicamente, o renueve la misma subvención (subvenciones periódicas).

(18) Respecto a la concreción de las cantidades en ECUS, CARLOS VAZQUEZ IRUZUBIETA (“Nuevo Código Penal comentado” 1996. Editoriales de Derechos Reunidos) dice: “Este Código empezó a envejecer antes de entrar en vigencia: En la Cumbre de Madrid de 1995 se decidió que la moneda de la Unión Europea se denominaría “euro” y no “ecu”.

(19) NIETO (“Fraudes comunitarios” Editorial Praxis) propone que en casos como el apuntado, tanto las subvenciones que procedan del Erario español como de los comunitarios gestionados por la Administración española deben ser tutelados por el precepto que protege las subvenciones españolas (el artº 308) cuando el fraude globalmente considerando supere los 10.000.000 pesetas y ello cualquiera que sea la cantidad o el importe que en la subvención pertenezca a la Hacienda española o a la Hacienda Europea.

(20) Véanse artº 2 de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de Diciembre (B.O.E. 12 y 13 Diciembre) y comentario de Alfonso Breznez en “Actualidad Aranzadi” nº 230.

(21) Asuntos acumulados BORDESSA (C-358/93) y MARI- BARNERO (C-416/93).

(22) Véanse al respecto, entre otros, los trabajos de Daniel Alvarez Pastor y Fernando Eguidazu: “La aparición de nuevos delitos monetarios” en la revista “Comunidad Europea Aranzadi”, Enero 1996, pgs. 37 y siguientes; y de Angel Calderón Cerezo: “Otra vez los delitos monetarios” en Actualidad Jurídica Aranzadi, Año V, nº 212, 14 Septiembre 1985; y de Angel Juanes Peces, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura: “La incidencia del Derecho Comunitario sobre el Derecho Penal” en la revista “Comunidad Europea Aranzadi”, Noviembre de 1995, pgs. 35 y siguientes.

(23) Publicado en el B.O.E. del 9 Julio 1996. En el preámbulo de dicho Decreto Ley se hace mención expresa de la referida sentencia de 23 de Febrero de 1995 dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al igual que de la de fecha 14 de

Diciembre de 1995 del mismo Tribunal, destacando que dichas sentencias “han declarado contrario al Derecho Comunitario el requisito de la autorización previa”.

(24) Es indudable que el artº 93 de la Constitución mediante el que se dio entrada al Derecho Comunitario en nuestro Ordenamiento provocó un supuesto de “autorruptura” constitucional, pues en su seno albergaba una serie de consecuencias que hacen necesario replantear el funcionamiento de los órganos y poderes constitucionales. En este sentido, la mayor incidencia, la presenta la hipervaloración de la función judicial. (Véase ALONSO GARCIA “La incidencia en el Ordenamiento constitucional español de la Ley Orgánica 10/95 sobre Adhesión de España a las Comunidades Europeas).

(25) Agradezco al Prof. Enrique Bacigalupo, Magistrado del Tribunal Supremo y experto conocedor de todos los Derechos, su gentileza de hacerme llegar tan interesante trabajo, en el que él –así me consta– ha tenido un relevante y decisivo protagonismo. (Ed. Economica, 49 Rue Héricart 75015 París).

**DISCURSO DE CONTESTACION AL DE INGRESO
EN LA ACADEMIA DE D. RAFAEL PERERA MESQUIDA,
POR PARTE DEL ACADÉMICO D. GABRIEL GARCÍAS PLANAS**

Hace más de veinte años, estando yo todavía de Profesor de Derecho Penal en la Universidad Central de Barcelona, conocí al nuevo Académico Rafael Perera, a quien anuncie mi intención de trasladarme en un futuro inmediato a Mallorca para formar parte del Claustro de la Universidad Balear, y ejercer como Abogado Penalista.

Había oído hablar muy bien de él, pero quienes así lo habían hecho se habían quedado cortos. Rafael Perera es siempre muy amable y cordial en el trato, alaba merecida o inmerecidamente a los compañeros, y lo que es más importante no habla nunca mal de nadie.

Yo, si es que puedo atreverme a hacerlo, definiría a Rafael Perera como un excelente Abogado, con todo lo que ello significa, un trabajador infatigable, pues pasar por su despacho sea festivo o no, vemos siempre las ventanas abiertas, síntoma inequívoco de que está trabajando.

Rafael Perera, en esa línea de buen Letrado no deja nunca de leer todos y cada uno de los folios del Sumario, no deja nunca de estudiar la más reciente Doctrina y de analizar por completo la Jurisprudencia, tanto si el asunto lo merece como sino. Sabe estar en todo momento en esa difícil tarea de la Abogacía y es capaz de lo más difícil, pues sabe perder, en los contados casos que así ocurre, y ganar; ésto último que a primera vista parece fácil,

es tan difícil o mas que saber perder, aunque para Rafael es menos meritorio porque está mas acostumbrado.

Todas estas cosas, sin duda, han llevado a mi amigo Rafael Perera a la Academia y por consiguiente, creo que estoy en condiciones de poder afirmar que todos nos honramos con su incorporación y que va ha ser un puntal por las condiciones que en él concurren y que de una manera sintetizada acabo de exponer.

Pasando ya, en nombre de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares a la contestación al Discurso de Ingreso en la misma de D. Rafael Perera Mesquida, debo señalar de entrada que es difícil por el momento pensar pese a la existencia de la Unión Europea en un Derecho Penal común para todos los países de la Unión.

El Nuevo Código Penal español de 1995 ha querido adaptarse a los Principios Generales inspiradores de la Constitución Española y del Derecho Penal Moderno, a saber, Principio de Legalidad, de Intervención Mínima, de Culpabilidad, de Proporcionalidad, de Protección de bienes jurídicos, del Derecho Penal del Hecho, etc. Este nuevo Código Penal adaptado plenamente a tales principios ha tenido como precedentes la Reforma Parcial y Urgente de 1983 y la Ley de Actualización del Código Penal de 1989.

El Nuevo Código Penal de 1995, pese a inspirarse en el Principio de Intervención Mínima y en el carácter fragmentario del Derecho Penal ha creado nuevos tipos penales algunos de los cuales rozan el Derecho Administrativo, el Derecho Mercantil y el Derecho Civil, debido básicamente al fracaso de áquellas normas ante la solución de determinadas situaciones conflictivas; piénsese en los delitos relativos a la ordenación del territorio, a los delitos societarios, a los delitos relativos a los consumidores, delitos contra el medio ambiente, etc., lo que en ocasiones hace que con demasiada frecuencia se haga uso de las normas penales en blanco.

En cuanto a las penas, el Nuevo Código Penal que en un principio fué criticado por considerar que las penas resultaban desproporcionadamente bajas, respecto al código anterior, sin embargo vemos que ello no es así, sino más bien al contrario, pues al haberse suprimido la redención de penas por el trabajo, ello hace que aún cuando las penas sean algo mas bajas sólo es así de forma aparente, por cuanto su efectivo cumplimiento, en buen número de casos es superior al que se producía con el Código Penal anterior.

Recordemos que la escritora a quien hoy tal vez llamaríamos Socióloga, Concepción Arenal afirmó que para redactar un Nuevo Código Penal es requisito indispensable ser un amante de la libertad.

Dichas cuestiones previas, ¿es posible un Derecho Penal Comunitario?.

Para ello es indispensable recordar los Principios clásicos que en Derecho Penal rigen en materia de la denominada Ley Penal en el Espacio. El primero de ellos es el Principio de Territorialidad, que rige con carácter general; ello significa que siempre se aplicará la Ley del Estado donde se ha cometido el delito; es lo que se ha venido denominando territorialidad absoluta. Tal Principio hace caso omiso, tanto al bien jurídico lesionado como a los sujetos intervinientes.

El segundo Principio es el llamado Principio de Personalidad, según este va a ser de aplicación la Ley del país del autor del hecho criminal; es indiferente el lugar donde el delito se haya cometido o el carácter del bien jurídico lesionado o puesto en peligro; en tal sentido, el Estado que se rigiere por tal principio castigaría a sus nacionales por todos los delitos que hubiesen cometido, tanto en el como en el extranjero.

El Principio Real o de Protección de Intereses, establece que un país aplicará su propia Ley penal a todos los delitos cometidos contra sus intereses cualquiera que sea el lugar donde se hayan cometido, no importando tampoco la nacionalidad de la persona que lo llevó a cabo.

El Principio Universal o de Justicia Mundial, significa que cualquier estado es competente para juzgar determinados delitos.

Expuesto cuanto antecede hay que señalar que aun cuando la Ley Penal española es territorial, sin embargo se producen una serie de excepciones a hechos cometidos en el extranjero.

Así la Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 23.3 basándose en el Principio de Personalidad y en el Principio Real señala “Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado; b) Contra el titular de la Corona su Consorte, su Sucesor o el Regente; c) Rebelión y sedición; d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales; e) Falsificación de moneda española y su expedición; f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado; g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles; h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española; i) Los relativos al control de cambios.”.

Asimismo la citada Ley Orgánica del Poder Judicial, en el artículo 23.4

y basada en el Principio Universal de Justicia Mundial reza así: “ Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Falsificación de moneda extranjera. e) Los relativos a la prostitución. f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. 9) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

Además, en el Código Penal actual existe una agravante específica denominada reincidencia internacional para determinados delitos –ya existía en el Código Penal anterior–; ello significa que las condenas de Tribunales extranjeros en determinados casos sería tenida en cuenta a efectos de reincidencia, como si se tratase de una condena de un Tribunal español ver. gr. en el artículo 375 en materia de drogas, en el 388 falsificación de moneda y en el 190 prostitución.

Los Principios antes mencionados el de Territorialidad y sus excepciones tienen además fiel reflejo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo que a la extradición se refiere; de tal forma que el artículo 826 de la Ley Adjetiva Penal señala en que casos y con carácter exclusivo podrá solicitar la extradición “Solo podrá pedirse o proponerse la extradición: 1º. De los españoles que habiendo delinuido en España se hayan refugiado en país extranjero. 2º. De los españoles que habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país distinto del en que delinquieron. 3º. De los extranjeros que debiendo ser juzgados en España se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo”.

El primer supuesto está basado en el Principio de Territorialidad pues es requisito indispensable haber delinuido en territorio español, el segundo supuesto está inspirado en el Principio de Personalidad, pues aún cuando los hechos se cometieron en el extranjero lo que priva es la condición de español del sujeto activo de la infracción criminal; eso si, se requerirá además que el hecho punible lo sea por un delito en concreto y que el autor se haya refugiado en un tercer país.

Finalmente el tercer supuesto contemplado está inspirado en la idea del Principio Universal o de Justicia Universal no exigiéndose por tanto que el sujeto haya cometido el delito en territorio español ni que tengan la nacionalidad española.

Frente a la existencia de estos principios tradicionales, penales y procesales ¿puede hablarse hoy de la existencia en un futuro de un Derecho Penal Comunitario?. Creo que en estos momentos es difícil tanto contestar

en un sentido afirmativo como negativo; pues además de los principios antes mencionados respecto a la aplicación de la Ley Penal en el espacio nos encontramos con los principios penales tradicionales y con aquellos principios constitucionales que rigen en nuestro Derecho Punitivo. En base a estos principios va a ser en principio dificultoso la existencia de un Derecho Penal Comunitario, por cuanto éste deberá someterse a principios constitucionales coincidentes con la Carta Magna de los distintos Estados de la Unión Europea.

La formulación de principios como el de Legalidad, Resocialización, Presunción de Inocencia, etc. obligarán a un estudio pausado para tratar de analizar la formulación de los mismos en las distintas Constituciones Europeas; será obligado pues para que pueda hablarse de un Derecho Penal de la Unión Europea que exista también al respeto una uniformidad en aquellos que afecten al Derecho Penal y que deriven de las mismas.

De otro lado, los pilares en que se funda el Derecho Penal, tales como el Principio de Culpabilidad, el Principio del Hecho, el Principio de Proporcionalidad, el Principio de Ofensividad, también deberán coincidir si se quiere redactar unas normas penales que luego no se opongan a lo que en estos países se entienda por tales principios; aunque lo cierto es que en los Estados democráticos y de semejante entorno cultural tales cuestiones son pacíficas y no ofrecerían gran dificultad.

Pero con el nacimiento de la Comunidad Europea, hoy Unión Europea, han surgido normas con eficacia directa que se aplicarán preferentemente al Derecho Penal de los Estados, me estoy refiriendo a las Directivas y a los Tratados.

La Directiva tiene efecto directo cuando el Estado miembro transcurrido un determinado periodo de tiempo, no la ha incorporado a su Derecho nacional. Debe ser clara y precisa y no debe dejar ningún poder discrecional al Legislador nacional para su aplicación.

La Directiva permite que el Juez de un Estado interprete el Derecho interno cuando de la misma se pueda derivar la impunidad.

El artículo 96.1 de la Constitución Española establece “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

Los Tratados tienen distintas formas de eficacia, pues si la norma penal interna es incompatible con la del Tratado será de aplicación ésta por tener carácter prioritario.

Para saber si la norma interna se opone a la del Tratado hay que acudir a los Principios de Proporcionalidad y de no Discriminación.

Ello significa que puede existir una contradicción por proteger un bien jurídico que se opone al bien comunitario o por la forma de protegerlo, gravedad de la sanción, que puede ser desfavorable para los fines de la Comunidad.

Parece ser que con los Principios Constitucionales y Penales de los Estados democráticos, las Directivas y los Tratados se abre una puerta a la posibilidad que en un futuro pudiese existir un Derecho Penal que no se limite a regir en un solo estado y que pudiera incluso ser común para los Estados de la Unión Europea.

Ello esta muy lejos todavía, pero no debemos descartarlo, pues como decía un escritor francés “Las fronteras de los Estados acabarán por ser cicatrices de la historia”.

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LAS RELACIONES LABORALES

DISCURSO DE INGRESO EN LA ACADEMIA DE D. MIGUEL SUAU ROSSELLÓ

- I.- Preámbulo y desarrollo histórico del Derecho del Trabajo en España.
La Constitución de 1978 y el Estatuto de los Trabajadores de 1980.
- II.- Relación norma estatal - convenio colectivo:
 - A.- Coexistencia de los normas estatales y convenios colectivos.
 - B.- Primacía de la ley.
 - C.- Sistemas de desarrollo de las relaciones ley-convenios colectivos.
- III.- Determinación de diversos supuestos de autonomía colectiva.
- IV.- Delimitación entre la autonomía de la voluntad individual y colectiva.
- V.- La autonomía individual y su eficacia en la regulación de las relaciones laborales:
 - A.- Principio de indisponibilidad de los derechos laborales.
 - B.- Principio de la condición más beneficiosa.
- VI.- La autonomía de la voluntad individual en la constitución, desarrollo y extinción de las relaciones laborales.
- VII.- Trascendencia de la reforma de la legislación laboral de 1994 y de los acuerdos sindicales y empresariales de 1997 en orden a la autonomía de la voluntad.
- VIII.- Conclusiones.

**I.- PREAMBULO Y DESARROLLO HISTORICO DEL
DERECHO DEL TRABAJO EN ESPAÑA.
LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y
EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES DE 1980.**

El tema planteado, se centra, como su título indica, en determinar, en el amplio aspecto que comprenden las relaciones laborales, cuales son las fuentes del derecho que las regulan y en particular el valor que en tal sentido debe darse a la voluntad de las partes contratantes, así como a la de los acuerdos de los representantes legales de las mismas, tanto en el limitado campo de la empresa como en el más amplio de ámbito nacional y de diversos sectores por la suscripción de los correspondientes convenios colectivos, al igual que por otros convenios o acuerdos que no alcancen la consideración legal de Convenio Colectivo.

Caracterizado el Siglo XIX por el Liberalismo no es de extrañar que nuestro Código Civil dedique al arrendamiento de servicios unos pocos preceptos (arts. 1583 a 1587), exigiendo justa causa para el despido (1586), y reconociendo el derecho a desposeer a los trabajadores a su cese de las herramientas y edificios que ocupen por razón de su cargo (art. 1587), amén de una curiosa norma sobre la prueba, en caso de criados domésticos, en que será creído el amo, salvo prueba en contrario, sobre el tanto del salario del sirviente doméstico y sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente.

Por último dispone, como no podía menos, de la nulidad del contrato de arrendamiento para toda la vida, y la posibilidad de los contratos sin tiempo fijo, por cierto tiempo o por obra determinada y la aplicabilidad de lo que determinen las leyes y reglamentos especiales.

La necesidad de proteger al trabajador frente al mayor poder económico del empresario, lo que, provocaba en el primero una situación de inferioridad, dio lugar al nacimiento del Derecho del Trabajo y ya desde un principio se reconoció el carácter heterónomo del mismo y decidió que las relaciones del trabajo no se regularán exclusivamente por la voluntad de las partes ni quedar sometida la normativa a lo que las partes pactaran. Ello no obstante tampoco podía desconocerse que la voluntad de los contratantes formara parte, más o menos importante, de la normativa laboral.

La discusión sobre el encuadre del Derecho del Trabajo dentro del Derecho Público o Privado ya nos indica las dificultades en orden a determinar su naturaleza jurídica y que para unos, dado que su núcleo se

halla constituido por el contrato de trabajo, cuya significación y ascendencia histórica son civiles, debe ser el Derecho Privado, mientras para otros, en base a la necesaria intervención en las relaciones de trabajo de órganos administrativos, debe ser caracterizado como de Derecho Público, constituyendo sus normas lo que en la doctrina se entiende como derecho necesario, por encima de la voluntad de las partes, y al que tendremos ocasión de referirnos reiteradamente. Como siempre hay una posición mixta o dualista, de carácter publico y privado y con relaciones de ambos tipos y como exponía el fallecido profesor Alonso García lo importante es encontrar el criterio adecuado para decidir cuando nos hallamos ante una u otra clase de relaciones.

En el derecho español fue la Constitución de 1931, la primera que incorpora los derechos laborales y sociales a un texto de tal naturaleza ya que las anteriores de 1869 y 1876 se limitaban a establecer una garantía de la libertad del trabajo y del derecho de asociación no profesional (para los fines de la vida humana).

Dicha Constitución de 1931 además de establecer en su art. 1º que España es una República Democrática de trabajadores de todas clases, formula el derecho o libertad de elegir profesión y el de asociación o sindicación libre y proclama lo que se estimaba como contenido laboral básico, la protección del trabajo por las leyes, la jornada de trabajo, salario mínimo, vacaciones, etc.

En 1938 la publicación del Fuero del Trabajo contenía una serie de principios inspirados en la política social y laboral dentro de una línea autoritaria del texto, siguiendo la marcada por la Carta Italiana de 1926 y Ley de Ordenación del Trabajo alemana de 1934. Si bien la promulgación de dicho Fuero pudo hacer pensar en su carácter de derecho público, la ley del Contrato de Trabajo de 1944, núcleo esencial del Derecho del Trabajo hasta 1980, siguió siendo de naturaleza privada, aunque con un gran intervencionismo estatal que ha ido desapareciendo en la actualidad.

La Constitución de 1978 se presenta con un signo eminentemente social al señalar en su art. 1º que España se constituye como un Estado social y democrático de derecho, lo que se estima fue fruto del acuerdo o consenso entre la derecha civilizada y el socialismo democrático.

No es este el momento de aludir a los preceptos concretos que dedica al derecho al trabajo pero si a su encuadramiento, para a lo largo de la exposición referirnos en casos concretos a su valoración, y así se debe poner de relieve que mientras la libertad sindical y el derecho de huelga se hallan encuadrados en la sección 1ª del Capítulo II del Título I, el deber y derecho de trabajar, el derecho a la negociación colectiva, y las medidas de conflicto,

lo están en la 2ª, al igual que la determinación de que las leyes regularán un Estatuto de los Trabajadores, que por lo mismo no precisó de ley orgánica y los derechos allí fijados no obtienen la tutela jurisdiccional específica para los derechos fundamentales y la del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, como expresa el art. 53-2 de dicha Constitución.

El Estatuto de los Trabajadores publicado por ley 8/80 de 10 de Marzo, constituye la base del Derecho del Trabajo y precisamente en su exposición de motivos, no incluido en el texto determinado por el Congreso, pero si en el Boletín Oficial de Las Cortes Generales nº 62 de 2 de Enero de 1980 se expone el espíritu que inspiró el proyecto de ley. Habla de los tres pilares básicos en que se expresa el modelo laboral: la contraposición de intereses en el mundo del trabajo, la autonomía colectiva de las partes sociales y el otorgamiento al Estado de la correspondiente potestad normativa en materias laborales, competencia exclusiva a tenor del art. 149.7 de la Constitución, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas.

Se refiere dicha exposición de motivos al reconocimiento del intervencionismo estatal y de la autonomía colectiva que satisface intereses que aunque de carácter no público son colectivos. Fundamentalmente desaparece la homologación de los convenios colectivos y propugna una mayor intervención judicial para resolver los problemas laborales, pareja con la disminución del intervencionismo de la administración.

Parejo al problema de determinar la naturaleza jurídica del derecho del trabajo, es el de la determinación de sus fuentes, y así mientras el Código Civil en el art. 1-1 enumera como tales la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, el art. 3 del Estatuto de los Trabajadores nos señala que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

- a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.
- b) Por los convenios colectivos.
- c) Por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones y convenios colectivos antes expresados.
- d) Por los usos y costumbres locales y profesionales.

Y por otra parte nos da una serie de directrices para resolver las dificultades derivadas de la concurrencia de dichas normas que iremos desarrollando a lo largo del trabajo.

Antes de entrar en el estudio pormenorizado de las fuentes citadas, conviene detenernos un poco en lo que dispone al respecto la Constitución Española de 1978, ley de leyes y de obligado respeto, y que como es sabido puede determinar la posible inconstitucionalidad de las otras normas de rango inferior.

Dicha Constitución reconoce con carácter institucional en su art. 7 “los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios”, garantizando por ley “el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios” (art. 37-1).

Por otra parte reconoce una serie de derechos y obliga a su desarrollo normativo: libertad sindical, huelga, negociación colectiva, medidas de conflicto, etc.

A la vista de la Constitución cabe hacerse dos preguntas:

1ª) ¿Ha fijado la Constitución Española una delimitación de los ámbitos y extensión de cada uno de los órdenes, normativo estatal, del constituido por los Convenios Colectivos, y del orden jurídico contractual en el que se integran el contrato de trabajo y las decisiones unilaterales del empresario aceptadas por los trabajadores y los convenios colectivos impropios o extraestatutarios?

2ª) ¿Cuál es el alcance que debe darse al llamado derecho necesario o normas de obligado cumplimiento?

Respecto a la primera cuestión estimamos con el profesor Borrajo que no ha establecido criterios cerrados para tal delimitación y que esta nos viene dada por interpretaciones jurisprudenciales y del Tribunal Constitucional.

El citado profesor llega a una serie de conclusiones:

a) Las normas estatales pueden regular cualquier materia laboral de modo que no hay una reserva constitucional en favor de la autonomía colectiva ni de la individual.

b) Existe una garantía constitucional del Convenio Colectivo que obliga a su preservación.

c) Las normas estatales y los propios convenios colectivos han de salvar y promover la relación contractual de las condiciones de trabajo, la libertad individual de contratación y dentro de ella, la facultad de ordenación de dichas condiciones por la empresa está igualmente garantizada.

La falta de reserva constitucional, con límites máximos o mínimos

puede generar dudas, inseguridades y conflictos competenciales, pero la coexistencia armónica entre dichos límites de producción de reglas (no de normas jurídicas) en materia laboral, está reconocida y defendida por la propia Constitución.

A parejas conclusiones con respecto a la segunda pregunta llega el profesor y magistrado del Tribunal Supremo Sr. Martín Valverde, exponiendo que la mayor o menor extensión del llamado derecho necesario dependerá del carácter que se quiera dar a las diferentes normas que se encuadran dentro del Derecho del Trabajo. Señala Martín Valverde que se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuya especificación corresponde a la doctrina científica y particularmente a la jurisprudencia, sin posibilidad de calificación apriorista, como expresa la sentencia del T.S. de 25-2-83, porque su carácter de derecho necesario viene influido por la realidad social del tiempo en que se deben aplicar, que se menciona en el art. 3º-1 del Código Civil. Es el legislador el que ponderando las circunstancias podrá aumentar o disminuir el acervo de derecho necesario.

II.- RELACIÓN NORMA ESTATAL - CONVENIO COLECTIVO.

A.- Coexistencia de las normas estatales y Convenios Colectivos.

Profundizando algo más en las tesis expuestas por el profesor Borrajo y en el estudio concreto de la relación norma estatal - convenio colectivo debe tenerse en cuenta que en la propia Constitución por una parte se reconoce y establece el principio de legalidad y jerarquía normativa (art. 9) y la sumisión de la potestad reglamentaria a las leyes (art. 97) y por otra el reconocimiento de la autonomía colectiva y fuerza vinculante de los convenios (art. 37-1). Cabe por ello insistir, con un importante sector doctrinal, que en la C.E. no hay reserva reglamentaria o convencional, sino por el contrario una potestad de auto reserva por el legislador, en el sentido de que todo puede ser objeto de ley, y así aunque en otro campo la sentencia de 4 Mayo de 1992 del T.C. señala que la materia cuya solución jurídica el legislador encomienda al Reglamento, puede en cualquier momento ser regulada por dicho legislador.

Por otra parte aunque la Constitución no menciona de forma expresa la autonomía colectiva en el citado art. 37, ello se deduce del significado dado al mismo por la doctrina y propio Tribunal Constitucional y así viene siendo reiteradamente reconocida por dicho tribunal que en sentencia de 7-Marzo-84 se refiere a la “autonomía colectiva de las partes sociales”, mientras que en la de 30 - abril - 85 nos dice “que la facultad que ostentan los representantes de los trabajadores y empresarios de regular sus

intereses mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la ley sino propia, y que el mandato que el art. 37-1 de la C.E. formula a la ley de garantizar la fuerza vinculante de los convenios no significa que esta fuerza venga atribuida “ex lege”. Antes al contrario la misma emana de la C.E. que garantiza con carácter vinculante los convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario.

Recuerda la sentencia de 7- Marzo- 84 (31/84) que el sistema normal de fijación del contenido laboral, corresponde a la autonomía de los trabajadores y empresarios mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva que proclama el art. 37-1 de la C.E. y conforme a los art. 1-1 y 9-2 del propio texto constitucional, el Estado social y democrático de derecho ha de cumplimentar aquel sistema, y cuya intervención estatal atiende a un interés social que considere digno y necesitado de la actuación del Estado.

Como dice Rodríguez Piñero la Constitución Española delimita un derecho del trabajo en que el papel de la ley no es accesorio ni adjetivo, o como señala Martín Valverde el legislador ha sido probablemente no el único, pero si el principal arquitecto del sistema de relaciones laborales en el periodo histórico más reciente.

El resurgimiento de los derechos de carácter económico y social reflejados en los diversos preceptos de la Constitución conducen a la intervención del Estado para hacerlos efectivos (STC 18/84 de 7 de Febrero) y como expresa Blasco Segura la puesta en escena de la Constitución ha supuesto una redistribución de papeles del Estado y de la autonomía colectiva, debiendo aquel intervenir en la reglamentación del marco de las relaciones laborales, pero conteniendo su intervención, dejando zonas o espacios libres, terreno de juego suficiente para la actuación de la negociación colectiva.

Por otra parte el Convenio Colectivo, que en una descripción poética de Carnelutti es “un híbrido que tiene cuerpo de contrato y alma de ley” no puede quedar limitado a mantener las condiciones de trabajo existentes, pues tan grave limitación los vaciarla de contenido, sino que por el contrario una vez firmado adquiere eficacia normativa y se incluirá en el sistema de fuentes del derecho, si bien y como afirma la sentencia del Tribunal Constitucional 177/88 de 10 de Octubre, el convenio en cuanto norma ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales recogidos en la Constitución, insistiendo el Tribunal Constitucional en su sentencia de 8-4-91 que resultaría paradójico que existiese una bolsa de total y absoluta autonomía dentro de una organización como el Estado que por definición determina para sus

súbditos un factor heteronómico. No hay esferas totalmente autónomas en el derecho del trabajo.

B.- Primacía de la Ley.

Confirmada la dualidad Ley-Convenio Colectivo en la regulación de las relaciones laborales, conviene puntualizar la primacía de la Ley, por mor del principio de jerarquía normativa. Aunque no exprese claramente la Constitución la superioridad de la norma estatal sobre la convencional, dan fe de ello el principio de jerarquía normativa del art. 9-3 y el art. 7 que ordena el respeto a la ley dentro del ejercicio de la actividad de los sindicatos y asociaciones empresariales, mientras el 149-1 establece que la legislación laboral es competencia exclusiva del Estado y además es reconocida tal primacía constitucional por el propio Tribunal Constitucional que en sentencia de 30-4-85 sienta que es la misma posición que ocupa la Ley en la jerarquía normativa la razón por la que:

a) El Convenio Colectivo debe respetar el derecho necesario establecido por aquella.

b) La Ley puede desplegar una virtualidad imitadora de la negociación colectiva.

c) Puede excepcionalmente reservar para si determinadas materias, y en definitiva que la ley en el ejercicio de una competencia que no puede negársele, puede autorizar a la negociación colectiva a regular una materia que con anterioridad se hubiera considerado exclusiva de la misma.

En definitiva el propio Estatuto de los Trabajadores establece el necesario respecto a las leyes por parte de los convenios colectivos (art. 85.1) y la posibilidad de la anulabilidad de los mismos si conculcan la legalidad vigente (art. 90.5).

Insiste el Tribunal Constitucional en sentencia de 1 de Julio de 1991 en que “el derecho a la negociación colectiva establecido en el art. 37-1 de la Constitución no implica en modo alguno que los convenios colectivos no estén sujetos a las reglas de la jerarquía normativa, la ley ocupa una superior posición en ella, de la que deriva la posición de respeto y sujeción por aquellos a lo dispuesto con carácter necesario en la ley y generalmente por las normas de mayor rango jerárquico, cuyo mandato representa y tiene conexión con la voluntad popular. Lo mismo reitera el Tribunal Supremo en sentencia de 9-12-88 al señalar que en los extremos que tienen carácter inderogable inalterable e indisponible por los destinatarios, prima la ley sobre los pactos colectivos según el principio de jerarquía normativa.

C.- Sistemas de desarrollo de las relaciones Ley - Convenio Colectivo.

El desarrollo de las relaciones ley-convenio colectivo ha sido encomendada al legislador ordinario, en particular en el Estatuto de los Trabajadores que según los casos establece diversos criterios que la doctrina ha ido agrupando en los siguientes:

A) Relación de suplementariedad. El Estado fija unos mínimos inderogables y excepcionalmente un máximo, cual era el art. 25 del E.T. al limitar el máximo del llamado premio de antigüedad en su redacción primitiva hasta la Ley 11/94, que lo modificó y devolvió la plena autonomía a la negociación colectiva.

B) Relación de complementariedad. Dichas normas aparecen engranadas. Se prescinde de los mínimos y se establecen las bases o principios a regular concretamente luego por los convenios colectivos.

C) Relación de supletoriedad. La norma estatal se declara supletoria del convenio colectivo, y solo se aplica sino se halla regulada en otra forma en el convenio colectivo. Es decir se flexibiliza la norma y potencia el convenio.

D) Relación de exclusión. Se produce una reserva de ley derivada de la existencia de intereses generales que es preciso potenciar y superiores a los representados por las partes negociadoras. Aquí también entran en juego las llamadas normas de derecho absoluto, o como señala Alonso Olea la intangibilidad de las estructuras institucionales del Derecho del Trabajo. El convenio colectivo no puede desnaturalizar la naturaleza del contrato de trabajo, llevándolo hacia otro tipo contractual ni contener preceptos que nieguen sus elementos esenciales. Cita la imposición de una relación de por vida o la prohibición de ruptura de dicha relación mediante incumplimientos graves o la conculcación de normas procesales de orden público.

Ello no obstante en muchas ocasiones al no manifestar el legislador cual será la eficacia de una nueva Ley en relación a los convenios colectivos puede presentar serios problemas interpretativos que los tribunales deben luego resolver en base a toda la normativa laboral y civilista. Como casos más conocidos citaremos, a modo de ejemplo, los efectos de la Ley 4/83 de 29 de Junio que redujo a 40 horas la jornada semanal y la derivada de la aplicación del R.D. Ley 5/92 de 21 de Julio de Medidas Presupuestarias, convertido luego en Ley 28/92 de 24 de Noviembre, que impuso a las empresas el pago de las prestaciones de I.L.T. desde el día 4 al 15, ambos inclusivos, desde la fecha de la baja en los casos de enfermedad o accidente no laboral.

En el primer caso la Ley 4/83 de 29 de Junio al entrar en vigor mediado el año 1993, planteó serias dificultades interpretativas en orden a su incidencia sobre los convenios colectivos vigentes, que fijaban otro tipo de jornada. Se enfrentaron dos posturas que podemos calificar de maximalistas según cual fuera el estamento que las sostuviese. Así las asociaciones empresariales abogaban por la vigencia de lo establecido en los convenios colectivos hasta su término o en su caso la nulidad íntegra de los mismos, mientras que los sindicatos pretendían la aplicación inmediata de la Ley a partir de su vigencia sin tener en cuenta lo dispuesto en los convenios. Hubo sentencias de diverso signo y finalmente prosperó la tesis auspiciada por una resolución administrativa del Ministerio de Trabajo y por múltiples sentencias del extinto Tribunal Central de Trabajo, tales como las de 22-Noviembre-1983 y 19-Dic-83 (Ar. 10.366/83 y 11.339/83), de aplicar la Ley 4/83 y la semana de 40 horas desde la fecha de su vigencia, si bien en cómputo anual, de forma que si sumadas las horas trabajadas hasta su entrada en vigor, a tenor de lo establecido en el Convenio Colectivo respectivo, a las que se deberían trabajar calculando el resto del periodo de 1983, a tenor de la indicada ley, resultaba una suma superior a 40 horas semanales habrá que reconducirla hasta el límite legal desde la fecha de vigencia de la ley, y en cambio si no produce un resultado superior a 40 horas habrá de ser respetada. Los fundamentos del derecho de las citadas sentencias se basaban en el principio de jerarquía normativa y carácter de mínimo necesario de la semana de 40 horas.

En el otro supuesto, al imponer el Real Decreto Ley 5/ 92 de 29 de Julio, confirmado luego por la Ley 28/92 el pago a las empresas de las prestaciones de ILT del 4 al 15 día, sin posibilidad de resarcirse de la Seguridad Social, como venía ocurriendo hasta entonces, aparte del problema de la posible inconstitucionalidad de la ley, planteada la cuestión por la Sala de lo Social de Baleares, y que fue admitida a trámite por el Tribunal Constitucional y desestimada finalmente por sentencia 37/94 de 10-2-94, el tema de fondo consistió en la posible aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” a los convenios colectivos, al entender que dicha ley había variado profundamente las circunstancias en que se suscribió el Convenio Colectivo de Hostelería de Baleares.

Sabido es que la doctrina civilista se ha venido mostrando sumamente cautelosa en la aplicación de la cláusula entendiéndose en general se debe tratar de una alteración extraordinaria e imprevisible. Mayor discusión polémica ha venido existiendo sobre la posibilidad de modificar un convenio colectivo durante su vigencia, tanto en cuanto a que pueda imponerse a las otras partes e incluso a que vengan obligadas a renegociar el convenio. Cierto es que por mutuo acuerdo no parece exista objeción posible y así lo

entendía el extinguido Tribunal Central de Trabajo en sentencia de 13-5-86 (A. 3977)

Por otra parte el Tribunal Constitucional en sentencia 210/90 de 20-12-90 estimó, como se había expuesto en sentencia 19/81 (fundamento jurídico 14) que es posible reclamar una alteración del Convenio en aquellos casos en que se haya producido un cambio radical y absoluto de las circunstancias que permitan aplicar la llamada cláusula “rebus sie stantibus”. En consecuencia estima la Sala de Baleares, en sentencia n° 68 de 17-3-94, que quien alega que si una ley dictada, vigente el Convenio Colectivo, provoca el mencionado cambio absoluto y radical de las circunstancias podrá pedirse la revisión del convenio, pero no la postergación de la plena efectividad de la norma legal. En todo caso cabría recordar que el Tribunal Central de Trabajo se mostraba reticente a la aplicación de la cláusula, dada la dinamicidad de los Convenios que permiten solucionar el desequilibrio que puede sobrevenir.

En la citada sentencia entendió la Sala que el complemento de prestaciones establecido en el Convenio no ha sufrido alteración legal alguna y que se trataba de una carga más impuesta a las empresas. Ello no obstante el Tribunal Supremo en sentencia de 4-7-94 dictada por el Pleno de la Sala, aunque con seis votos particulares en contra, en supuesto de otro convenio colectivo, entendió que la reforma legal habla alterado la base del convenio teniendo en cuenta cuando se suscribió el convenio colectivo allí discutido consagrando así la aplicación de la cuestionada cláusula, a los convenios colectivos.

Por ello interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Sala de Baleares fue revocada por la sentencia del T.S. de 26-4-95 que estimó la alteración del convenio en este punto y supresión de la mejora concedida por el mismo en el indicado periodo.

Posteriormente se han seguido planteando cuestiones sobre el mismo supuesto y así la Sala de lo Social de Navarra en sentencia de 7-2-97 (Act. L. 964) que alude precisamente a la indicada sentencia del T.S. de 4-7-94 fija en cuatro los requisitos exigibles para la aplicación de la cláusula y que se resumen en la exigencia de una alteración extraordinaria de las circunstancias; que aparezca una desproporción inusitada o exorbitante entre las peticiones de las partes que rompa el equilibrio: que las circunstancias sean imprevisibles o insospechadas al tiempo de concluir el convenio y que no exista medio o manera de remediar el perjuicio que se produce. Se rechaza en este caso la demanda que versaba sobre el incremento de salario de los trabajadores con el IPC, manteniendo así un claro criterio restrictivo en orden a su aplicación.

Por último manifestar que en algún caso el complejo acuerdo colectivo entre empresas y representantes de los trabajadores presenta serias dificultades de interpretación. Ello ocurrió en el de 23-7-92 concertado entre el Comité General de la empresa “Enatcar” y la dirección, ratificado por la asamblea de trabajadores y homologado por la Dirección General de Trabajo el 17-7-92 que constituía por ello un pacto o convenio impropio con eficacia contractual. En dicho pacto se fijaban unas indemnizaciones a percibir por los trabajadores por la rescisión de sus contratos, que debían devolver si eran posteriormente admitidos por RENFE, de la que procedían. Se fijaban diversos supuestos según se les reconociera o no la antigüedad y en definitiva lo que se discutía, en el caso que nos ocupa era si debía devolverse la indemnización y en concreto si es posible reducir o suprimir la indemnización mínima legal por convenio colectivo de empresa. La sentencia del Tribunal Supremo de 21-Enero-1997, dictada en Sala General, aunque con 4 votos particulares en contra, estima la validez del pacto de devolución, aunque afecte al mínimo laboral de 20 días por año de servicio establecido en el art. 51-10 del E.T. amparándose precisamente en la validez del pacto de devolución si se reingresó en RENFE con reconocimiento de la antigüedad, y sin derecho a los mínimos legales superados por las indemnizaciones fijadas por el pacto.

III-DETERMINACIÓN DE DIVERSOS SUPUESTOS DE AUTONOMÍA COLECTIVA

La diversidad de convenios colectivos, en particular en su ámbito territorial y personal y la admisión de la eficacia, aunque sea limitada, de otros convenios o pactos que carecen de la naturaleza de los convenios colectivos y que en la doctrina se conocen como “extraestatutarios”, obliga a una reflexión, aunque sea somera, sobre la posible concurrencia de estas diversas autonomías colectivas en un supuesto concreto.

En primer lugar una breve referencia a los llamados convenios extraestatutarios, o sea aquellos realizados al margen del Estatuto de los Trabajadores. Si se sostiene que la Constitución ha delegado en el legislador ordinario la regulación de los convenios colectivos y los extraestatutarios lo son al margen del citado Estatuto, cabe muy bien coincidir con un sector de la doctrina que entiende deben reputarse ilegales y por ende nulos y carentes de toda eficacia.

Ahora bien, la realidad antes y después de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, confirma la existencia de estos llamados también “Convenios o Pactos Impropios” y por ende la necesidad de determinar su eficacia o ineficacia. No cabe duda de que al amparo del art. 6 del Código

Civil pudieran ser declarados ilegales y nulos, pero debe reconocerse que se ha preferido otorgarles una cierta legitimidad y eficacia.

La polémica ha sido dura entre ambas concepciones si bien se fue imponiendo la tesis del valor limitado a los representados en tales convenios, frente al normativo de los convenios colectivos, quizás teniendo en cuenta que en muchos casos se trata de convenios que aún iniciados con todos los requisitos de un Convenio Colectivo, luego no alcanzan su efectividad por no reunir la mayoría necesaria pese a la alta cuota de representatividad que los sustenta. Se ha querido incluso justificar en algunos casos, por el desalojo de una ley estatal inadecuada por otra social más efectiva, o lo que un jurista francés llamó “ la revolte des faits contre le droit”.

En definitiva el afán legitimador de tales convenios sostenido por parte de la doctrina y resoluciones de los tribunales ordinarios, ha encontrado su refrendo en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que en la de 8-6-89, según afirma Alonso Olea, consagró el convenio colectivo extraestatutario al puntualizar que la negociación extraestatutaria está constitucionalmente protegida, al menos cuando quien negocia es un sindicato, pues evidentemente ni el art. 7 ni el 28-1 de la C.E. cubren la negociación llevada a cabo por representantes unitarios.

Posiblemente con la intención de refrendar una situación de hecho real y controvertida la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 admite su existencia y posible eficacia al permitir los procesos de conflicto colectivo en su art. 150, hoy 151 del texto refundido, que versen sobre la aplicación o interpretación de un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia y por otra parte, al referirse a la impugnación de los convenios colectivos distingue entre los regulados por el Título III de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (art. 161 - 1) y la de un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia (art. 163).

Sigue no obstante la polémica sobre la naturaleza jurídica de este Convenio Extraestatutario y concretamente si tiene eficacia normativa limitada, tesis sostenida por el Tribunal Constitucional, o mera eficacia contractual en lo que se apuntaba una corriente jurisdiccional del extinto Tribunal Central de Trabajo. En este último caso semantiene que lo pactado en convenio extraestatutario puede ser desplazado o excluido por mera voluntad de los sujetos de un contrato individual al no tener carácter vinculante.

Los posibles casos de contradicción jurisdiccional son múltiples y mientras por una parte la citada sentencia del Tribunal Constitucional de 8-6-89 declaró que la adhesión de trabajadores singulares o grupos de

trabajadores a un convenio extraestatutario no puede ser cuestionada, y en ocasiones incluso se le atribuyen caracteres propios del convenio colectivo, mientras en otras se dice lo contrario y así el Tribunal Supremo en sentencia de 4-4-88 manifiesta que la huelga puede pretender lícitamente la modificación de lo acordado en pacto no estatutario.

En todo caso parece más conveniente, como apunta Montoya Melgar que dada la existencia de tales convenios el legislador debería tomar en consideración tal hecho y o bien prohibirlos o reconocer expresamente la legalidad de los pactos de eficacia general asignándoles con claridad, bien naturaleza meramente contractual, bien naturaleza limitada, y trazar con precisión las relaciones entre los convenios colectivos y tales pactos, a lo que podría añadirse determinar las relaciones entre tales pactos y la voluntad individual de los contratantes.

Cabe no obstante al respecto detenernos en una posible clasificación de la diversidad de estos convenios colectivos impropios o extraestatutarios y así en primer lugar vamos a referirnos a los negociados por sindicatos y asociaciones empresariales en ámbito supraempresarial.

En este supuesto al ser negociados en el ámbito sindical y para sus afiliados puede aceptarse su fundamento en el art. 37 de la C.E. y que su naturaleza no es puramente contractual, permitiendo la adhesión de otros sujetos colectivos o individuales como se ha dicho antes.

En segundo lugar cabría un convenio extraestatutario por sindicatos, o mejor dicho representaciones sindicales en el ámbito de la empresa que no alcanzasen la mayoría exigida y de naturaleza similar a los anteriores y que permiten su adhesión por los no afiliados.

Existen por otra parte una serie de convenios extraestatutarios atípicos, tales como los negociados por representaciones unitarias de los trabajadores en el ámbito empresarial y dentro de estos, algunos están autorizados por el propio E.T., otros por convenio colectivo estatutario y otros que surgen de forma espontánea.

Es natural que los negociados por representaciones unitarias deben celebrarse de acuerdo con las reglas impuestas por el E.T. para la toma de sus acuerdos, de lo contrario serían nulos, al igual que en el supuesto de vicios del consentimiento.

En general la doctrina jurisprudencial de las diversas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia viene aceptando su función de desarrollo, de regulación de concretas aplicaciones de adaptación a la empresa de un convenio colectivo estatutario y la mejora de las condiciones previstas en el mismo. Ahora bien el propio legislador ha autorizado algunos

de estos pactos con tal eficacia, así los acuerdos sobre modificación de condiciones de trabajo (art. 41 E.T.), pactos de huelga (art. 8-2 R.D.L. 17/77 de 4 de Marzo), fijación para turnos de vacaciones (art. 38 E.T.), fijación horario flexible (art. 36-1), etc.

En otras ocasiones el propio convenio colectivo, sectorial o de empresa, autoriza tales pactos colectivos. En estos casos se integran en el propio Convenio Colectivo al seguir lo pactado y tendrán que interpretarse y aplicarse dentro del conjunto de normas del Convenio Colectivo. Así los acuerdos o pactos sobre modificaciones horarias serán fuentes creadoras de derechos generales.

Surgen también estos acuerdos no por lo establecido en un convenio colectivo o norma legal, sino de forma espontánea, bien para mejorar las condiciones de un convenio o bien porque al no existir disposición expresa en contrario pretenden una regulación nueva. El Tribunal Supremo incluso les ha dado los efectos de convenio colectivo en sentencias de 28-9-88 (A. 7138) y 23-1-91 (A. 174) y en la de 13-1-92 (A. 35) acerca de pactos retributivos específicos para una empresa no prohibidos por el art. 85 del E.T. En general se viene entendiendo son novaciones contractuales efectuadas de forma colectiva en el ámbito empresarial que en definitiva son de preferente aplicación frente a la norma convenida y de imposibilidad de renuncia por contrato individual.

Conviene detenernos por último un momento sobre las condiciones de trabajo adquiridas por la vía del pacto colectivo y su posible alteración.

El Tribunal Constitucional en la sentencia nº 208 de 28-6-93 se refiere a los diversos supuestos de la autonomía de la voluntad individual o plural y así distingue los casos de ausencia de regulación convencional o contratación “ex novo”, simple modificación de condiciones no substanciales de trabajo, y ausencia de sistematización en el uso de la autonomía individual. En general se trata de modificaciones accidentales, ausentes o imprevisibles en la regulación de la relación laboral.

Por otra parte la nueva legislación de 1994 ha consagrado incluso la posibilidad de esta modificación contractual plural de condiciones de trabajo esenciales cuando afecte a un reducido número de trabajadores.

Es por último obligado hacer una referencia al uso abusivo de los pactos individuales o plurales frente a la negociación colectiva, que la desnaturaliza y que puede provocar su nulidad. Hoy el tema se ha reconducido legalmente con la nueva redacción dada el art. 41 de E.T. por Ley 11/94 que fija un número máximo de trabajadores y en general todo el valor de los acuerdos de empresa será tratado específicamente al serlo la

importante modificación en la regulación de las relaciones de trabajo efectuadas por dicha ley.

IV.- DELIMITACIÓN ENTRE AUTONOMÍA DE VOLUNTAD INDIVIDUAL Y COLECTIVA

Volviendo al art. 3 del Estatuto de los Trabajadores vemos que en el Derecho del Trabajo siempre se ha reservado un margen de desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad individual, como fuente de dicho derecho. Cual debe ser dicho margen es cuestión polémica y va variando su solución según las circunstancias y tiempo en que se desarrollan las relaciones laborales.

Nuestro Código Civil en su art. 1255 manifiesta que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público. En el caso del contrato de trabajo no cabe duda de que al ordenar el citado art. 3- 1c del E.T. que en el contrato “en ningún caso pueden establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales o convenios colectivos”, fija la supeditación del contrato individual no solo a la ley sino a lo dispuesto en tales convenios.

El tema de la relación contrato o pacto individual y convenio colectivo es dificultosa dada la multiplicidad de situaciones que pueden plantearse y así el propio Tribunal Constitucional en sentencia de 30-4-85 reconoce que la difícil regulación por la negociación colectiva de los derechos individuales constituye una de las cuestiones más complejas y delicadas, incluso en ámbitos como el de empresa en el que exigencias de indole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones económicas, y añade que la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual pues esta, garantía de libertad personal, ha de contar con un margen de actuación.

Concretando el tema cabe distinguir y referirnos en primer lugar a las condiciones individuales preexistentes al Convenio Colectivo y luego a la autonomía de la voluntad individual una vez vigente el convenio.

En relación al primer supuesto se ha venido sosteniendo que las condiciones de trabajo previas al convenio colectivo, de carácter u origen individual en su adquisición, no pueden ser afectadas por el propio convenio, salvo absorción o compensación, considerando un derecho adquirido e intangible lo convenido individualmente por el trabajador y el empresario,

siempre que sea más favorable que la convención colectiva que sobreviene en el tiempo.

Ella no obstante la dificultad de establecer condiciones distintas para los trabajadores ingresados antes o después de la suscripción del convenio con la consiguiente desigualdad, ha hecho que el propio Tribunal Constitucional en la referida sentencia 58/85 de 30 de abril, reconozca una capacidad de incidencia del convenio colectivo sobre el derecho de los individuos que componen la colectividad, siendo en ocasiones precisa la limitación de algunos de estos derechos individuales para la efectiva promoción de aquel.

Quizás la solución esté en distinguir entre la condición contractual individual o singular y la colectiva o plural relativa a un grupo de trabajadores por decisión del empresario o pacto colectivo preexistente. En el primer caso debe mantenerse su validez por estimar que el convenio colectivo nuevo no podía contemplar las situaciones individuales y por otra parte solo de forma generalizada puede disponer el convenio colectivo de derechos adquiridos individualmente. Por otra parte el Tribunal Supremo en sentencia de 21-7-92 en recurso de casación de unificación de doctrina y ponencia del Sr. Martín Valverde nos dice que una cláusula convencional colectiva no produce automáticamente la novación del contrato de trabajo, cuando afecta de modo directo a la esfera de la autonomía individual. Aunque sea presumible que tal novación contractual haya de resultar globalmente beneficiosa para los trabajadores, es a estos mismos individualmente considerados, y no al empresario o a los titulares de la autonomía colectiva, a quienes corresponde aceptar en último término la conversión del contrato en otro de diferente naturaleza. Se trataba de un C.C. que obligaba a las empresas en un plazo determinado a convertir los contratos en tiempo parcial en fijos. Superado dicho plazo y convertidos finalmente los contratos, se reclaman diferencias de salario por el periodo de retraso.

En cuanto a las actuaciones de la autonomía de la voluntad una vez vigente el convenio colectivo, ya una recomendación de la O.I.T., la 92/51, establece que las disposiciones en los contratos de trabajo contrarias al contrato colectivo, deberán ser consideradas nulas y sustituidas por este.

Esta solución nos la da el citado art. 3-1º del Estatuto de los Trabajadores que implícitamente reconoce la posibilidad de mejoras mediante pactos individuales y a su vez prohíbe los pactos contrarios a la norma estatal o colectiva.

Ello no obstante durante años, quizás por una cierta rigidez en las normas pactadas en Convenio Colectivo, o por agrupar en el mismo a empresas de carácter y condiciones diferentes que exigían soluciones más

flexibles, se ha venido intentando a través de la negociación particular alterar lo convenido colectivamente, con el peligro de desnaturalizar la negociación colectiva vaciándola de contenido en estos puntos, y con la consiguiente reacción sindical que veía peligrar su autonomía e influencia en la regulación de las relaciones de trabajo. Los litigios han sido múltiples en la geografía española y así podemos destacar entre ellos, por su trascendencia ciudadana, el que se vino en llamar la “guerra del pan” en Ciudad Real. Desde hacía años en dicha provincia los sucesivos convenios colectivos para las industrias de panadería disponían que el descanso semanal se efectuaría precisamente cada domingo y por tanto se prohibía la fabricación, distribución y venta de pan dicho día, sin perjuicio de medidas excepcionales y temporales a juicio de la Comisión Mixta de Interpretación del Convenio. La prohibición incluso se extendía a los autónomos por cuenta propia y familiares. En 1991 diversos empresarios, al amparo de la libertad de empresa (art. 38 CE) y de libertad de horario del R.D. Ley 2/85 de 30 de Abril, llegan a un acuerdo con sus trabajadores y se ponen a fabricar pan en domingo. Al margen de la mayor o menor libertad en la firma del acuerdo por parte de cada trabajador o grupo de trabajadores, lo cierto es que la asociación patronal interpone un conflicto colectivo en demanda de que se restaure la prohibición de fabricar pan. El juzgado resolvió la plena disponibilidad del derecho al descanso en domingo por parte de los trabajadores, siempre que mediara compensación económica y siguiera existiendo el descanso semanal previsto en el ET. Insistía el juzgado en que no se trataba el descanso en domingo de un derecho absoluto o necesario y que en definitiva dicho pacto imponía una restricción a la libre competencia prevista por la Ley 16/89 de 17 de Julio de defensa de la competencia. Ello no obstante al ser recurrida la sentencia de Febrero de 92 ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia y haber recaído en 1-7-92 la muy conocida y comentada sentencia del Tribunal Constitucional 105/92 no cabía sino su revocación como así ocurrió.

En Baleares a su vez se había discutido un tema similar de autorización de trabajo en días festivos por trabajadores de nueva contratación en una empresa de lavandería, con respeto a los horarios, jornada y remuneración y resuelto la Sala por sentencia de 19-12-91 (nº 370) revocar la de instancia y se estimó la validez de tales acuerdos singulares, en base precisamente a lo dispuesto en los art. 3 (1 y 5) y 37-1 del E.T. y 47 del D. de 28-7-83 sobre descanso compensatorio, aunque en la actualidad el art. 37-1 no contenga tal posible regulación para actividades concretas y a su vez el Decreto de 28-7-83 perdió su vigencia en 12-6-95 conforme la disposición transitoria quinta del E.T. tras la reforma de 1994 y hoy esté sustituido por el de 21-9-95 (1561/95) que otorga valor primordial a la negociación colectiva.

Es preciso por tanto detenernos un momento en el examen de la citada sentencia del Tribunal Constitucional de 1-7-92. Recayó en un recurso de amparo contra una sentencia del extinto Tribunal Central de Trabajo de 26-10-88 que aceptó que una conocida empresa de seguros de Barcelona pactara con sus trabajadores la sustitución de la jornada continuada del convenio colectivo por la partida. En definitiva estimó dicho Tribunal Constitucional que uno de los contenidos esenciales de la libertad sindical (art. 28 de la C.E.) es el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, quedando desvirtuados muchos derechos si se permite la alteración de lo pactado mediante pactos individuales, no pudiendo prevalecer la autonomía de la voluntad individual frente a la colectiva.

En este caso el Tribunal Constitucional pareció apartarse de la doctrina sentada por un auto de 26 de Septiembre de 1988 que señalaba que la mejora de las condiciones de los trabajadores puede permitir un cierto margen de apreciación y valoración subjetiva pero si se oferta con carácter general no debe entenderse como vulneradora del art. 28-1 de la C.E.

Por el contrario en la sentencia de 1-7-92 insiste el T.C. en que la aceptación de una oferta voluntaria formulada por la empresa vulnera el contenido de lo pactado en convenio colectivo y quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador.

Reconoce no obstante que los convenios colectivos no pueden petrificar las condiciones de trabajo pero puede establecer dicho convenio o el propio E.T. la posibilidad de modificar lo pactado. Han corrido ríos de tinta sobre el alcance generalizador de dicha sentencia que como ocurre en la mayoría de resoluciones judiciales suelen ser matizadas posteriormente en algunos puntos por otras o ser relacionadas con aquella.

En el tema que nos ocupa forzosamente tendremos que referirnos a otra del propio T.C. de 11-6-92 (92/92) que afronta el problema del “ius variandi” previsto en el art. 41 del E.T. En esta si bien se reconoce que no es inconstitucional el citado art. 41, que permite que se alteren las condiciones de trabajo en determinadas circunstancias y con autorización administrativa, ya que tales autorizaciones se limitan a extender la potestad directiva de la empresa (art. 38 CE), luego afirma con rotundidad que el art. 41 reconoce solo un “ius variandi” extraordinario, solo aplicable a las condiciones de origen contractual y por el contrario no cabe sustituir administrativamente lo acordado en Convenio Colectivo, manteniendo la tesis del Tribunal Supremo en sentencia 11-4-91 de que las modificaciones de estos solo pueden efectuarse a través de los mecanismos de modificación o denuncia de los convenios colectivos previstos en el Título III del E.T.

Resueltos múltiples casos de modificaciones horarias y de jornada en el sector bancario y de finanzas con notorias limitaciones o restricciones a la

actuación bilateral o plural de empresas y trabajadores, un determinado sindicato dio un paso más e interesó la nulidad de unas medidas internas de la Cia. Telefónica de gestión y dotación recursos económicos ofertando en 1988 unas gratificaciones extraordinarias y un plus de disponibilidad; en relación este último a la localización inmediata del trabajador en caso de urgencia. La demanda pretendía se declarase constituía una práctica antisindical y fue desestimada por sentencia de la Audiencia Nacional de 7-12-89, en base a que se trataba de materias no regulables en el Convenio Colectivo y que por lo tanto no lo vulneraban y por el contrario establecían mejoras salariales que respetaban los mínimos fijados en el Convenio. El Tribunal Constitucional en sentencia de 28-6- 93 (208/93) desestima el recurso aludiendo en primer lugar a que el sindicato accionante no fue parte en la negociación colectiva y en que la autonomía de la voluntad individual se desenvuelve en este caso en un campo propio no regulado por la autonomía colectiva. Insiste en que el mero hecho de que la autonomía individual pudiera estimarse viola o impide un derecho futuro a la negociación colectiva no violenta la Constitución pues “la mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de la negociación colectiva no supone un impedimento para acuerdos contractuales individuales o para decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión” y añade que solo una utilización masiva de la autonomía de la voluntad, para jugar en detrimento y marginación de la autonomía colectiva, sería dudosamente compatible con las bases constitucionales de nuestro sistema de relaciones laborales que trata de hacer compatibles la libertad sindical, con el consiguiente predominio de lo colectivo sobre lo individual, y la libertad de empresa que es un espacio abierto a la autonomía individual, máxime cuando en el caso de autos las medidas no son generalizadas para todos los trabajadores sino solo para determinados de ellos.

El tema sigue abierto y es objeto de múltiples resoluciones judiciales y como ejemplo podemos citar el resuelto en última instancia por la sentencia del Tribunal Supremo de 30-4-94 (Ar. 3475) en relación a un “plus de mercado establecido por “La Caixa” para determinados directivos que lo aceptaban de forma individualizada y que mantiene la generalizada doctrina de que si bien los contratos individuales no pueden modificar lo establecido de modo general en los convenios colectivos ello no significa que la autonomía colectiva se sobreponga siempre sobre la individual vaciándola de contenido, puesto que la libertad de contratación se puede ejercer para acomodar las condiciones generales a los supuestos concretos de organización del sistema productivo siempre que no se menoscaben los mínimos establecidos en convenio y que la adaptación se justifique en necesidades que resulten razonables y no arbitrarias ni discriminatorias.

Cabría también hacer alusión al complejo supuesto de modificaciones del Rgto. de régimen interior de “Galerías Preciados” que contenía mejoras substanciales para prestaciones de seguridad social como invalidez y viudedad, efectuado por Resolución de la Dirección General de Trabajo. En vía administrativa se estimó la validez del acuerdo si bien la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional revocó dicha resolución por estimar no cabía dentro el art. 41 del E.T. Ello no obstante el Tribunal Supremo, y concretamente la Sala de lo Contencioso- Administrativo revocó la sentencia de la Audiencia Nacional y confirmó la validez de la modificación cuya sentencia fue recurrida en revisión y finalmente desestimado el recurso. Al propio término múltiples litigios se promovían ante la jurisdicción laboral por los afectados individualmente, inclinándose dicha jurisdicción hasta su más alto grado por la no validez del acuerdo. El Tribunal Constitucional ha resuelto múltiples recursos de amparo solventado el tema de la intervención en ocasiones contradictoria, de diversas jurisdicciones en un mismo asunto, en el sentido de que prevalecerá el criterio de la jurisdicción competente para resolverlo y que a partir de esta fecha las cuestiones prejudiciales resueltas por otra jurisdicción deberán acomodarse a aquellas, sin que por otra parte se tenga conocimiento de que se haya revocado el criterio seguido en el caso enjuiciado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, antes señalado, sobre la cuestión de fondo.

V.- LA AUTONOMIA INDIVIDUAL Y SU EFICACIA EN LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES.

Antes de entrar en el examen particularizado de la trascendencia que en el largo “iter” de la relación laboral tiene la voluntad de empresario y trabajador conviene detenernos y profundizar por su carácter generalizador, en lo que se conoce por la doctrina como los principios de indisponibilidad de los derechos y de la condición más beneficiosa.

A.- Principio de indisponibilidad de los derechos laborales.

Aunque el principio de irrenunciabilidad o indisponibilidad de los derechos laborales vaya unido al nacimiento del propio Derecho del Trabajo, a lo que ya nos hemos referido, y sea uno de los pilares fundamentales del mismo, dada la posición contractual de inferioridad en que siempre se ha estimado se encuentra el trabajador frente al empresario, lo que lleva a considerar que el acto de renuncia del trabajador no es un acto libre, no es nada fácil determinar en cada caso concreto el alcance y límites de dicha renuncia ya que como señala el Tribunal Supremo en

sentencia de 1-6-42 (A. 885) de extender sin reservas la prohibición de los actos dispositivos del trabajador se seguiría “cierta capitidisminución incompatible con su plena capacidad”, lo que estimo que en la actualidad y dados los mayores conocimientos y asesoramientos de que disponen en general los trabajadores, así como la difusión en los medios de comunicación de las cuestiones laborales debe enjuiciarse con mayor cuidado.

Es indudable que en el Derecho del Trabajo se partió de la premisa contraria al derecho común de que todo derecho es renunciable salvo excepciones, plasmado en el art. 6-2 del Código Civil, sustituyéndolo por la de que ningún derecho laboral puede ser renunciado salvo excepciones y así ya lo establecía el art. 19 de la ley de accidentes de trabajo de 1900 y lo recogió la Ley de Contrato de Trabajo de 1994 en su art. 36 que establecía la nulidad de “la renuncia hecha por el trabajador, antes o después de la celebración del contrato, de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidentes de trabajo, perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato o cualesquiera otros beneficios establecidos por la ley”.

El actual Estatuto de los Trabajadores en su art. 3.5 manifiesta que “los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo”.

Llama la atención que en el E.T. se sustituye la expresión “renunciar” por la de “disponer”, concepto más amplio y que si bien se estima afortunado, ya que obviamente existen muchos negocios jurídicos distintos a la renuncia que pueden perjudicar los derechos del trabajador, un sector de la doctrina estima confuso y que ha provocado una corriente jurisdiccional no siempre acorde.

Cabe recordar aquí que la ley de Relaciones Laborales 16/76 de 8 de Abril, disponía en su art. 5 que “El trabajador no podrá renunciar a los derechos que le sean reconocidos en las normas laborales y será nulo todo acto que los ignore o limite. No obstante por si mismos o, en su caso, a través de sus representantes, en los convenios colectivos sindicales y siempre mediante compensación adecuada, podrán disponer de los derechos y condiciones laborales que no estén reconocidos en normas de derecho necesario”.

Vemos así que el E.T. limitó en este sentido la autonomía de la voluntad individual y potenció la colectiva.

En principio la adquisición de los derechos por parte del trabajador sin duda queda plenamente garantizada con el indicado precepto del E.T. en relación con el 9-2 al devenir nulo el pacto en contra de dicha adquisición, y

así son múltiples los supuestos en que firmado un determinado tipo de contrato, a su extinción se reclama luego su nulidad y conversión en otro, normalmente de tipo indefinido, por estimarse conculcaba la legislación vigente.

Más difícil resulta en ocasiones el mantenimiento de los derechos del trabajador a lo largo de su relación laboral, bien por decisión unilateral del empresario, en cuyo caso entrarán en funcionamiento tanto actuaciones administrativas de salvaguardia como las judiciales a instancia del propio trabajador, o bien por decisión unilateral del propio trabajador que decide eliminar alguno de los derechos de que disfrutaba, frente a lo cual se aplicará el principio de la irrenunciabilidad. Quedan no obstante otras esferas de la autonomía de la voluntad individual del trabajador en orden al uso, goce y disposición de derecho.

El profesor De La Villa estima son ilícitos de disposición todos los actos del trabajador por los que se supriman o renuncien los derechos laborales reconocidos por disposiciones laborales de derecho necesario, bien sean actos unilaterales o bilaterales que pueden comprender tanto la renuncia como la remisión del débito, la cesión y la transacción, sea cualquiera el tiempo a que se refiere, anterior o posterior a su adquisición, y tanto si están establecidos por el propio contrato, la normativa laboral en general o los convenios colectivos.

Igualmente son ilícitos de disposición los actos del trabajador por el que supriman o reduzcan derechos pactados en convenio colectivo. Aquí surge la discusión sobre si cabe una interpretación literal del art. 3-5 del E.T. que se refiere a la indisponibilidad de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo o por el contrario, dado al carácter normativo y vinculante de lo convenido por la unidad de negociación, el convenio colectivo ha de beneficiarse de la presunción “iuris tantum” de inderogabilidad de los derechos colectivos frente la autonomía individual (T.S. 11- 6-87 (A. 4337) y Tribunal Constitucional 105/92).

Por último cabe aludir a la prohibición legal de la transacción, o renuncia de los derechos reconocidos por situaciones favorables al trabajador (art. 245 LPL).

Por el contrario en general vienen reputándose lícitos los actos del trabajador por los que se reduzcan derechos laborables, legales o consensuales, no vinculados al derecho necesario o al orden público, o igualmente los que se refieran a derechos establecidos en el contrato individual.

Ello no obstante una especial dificultad entraña la llamada transacción de derechos, y en particular la conciliación extrajudicial ante el SMAC y la judicial previa al juicio.

La transacción por su propia definición plasmada en el art. 1809 del C. Civil es un contrato distinto de la renuncia, es un negocio bilateral y oneroso, es decir exige una situación de controversia y concesiones recíprocas. En general se viene exigiendo que los derechos sobre los que las partes transigen han de ser disponibles aunque cabe también la interpretación contraria en el sentido de que al no tratarse de una renuncia, cabe también sobre disposiciones legales de derecho necesario y convenios colectivos Sin embargo la opinión mayoritaria estima que el art. 3-5 del E.T. invalida la transacción de derechos de carácter necesario y así lo entiende el Tribunal Supremo. En definitiva si el Código Civil prohíbe la transacción sobre cuestiones como estado civil, matrimonio, etc. puede entenderse que la legislación laboral la prohíbe sobre determinados derechos de carácter necesario.

Sin embargo el componente de incertidumbre que gravita sobre el tema resuelto por la transacción, imposibilita o dificulta en la práctica la determinación de la existencia de un derecho necesario que se halla previamente cuestionado.

En todo caso entiendo se podría ejercitar la acción prevista en el art. 67 de la LPL en relación a la conciliación previa en evitación del proceso, prevista en el art. 63, y estimo que si bien el art. 67 se refiere a la “acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos” quedaría incluida en ellas la indisponibilidad del derecho dentro la más general de objeto y causa del contrato.

A mi juicio una de las actuaciones más difíciles e interesantes del juez en la jurisdicción del orden social, la constituye su intervención en la llamada conciliación judicial previa y exigida para la mayoría de litigios planteados ante la misma.

Su necesaria celebración se mantiene desde la primera normativa procesal en términos similares, salvo la puntualización a partir de la LPL de 1990, de que se celebrará en audiencia pública.

El juez viene obligado por ley (Art. 84 LPL) a intentar la conciliación y no cabe entender ello como un mero requisito formal sino que debe informar a las partes de los derechos y obligaciones que puedan corresponderles y además debe aprobar dicha conciliación para que tenga validez. Por otra parte es obvio que no puede prejuzgar la cuestión litigiosa y sentencia

futura, pues desnaturalizaría el propio proceso y la tutela efectiva que protege la Constitución.

La crítica a la actuación judicial es fácil y en muchas ocasiones se oye la queja de ciertos profesionales de que si no aceptas la proposición y postura del juez estás abocado a una sentencia contraria a tus pretensiones. Entiendo que la prudencia y buen hacer de un juez avezado a estos menesteres puede compaginar las obligaciones que le impone el precepto, que no puede rehuir, con la evitación de cualquier prejuzgamiento de la litis, ya que debe referirse a los derechos y obligaciones que corresponderían a las partes de ser ciertas sus afirmaciones, sin entrar en el tema de la realidad de tal certidumbre o incertidumbre.

En el mismo sentido de la indisponibilidad de los derechos cabría estudiar el tema del allanamiento del trabajador y la congruencia de la sentencia con sus pretensiones y con la doctrina de los actos propios que en principio no cabría extender a los trabajadores, aún cuando en ocasiones el Tribunal Supremo haya valorado negativamente la invocación tardía de los actos inválidos de disposición (T.S. 4-12-80 (A. 4862)).

Conviene por último señalar que en la práctica resulta difícil mantener la operatividad del principio de indisponibilidad de los derechos del trabajador pues se permite su disposición de bienes ya incorporados a su patrimonio, ya que lo contrario anularía la libertad del mismo como persona, o deberían modificarse una serie de instituciones, tales como la prescripción y la caducidad, el carácter dispositivo y no inquisitivo del proceso laboral, etc. y así obviamente el trabajador puede admitir hechos que le perjudican en la prueba de confesión, reconocer deudas o pagos, la efectividad de los finiquitos, desistir de las demandas o no interponer recursos o incluso determinar la extinción del contrato pues tal facultad está prevista expresamente en el art. 49 del E.T. y reiteradamente reconocida por la doctrina jurisdiccional, con las lógicas reservas y exigencia probatoria sobre la voluntad clara e inequívoca de resolver o extinguir la relación laboral, si bien por otra parte una reiterada corriente jurisprudencial es especialmente restrictiva en orden a la alegación de vicios del consentimiento tales como la coacción, dolo o error pues exige cumplida demostración de dichos vicios.

B.- El principio de la condición más beneficiosa.

El contrato de trabajo puede sufrir a lo largo de su desarrollo, a menudo de larga duración, modificaciones derivadas de diversas causas legales, convencionales de carácter colectivo o de carácter singular, por voluntad de los contratantes, o incluso de uno de ellos.

Se puede decir que el contrato de trabajo es mutable por su propia naturaleza y por la alteración que a lo largo de los años puede sufrir el entorno en que se desarrolla, y en general la doctrina distingue y estudia como supuestos diferentes, el mutuo acuerdo novatorio y la modificación unilateral por parte del empresario. Por su carácter excepcional apenas se estudia la posibilidad de la modificación unilateral por parte del trabajador.

En relación al primer supuesto no cabe efectuar objeciones al pacto novatorio entre empresario y trabajador ni incluso a las cláusulas establecidas en el contrato original al respecto, a tenor del art. 1255 del C.C. y 3-1 del E.T., salvo que fuera discriminatorio y siempre que se respeten las condiciones mínimas de la ley o convenio colectivo. Puede dicho pacto novatorio recaer sobre todo el contenido de la relación laboral y así lo referido al llamado “plus quam leges” del contrato, no vincula a las partes para un acuerdo posterior.

En el segundo supuesto la primera cuestión que se plantea, cuando se efectúa un cambio normativo o por convenio colectivo, es su trascendencia en orden a las condiciones fijadas en el contrato de trabajo. Tradicionalmente se ha venido sosteniendo que se deben respetar las condiciones más beneficiosas de origen contractual y aún cuando quepan precisiones dogmáticas sobre el origen de esta condición más beneficiosa, sea el contrato de trabajo inicial o novado, concesión unilateral del empresario, individual o colectiva, de un convenio colectivo extraestatutario, o de mera tolerancia del empresario, queda claro que en todas ellas priva el carácter de la contractualidad.

La doctrina no es pacífica sobre la trascendencia de una norma general posterior más restrictiva sobre la condición contractual, aunque priva el criterio de que sólo se aplicará en la medida en que las condiciones establecidas en la norma general sean más favorables para el trabajador que las contractuales.

El tema se plantea con mayor crudeza cuando a través del convenio colectivo, y en aras del interés colectivo, se pretende sacrificar el interés individual. Doctrina generalizada del extinto Tribunal Central de Trabajo señalaba que los convenios colectivos y pese, a su eficacia “erga omnes”, no pueden lesionar o desconocer situaciones más ventajosas ganadas a título individual por el trabajador. Ello no obstante puede perfectamente argumentarse que en aras del interés colectivo cabría la revisión de los derechos particulares de determinados trabajadores. Incluso el legislador ha establecido una disponibilidad colectiva a través de lo fijado en los arts. 41, 47 y 51 del E.T. y por otra parte la generalización de las llamadas cláusulas

“ad personam” plantea la posibilidad de la legitimación de la negociación colectiva para alterar o modificar estas condiciones más beneficiosas.

El Tribunal Constitucional sólo ha entrado en el tema desde la perspectiva de la libertad sindical, al no ser el derecho a la negociación colectiva un derecho fundamental, y algún autor tal como el profesor Durán López llega a la conclusión, argumentando sobre la jurisprudencia constitucional, de que si bien la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual, tampoco puede negarse la posibilidad de que el convenio colectivo entre en los terrenos de los derechos individuales, pues se trata de un instrumento esencial para la regulación de las condiciones de trabajo conforme la propia Constitución.

Precisamente el Tribunal Supremo en sentencia de 13-2-97 (Act. Lab. 846) resuelve el caso de unas profesoras que gozaban de unas amplias vacaciones escolares y que les fueron negadas tras la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo que contenía la siguiente clausula “En 1 de Enero de 1991, desaparecerán las condiciones más beneficiosas disfrutadas por aquellas trabajadoras que las posean, tales como jornada, manutención y alojamiento entendiéndose completa y definitivamente compensadas por las establecidas en el presente convenio”. En este caso el Tribunal Supremo estima que el régimen de las vacaciones de las actoras no había sido instaurado por una condición de trabajo pactada individualmente sino que estaba fijada con carácter colectivo e indiferenciado para grupos de trabajadores. Por otra parte la sucesión de empresa no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos, como el presente, de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores. Cuida no obstante la sentencia de salvar en su argumentación las condiciones más beneficiosas adquiridas a título exclusivamente personal.

Puede por ello en resumen sostenerse que las condiciones más beneficiosas de origen contractual sólo pueden ser modificadas por acuerdo novatorio de las partes, salvo respecto a aquellas que no se agotan en el contrato de trabajo por ser de titularidad o disfrute colectivo, que pueden alterarse por una regulación colectiva posterior. Igualmente cabe sostener que las clausulas “ad personam” tienen su utilidad en relación a las condiciones más beneficiosas de origen normativo como salvaguardia de las mismas.

No obstante lo antes expuesto, el propio legislador y la jurisprudencia han venido estableciendo una doctrina en el sentido de que las condiciones más beneficiosas no se acumulan a las ventajas concedidas posteriormente

por una regulación normativa o convencional colectiva posterior, sino que se puede aplicar la técnica de la llamada compensación y absorción, aunque sea limitándola a los llamados conceptos homogéneos. Sin embargo tales técnicas de absorción y compensación pueden quedar limitadas por el propio convenio colectivo, prohibiendo su aplicación o mediante la garantía “ad personam” de las condiciones más favorables que se vinieran disfrutando, a que nos hemos referido.

En todo caso la doctrina es conforme que la autonomía de la voluntad de los contratantes privará en la forma de establecer la condición más beneficiosa incluso sobre el Convenio Colectivo que determine la posibilidad de la compensación y absorción, y por otra parte que la no utilización por el empresario, incluso durante años, de dicha posibilidad no le impide hacerlo desde un determinado momento.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la condición más beneficiosa, unos la entienden como un principio general del derecho y así Ojeda Avilés estima se deduce de numerosos preceptos normativos y aplicación analógica de las disposiciones transitorias del derecho civil sobre derechos adquiridos. Otros estiman que son un exponente de los derechos adquiridos por vía contractual y así lo reconocen múltiples sentencias del Tribunal Supremo tales como las de 19-9-91 (A. 6238) y 20-5-91 (A. 3929).

Aquí cabría un inciso sobre los conceptos de derecho adquirido y mera “expectativa de derecho” que en muchas ocasiones desnaturaliza aquel al considerarse que no forman parte del patrimonio jurídico del trabajador y así el Tribunal Supremo dice que la expectativa de derecho implica que todavía no se ha producido la coincidencia entre el título jurídico y el hecho protegible T.S. 19-9-83 (A. 1296).

Insistir en que gran parte de la doctrina se muestra totalmente contraria a que la condición más beneficiosa surja de una norma estatal o colectiva pues ello bloquearía la posibilidad de nueva regulación de las condiciones de trabajo, salvo que la norma posterior así lo dispusiera expresamente. Sin embargo el Tribunal Supremo la admite en sentencia de 29-12-80 (A. 5132) como respeto a los derechos adquiridos tanto de origen legal, reglamentario o contractual aunque también ha manifestado que el Convenio Colectivo, estatutario o no, puede ser modificado por otro posterior que no conculque la legalidad vigente (T.S. 5-6-91) A. 5235.

En definitiva podemos estimar que la extinción de la condición más beneficiosa si nace de contrato individual se produce por voluntad de las partes o por la absorción o compensación, salvo pacto expreso, mientras que si surge de la normativa estatal o convencional puede ser modificada por esta. Como ejemplo cabe citar que muchos son los casos sobre desaparición

del plus de residencia para determinados colectivos de trabajadores en Baleares, y del mantenimiento, en su caso congeladas, de las prestaciones anteriores en las condiciones que se determinan en el nuevo convenio colectivo.

Por último conviene precisar, que si la condición más beneficiosa ha surgido de la voluntad del empresario, el Tribunal Supremo mantiene en múltiples sentencias, de las que es exponente la de 3-11-92 (A. 8776) que no es la persistencia en el tiempo la que crea la condición más beneficiosa, sino que esa persistencia tiene que ser indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables, integrando así la reiteración una declaración tácita de voluntad en este sentido. Dicha doctrina se mantiene en la de 21- 2-94 y en la más reciente de 12 de Marzo de 1997 (Act. Lab. 1011), que deniega como tal condición, la no exigencia durante años por parte de la empresa de la justificación del costo del almuerzo al llegar los trabajadores, que regresaban tras su ruta al centro del trabajo, pasada la hora habitual del mismo. Estima el Tribunal Supremo que se trataba de un abono para tal costo y que al exigir ahora su justificación entra dentro del “ius variandi” empresarial, dado el cambio de las circunstancias tenidas en cuenta al acceder al pago de tales cantidades.

Cabe aludir por último a una norma concreta y específica respecto a los salarios, establecida hoy en el art. 26-S del E.T. en el sentido de que operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean mas favorables para los trabajadores, que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia, prevaleciendo siempre el cómputo anual, salvo se estime no se trate de conceptos homogéneos a que antes nos hemos referido.

VI.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD INDIVIDUAL EN LA CONSTITUCIÓN, DESARROLLO Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

La autonomía de la voluntad de las partes es evidente en la constitución de la relación laboral como lo es en general en todo el derecho contractual. El acuerdo de voluntades por el cual las partes constituyen la relación laboral y contrato de trabajo es admitida doctrinalmente y como un tipo de negociación jurídica.

Quizás la particularidad del contrato de trabajo consiste en situar el origen de la relación laboral en el hecho de la prestación del trabajo, según prevención establecida en el art. 8-1 del E.T. Por otra parte suele entenderse que en general el acuerdo de voluntades se limita normalmente

a la función de constituir la relación laboral, mientras que su contenido suele venir establecido por normas estatales o colectivas. No cabe tampoco duda de que las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente (Art. 1255 del C.C) si bien, como se ha dicho antes, no pueden fijarse condiciones menos favorables o contrarias a los convenios colectivos o disposiciones legales.

No estimamos proceda en este trabajo adentrarnos en disquisiciones sobre la naturaleza contractual de la relación laboral, ni si puede constituir en ciertos casos un simple contrato de adhesión ni en el estudio particularizado de los elementos esenciales de todo contrato previstos en el art. 1261 del código civil, consentimiento, objeto y causa, aunque si haremos algunas precisiones de carácter general en orden particularmente a la autonomía de la voluntad.

El consentimiento viene implícito en la propia definición del contrato de trabajo (art. 11 del E.T.) que la configura como “prestación voluntaria” y no vamos a detenernos en el estudio de la capacidad del trabajador y empresario. Sólo insistir en que el consentimiento y la voluntad de obligarse debe ser mutua y manifestarse de manera clara, aunque no exista una forma determinada. Cabe quizás señalar como doctrinas jurisprudenciales reiteradas, aplicables a los contratos de trabajo, la relativa a la presunción “iuris tantum” de su existencia prevista en el art. 8-1 del E.T. la referente a que el nombre dado al contrato no determina su naturaleza sino que esta viene determinada por el real contenido del mismo: la irrelevancia de la voluntad de las partes para sustraerlo a la normativa que resulta aplicable y por último que los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno, en particular la simulación de los contratos para obtener prestaciones que se vienen calificando como fraudulentos, sin perjuicio de la posible exigencia por parte del trabajador de la remuneración por el trabajo prestado, aunque el contrato fuere nulo, correspondiente a un contrato válido (art. 9-2 del E.T.). No vamos tampoco a extendernos sobre los vicios del consentimiento, error, dolo, violencia o intimidación en lo que se aplicarán las conocidas normas civilistas.

En cuanto al objeto el E.T. se limita a señalar en su art. 3-1 c que el mismo debe ser lícito y no efectua ninguna referencia concreta a la causa.

La jurisprudencia ha venido estimando en general que cuando el objeto del contrato es ilegal no cabe calificar de nulidad para una de las partes contratantes y de validez para la otra, y así en el conocido caso de la venta de boletos de “Prodiecu” se consideró en principio no había contrato, aunque en algún caso se sostuviese que la imposibilidad de dar ocupación efectiva

por ilicitud del objeto facultaba al trabajador para pedir la extinción del contrato conforme al art. 50 del E.T.

La forma de determinar el objeto del contrato de trabajo se ha venido efectuando asignando una categoría profesional al trabajador o fijando la actividad o tipo de trabajo que se compromete realizar.

El profesor profesor Pérez de los Cobos al tratar el tema de la autonomía individual señala que vienen proliferando las cláusulas contractuales para determinar el objeto del trabajo y que ello constituye uno de los campos más fértiles para el desarrollo de la autonomía de la voluntad individual. Estima dicho autor que lo discutible es si lo dispuesto en el art. 40 y 41 del E.T. limita el juego de la autonomía de la voluntad a la hora de establecer el objeto del contrato de trabajo o si las partes pueden modular en el contrato la prestación debida haciéndolo con su necesaria determinación, inclinándose decididamente por la aplicación de los citados preceptos sólo cuando no esté la alteración concretamente prevista en el contrato o pacto novatorio posterior y en tal sentido existe cierta doctrina jurisprudencial, aunque cabría apostillar que ello puede chocar con la consideración de la existencia de normas de derecho necesario de carácter legal o convencional.

En todo caso a los requisitos genéricos del código civil, arts. 1271 y 1273, de posibilidad, licitud y determinación se une en el contrato de trabajo la necesidad de acomodar sus cláusulas al juego de las normas imperativas a que se refiere el art. 3-1c del E.T. Sin embargo debe tenerse en cuenta que son los propios contratantes quienes al establecer las condiciones de la prestación de trabajo, nos fijan cuales a su vez serán las normas por las que se ha de regir la relación laboral.

La asignación de una categoría profesional al trabajador da cumplimiento a la determinación del objeto y a ello se refería el art. 16-4 del E.T., vigente hasta la reforma de 1994, que establecía que la clasificación profesional se realizará por acuerdo entre trabajador y empresario con sumisión y en los términos establecidos en convenios colectivos y en su defecto en las normas reglamentarias legales. La ley 11/94 ha trasladado tal determinación al actual art. 21-5 del texto refundido que señala “Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se establecerá el contenido de la relación laboral objeto del contrato del contrato, así como su equiparación a la categoría, grupo profesional o nivel retributivo previsto en el convenio colectivo o en su defecto, de aplicación en la empresa, que se corresponde con dicha prestación” aludiendo luego expresamente a la posibilidad del acuerdo sobre la polivalencia de la prestación en cuyo caso se tendrá en cuenta la función prevalente.

Por otra parte la categoría o función asignada debe corresponderse con la efectivamente realizada, y así es frecuente surjan problemas en relación

a esta calificación inicial no correspondida desde un principio con las funciones realizadas por el trabajador, y más aun por el cambio de tales funciones a lo largo de la vida laboral, en particular por voluntad del empresario, lo que se conoce por “ius variandi”. En cuanto a la determinación inicial pactada del objeto del contrato, cabe reafirmar que la autonomía individual no está limitada por el contenido funcional de una concreta categoría profesional. El pacto de polivalencia previsto ahora expresamente en el art. 22-5 del E.T., puede no obstante plantear algún problema por exceso si se conculcan de alguna forma las normas generales sobre determinación del objeto, o el derecho a la formación y promoción del trabajador, y no parece impida incluso el pacto sobre realización de funciones correspondientes a diversos grupos profesionales.

Ahora bien la modificación posterior al contrato de las funciones realizadas por el trabajador puede provenir no sólo del ejercicio del “ius variandi” empresarial sino por pacto bilateral que nova la relación laboral. La pregunta sigue siendo la misma ¿Cuales son los límites de esta novación? En principio no existirán otros que los derivados del cumplimiento de las exigencias del código civil respecto a los requisitos generales de los contratos, condicionado a la titulación exigida, pues indudablemente se trata de materia de orden público. Surge no obstante la cuestión de la validez de un pacto que constituya una renuncia a una categoría profesional adquirida, es decir una regresión de categoría contraria a la progresión normal establecida en las normas sobre ascenso. El extinto Tribunal Central de Trabajo venía aceptando tal posibilidad al igual que la doctrina, sin perjuicio del peligro de abuso empresarial, que se deberá conjugar con las normas que rigen la contratación o las interpretativas de los contratos y como señala la sentencia de 2-9-91 de la Sala de la Rioja la validez de la renuncia a la categoría profesional adquirida habrá de afirmarse bajo el condicionamiento de concretos beneficios compensatorios que actúen como causa legitimadora suficiente o conveniencias personales y familiares legitimadoras de la novación.

Otra pregunta que surge es si pueden las partes establecer en el contrato normas que alteren el “ius variandi” establecido en el art. 39 del E.T. La doctrina es generalizada en el sentido de que el citado precepto contiene un mínimo de derecho necesario y sólo puede mejorarse en favor del trabajador.

Otro tema interesante, dentro del estudio general de la autonomía de la voluntad en la determinación del objeto del contrato de trabajo, lo constituye la determinación del rendimiento debido, en sus dos facetas, de la posibilidad de un pacto y en su caso de los límites impuestos al mismo. La primera cuestión sobre la posibilidad del pacto viene resolviéndose en favor

del mismo, con general consenso de la doctrina y jurisprudencia, y así el art. 20-1 del E.T. señala que “el trabajador está obligado a efectuar el trabajo convenido” insistiendo el apartado 2 en que “en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato de trabajo el trabajador debe al empresario la diligencia y colaboración en el trabajo”, y como afirma Montoya Melgar la obligación de trabajar, va indisolublemente unida a la de trabajar con diligencia. Si bien el art. 20-2 al referirse a la diligencia debida, no menciona expresamente la pactada en el contrato a diferencia de lo que establecía el art. 64 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), no cabe dudar de la eficacia del contrato en este aspecto pues ello forma parte del objeto del contrato y de las facultades de los contratantes, previstas en el art. 1255 del Código Civil, debiendo recordarse que el propio Estatuto al establecer las fuentes reguladoras de los derechos y obligaciones de la relación laboral, entre los que se halla el deber de trabajar con diligencia, incluye la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, y por otro lado se contempla la posibilidad de la extinción del contrato por las causas consignadas válidamente en aquel, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario (art. 49-1b del E.T.) y se considera incumplimiento grave’ que puede dar lugar al despido disciplinario, “la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado” (art. 54-2e).

Más difícil resulta dar solución a la problemática limitación normativa o por convenio colectivo de tal facultad contractual. Es indudable que el pacto debe estar perfectamente determinado y no quedar al arbitrio de ninguna de las partes, y en particular del empresario. Y por otro lado debe adecuarse a lo establecido en cuanto al rendimiento por convenio colectivo. En general ni puede ser discriminatorio ni abusivo, y en tal sentido se manifiestan las sentencias del Tribunal Supremo de 23-2- 90 (A. 1215) y 7-289 (Ar. 697).

Otro tema interesante lo constituye la determinación del lugar de trabajo y que, por las mismas razones antes expuestas, puede ser objeto del contrato, y de su modificación posterior. Por tanto fijado dicho lugar a él habrá que estarse ya que el propio Estatuto de los Trabajadores nada expone sobre tal determinación contractual, ni impone límites a la voluntad de las partes, a salvo las reglas generales de interpretación de los contratos. Ahora bien cabe señalar que cuando la normativa laboral trata del “ius variandi” en esta materia, sólo impone limitaciones a la voluntad empresarial teniendo en cuenta únicamente el cambio de localidad y en concreto la residencia del trabajador (art. 40), aunque entiendo cabría la posibilidad de una limitación contractual de tal cambio.

Cabe preguntarse igualmente por la validez de las cláusulas contractuales que concedan al empresario facultades para el traslado distintas a las

establecidas en el art. 40 del E.T. La doctrina general se ha venido mostrando firme partidaria de que las normas del citado precepto constituyen derecho necesario y por tanto exceden de la voluntad dispositiva del trabajador al entrañar una renuncia prohibida por el art. 3-5 del E.T., aunque por otra parte predomina la doctrina de que de aceptarse tal posibilidad se dejaría en manos del empresario el cumplimiento del contrato lo que prohíbe de forma expresa el art. 1256 del C.C.

En relación al tiempo de la prestación, el Estatuto de los Trabajadores se remite en diversos puntos a la autonomía de la voluntad individual y a la colectiva. Así el art. 34-1 se refiere en cuanto a la duración de la jornada a la pactada en los convenios colectivos o contrato de trabajo; el art. 34-4 deja a las mismas autonomías de la voluntad la consideración o no como tiempo de trabajo efectivo del tiempo de descanso dentro la jornada continuada; el art. 36-2 exceptúa del incremento de salario por trabajo nocturno cuando el salario haya sido establecido contractualmente atendiendo a la propia naturaleza del trabajo nocturno; el 35-1 en relación a la compensación por horas extraordinarias se remite a lo pactado en convenio colectivo o en su defecto contrato individual, y a la posibilidad de su compensación por tiempo de descanso retribuido.

En este campo los conflictos más frecuentes se derivan de la relación entre autonomía colectiva e individual, ya que en ocasiones a través de múltiples pactos individuales se ha desnaturalizado la autonomía colectiva. Ya hemos tratado el tema al estudiar la delimitación entre la autonomía individual y colectiva y a ello nos remitimos al igual que a la validez de las cláusulas contractuales que permitan al empresario el cambio de jornada o de tiempo en razón a las necesidades de la empresa.

En orden al salario pactado es obvio el carácter de mínimos de derecho necesario absoluto de los establecidos por normas estatales (salario mínimo), o sectoriales o de empresa (convenio colectivo), y por tanto la nulidad de las cláusulas que fijen salarios inferiores. La discusión surge con la fijación contractual de salarios superiores, que constituyen una mejora voluntaria de la empresa o condición más beneficiosa, lo que ha sido tratado con anterioridad, y que sólo cabe recordar se regirá por el régimen jurídico señalado al establecerla. Surgen igualmente problemas no derivados de la cuantía de los salarios sino de su estructura, salario base y complementos salariales, e incluso fijación de supuestos concretos extrasalariales.

El art. 26-3 del E.T. y la derogación del Decreto de Ordenación del Salario y Orden que lo desarrollaba, han dispositivizado la estructura salarial al establecer que “mediante la negociación colectiva o en su defecto el contrato individual se determinará la estructura del salario”, aunque

lógicamente deberá respetar el salario base y los complementos salariales. Queda liberalizado el carácter consolidable o no de los complementos vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa (art. 26-3).

Tema que puede también discutirse es la validez de las cláusulas sobre pago de cargas fiscales, y de Seguridad Social establecido en el art. 26-4 del E.T. La rotundidad de su dicción estimo la convierte en una norma de derecho necesario absoluto que no permite la aplicación de la autonomía de la voluntad y así lo reconoció el T.S. en sentencias de 10 de Febrero y 16 de Junio de 1995.

En Baleares se discutió el supuesto de un conocido jugador de futbol que suscribió en su contrato con el club una cláusula que obligaba a este a satisfacer el IRPF. Rechazada tal cláusula por la Liga de Futbol Profesional al visar el contrato se suprimió expresamente en el mismo contrato. No obstante en documento privado aparte, el Club se obligó a abonar directamente dicho impuesto, y parece ser que lo efectuó durante cierto tiempo. Finalizado el contrato la Hacienda Pública reclamó al jugador el pago de determinadas partidas del IRPF que son satisfechas por este que a su vez reclama al Club la indemnización de daños y perjuicios consiguientes. La sentencia del juzgado de Palma nº 2 de 31-1-96 desestimó la demanda que fue confirmada por la de la Sala de Baleares nº 198/96 de 14-5-96 que estimó la nulidad de la cláusula y la desestimación de la demanda por múltiples argumentos referidos al caso concreto debatido, imposibles de transcribir en la presente exposición y que se concretan en que no se trataba de una reclamación salarial que estaría prescrita en todo caso.

En cuanto a la fecha, lugar de pago y anticipos se remite el E.T. a lo pactado y usos y costumbres (art. 29-1) y nada parece obstar a que el prorrateo de las pagas extras puedan acordarse no sólo por convenio colectivo sino también por pacto individual salvo prohibición expresa del convenio.

Cabe finalmente precisar que el propio Estatuto prevé entre otros supuestos la extinción del contrato, no sólo por las causas consignadas válidamente o por mutuo acuerdo de las partes, sino también por dimisión del trabajador (art. 49 E.T.), por lo que nada cabe objetar a dicha extinción a salvo los supuestos de vicios del consentimiento que no vamos a profundizar aquí.

Por último ya hemos tratado el tema de la cláusula “rebus sic stantibus”, por razón de modificaciones legales, y a ello nos remitimos, entendiéndola aplicable a otros supuestos que la justifiquen, aunque con el carácter sumamente restringido aplicado por la doctrina civilista y más aún habida cuenta la naturaleza y particularidades de la relación laboral.

VII.- LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN LABORAL DE 1994 Y LOS ACUERDOS SINDICALES Y EMPRESARIALES DE 1997

No cabe duda que la reforma de la legislación laboral efectuada en 1994 por las leyes 10, 11 y 14 ha sido profunda y ha hecho que algún autor, como Efrén Borrajo sostenga que aunque todas ellas se presentaron como medidas de reforma laboral y no de ruptura del sistema vigente, entrañan un cambio substancial en la relación laboral y permiten hablar de un nuevo Derecho de Trabajo, con objetivos politico-sociales distintos al Derecho Clásico del Trabajo y que haya que esperar una profunda reelaboración jurisprudencial y todo un cambio de talante más que de doctrina. No es esta exposición la adecuada para profundizar en el alcance de la reforma laboral pero si conviene hacer unas precisiones sobre las alteraciones que se han producido en el campo de la aplicación de las autonomías de la voluntad expuestas, tanto de la colectiva como de la individual de trabajador y empresario.

A vuela pluma cabe señalar que todos los autores están de acuerdo, y así se desprende de la alteración de numerosos artículos del E.T. y de la propia exposición de motivos de la Ley 11/94 de 19 de Mayo, que se potencia extraordinariamente la negociación colectiva y muchos aspectos de la relación laboral, reservados antes a la regulación estatal pasan a dicha negociación. Se pretende revisar el marco institucional de las relaciones laborales así como las propias prácticas negociadoras de los interlocutores sociales de forma que desde estos dos campos sea compatible garantizar la posición de los trabajadores, con proporcionar al desarrollo de la actividad empresarial la capacidad de adaptación necesaria a la realidad social, lo que puede a su vez precisar de la adaptabilidad de la propia relación laboral y una gestión más flexible de los recursos humanos de la empresa.

Son múltiples los preceptos del Estatuto de los Trabajadores modificados en tal sentido y así, sin ánimo de ser exhaustivo cabe señalar la fijación del periodo de prueba (Art. 14); clasificación profesional (art. 22), ascensos (art. 24); promoción económica (art. 25), estructura del salario (art. 26-3), modelos de recibo de salario (art. 29), distribución jornada (art. 34), horas extraordinarias (art. 35), vacaciones (art. 38), cambio de funciones (art. 39) y las modificaciones substanciales de las condiciones de trabajo (art. 41). Si a ello se une la derogación de las ordenanzas de trabajo (disposición transitoria sexta) que de forma total se produjo en 31-12-95 al haberse prorrogado hasta dicha fecha su vigencia por O.M. de 28-12-94, podemos afirmar con el citado profesor que el nuevo Estatuto constituye al pacto colectivo como la fuente reguladora por autonomasia de las condiciones de trabajo, o como manifiesta Sala Franco se han desregularizado o suprimido

mínimos legales en múltiples materias reforzando la negociación colectiva y obligando a los representantes de los trabajadores en dicha negociación a partir de un listón o base mucho más bajo al desaparecer aquellos mínimos.

Por otra parte se diversifica el convenio colectivo, declarándose eficaces los convenios irregulares o extraestatutarios e incluso al acuerdo directo entre dirección de empresa y representantes de personal art. 41-2 (modificación condiciones de trabajo) y 82-3 en orden al llamado descuelgue salarial, permitiendo el acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores.

En otros casos se dispositiviza incluso lo que eran mínimos de derecho necesario, convirtiéndolos en regulables por convenios colectivos y así a guisa de ejemplo la determinación de las tareas con substantividad propia que pueden ser cubiertas por contratos eventuales (art. 15 a); la duración máxima de tales contratos fijada por convenio colectivo sectorial (art. 15 b); la determinación del número de horas de trabajo diarias (art. 34-3); las reglas de movilidad funcional (art. 39-5), etc. En muchos supuestos se alude a los acuerdos de empresa en defecto de convenio, lo que en realidad los convierte en fórmulas de integración de vacíos normativos.

Por otra parte establece el legislador una serie de reglas para ampliar y flexibilizar la llamada prohibición de concurrencia de los convenios y así en concreto el párrafo segundo del art. 84 vacía de contenido al párrafo primero y permite, en el ámbito sectorial, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior, salvo materias no negociables, tales como el periodo de prueba, modalidades de contratación excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, grupos profesionales, régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica.

Permite también el legislador alterar lo dispuesto en convenio colectivo por pactos de diversa naturaleza y así se establece en el art. 41 ya citado en relación al horario, régimen de trabajo y turnos, sistema de remuneración, o a los sistemas de trabajo y rendimiento, y nos hemos referido antes al descuelgue empresarial, que en este caso se remite también al acuerdo de empresa (art. 82-3)

En relación a la autonomía individual cierto es que se ha atribuido al contrato la posibilidad de concretar aspectos de la relación laboral que antes venían atribuidos a los convenios o a la propia ley. En realidad no se priva de su regulación al Convenio Colectivo pero se legitima en cierta forma a la voluntad de las partes para su regulación, lo que ha llevado a algún autor a hablar de “minifundismo convencional”, e incluso se permite la desvinculación del trabajador a los acuerdos de empresa en orden a la

modificación de las condiciones substanciales de trabajo (art. 41) aunque ello ya venía implícito en la redacción anterior del indicado artículo.

En dicho precepto se distingue claramente entre condiciones de carácter individual que disfrutaban los trabajadores a título individual, y colectivas según se hallen reconocidas en virtud de acuerdo u pacto colectivo o por decisión unilateral del empresario a título colectivo, y se establecen formas distintas para su modificación. Se sigue discutiendo si pueden alterarse las condiciones establecidas por convenio colectivo o pactos extraestatutarios cuando afecten a un pequeño número de trabajadores establecido en el art. 41-2 y entiendo que, por su dicción literal y lógica, no existe. Duda respecto a los pactos extraestatutarios e incluso respecto a las fijadas en convenio colectivo, aunque respecto a estas últimas ya se han alzado voces insistiendo en las tesis de las sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 11 de Abril de 1992 y Tribunal Constitucional 105/92 de 1 de Julio a las que nos hemos referido antes, y así el fallecido magistrado y comentarista Sr. Martínez Emperador en un documentado artículo, admite la posibilidad de impugnar tales modificaciones individuales de condiciones de trabajo fijadas en convenio colectivo estatutario, pese al objetivo de adaptabilidad que persigue la reforma, el deseo que subyace de mantener el empleo y de propiciar que nuestras empresas alcancen cotas de mayor competitividad, ya que difícilmente resulta conciliable con el art. 37-1 de la Constitución, pues excepciona la fuerza vinculante que es predicable del fruto de la negociación y que garantiza el Título III del E.T. Estimo no obstante que por la dicción del párrafo final del n° 2 del art. 41, al no considerar de carácter colectivo las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afectan a un pequeño número de trabajadores y por ende ser de carácter individual, no sólo no se precisa del periodo de consultas ni del acuerdo de los representantes a que se refiere, sino que puede ser efectuada por el empresario sujeta su decisión a resolución judicial. Entiendo que en definitiva dicha postura es acorde con la directiva europea 75/129 de 17 de Febrero modificada por la directiva 92/56 de 24-6-92 que en orden a la extinción de los contratos de trabajo de forma colectiva exige afecte a un número determinado de trabajadores según el volumen de la plantilla de la empresa. No cabe dudar de la Influencia procesal y sustantiva sobre el cambio introducido en los otros temas sobre alteración de los contratos, a los que se refiere la Directiva 91/533 de 14-10-91 relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador, salvo derive de disposiciones legales, reglamentarias o de convenios colectivos.

No se conoce todavía cual va a ser la postura adoptada a este caso por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional aunque siguen resolviéndose litigios, algunos de ellos planteados antes de la

reforma de 1994. Resulta curioso el caso de una empresa que tenía establecido un sistema de incentivos por acuerdos con los representantes de los trabajadores y que introduce una maquina que modifica tanto la dedicación de los trabajadores como el rendimiento, e intenta modificar el sistema de incentivos con el comité de empresa, no alcanzándose el acuerdo, por lo que acude a la autoridad laboral que en expediente de modificación de condiciones de trabajo autoriza el cambio. Interpuesto recurso contencioso-administrativo es estimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla que deja sin efecto la autorización y la Sala 3ª del Tribunal Supremo por sentencia de 20-12-96 (Act. Lab. 849/ 97) confirma la anterior por entender que la autorización de modificación de acuerdos colectivos vulneraría el derecho constitucional de la negociación colectiva y mantiene el derecho a lo pactado hasta que no se llegue a un acuerdo.

Como estima un conocido comentarista y miembro de la indicada Sala 3ª el caso resuelto se sitúa en un contexto normativo absolutamente distinto del actual que emerge de la modificación del E.T. por Ley 11/94. En la normativa actual al no constar que el sistema de incentivos estuviese regulado en convenio colectivo, tendría su encaje en los apartados 2 (párrafo 3º) y 4 del art. 41 con la consecuente facultad de modificación por parte del empresario si en el periodo de consultas no se alcanzase el acuerdo.

Dentro de este capítulo no puedo sustraerme a la tentación de expresar el interesante supuesto de la modificación de un contrato de trabajo fijo a tiempo completo, por uno a tiempo parcial o en su caso en uno de fijo-discontinuo por razones de temporalidad.

En Palma un conocido restaurante, ante la situación adversa producida por la escasez de trabajo en invierno, llegó a un acuerdo con los representantes de los trabajadores en el sentido de que los trabajadores fijos en adelante prestarían servicios a jornada completa del 1 de Mayo a 31 de Octubre de cada año, disfrutando luego de las vacaciones correspondientes. Seis de los trabajadores afectados no aceptaron el acuerdo y se presentaron a trabajar al finalizar el periodo vacacional no siendo admitidos por la empresa formulando la correspondiente demanda de despido. Desestimada la demanda por sentencia del juez de instancia fue revocada por sentencia de la Sala de lo Social de Baleares nº 137 de 22-3-95 que declaró improcedente los despidos en base tanto a la inmodificabilidad de la jornada establecida en el Convenio Colectivo de hostelería como en la necesidad en estos casos de contar con la voluntad del trabajador, a lo que se refería expresamente el art. 12-4 del E.T. hasta su modificación por Ley 11/94 y el art. 6 del D. 1991/84 de 31 de Octubre, hoy derogado y substitui-

do por el R.D. 2317/93 que nada dice al respecto, aunque se mantiene la normativa anterior vigente para los contratos celebrados antes de su entrada en vigor (disposición transitoria única).

Recientemente una sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco de 31-12-96 (A. 4145) ha desestimado el recurso de suplicación contra sentencia de un juzgado que desestimó la demanda de conflicto colectivo formulada por el Comité de empresa contra la decisión empresarial de reducir la jornada de trabajo de los administrativos de 1.540 horas año a 1.130 con la consecuente disminución salarial, y pese a que la autoridad administrativa denegó la pretensión empresarial. La argumentación fundamental se funda en una interpretación de la redacción del art. 41 del E.T. tras la reforma por Ley 11/94 y que el Convenio del Sector no impone una determinada jornada de trabajo sino que incluso permite los contratos a tiempo parcial. Rechaza la comparación con otras sentencias de diversas Salas de lo Social, entre ellas la de Baleares, de 20-10-95 por entender que esta se refiere a un caso de despido y no a la modificación substancial de las condiciones de trabajo.

Así pues parece que tal sentencia efectúa una más amplia interpretación de la autonomía de la voluntad empresarial y cabe esperar, si ha sido recurrida, lo que resolverá en su caso el Tribunal Supremo.

Siguiendo en la misma línea reformista se produce de 28 de Abril de 1997 la firma de importantes acuerdos entre la CEOE, CEPIME, UGT y CCOO, destacando el llamado Acuerdo Interconfederal sobre la Negociación Colectiva, acuerdos auspiciados por el Gobierno y que dieron lugar con muy amplio consenso a la publicación del R.D. Ley 8/97 de 16 de Mayo, que en aras a tales acuerdos pretende el fomento del empleo y la contratación indefinida, y en lo que afecta a la esencia de la presente exposición otorga un mayor protagonismo a la negociación colectiva en la contratación, especialmente en los contratos formativos y temporales causales. Así el nuevo art. 1-1 del E.T. se remite en cuanto a la duración de los contratos en prácticas al término de los 6 meses a 2 años, dentro cuyo plazo los convenios colectivos sectoriales, estatales o inferiores podrán determinar la duración de los contratos, liberalizando el periodo de prueba pese a los mínimos establecidos, al permitir lo dispuesto en Convenio Colectivo (art. 11-1c) que por lo tanto podrán fijar plazos muy superiores a los mínimos allí señalados.

En cuanto a los contratos para la formación se remite a los Convenios Colectivos la fijación de un máximo de tales trabajadores en relación a la plantilla de la empresa y en cuanto a la duración del tiempo máximo y mínimo de los contratos, sin sobrepasar ciertos topes.

En relación a los contratos temporales para obra o servicio determinado el art. 15-1a, se remite a todos los convenios colectivos, incluidos los de

empresa, para identificar aquellos trabajos a tareas con sustantividad propia dentro la actividad normal de la empresa que pueden cubrirse con contratos de esta naturaleza y en orden a los contratos eventuales, por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, se remite a los convenios estatales o sectoriales para fijar la duración máxima, si bien establece el periodo máximo, dentro del cual se pueden realizar, en 18 meses, y que no pueden superar las tres cuartas partes en la duración del periodo de referencia. Se remite igualmente al convenio colectivo para una posible limitación de tales contratos eventuales y su relación con el volumen de la plantilla.

En relación al acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva de 28-4-97 publicado en el BOE de 6 de Junio de 1997 resaltar que pretende superar las situaciones derivadas de las múltiples unidades de negociación colectiva existentes y de la complejidad que ello representa ya que cada convenio colectivo no tiene por qué subordinarse al anterior o al mayor ámbito y puede agotar todas las materias.

El nuevo sistema pretende evitar la atomización existente y establecer una adecuada articulación entre los distintos ámbitos negociables de manera que determinadas materias quedarían reservadas al convenio nacional sectorial, otras al temporal de la empresa que a su vez podrán desarrollar los de ámbito nacional. En definitiva constituye un desarrollo de lo dispuesto en el art. 84 del E.T. a que antes nos hemos referido tras la redacción por ley 11/94. Se señala expresamente que los compromisos contenidos son de naturaleza jurídicamente obligacional pudiendo ser compelidos al cumplimiento del acuerdo.

Se trata por otra parte de distribuir las materias entre los distintos ámbitos negociadores por razón de la especialidad de los mismos y para aprovechar al máximo la capacidad y competencia para obligar a los distintos interlocutores sociales. Se estima que determinadas materias deben abordarse en el ámbito nacional y otras en el sectorial, incluso la regulación laboral de cuestiones sometidas a la negociación en ámbitos inferiores. Se refiere a las normas sobre contratación laboral, estructura profesional, sustituyendo las categorías por grupos profesionales, a la estructura salarial, remitiéndose a ámbitos inferiores; jornada distinguiendo entre la máxima fijada a nivel nacional y la distribución irregular de la misma en ámbitos inferiores; reducción de horas extras a ámbito nacional y su compensación a ámbitos inferiores; derechos sindicales, etc.

Reconoce que los modelos de negociación colectiva pueden ser múltiples y admite la negociación de ámbito territorial y de empresa, mediante convenios, acuerdos o pactos, sugiriendo una precisa distribución de materias,

unas reservadas al ámbito nacional, otras requerirán un desarrollo posterior en ámbitos inferiores y otras podrán ser remitidas a diversos ámbitos inferiores. dispone una vigencia de 4 años y prevé la posibilidad de solicitar reformas legislativas.

Por último cabe una referencia al denominado Acuerdo sobre Cobertura de vacíos, publicado en el BOE de 9-6-97 que prevé su aplicación si no existiese texto legal o convencional que contemple el tratamiento de alguna de las materias que en el mismo se desarrollan. En lo que afecta a la presente exposición solo resaltar que en la promoción económica se respeta lo previsto en convenio colectivo, pacto o contrato individual a que se refiere el art. 25 del E.T. y a las garantías “ad personam” que hubieran pactado las empresas individual o colectivamente, sin perjuicio de la posibilidad de absorción y compensación prevista en el art. 26-5 del E.T.

VIII.- CONCLUSIONES

PRIMERA: Como resumen de lo expuesto estimo debe mantenerse el Derecho del Trabajo, como conjunto de normas y reglas en la regulación de las relaciones laborales que en elevada aplicación del principio de la buena fe que impregna dicha relación, permitan seguir conceptuándolo como hizo el Papa Juan XXIII, como la más noble de todas las ramas del derecho, al pretender un equilibrio entre la norma y la autonomía de la voluntad de las partes, tanto individual como colectiva.

SEGUNDA: Sin perjuicio del valor superior y generalizante de los convenios colectivos debe caber, como excepción, la aplicación de la voluntad individual de las partes cuando existan razones objetivas que la justifiquen, referidas a un pequeño número de trabajadores y con plena garantía para la manifestación de su libertad individual.

Palma, Noviembre de 1997

DISCURSO DE CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE INGRESO DE D. MIGUEL SUAU ROSSELLÓ, POR PARTE DEL ACADEMICO D. FRANCISCO JAVIER MUÑOZ JIMÉNEZ

Dicen los Estatutos rectores de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, que son sus fines el estudio y la investigación del derecho, la colaboración a la reforma de la legislación y el fomento de la cultura jurídica. Y entre los medios para realizarlos mencionan el estudio, discusión y debate de temas jurídicos, la colaboración en trabajos científicos de obras institucionales jurídicas, el estudio de disposiciones legales, la formulación de informes y dictámenes sobre cuestiones jurídicas, y, en general, “cualesquiera otros medios de formación jurídica y de promoción de las ciencias jurídicas que crea conveniente poner en práctica”.

No caben, como puede verse, términos de mayor amplitud, horizontes más abiertos y ambiciosos, que los que emplean estas previsiones estatutarias a la hora de describir las materias que proponen a los integrantes de la Academia como objeto de estudio, análisis y reflexión. En puridad, no exigen de ese objeto otra característica o rasgo definitorio que poseer naturaleza jurídica; esto es, su pertenencia al disforme mundo de lo normativo en cualquiera de sus variadísimos campos y manifestaciones.

En consonancia con esta proclamada vocación hacia todo lo jurídico, sin distinciones ni exclusiones, ha habido y hay, entre quienes han formado parte de la Academia desde que se fundó, académicos cuya actividad profesional y curiosidad intelectual se centran en ramas del Derecho muy diversas: civil, mercantil, penal, administrativo, procesal, canónico, etc. Hasta ahora, sin embargo, faltaba por cubrir un sector destacadísimo: el que abarca la disciplina que comúnmente se conoce con el nombre de Derecho Laboral.

Pues bien, pocas personas tan cualificadas para llenar este hueco que Miguel Suau Rosselló. No me toca a mí ensalzar su talla de sólido jurista,

indiscutible e indiscutida desde hace mucho, labrada y mil veces demostrada a través de una prolongada dedicación a la judicatura y la docencia y su actividad de conferenciante. Pero con la credibilidad que me proporciona el hecho de compartir con él diariamente, y bajo su presidencia, las tareas de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de estas Islas, sí quiero hacer pública confesión del asombro y la admiración que me produce comprobar a cada paso su entusiasta dedicación al Derecho Laboral, la extensión y profundidad de sus conocimientos en este área, –que sin exageración alguna pueden calificarse de inagotables, como bien sabemos sus compañeros de la Magistratura–, el tino de sus opiniones y la ponderación de sus juicios. Y debo resaltar también su paciencia. Pues mucha empleó cuando, al constituirse la Sala de lo Social del Tribunal Superior un hoy lejano mes de mayo de 1989 y convertirse en su Presidente y solitario –entonces– miembro titular de ella, tuvo que dedicarse a instruir aceleradamente en el complicadísimo terreno de las relaciones laborales, de las Entidades Gestoras y de su personal, al difunto Julio Llovet, a José Zaforteza y a mí, que éramos auténticos ignaros en tales cuestiones; tarea que acometió y desarrolló con inacabable paciencia, como digo, aderezada de incombustible cordialidad y comprensión. Fue, en suma, para nosotros, cumplido modelo de “escolarca”; apelativo con que Pepe Zaforteza lo describió con fina precisión léxica en otra ocasión, tan grata como ésta.

Prueba evidente de la sabiduría y dominio que Miguel Suau posee sobre cuantos temas conciernen al Derecho Laboral es este su discurso de ingreso en la Academia, donde aborda uno de los temas clásicos de la disciplina: las fuentes de la relación de trabajo y el papel que en ellas desempeña la autonomía de la voluntad en su doble vertiente, individual y colectiva.

A los poco versados en esta rama del ordenamiento jurídico habrá sorprendido, sin duda, la abundancia, la frondosidad, de fuentes normativas reguladoras de la relación de trabajo de que se nos ha dado noticia. Más si cabe, cuando ocurre que el catálogo no se agota con la enumeración de fuentes positivas que efectúa el art. 3 del Estatuto de los Trabajadores. A ellas deben añadirse otras, en efecto.

El art. 3 c) alude así a la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo. Pero al lado del contrato, entendido en el recto sentido de negocio jurídico bilateral creador de la relación jurídica de trabajo, ha de situarse la práctica de empresa; la cual se origina por una decisión unilateral del empleador, expresa o tácita, y que el trabajador asume, formalmente o de hecho, con el efecto de quedar incorporada al contenido contractual. Prácticas cuya identificación como tal y reconocimiento de su valor obligatorio suelen plantear serias dificultades cuando se trata de

distinguir las de los actos del empresario realizados por concesión graciosa y sin ánimo alguno de vincularse hacia el futuro.

Habría que citar asimismo, y dentro del género de los convenios colectivos, los acuerdos interprofesionales, los convenios-marco y los acuerdos sobre materias concretas, a los que se refiere el art. 83 del Estatuto. También los actos de adhesión a un convenio colectivo en vigor, así como los actos de extensión de las disposiciones de un convenio a determinadas empresas y trabajadores no comprendidos dentro de su ámbito natural de aplicación y que puede acordar la Autoridad Administrativa, de conformidad con el art. 92.2 del Estatuto. Es figura de singular hibridismo, que responde a la necesidad de dotar de las imprescindibles ordenación y seguridad jurídicas a sectores que carecen de ellas por existir especiales dificultades para la negociación colectiva, o porque concurren circunstancias sociales y económicas de notoria importancia, según aclara y requiere el precepto. De su aplicación no han faltado ejemplos recientes en esta Comunidad Autónoma, como ha sucedido en el sector de oficinas y despachos o con la actividad conocida con el nombre de “merchandising”.

Para remate, no pueden dejarse de recordar otra vez los mal llamados convenios colectivos impropios o extratutarios; esto es, los concertados al margen de los requisitos dispuestos legalmente para la aprobación de los convenios, sea en punto a la legitimación de las partes negociadoras y/o firmantes, o a las materias objeto de negociación, u otros aspectos distintos. Ya ha hecho alusión el discurso a la polémica entablada sobre la naturaleza jurídica y fuerza que conviene a estos pactos, polarizada entre quienes defienden su carácter meramente contractual, –supuesto en que para producir efectos se exigiría un acto adicional consistente en su incorporación expresa al contenido de los contratos de trabajo–, y quienes le atribuyen fuerza normativa auténtica, –en cuyo caso se aplicarían de manera automática a las relaciones de trabajo incluidas dentro del ámbito subjetivo forjado por la representación empresarial y social de las partes que lo suscriben–. No faltan tampoco quienes consideran que se trata al cabo de pactos ilegales, propugnando su nulidad radical, pura y simple; postura a mi indocumentado parecer más convincente, pues no veo con qué fundamento jurídico puede completarse la voluntad de los contratantes individuales con un contenido obligacional no directamente consentido por ellos y que tampoco dimana de la ley ni de un derecho a la negociación colectiva rectamente actuado. Lo cierto, empero, es que tales pactos extratutarios cuentan con respaldo jurisprudencial y se quiere ver que hasta legal, en razón de que el art. 151.1 de la Ley de Procedimiento Laboral vigente abre el cauce del

proceso especial de conflictos colectivos a las demandas sobre aplicación e interpretación de un “convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia”.

Así las cosas, ordenar todo este complejo cúmulo de fuentes reglamentadoras de la relación laboral, fijar con certeza el lugar de cada una y la prevalencia respectiva que les corresponde, caso de colisión, no siempre resulta sencillo, como puede suponerse, y buena prueba de ello es la relativa frecuencia con que este género de cuestiones surge a debate en los litigios.

En la relación vertical de estas fuentes, en efecto, se entremezclan los criterios de jerarquía, –modulados por el juego del principio que obliga a aplicar lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, a tenor del art. 3.3 del Estatuto–, con otros de competencia. El art. 84 de la citada Ley ofrece un ejemplo de estos últimos. El precepto prohíbe que un convenio colectivo se vea afectado durante su vigencia por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto; pero luego autoriza a negociar, en un ámbito determinado superior al de empresa, acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior, aunque exceptuando de tal posibilidad ciertos aspectos, como son el período de prueba, las modalidades de contratación, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica. Y si en el plano vertical la interrelación de fuentes ya es complicada, la cuestión se enturbia sobremanera cuando interfiere el factor tiempo y se hace preciso determinar entonces qué norma, de las varias que se han ido sucediendo paulatinamente, rige un concreto asunto. La situación da lugar a difíciles problemas técnicos, que es menester solventar conjugando las reglas generales sobre eficacia temporal de las normas con el principio de la condición más beneficiosa, el respeto a los derechos adquiridos, los mecanismos de la absorción y compensación, y otros de los que ya se nos han proporcionado aquí referencias.

En definitiva, el cuadro de fuentes laborales y los conflictos que provoca su articulación práctica carecen de parangón en las demás ramas del ordenamiento jurídico. Pero no es, desde luego, un problema artificial, sino mero reflejo de la tremenda complejidad de la relación jurídica de trabajo, consecuencia a su vez de la multiplicidad de intereses contrapuestos que confluyen en ella y que la dotan de una especial tensión, siempre latente, a la que no queda más remedio que buscar salida equilibrada.

El núcleo de la relación de trabajo coincide en principio con el del arrendamiento civil de servicios: prestación personal de servicios a otra persona a cambio de un precio o retribución. Mas en él concurre un elemento adicional que transforma la relación laboral por completo,

distinguiéndola de cualquiera otra de las que se traban entre sujetos particulares: el dato de que los servicios se prestan “dentro del ámbito de organización y dirección” de quien los recibe, empresario o empleador. Estas son las palabras con las que los arts. 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores definen la situación de dependencia estructural de un contratante respecto del otro que singulariza el contrato de trabajo y sobre el que se construye la autonomía de la disciplina jurídica que lo estudia.

Dependencia significa desarrollar la actividad comprometida en el ámbito organicista y rector de la persona para la que el sujeto realiza la labor, según frase tópica en la jurisprudencia. Significa, sobre todo, la obligación de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas, de conformidad con el art. 5 c) del Estatuto. Supone también que se reconoce al empleador poder para variar, por decisión unilateral y con determinados requisitos y límites, las condiciones de prestación del trabajo, en rotundo contraste con lo que dispone el art. 1256 del Código Civil sobre la imposibilidad de dejar al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento de los contratos. Y qué manifestación más tangible de esa dependencia, en fin, que el sometimiento del trabajador al poder disciplinario de la contraparte, a la que se otorga –cosa impensable en otras esferas contractuales– autoridad para sancionar de propia mano los incumplimientos laborales que pueda cometer el primero.

Puede afirmarse así que la desigualdad entre los contratantes es consustancial a la relación de trabajo prototípica. Esta realidad es la que explica la aparición del Derecho Laboral. Y es la que lleva de la mano el claro predominio histórico de las fuentes normativas heterónomas, extrañas a la voluntad de los concretos sujetos del contrato, las cuales, en lógica correspondencia, se han inclinado de siempre por dejar poco espacio a que actúe la voluntad contractual individual. El Derecho del Trabajo está plagado de normas de derecho cogente, que delimitan una zona sometida al orden público laboral extensísima, con su corolaria prohibición de disponer, bajo pena de nulidad, de los derechos que atribuyen al trabajador. Frente al dogma liberal de la autonomía privada, la imperatividad de las normas reguladoras de las relaciones contractuales surge, como escribe PAZ-ARES, por la conciencia de una necesidad especial de otorgar protección a terceros o a las partes mismas en razón de la existencia de asimetrías entre ellas; sean de información respecto de la trascendencia del compromiso que asumen; sean de racionalidad o de cálculo en punto a la previsión de sus consecuencias; sean, en fin, de tipo social, porque uno de los sujetos tiene menor capacidad económica y menor poder negociador que el otro; en suma,

porque es de manera marcada la parte más débil. Y esta situación de desequilibrio cabalmente se da por lo general en el mercado del trabajo.

El contrato laboral constituye por ello un ejemplo perfecto de contrato normado. CRUZ VILLALÓN ha llegado a decir en este aspecto que la prestación debida por cada trabajador individual viene determinada básicamente por disposiciones de carácter general, limitándose la función de las partes individuales a pactar en el contrato una clasificación profesional específica de las varias fijadas en el Convenio Colectivo. La afirmación peca de exagerada, pues sin duda que el ámbito de actuación de los contratantes no es tan exiguo; pero resulta gráfica. Mas lo cierto es que la voluntad privada bilateral tiene que moverse forzosamente, en el momento de constituirse la relación de trabajo, dentro de unos parámetros predeterminados por la ley o la negociación colectiva, que establecen el contenido sustancial y la equivalencia de las prestaciones contractuales correspondientes: servicio y salario. Respecto del primero, fijando sus posibles modalidades, las funciones exigibles a cada categoría, la intensidad con que debe prestarse el servicio, la medida del tiempo de trabajo y el lugar de la actividad. Respecto del segundo, la estructura y cuantía de la retribución.

Son también fuentes heterónomas las que fijan las pautas capitales de desenvolvimiento de la relación de trabajo; particularmente en punto a su extinción, que tradicionalmente se ha contemplado bajo la óptica de procurar al trabajador estabilidad en el empleo. La relación laboral se concibe tendencialmente hacia la pervivencia, y de ahí que los contratos temporales o de duración determinada se acepten sólo cuando concurre para su celebración una causa legal típica que los justifique. Y en tanto que el arrendamiento civil de servicios indefinido admite ser resuelto “ad nutum” por cualquiera de las partes, la simple voluntad unilateral del empresario no pone lícito fin al contrato de trabajo a no ser que se funde en alguno de las circunstancias taxativamente previstas por el ordenamiento.

Este sistema de ordenación de las condiciones de trabajo ha terminado por producir un cuadro afectado de una rigidez normativa considerable que, si fue útil –y puede que hasta inevitable– en tiempos no muy pasados, precisaba moderarse en la actualidad con la introducción de mecanismos aptos para facilitar la adaptación de la relación laboral a una realidad social y económica muy alejada de la de antaño. Una realidad abierta cada vez más al juego de la libre competencia y a las influencias transfronterizas y, por ende, más vulnerable y expuesta a sufrir ciclos de prosperidad y crisis que se suceden en cortos períodos de tiempo; unos sectores productivos sumamente fragmentados, con empresas de dimensiones dispares y métodos y necesidades de funcionamiento muy distintos; unos trabajadores con mayor poder individual de negociación en muchos casos y deseosos de más

libertad para acomodar la actividad laboral a sus intereses, conveniencias y aspiraciones particulares.

La doctrina científica no ha dejado de notar a este respecto la existencia de tendencias modernas favorables a una mayor individualización de las relaciones laborales. Esta tendencia se orienta hacia una doble línea de actuación: de un lado, en otorgar un papel más generoso a la autonomía de la voluntad individual, manifestada en contrato de trabajo o en acuerdos sobre puntos específicos del régimen de trabajo entre empresario y trabajador; de otro, en una revisión crítica de la negociación colectiva, tal como hasta ahora se ha venido desarrollando. Y es que, como señala COLLADO LUIS, la función reguladora y homogeneizadora de condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva, cuando ésta es preferentemente centralizada, dificulta la adaptación y las respuestas flexibles a las específicas circunstancias organizativas, técnicas, productivas y económicas de las concretas unidades y centros de producción; de ahí que se propugne un nuevo modelo, atento a determinar cuál es el ámbito óptimo de negociación colectiva, más descentralizado en suma, donde primen los convenios de empresa o incluso de ámbitos menores. Tanto la cadena de grandes almacenes implantada en todo el territorio nacional como el pequeño establecimiento de mero carácter local se encuadran en el sector del comercio; pero se convendrá, espero, que los problemas empresariales y laborales que ambos experimentan apenas si tienen puntos de contacto entre sí.

La materialización de esta tendencia ya se venía detectando en la práctica seguida por empresas de gran tamaño de separarse, no sin resistencia sindical, de convenios colectivos de alcance general para contar con convenios colectivos de ámbito propio.

A la misma concepción obedecen también las últimas modificaciones legales, bien que sólo en parte. La reforma del Estatuto de los Trabajadores aprobada en 1994, potencia decididamente la autonomía colectiva a costa de la norma estatal, reduciendo la esfera de materias sometida al derecho necesario absoluto, muchas de las cuales pasan a ser de derecho necesario relativo o, simplemente, de derecho dispositivo. Pero no ha operado, en cambio, un reforzamiento paralelo de la autonomía individual en el sentido de incrementar el número de materias que, siendo derecho necesario absoluto o relativo, de origen estatal o convencional, pueden ser reguladas por la voluntad de los contratantes. Hay, no obstante, algunas excepciones significativas. En punto a la movilidad funcional, el art. 39.5 del Estatuto permite ahora cambiar las funciones pactadas por acuerdo de las partes. Y tocante al salario, el art. 26.3 confía a la voluntad particular un cometido complementario o supletorio respecto de la autonomía colectiva, al disponer

que su estructura se determinará “por negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual”.

Trazado similar sigue el R.D.Ley. 8/1997, de Medidas Urgentes para la Mejora del Contrato de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida, luego convertido en la L. 63/1997, de 26 de diciembre. La nueva regulación de los contratos formativos que introduce deja a los convenios sectoriales estatales o de ámbito inferior la determinación de importantes aspectos, como los puestos de trabajo susceptibles de ocuparse con estos contratos, la duración de los mismos, la retribución, el tiempo de formación teórica, etc. A la negociación colectiva se remiten, asimismo, la identificación de los trabajos o tareas que pueden cubrirse con contratos para la realización de obra o servicio determinado, la determinación de las actividades en las que pueden contratarse trabajadores eventuales y la duración máxima de los contratos de este última clase. La reforma, en cambio, no abre espacios para que la voluntad individual contribuya a moldear el contenido obligacional de los contratos de trabajo más allá de las escasas facultades que hasta ahora ya tiene reconocidas

El retroceso del intervencionismo estatal erige, por tanto, a la autonomía colectiva en el primordial motor de producción de normas rectoras del contrato de trabajo. Parece mantenerse, en cambio, la desconfianza en la capacidad de la autonomía individual para instrumentar una composición equilibrada y justa de los intereses que intervienen en la relación laboral. El recelo proviene de raíces históricas bien justificadas y resulta cierto que, pese a la evolución social y económica que tan lejos nos ha llevado del brutal capitalismo primitivo, la posición del trabajador continúa siendo hoy día por regla más vulnerable que la del empresario. Pero, con todo, cuando uno se encuentra con litigios en que estos temas se plantean, no escapa de la impresión de que, a veces, los ataques contra la validez de acuerdos individuales atienden, no tanto al móvil comprensible de proteger al más débil en la relación contractual, cuanto que a salvaguardar la cuotas de poder de decisión que poseen esos protagonistas del mundo laboral que, eufemísticamente, suelen denominarse “agentes sociales”, auténticos titulares del derecho a la negociación colectiva. No dejo por ello de contemplar con escepticismo la opinión de algún autor, como DEL REY GUANTER, para quien el nuevo predominio de la autonomía colectiva entre las fuentes de la relación de trabajo conllevará un mayor desarrollo de la autonomía individual al posibilitar una configuración más ajustada del ámbito que ha de tener la libertad de las partes en los contratos de trabajo celebrados bajo el imperio de los convenios colectivos, instaurando relaciones de compatibilidad y no de oposición entre autonomía individual y autonomía colectiva.

La palabra final en armonización de las fuentes del contrato de trabajo, en cualquier caso, la tiene el tiempo. Yo ya he abusado de la una y del otro y, con ambos, de la paciencia del auditorio. Las normas laborales futuras de cualquier signo acabarán, como siempre, teniendo que ajustarse a lo que la realidad les reclame y provocarán en su entrecruce, como siempre, conflictos de nuevo cuño. Afortunadamente, contamos ya entre nosotros con Miguel Suau para desentrañarlos. Muchas gracias.

INFLUENCIAS DEL DERECHO PRIVADO EN EL DERECHO PUBLICO

D. MIGUEL COLL CARRERAS

Presidente de la Academia de Jurisprudencia y
Legislación de Baleares

PONENCIA DE LA ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION DE BALEARES, EN EL CONGRESO IBEROAMERICANO DE ACADEMIAS DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION, CELEBRADO EN MADRID EN 1997

Hace muchos años —sesenta— que el Profesor Garrigues publicó su Curso de Derecho Mercantil, y en los primeros compases de su obra se planteó el problema de las conexiones del Derecho Mercantil con el Derecho Civil. En la página 30 del primer volumen afrontó del siguiente modo la cuestión:

“Del hecho de una conveniente separación entre Derecho Civil y Derecho Mercantil no puede deducirse la conclusión de que el Derecho Mercantil es un Derecho completamente independiente frente al Civil, un todo hermético que a sí mismo se basta. Ninguna rama del Derecho puede jactarse de tener independencia frente a las demás, y menos que ninguna el Derecho Mercantil, nacido dentro del Derecho Civil y como una desviación del mismo. La mayor parte de las normas del Derecho Mercantil no son más que derivaciones de las del Derecho Civil y adaptaciones a las exigencias del tráfico mercantil. Y aún aquellas que han surgido de un modo directo y autónomo para la regulación de ciertas relaciones específicas (letra de cambio, sociedad anónima, avería, etc.) no pueden sustraerse a la influencia de los conceptos dominantes y de los principios fundamentales del Derecho Civil. Y si legislativamente esto es una realidad indiscutible (la

invocación al Derecho Civil que hace el Código de Comercio desde sus primeros artículos), con mayor razón todavía hay que defender la vinculación del Derecho Mercantil al Derecho Civil desde el punto de vista doctrinal y científico. El prurito de la independencia científica del Derecho Mercantil es un viejo tópico hoy casi desaparecido en la doctrina moderna. Todavía no se ha inventado en la ciencia jurídica un modo de pensar las relaciones con carácter patrimonial entre particulares que no pueda encajar en las categorías conservadas secularmente por el Derecho Civil. Entre civilistas y mercantilistas no caben antagonismos, ni siquiera distingos. Inmediatamente veremos que la articulación de las instituciones de Derecho Mercantil dentro de un sistema puede hacerse todavía conforme a los cuadros del Derecho Civil.”

Predicó con el ejemplo el autor y así, la arquitectura de su exposición se acomodó a un sistema análogo al utilizado para la articulación del Derecho Civil. Teorías Generales, Derecho de las Personas Comerciantes y sus Auxiliares, Derecho de Cosas Mercantiles, Derecho de las Obligaciones Mercantiles y Derecho Marítimo fueron los títulos seleccionados por el Profesor Garrigues para encabezar los sectores de su citado Curso. Evidentemente, los relativos a las Personas, a las Cosas y a las Obligaciones acusaron correspondientes a las Personas, a los Derechos Reales y a las Obligaciones.

Para lo que luego se dirá es importante entresacar de las reflexiones de Garrigues, los siguientes extremos:

1. “Ninguna rama del Derecho puede jactarse de tener independencia frente a las demás...”

2. “La mayor parte de las normas del Derecho Mercantil no son más que derivaciones de las del Derecho Civil... Y aún aquellas que han surgido de un modo directo y autónomo para la regulación de ciertas relaciones específicas, no pueden sustraerse a la influencia de los conceptos dominantes y a los principios fundamentales del Derecho Civil...”

Aunque a primera vista pudiera parecer lo contrario, creo que no es descabellado traer a colación la doctrina del Profesor Garrigues cuando el objetivo a que apunta el presente estudio se centra en el tratamiento de las influencias del Derecho Privado en el Derecho Administrativo. Uno puede pensar que el ejemplo no es útil toda vez que una cosa es el Estadio del Derecho Privado en que se sitúan a la vez Derecho Civil y Derecho Mercantil, y otro el que es menester diseñar para emplazar el arquetipo del Derecho Privado, cual es el Derecho Civil, y conjuntamente un Derecho eminentemente público (alguien lo definió como Derecho del Servicio

Público) como es el Derecho Administrativo.

Me propongo poner de relieve los enlaces existentes entre Derecho Civil y Derecho Administrativo, reales, efectivos y trascendentes.

Hace también bastantes años –44– que el Profesor Clavero Arévalo publicó un estudio en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia titulado “Consecuencias de la concepción del Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal”. En dicho estudio, reeditado por el Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla en 1992, puede leerse lo siguiente:

“Cualquiera que sea el criterio distintivo que se utilice para diferenciar entre Derecho Público y Derecho Privado, la solución para el Derecho Administrativo será siempre igual: Derecho Público.”

“Sin embargo, no debemos olvidar un fenómeno reciente, que es el cada día más intenso uso que la Administración hace del Derecho Privado, aún realizando funciones típicamente administrativas.”

“Modernamente asistimos a un fenómeno que, en cierto modo, encierra, una paradoja. Por una parte, incremento desmesurado de la actividad materialmente administrativa; por otra, incremento de la utilización por la Administración de los procedimientos privados. El incremento del ordenamiento formalmente público administrativo está en relación con el incremento de la actividad materialmente administrativa, en la misma proporción existente entre una progresión aritmética y una progresión geométrica. No deja de ser un síntoma alarmante la crisis de los conceptos clásicos del Ordenamiento administrativo ante los modernos derroteros de las actividades de la Administración. Tal vez fuera de desear un intento de construcción pública de los llamados procedimientos de Derecho Privado al servicio de “Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de Régimen local”, Madrid 1952, pág. 159.”

Sirve el modo de pensar del Profesor Clavero para que se adquiriera el convencimiento de que, aun arrancando de posiciones perfectamente diferenciadas, tanto el administrativista Clavero como el mercantilista Garrigues concuerdan en alguno sumamente importante, a saber:

Que ninguna rama del Derecho puede presumir de independencia frente a otra: y

Que no sólo el Derecho Mercantil no puede apartarse del Derecho Civil, que está en la “esencia de sus fundamentos, sino que tampoco el Derecho Administrativo es concebible en una órbita alejada de dicho Derecho Civil. La incidencia de éste en aquel acusada por Clavero Arévalo hace 42 años en

los términos expuestos, ha subido muchos enteros de suerte que en tiempo presente se ha hecho más intensa, con la añadidura implicada en el hecho de que la invasión iusprivatista en el marco de la Administración se ha experimentado no sólo por el Derecho Civil, sino además por el Derecho Mercantil.

La trilogía que manejó en 1936 el Profesor Garrigues considerando en su Curso de Derecho Mercantil la teoría de las personas, la de las cosas y la de las obligaciones, nos puede servir perfectamente para dar cuenta y razón de los influjos actuales del Derecho Privado en el Derecho Administrativo. Luego al final, se incluirán unas breves puntualizaciones en materia sucesoria por causa de muerte.

Teoría de las personas

En la expresión Corporaciones ofrecida por el art. 35 del Código Civil pudo considerarse incluido, en un sentido lato, el Estado, en cuanto sujeto de derecho. Realmente, no fue muy preciso el legislador de 1889 cuando, en este orden de cosas, se aplicó a la tarea de aleccionar sobre las personas jurídicas, concepto evidentemente iusprivatista con incidencia clara no sólo en el ámbito del Derecho Privado, sino también en el Derecho Público.

En efecto, al igual que lo que sucede, como más adelante se pondrá de relieve, con el dominio y la titularidad de los derechos reales, el punto de arranque de la doctrina y de la ordenación de las personas jurídicas de Derecho Público se encuentra indefectiblemente en el Derecho Civil, puesto que la definición de las mismas, como sujetos de derecho, radica, *velis nolis*, en el precepto del Código Civil que se ha citado.

El legislador, en lo que concierne al Estado, no sintió en tiempo pasado gran preocupación por perfilar el concepto (el Estado o la Administración del Estado como persona jurídica). Si, por el contrario existió dicha preocupación en el ámbito de la Administración local. Así, el art. 1º de la Ley de 2 de octubre de 1877 (la Municipal de la Restauración, anterior al Código Civil), dijo que “es municipio la asociación legal de todas las personas que residan en un término municipal” y que “su representación corresponde al Ayuntamiento”, y en el Estatuto de 8 de marzo de 1924 —art. 1º— se declaró que “Es Municipio la asociación natural, reconocida por la Ley, de personas y bienes, determinada por necesarias relaciones de vecindad, dentro del término a que alcanza la jurisdicción de un Ayuntamiento”, añadiéndose —art. 3º— que “la representación legal del Municipio corresponde al Ayuntamiento” y, además, —art. 4º— que “el Ayuntamiento... tendrá capacidad plena, conforme a esta ley para adquirir, reivindicar, conservar o enajenar bienes de todas clases, celebrar contratos, establecer y

explotar obras y servicios públicos, obligarse y ejercitar acciones civiles, criminales, administrativas o contencioso-administrativas, en nombre de los Municipios...”

En lo que atañe al Estado hay que llegar a la Ley de Régimen Jurídico, texto refundido de 26 de julio de 1957, para encontrar la definición de que el Estado es una persona jurídica, en el nivel previsto por el art. 35, apartado 1º, del Código Civil.

En la exposición de motivos de dicha Ley se encuentra un párrafo que dice lo siguiente:

“Se robustece así la unidad de la Administración del Estado y se asegura la efectividad del principio de nuestro Derecho Público según el cual el Estado constituye una única persona jurídica, sin perjuicio de la competencia propia de los distintos Departamentos ministeriales, órganos de una sola e indivisible institución.”

En razón directa de dicha consideración, el art. 1º del citado texto refundido quedó redactado en los términos siguientes:

“La Administración del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.”

Quienes sintieron la necesidad de perfilar, con ideas dimanantes del art. 35 del Código Civil (la teoría de la persona jurídica) qué era el Estado como sujeto de derechos y obligaciones y plasmaron su pensamiento en lo apuntado en los párrafos anteriores, se plantearon a la vez un problema del mayor interés: la eventualidad de una pluralidad de personas jurídicas en el marco del Derecho Administrativo, de suerte que la “unidad” predicada para el Estado y su Administración no impidiera la génesis de otras personas jurídicas, más o menos independientes de la “persona-Estado”, amparadas por la Ley y erigidas en titulares de derechos y obligaciones por el cauce que, en general, tiene su punto de partida en el art. 35 del Código Civil.

La Ley de 26 de diciembre de 1958 fue el instrumento creado para amparar y regular, desde el punto de vista estatal, la indicada pluralidad de personas jurídicas. En la exposición de motivos de dicha Ley se estudia la situación deparada por la Ley de 13 de marzo de 1943, complementada por Orden ministerial de 6 de abril siguiente, comprensiva de atisbos de una aceptación de personas jurídicas creadas por el Estado pero dotadas de personalidad jurídica diferente, y en su articulado se despliega el tratamiento adecuado para que esas personas jurídicas pueden sobrevenir, en dos planos, a saber:

Los organismos autónomos, definidos en el art. 2º como “entidades de Derecho Público, creadas por Ley, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de los del Estado, a quienes se encomienda expresamente, en régimen de descentralización, la organización y administración de algún servicio público y de los fondos adscritos al mismo, el cumplimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos y la administración de determinados bienes del Estado, ya sean patrimoniales o de dominio público”; y

Las empresas nacionales, definidas en el art. 4º como “aquellas creadas por el Estado, directamente o a través de organismos autónomos, para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transportes u otras análogas de naturaleza y finalidades preferentemente económicas”.

Ahora bien, mientras la actividad de los organismos autónomos, a pesar del reconocimiento legal de su personalidad jurídica, tenía que ceñirse, en su actuación, a la normativa correspondiente al dinamismo ordinario de la Administración, las “empresas nacionales” gozaban de libertad para asumir funcionamientos iusprivatistas. A tal fin, el art. 91 de la invocada Ley fue del siguiente tenor:

“Las empresas nacionales se registrarán por las normas de Derecho Mercantil, Civil y Laboral, salvo lo establecido en este título y disposiciones aplicables a las mismas”.

De gran interés, en atención a la finalidad de las presentes reflexiones, fue el art. 92 de la Ley de referencia, cuyo texto rezó lo que sigue:

“Las empresas nacionales habrán de ser constituidas precisamente como sociedades anónimas de fundación simultánea a su creación y la participación que tengan en su capital el Estado o los organismos autónomos deberá ser siempre mayoritaria, salvo que, por Ley, se autorice expresamente una menor participación. Lo dispuesto en el párrafo anterior, relativo a la forma de las sociedades y a la participación del Estado en ellas, será también aplicable en los casos en que las empresas nacionales se constituyan por fusión o absorción de otras sociedades preexistentes”.

Pero antes de que en el ámbito del Estado se hubiese llegado a las soluciones que, en materia de pluralidad de personas jurídicas, se implantaron en la Ley de 26 de diciembre de 1958, el Ordenamiento de las Corporaciones locales habla ofrecido interesantes sugerencias en la línea abrazada más tarde por la mencionada Ley.

En efecto, en el art. 157 de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950 se previno que los servicios de competencia municipal podrían

prestarse mediante “empresa mixta”, perfilándose en el 158 que tales servicios tendrían que ser los susceptibles de municipalización. De este instituto —la municipalización— se ocuparon los artículos 164 y siguientes, advirtiéndose que “los Municipios podrán explotar directamente servicios de naturaleza mercantil, industrial, extractiva, forestal o agrícola que sean de primera necesidad o utilidad pública y se presten dentro del término municipal en beneficio de sus habitantes”.

Luego, en el art. 167 se declaró que “los servicios municipalizados podrán prestarse... en forma de empresa privada y en régimen de empresa mixta...”. En el primer supuesto —la empresa privada— había que tener en cuenta el art. 175, dotado del siguiente texto en su apartado 1:

“En los casos de municipalización en forma de empresa privada, habrá de adoptarse una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada. La sociedad se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles y en la escritura de constitución deberá constar el capital aportado por la entidad municipal, la forma de constituir el Consejo de Administración y la determinación de quienes tengan derecho a emitir voto representando al capital social”.

Es obvio que la irrupción de la personalidad jurídica, tanto de las empresas privadas constituidas por los Ayuntamientos en el indicado orden de cosas, como de las empresas mixtas autorizadas por la Ley de 16 de diciembre de 1956, implicó un adelanto experimentado por la legislación sobre Administración local respecto a la rectora de la Administración estatal en torno a la susodicha pluralidad de personas jurídicas matizada por un evidente Influjo del Derecho Privado en el Administrativo.

Y hay que agregar, conjuntando ya uno y otro Ordenamiento, que el influjo de referencia no se limitó al provocado por la teoría de la personalidad jurídica asentada en el art. 35 del Código Civil, sino que, además, se extendió a una proyección proveniente del Derecho Mercantil concerniente a las sociedades anónimas como instrumentos dotados de personalidad jurídica, engendrados en la esfera específica de dicho Derecho Mercantil.

En la actualidad, el texto que, en lo general, pone de relieve el impacto del Derecho Privado en el ámbito del Derecho Administrativo en lo que atañe a la teoría de la personalidad jurídica, consiste en el refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por Real Decreto legislativo de 29 de septiembre de 1988.

En dicho Texto (artículos 2º y 3º) se admiten organismos autónomos con personalidad distinta de la del Estado, que pueden ser de dos clases (art. 4º), a saber:

Organismos autónomos de carácter administrativo; y

Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero y análogos.

Pero, con independencia de las dos clases de organismos autónomos, se confiere beligerancia en el art. 6º a las “sociedades estatales”, consistentes en:

1. Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus organismos autónomos y “demás entidades estatales de Derecho Público”; y

2. Entidades de Derecho Público, con personalidad jurídica, que, por ley, hayan de ajustar sus actividades al Ordenamiento jurídico privado.

Evidentemente, es más leve el Influjo del Derecho Privado en los organismos autónomos que, salvo en lo que se centra en su personalidad jurídica distinta de la estatal, quedan sometidos a regulación administrativa, muchas veces en paralelo con los dispositivos rectores de la actividad del Estado. En cambio, para las sociedades estatales, excepción hecha de lo concerniente a su génesis o a la asunción de una participación de capital en sociedades preexistentes, la incidencia del Derecho Privado aparece proclamada en el art. 6, apartado 2, que dice lo siguiente:

“Las sociedades estatales se regirán por las normas del Derecho Mercantil, Civil y Laboral, salvo las materias en que les sea de aplicación la presente Ley”.

Importa advertir que el Texto examinado, después de referirse a organismos autónomos y a sociedades estatales, introdujo una especie de “reserva” que pudiera servir de cobijo legal a “otros” entes dotados de personalidad jurídica, distintos de los susodichos organismos autónomos y sociedades estatales que la imaginación, aliada con la política, fuera susceptible de alumbrar en el futuro, invadiendo, con instrumentos de Derecho Privado, el espacio tradicional acotado para el ejercicio por la Administración pública de sus actividades.

Así, en el apartado 5 del invocado artículo 6º, se dijo lo siguiente:

“El resto de entes del sector público estatal no incluidos en este artículo ni en los anteriores se regirá por su normativa específica. En todo caso se aplicarán a los citados entes las disposiciones de la presente Ley que expresamente se refieran a los mismos y, con

carácter supletorio, las relativas a materias no reguladas en sus normas específicas”.

La utilidad de la advertencia que acaba de hacerse se justifica por los significativos pasos que en tiempos recientes se han dado por el Estado, al amparo de ese apartado 5 del art. 6º, mediante la creación de “sociedades estatales” gobernadas sustancialmente por el Derecho Privado en zonas que, por tradición, habían sido prototipos de los campos adscritos al Derecho Administrativo.

Vamos a citar tres ejemplos: la Agencia Tributaria, Aeropuertos Nacionales y Puertos del Estado.

Mediante el art. 103 de la Ley de Presupuestos del Estado para 1991, promulgada el 27 de diciembre de 1990, se creó la Agencia Estatal de la Administración Tributaria “con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada”.

Su función, paradójicamente, es absolutamente ajena al ámbito de la actividad privada, puesto que se le encomienda “desarrollar las actuaciones necesarias para que el sistema tributario estatal se aplique con generalidad y eficacia a todos los contribuyentes, mediante los procedimientos de gestión, inspección y recaudación tanto formal como material que minimicen los costes indirectos derivados de las exigencias formales necesarias para el cumplimiento de las obligaciones tributarias”.

Leyendo dicha disposición básica parece que la justificación del nacimiento de la Agencia estriba en la indicada “minimización de costes indirectos” que, en opinión de los forjadores de la ley, puede conseguirse con una entidad “distinta” del Estado que, aun aplicando, de principio a fin en su gestión, un Ordenamiento eminentemente administrativo (¡recordemos que la Ley 1ª del Fuero Viejo de Castilla decía que “estas cuatro cosas son naturales al señorío del Rey, que non las deve dar a ningun omne ni las partir de si, ca pertenescen a él por razón del señorío natural: justicia, moneda, fonsadera e suos yantares”!), queda autorizada para valerse de instrumentos de Derecho Privado en pro de la apuntada minimización de costes indirectos.

Efectivamente, después de aleccionarse en el sentido de que “los actos dictados por los órganos de la Agencia en relación con la gestión, inspección y recaudación... serán recurribles en vía económico-administrativa...” y que “los restantes actos que en el ejercicio de sus funciones, sujetas al Ordenamiento jurídico público pudiera dictar la Agencia agotarán la vía administrativa y serán susceptibles de impugnación en vía

contencioso-administrativa...”, se introducen en el precepto mencionado las siguientes declaraciones:

“La contratación de la Agencia se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguarda del interés de la Entidad y homogeneización de comportamientos en el Sector público... desarrollándose en régimen de Derecho Privado...”

“La Agencia gestionará su patrimonio propio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero del art. 43 b) de la Ley de Entidades estatales autónomas”.

“La Agencia podrá constituir o participar en el capital de toda clase de entidades que adopten la forma de sociedad mercantil y cuyo objeto social esté vinculado con los fines y objetivos de aquella”.

Con puntualizaciones del género de las resaltadas en los párrafos anteriores, el jurista hecho a la idea clásica de una Administración que no tolera más fórmulas que las deparadas por el Derecho Administrativo o si se quiere el Derecho Público en general (“los tributos” actuales equivalentes a la “fonsadera y suos yantares” del Fuero Viejo de Castilla), ha de mostrar forzosamente su sorpresa por la inoculación en dicha Administración, incluso bajo la especie de “los actos separables” en el mundo de los contratos, de unos esquemas iusprivatistas como los que permiten una gestión de la Agencia en la línea sugerida por el precepto, susceptible de desembocar en la creación de sociedades anónimas con aportación de capital por dicha persona jurídica.

Por el art. 82 de la Ley de Presupuestos para 1990, promulgada el 29 de junio del mismo año, fue creado, con la denominación de “Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea”, un ente de Derecho Público “con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada”, que se entenderá comprendido “en el n° 5 del art. 6° del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria”.

Dicha Entidad, catalogada en el mismo plano que la Agencia Estatal Tributaria (el mencionado n° 5° del art. 6° de la Ley General Presupuestaria), se rige por los estatutos aprobados por Real Decreto de 14 de junio de 1991. Dichos estatutos ofrecen las siguientes prevenciones:

“En el ejercicio de sus actividades se regirá por el ordenamiento jurídico civil, mercantil y laboral, ajustándose, cuando actué en el ejercicio de sus funciones públicas, a las disposiciones de Derecho Público que le sean de aplicación” (art. 3°, apartado 2).

“El Ente público, “Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea”,

tiene personalidad jurídica propia e independiente de la del Estado, plena capacidad jurídica, pública y privada, y patrimonio propio”.

“El Ente público, asimismo, asumirá su gestión con autonomía de actuación, que será todo lo amplia que permita el interés público, la satisfacción de las necesidades sociales y la seguridad de los usuarios” (art. 4º).

“Para el desarrollo y ejercicio efectivo de sus funciones, el Ente Público “Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea” podrá promocionar o participar en sociedades estatales y privadas, de conformidad con lo previsto en la Ley General Presupuestaria, siempre que ello no implique la realización de actos correspondientes a las funciones públicas propias del Ente”.

“El Ente público asignará a dichas Sociedades los recursos y medios financieros que resulten precisos para el desarrollo de sus propias funciones” (art. 8º).

“El Ente público podrá participar en cuantas sociedades o entidades relacionadas con sus actividades pudieran constituirse o estén constituidas como consecuencia de la ordenación o reestructuración de los sistemas aeroportuarios y de navegación aérea, en los ámbitos europeo e internacional, previa conformidad del Ministerio de Obras Públicas y Transportes” (art. 8º).

“El Ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea tendrá, para el cumplimiento de su objeto, un patrimonio propio, distinto al del Estado, formado por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que sean de su titularidad” (art. 33).

Por Ley de 24 de noviembre de 1992 ha surgido otro Ente Público parejo a “Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea”. Dicho nuevo Ente se ha engendrado en relación con los “puertos marítimos” sometidos al régimen estatal. En el art. 24 de dicha Ley se incluyen las siguientes declaraciones:

“Se crea... con la denominación “Puertos del Estado” un ente de Derecho Público, de los previstos en el apartado 5 del art. 6º del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria... El Ente Público “Puertos del Estado”, que tendrá personalidad jurídica y patrimonio propios, así como plena capacidad de obrar, ajustará sus actividades al Ordenamiento jurídico privado salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el Ordenamiento le atribuya, y se registrará por lo dispuesto en esta Ley, en las normas que la desarrollen y en cuantas otras le sean de aplicación. En materia de contratación, Puertos del Estado habrá de someterse en todo caso a los principios de publicidad,

conurrencia, salvaguarda del interés del Ente y homogeneización del sistema de contratación en el sector público” (del art. 24).

“Puertos del Estado, para el cumplimiento de los fines que le son propios, tendrá un patrimonio propio formado por el conjunto de bienes y derechos que el Estado le atribuya como propios, los que adquiera en el futuro por cualquier título o le sean donados o cedidos por cualquier persona o entidad” (art. 31).

Pero al lado de “Puertos del Estado”, como persona jurídica autorizada para “ajustar sus actividades al Ordenamiento jurídico-privado”, fueron creadas merced a la citada ley otras personas jurídicas, las denominadas “Autoridades Portuarias”, tantas como puertos de régimen “estatal”. Su definición y tratamiento se ofrece en el art. 35, en los siguientes términos:

“Las Autoridades Portuarias son Entidades de Derecho Público, de las previstas en el art. 6.5 de la Ley General Presupuestaria, con personalidad jurídica y patrimonio propios independientes de los del Estado, y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. Se regirán por la presente Ley, la Ley General Presupuestaria y demás disposiciones que les sean de aplicación, estando excluidas de la Ley de Entidades estatales Autónomas, y actuarán con sujeción al Ordenamiento jurídico privado, incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación, salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el Ordenamiento les atribuye. En la contratación, las Autoridades Portuarias habrán de someterse, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguarda del interés de la Entidad y homogeneización del sistema de contratación en el sector público”.

La lectura de cuanto ha sido transcrito revela que en las expresadas personas jurídicas nacidas al amparo del artículo 6º, apartado 5, de la Ley General Presupuestaria, domina el acento de independencia administrativa, con más limitaciones si las actividades a desenvolver se sitúan en el ámbito del Derecho Administrativo, y con menos cortapisas, si, por el contrario, el campo de movimientos es el deparado por el Derecho Civil. En este orden de cosas, el espacio propio de la contratación es el sustancialmente influenciado por el Derecho Civil, aun cuando, en lo formal, (teoría de la licitación) hayan de respetarse principios básicos de la contratación administrativa, con apertura de vías para la aplicación de la doctrina de los actos separables.

Si del Derecho Estatal nos trasladamos al Derecho Local detectaremos en el tiempo presente sucesos similares a los considerados hasta aquí.

En la Ley de Bases del Régimen Local, de 2 de abril de 1985, artículo 85, se indica que las entidades locales, para la prestación de los servicios públicos que les incumben, pueden valerse, en el área de la gestión directa, de “sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local”, y en el área de la gestión indirecta de “sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local”.

Por su parte, el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto legislativo de 18 de abril de 1986 enseña en el art. 103 que “en los casos en que el servicio o actividad se gestione directamente en forma de empresa privada, habrá de adoptarse una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada. La sociedad se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local, la forma de constituir el Consejo de Administración y la determinación de quienes tengan derecho a emitir voto representando al capital social”.

Y en el artículo 104 se entronizan reglas correspondientes a los supuestos de gestión indirecta de servicios acometida mediante sociedades mercantiles o cooperativas cuyo capital social “sólo parcialmente pertenezca a la entidad”.

Con lo hasta aquí expuesto se ha tratado de tomar nota de la importante incidencia que en multitud de personas jurídicas nacidas en el ámbito del Derecho Público queda atribuida al Derecho Privado, como instrumento apto para dibujar una personalidad y un patrimonio propios, distintos de la personalidad y patrimonio del Estado o de las Entidades locales “creadoras” de dichas personas jurídicas, así como también para disciplinar las relaciones sobrevenidas como consecuencia de la gestión asignada a tales personas jurídicas.

Pero en el tiempo del Estado de las Autonomías, toda una amplia zona situada entre el Estado per se y las Entidades locales ha sido ocupada por el Derecho elaborado por las Comunidades Autónomas, singularmente importante en el orden de cosas afectado por las anteriores reflexiones.

Ejemplarmente, me referiré a la Generalitat de Cataluña y a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

En cuanto a Cataluña, la Ley de 29 de marzo de 1985, denominada “Ley del Estatuto de la empresa pública catalana”, declara en su artículo 1º que la ordenación implantada por dicho Texto, con amplias interferencias de los instrumentos de Derecho Privado, es aplicable a “las entidades autónomas

de la Generalitat que realicen operaciones o presten servicios de carácter principalmente comercial, industrial o financiero; a las “empresas” de la Generalitat consistentes en “entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia que están sometidas a la Generalitat pero que han de ajustar su actividad al Ordenamiento jurídico-privado, a las sociedades civiles o mercantiles con participación mayoritaria de la Generalitat, de sus entidades autónomas o de las sociedades en que la Generalitat o las susodichas entidades tienen también participación mayoritaria en su capital social; y a las sociedades civiles o mercantiles vinculadas a la Generalitat, es decir, las que son gestoras de servicios públicos de los que es titular la Generalitat o han suscrito convenios con ésta y en las cuales ésta tiene la facultad de designar todos o una parte de los órganos de dirección o participe directamente o indirectamente, como mínimo, con un diez por ciento del capital social”.

Respecto a las Islas Baleares, cabe decir que la Ley aprobada el 29 de marzo de 1989 por el Parlamento de dicha Comunidad Autónoma con un texto caracterizado por importantes incidencias de instrumentos iusprivatistas en la gestión de las personas jurídicas afectadas, previene en su artículo 1º su aplicabilidad a las entidades autónomas nacidas en el seno de la Comunidad, considerándose como tales “aquellas entidades de Derecho Público creadas por Ley del Parlamento, con personalidad jurídica propia, distinta de la de la Comunidad Autónoma, a las cuales se encomiendan expresamente, en régimen de descentralización, la organización y administración de algún servicio público y de los fondos que se adscriben al cumplimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos”.

También es aplicable dicha ley, a tenor del citado art. 1º, a “las empresas públicas” de la Comunidad Autónoma, que pueden ser “entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, sometidas a la Comunidad Autónoma, pero que deban ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado”, y a las sociedades civiles o mercantiles con participación mayoritaria de la Comunidad, de las entidades autónomas de la misma o de las sociedades en que la Comunidad o las entidades citadas tengan también participación mayoritaria en el capital social o aquellas entidades de Derecho Público adscritas a la Comunidad Autónoma que deban ajustar su actividad al Ordenamiento jurídico privado”.

Finalmente, en el capítulo de “empresas vinculadas” a la Comunidad Autónoma se incluyen en la invocada Ley las “sociedades civiles o mercantiles en las cuales la Comunidad Autónoma, sus entidades autónomas o sus empresas públicas participen directa o indirectamente en su capital social, con un mínimo de un diez por ciento, sin llegar a la mayoría.

Con la reseña legislativa correspondiente a las mencionadas Comunidades Autónomas queda a mi modo de ver, cerrado cumplidamente el círculo trazado para englobar unas instituciones dominantes en el tiempo presente, claramente demostrativas de la incidencia del Derecho Privado en el sector del Derecho Administrativo al que atañen las consideraciones hasta aquí alineadas.

Los Derechos Reales

El dominio, en cuanto concepto jurídico —el derecho real “máximo” como fórmula expresiva de las relaciones de los hombres con las cosas—, es un instituto que “nace” con el Derecho Civil. La contraposición clásica entre “dominium” e “imperium” puede servir para marcar dos trayectorias orientadas, la primera por el Derecho Privado, la segunda por el Derecho Público.

Cosa distinta es “clasificar” el dominium, de suerte que, progresando la doctrina en el estudio del concepto, llegue a la bifurcación entre dominio público y dominio privado.

Pero la bifurcación “está” en el Derecho Civil, puesto que el Código, en su art. 338 dice que “los bienes son de dominio público o de propiedad privada”. El dominio público es, por tanto, concepto jurídico civil, en la dual acepción clásica del Código (los bienes de uso público del apartado 1º del art. 339 y los de servicio público del apartado 2º).

Por exclusión (“los demás bienes” a que se refiere el art. 340) constituyen el “dominio privado” comprendiéndose expresamente según el precepto “los pertenecientes al Estado” no integrados en el “dominio público”.

A tono con la expresada concepción del dominio público existe una jurisprudencia reiterada que atribuye al orden jurisdiccional civil la potestad de resolver las cuestiones que se susciten al respecto. De ella es muestra ejemplar la sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994 (Aranzadi 4130), que guarda armonía con el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye competencia en el orden civil a los Juzgados y Tribunales españoles, “con carácter exclusivo”, en materia de “derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España”.

Pero, con independencia del “civilismo” de la bifurcación indicada y de sus consecuencias inmediatas, directas, es evidente que el tratamiento del dominio público se reputó deferido al Derecho Público por cuanto las “res extra commercium” se situaron a extramuros del Derecho Civil, según se infiere ejemplarmente del art. 1.271 del Código que excluye de la teoría de

la contratación “las cosas que están fuera del comercio de los hombres”.

Evidentemente, la no comercialidad de los bienes de dominio público hizo posible la aplicación a éstos de los principios reflejados en el art. 132 de la Constitución: inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, y aconsejó la elaboración de la doctrina patrocinadora del instituto de la afectación y desafectación, que llegó hasta el extremo, no compartido jurisprudencialmente, de que la conversión de bienes demaniales en bienes patrimoniales del Estado no se experimentaría en tanto no se extendiese acta expresiva de “la recepción formal por el Ministerio de Hacienda” de los bienes correspondientes (art. 123 de la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 y art. 8º del Reglamento de Bienes de las Entidades locales de 13 de junio de 1986). La desafectación tácita, aun cuando haya querido eliminarse de nuestras instituciones, y a dicha finalidad responden evidentemente los preceptos que acaban de citarse, no puede tenerse por constitucionalmente repudiada. La afirmación de los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que el artículo 133 de la Constitución proclama, se manifiestan en ésta como reglas “inspiradoras” del demanio, sometándose, en punto a aplicación, a una ley –no dictada– reguladora de su “régimen jurídico”. Y en el propio precepto se alude a la desafectación, limitándose la Carta Magna a advertir que “una ley” regulará también “la desafectación” de los bienes de dominio público. Parece, pues, que constitucionalmente, no es posible olvidar la desafectación tácita, como acontecimiento susceptible de convertir en “bienes que están en el comercio de los hombres” a los demaniales, con levantamiento del veto proyectado desde el art. 1.271 del Código Civil, y el sometimiento a la disciplina dimanante de este Cuerpo legal.

Pero, en fin, apartándonos de consideraciones en torno a bienes demaniales, tratados por el Derecho Administrativo, aun cuando los principios del art. 132 de la Constitución tienen su punto de arranque en el Derecho Civil, hay que hacerse a la idea de que el influjo de éste en el ámbito del Derecho Administrativo en punto a los “derechos reales” ha de detectarse fundamentalmente en dos órdenes de cosas: el dominio y los derechos reales en materia de bienes patrimoniales del Estado, de las Comunidades Autónomas, de los Ayuntamientos, etc., y en las concesiones administrativas demaniales calificadas como derechos reales implantados en el “demanio” en provecho de personas naturales y jurídicas de Derecho Privado.

En cuanto a lo primero, la invocada Ley del Patrimonio del Estado nos ilustra en su art. 19 respecto a los sistemas de adquisición jurídico-civiles concebidos para tales bienes: la ley, los contratos (el título oneroso con ejercicio o no de la facultad de expropiación), la herencia, el legado, la

donación, la prescripción y la ocupación son los “modos” puestos a disposición del Estado para la integración de su patrimonio en claro paralelo con la reseña que en punto a tales modos de adquirir se ofrece en el art. 609 del Código Civil.

De la “explotación” de los susodichos bienes patrimoniales se ocupan los artículos 31 y siguientes de la Ley, cuya aplicación lleva consigo la irrupción del Derecho Civil por la vía de los negocios jurídicos de indispensable generación en la línea de los arrendamientos o fórmulas análogas que, manteniendo el dominio del Estado, como titular del patrimonio, hagan posible el aprovechamiento previsto en dicho precepto.

A la enajenación atañen los artículos 61 y siguientes, caracterizados por el principio general de que la subasta (instrumento de la contratación administrativa concebido a título de regla ordinaria) constituirá, salvo excepciones, el sistema utilizable. En lo demás —enajenación y consecuencias— priva el Derecho Civil, hasta el punto de que el art. 70 de la Ley prevenga que “en los juicios de reivindicación, evicción y saneamiento está sujeto el Estado a las reglas del Derecho Civil, así como a la indemnización por las cargas de las fincas no expresadas en el anuncio de la venta y en la escritura”.

Reglas específicas para la permuta y las cesiones gratuitas se insertan en los artículos 71 y siguientes y, para el gravamen de los bienes patrimoniales, el art. 39 declara que “no se podrán gravar” éstos “sino con los requisitos exigidos por su enajenación”.

En el Reglamento de Bienes de las Entidades locales de 13 de junio de 1986 se encuentran normas análogas a las de la Ley del Patrimonio del Estado que han sido mencionadas en párrafos anteriores. Así, el art. 10 proporciona la lista de títulos de adquisición en perfecta armonía con el art. 19 de esta Ley y con el 609 del Código Civil, ofreciendo un nuevo ejemplo de la incidencia sobre el particular del Derecho Privado y sus conceptos fundamentales en la teoría de los derechos reales.

En el art. 92, profundizando lo preceptuado por la Ley del Patrimonio del Estado, se señala que “el arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales de las entidades locales se regirá, en todo caso, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la normativa reguladora de contratación de las entidades locales”. Con ello vuelve a asomar la doctrina de los actos separables que, por un lado, trata del mecanismo administrativo rector de la generación del contrato, mientras que por otro, implica el sometimiento de la sustancia de éste al Derecho Civil.

Fenómeno análogo, en el capítulo correspondiente a la enajenación, se

descubre en el art. 112, que indica que “las enajenaciones de bienes patrimoniales se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locales”. Mas, evidentemente, las consecuencias de la enajenación provocarán la entrada en juego del Derecho Civil.

El capítulo del gravamen de los bienes patrimoniales de las entidades locales se nota a faltar en el Reglamento determinante de estas reflexiones. Sin embargo, en el art. 109 se dice que “los bienes patrimoniales no podrán enajenarse, gravarse ni permutarse sin autorización del órgano competente de la Comunidad Autónoma cuando su valor exceda del 25 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto anual de la Corporación...”

Dejando de lado actitudes críticas de la norma, fácilmente adoptables, por varios motivos, uno puede pensar que el tratamiento pensado para la enajenación es tratamiento aplicable al gravamen, y que, al igual que lo que acaece en el marco de la Ley del Patrimonio del Estado en este orden de cosas, prevenciones análogas a las que gobiernan la enajenación habrán de entrar en juego si la entidad titular se apresta a gravar sus bienes patrimoniales, con el obvio Influjo predicable en la materia respecto al Derecho Civil (disciplina de los derechos reales de garantía).

En cuanto a lo segundo, se impone advertir de entrada que las concesiones administrativas demaniales constituyen una gama de derechos reales engendrados en provecho de particulares que tienen por base el dominio público. Su nacimiento implica una “aleación” del Derecho Civil con el Derecho Administrativo, pródica en consecuencias importantes y símbolo, a la vez, de la incidencia que aquel tiene en éste.

Desde un ángulo doctrinal “civil” no ha de haber inconveniente en acudir a Roca Sastre (página 461 de su Derecho Hipotecario, tomo II, Barcelona 1979) para compartir el criterio de dicho autor, puesto de relieve del siguiente modo:

“La concesión administrativa es un acto de la Administración en virtud del cual se crea sobre bienes de dominio público y a favor de un particular, un derecho subjetivo de uso, aprovechamiento y explotación exclusiva. Es un acto oficial o de soberanía dirigido a la constitución de un derecho real sobre cosas o elementos de dominio público. Estos derechos de utilización o explotación por los particulares de tal clase de bienes son los llamados derechos reales administrativos y que el Código Civil califica de propiedades especiales”.

En evitación de confusiones conviene precisar que la frontera entre el “derecho real de superficie” y el “derecho real de concesión administrativa

demanial” ha sido marcada por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo en sentencia de 4 de febrero de 1993 (Aranzadi 732), de la que se infiere que el presupuesto material de aquel derecho real de comunidades autónomas o de entidades locales, consiste en que los correspondientes bienes de estas personas jurídicas de Derecho Público sean “bienes patrimoniales”, mientras que en el caso de las “concesiones administrativas demaniales”, los inmuebles integrantes de dicho presupuesto han de ser “bienes de dominio público”. En ambos casos, el superficiario y el concesionario gozan de un derecho “ad aedificandum”, mas la equiparación de situaciones al respecto no se extiende a la naturaleza del inmueble “básico”.

La trascendencia del distingo radica en que la interferencia del Derecho Civil en el tratamiento del derecho real de superficie engendrado por las personas jurídicas de Derecho Público será encasillable en todo lo que, en pasajes precedentes, se ha expuesto en relación con los bienes patrimoniales de las “propietarias”, mientras que la predicable en razón de las concesiones demaniales sobrevendrá en función de cuanto se indicará seguidamente en contemplación de nuestro Ordenamiento jurídico.

A falta de la ley general sobre “régimen jurídico del dominio público” que anunció el art. 132 de la Constitución y, sin perjuicio de los supuestos singulares a que más adelante haremos referencia, podemos manifestar que, en materia de bienes del Estado, los artículos 126 y siguientes de la mencionada Ley de su Patrimonio, pretendieron insertar, a título de conceptos generales en materia de concesiones, las siguientes reglas:

1. El plazo de duración no podrá exceder de noventa y nueve años, “a no ser que las leyes especiales señalen” otro menor.

2. “El Ministerio de Hacienda podrá acordar la expropiación de los derechos si estimare que su mantenimiento durante el término de su vigencia legal perjudicare el ulterior destino de los bienes o les hiciera desmerecer considerablemente en el caso de acordar su enajenación”.

3. “Siempre que se acuerde la enajenación de bienes incorporados al patrimonio del Estado, los titulares de derechos vigentes sobre ellos que resulten de concesiones otorgadas cuando los bienes eran de dominio público, tendrán la facultad potestativa de adquirirlos con preferencia a toda otra persona”.

A esos derechos del concesionario cabe añadir los de enajenación y gravamen, amén del de inscribibilidad en el Registro de la Propiedad (vid. Roca Sastre, obra citada). El origen de las susodichas facultades atribuibles “in genere” a los concesionarios demaniales puede verse en el art. 103 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (“el concesionario

podrá transferir la concesión o enajenar las obras libremente, pero entendiéndose que el que le sustituya en sus derechos le sustituye también en las obligaciones que le imponen las cláusulas de la concesión, quedando subsistentes las garantías que han de hacer efectiva su responsabilidad”). Y en la actualidad, el derecho de transferencia de la titularidad concesional aparece reconocido por la Generalitat de Cataluña. En efecto, el Reglamento de 14 de julio de 1983, dictado para ejecutar la Ley de 7 de diciembre de 1981, sobre Patrimonio de dicha Comunidad Autónoma, dice lo siguiente en su artículo 79:

“El concesionario tiene la facultad de utilizar privativamente la parte de dominio público que le haya sido concedida. Su derecho es transmisible, a no ser que la concesión le haya sido otorgada en razón de cualidades personales, pero si lo transmite habrá de dar cuenta obligatoriamente al Conseller de Economía y Finanzas”.

En punto a “transferencia de la concesión” (in genere, la facultad de “cesión de derechos” es “derecho civil” proclamado por el artículo 1.112 del Código), nuestro Derecho local no es tan generoso como lo fue, según se ha visto, la Ley General de Obras Públicas en el siglo pasado o el Reglamento de la Generalitat de Cataluña según el precepto que se ha transcrito.

En efecto, en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955, aún vigente, se dice en su artículo 128 que el concesionario podrá “... 5º. Ejercer por si la concesión y no ceder la o traspasarla a terceros sin la anuencia de la Corporación, que sólo podrá autorizarla en las circunstancias que señala el párrafo 2 del artículo 52 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales”.

Ese párrafo 2 del artículo indicado previene lo siguiente:

“En todo caso (se sobrentiende “caso” de transferencia de la concesión) será preciso: Que se haya realizado una porción de la obra... no inferior al 10 por 100 del presupuesto; que el nuevo contratista (el aspirante a concesionario en virtud de la cesión proyectada) reúna las condiciones y presente las garantías exigidas al adjudicatario (el “concesionario” cedente); y que la Corporación autorice la transferencia, que deberá ser formalizada en escritura pública si ésta se hubiera otorgado en el primitivo contrato, y en los demás casos por comparecencia ante el Presidente de la Corporación interesada, de la que dará fe el Secretario”.

Volviendo al Ordenamiento jurídico estatal en lo que atañe al derecho de “cesión” de las concesiones, por iniciativa del titular de las “demaniales”, cabrá decir que el principio sentado por la Ley General de Obras Públicas,

favorecedor de la transmisibilidad, por evidente Influjo del Derecho Civil, ha experimentado distinta suerte en importantes materias de regulación estatal caracterizadas por una gran presencia de las concesiones demaniales. Nos referiremos a aguas y costas.

En materia de aguas, la antigua Ley de 13 de junio de 1879, aunque no contuvo regla específica sobre el particular remitiéndose a la Ley General de Obras Públicas como Derecho supletorio, sí puntualizó (art. 159) que “en todo aprovechamiento de aguas públicas para canales de navegación o riego, acequias y saneamientos, serán propiedad perpetua de los concesionarios los saltos de agua y las fábricas y establecimientos industriales que, a su intermediación, hubiesen construído y planteado”. Parece, por tanto, que no hizo ascos dicha Ley a la eventualidad de transferencia de las concesiones.

En la actualidad, el art. 61 de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 reza lo siguiente:

“La transmisión total o parcial de los aprovechamientos de agua que impliquen un servicio público o la constitución de gravámenes sobre los mismos, requerirá autorización administrativa previa. En los demás casos sólo será necesario acreditar de modo fehaciente, en el plazo y forma que reglamentariamente se establezca, la transferencia o la constitución del gravamen”.

El Reglamento del dominio público hidráulico, de 11 de abril de 1986, dictado para ejecución de la Ley invocada, reproduce en su artículo 103 el artículo 61 de dicha Ley, que ha quedado transcrito, pero luego, en el art. 145, señala que “la transmisión de aprovechamientos o la constitución de gravámenes sobre los mismos, se ajustará a lo dispuesto en el art. 103 de este Reglamento, así como a lo establecido en los artículos siguientes”: Y en esos artículos, que se inician con un artículo 146, alusivo al “cambio de titularidad” de una concesión, se detallan los trámites que hay que seguir para el ejercicio del “derecho civil” de cesión que se reconoce en el concesionario en el ámbito del dominio público hidráulico.

En lo que atañe a costas, el criterio de libertad de transmisión de las concesiones demaniales que imperaba, como consecuencia de la línea inspiradora de la Ley General de Obras Públicas experimentó una variación radical al entrar en vigor la Ley del Ramo de 28 de julio de 1988, comprensiva de un artículo —el 70— del siguiente tenor:

“Las concesiones serán inscribibles en el Registro de la Propiedad. Extinguida la concesión, la inscripción será cancelada de oficio o a petición de la Administración o del interesado. Las concesiones no serán transmisibles por actos intervivos. En caso de fallecimiento del

concesionario, sus causahabientes, a título de herencia o legado, podrán subrogarse en los derechos y obligaciones de aquél en el plazo de un año. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa a la Administración concedente, se entenderá que renuncian a la concesión. No obstante, serán transmisibles las concesiones que sirvan de soporte a la prestación de un servicio público, cuando la Administración autorice la cesión del correspondiente contrato de gestión del servicio, así como las reguladas en la Ley 223/1984, de cultivos marinos, y las vinculadas a permisos de investigación o concesiones de explotación previstas en la legislación de minas e hidrocarburos. La transmisión no será eficaz hasta que no se haya producido el reconocimiento del cumplimiento de las condiciones establecidas en la concesión. La constitución de hipoteca y otros derechos de garantía sobre las concesiones transmisibles, así como el embargo de las mismas, deberán ser comunicados previamente a la Administración concedente por la persona o entidad a cuyo favor se constituye el derecho”.

A pesar de la “minoración” del derecho civil de cesión —y su desaparición en un amplio sector— que se impone desde el precepto transcrito, hay que otorgar a dicho texto un cierto grado de aplauso desde el campo del Derecho Civil, por cuanto, leyéndolo, se extrae la conclusión de que:

1. La pertenencia al “patrimonio del concesionario” del derecho real de “concesión demanial”, aunque el ejercicio de las facultades de disposición o gravamen se restrinja notablemente, es suceso indudable.

2. La posibilidad de inscripción de tal derecho real en el Registro de la Propiedad aparece proclamada con absoluta claridad.

3. Con igual claridad queda afirmada la “hipotecabilidad” de dicho derecho real.

Derecho de Obligaciones

En la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1º de julio de 1911, se registró un somero tratamiento de las deudas del Estado. Ello ocurrió en los artículos 24 y siguientes, destinados al reconocimiento y efectividad de los créditos inherentes a dichas deudas. La preocupación del legislador se centró entonces en el formalismo de las reclamaciones planteables por los acreedores y en la advertencia de que el plazo de prescripción se reputarla fijado en cinco años.

En este orden de cosas se optó, *prima facie*, por la solución temporal proporcionada por el art. 1.966 del Código Civil, aun cuando, extrañamente,

en el art. 27, se dijo lo siguiente:

“Los capitales de las deudas del Estado no reembolsables prescribirán cuando no se hubiesen cobrado los intereses durante treinta años...”

Esas deudas “no reembolsables” eran las materializadas en la denominada Deuda Perpetua engendrada por Ley de 29 de mayo de 1882, implicativa de préstamos mutuos en los que el Estado, como deudor, sólo estaba constreñido al pago de intereses, con lo cual la obligación fundamental del art. 1.753 del Código Civil (la devolución al acreedor de otro tanto de la misma especie y calidad) quedaba eludida por ministerio de la Ley.

Pero en 1988, la preocupación estatal por las “obligaciones” contraídas o por contraer cobró importancia, en atención, naturalmente, a las exigencias que comporta la doctrina del Estado de Derecho.

Dicha preocupación se acusa de manera destacada en los artículos 42 y siguientes del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por Real Decreto Legislativo de 23 de septiembre de dicho año.

El influjo del Derecho Civil en esos artículos es patente. En efecto:

1. En el art. 42, en paralelo con el 1.089 del Código, se declara que “las obligaciones económicas del Estado y de sus Organismos autónomos nacen de la ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según Derecho, las generen”.

Evidentemente, la diferenciación básica del Derecho Civil entre obligaciones dimanantes de convenio que provocan la llamada responsabilidad contractual y las de otra índole, determinantes de responsabilidad extracontractual es conclusión que, sin la menor dificultad, se extrae al leer lo aquí transcrito.

2. En el artículo 43 asoma la doctrina jurídico-civil elaborada en relación con el art. 1.124 del Código en el sentido de que, en materia de obligaciones bilaterales, ningún contratante podrá exigir que otro cumpla lo que le corresponde mientras él, por su parte, no haya hecho lo que le correspondía en punto a dar, hacer o no hacer según lo convenido.

Esta tesis es la que se deduce del segundo párrafo del precepto, concebido en los términos siguientes.

“Si dichas obligaciones (las que corren a cargo del Estado) tienen por causa las prestaciones o servicios a la Administración pública, el pago no podrá efectuarse si el acreedor no ha cumplido o garantizado su correlativa obligación”.

3. En el art. 45, se descubre huella clara de la doctrina de la mora del deudor (art. 1.100 del Código) y de los efectos de dicha mora cuando la deuda estriba en dinero (art. 1.108 en relación con el 1.106 y concordantes del propio Cuerpo de leyes). En efecto, dicho art. 45 ofrece el siguiente texto:

“Si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda pública dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el art. 36, párrafo 2, de esta Ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor reclame por escrito el cumplimiento de la obligación”.

El citado art. 36, párrafo 2, previene que “el interés de demora será el interés legal del dinero vigente el día en que venza el plazo señalado... sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales”.

4. Y en el art. 46 se aborda el tema de la prescripción de los créditos contra el Estado y sus Organismos autónomos, lo que se realiza del siguiente modo:

a) Prescribe a los cinco años el derecho al reconocimiento o liquidación de toda obligación... El plazo se contará desde la fecha en que concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación.

b)) Igual prescripción es aplicable en cuanto al “derecho a exigir el pago” de las obligaciones reconocidas o liquidadas, que se computará desde “la fecha de notificación del reconocimiento o liquidación”.

c) La interrupción de la prescripción se acomodará a “las disposiciones del Código Civil”.

Ahora bien, el Ordenamiento administrativo en donde más se nota la penetración del Derecho Civil es, indudablemente, el concerniente a la contratación en que participan las personas jurídicas de Derecho Público.

Prescindiendo de antecedentes (la Ley de Contratos del Estado, texto articulado de 8 de abril de 1965, y Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975) el citado Ordenamiento está constituido en la actualidad por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas promulgada el 18 de mayo de 1995.

En la interesante exposición de motivos de dicha Ley se recogen, como rasgos distintivos, los siguientes:

1. Su generalidad respecto a “todas” las Administraciones Públicas a título de común denominador sustantivo, lo que no impide que “las Comunidades Autónomas puedan introducir en la regulación de la materia,

las peculiaridades que las competencias de su propia autonomía les permite”.

2. La “necesidad” sentida de guardar y cumplir las Directivas emanadas de la Unión Europea sobre contratación, en razón de la pertenencia de España a la Comunidad.

3. La necesidad de dotar de “plena transparencia” a la susodicha contratación.

4. La clasificación de los contratos administrativos en los siguientes grupos: obras, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia o servicios y trabajos específicos y concretos no habituales.

5. La “prohibición del pago aplazado por la inexcusable exigencia de contener el crecimiento del gasto público y el nivel de endeudamiento”.

6. La declaración de que el aval “queda establecido como una forma normal de constitución de garantía”; y

7. La puntualización de que “la revisión de precios se extiende a todos los contratos, salvo a los de trabajos específicos y concretos no habituales”.

En el capítulo I de la Ley, integrado en el Título encabezado por la rúbrica “Disposiciones generales”, se alistan reglas que ponen de relieve el Influjó del Derecho Civil en el ámbito de contratación de las Administraciones Públicas, como son:

El art. 4º, que dice que “la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al Ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica a favor de aquella”.

El impacto de los artículos 1.255 (“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes a la moral ni al orden público”) y 1.258 (“los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”), preceptos ambos del Código Civil, es fenómeno que, sin perjuicio de las particularidades pertinentes a tenor del Derecho Administrativo, se experimenta a la vista del citado art. 4º de la Ley de 18 de mayo de 1995.

En el propio capítulo de dicho Texto se detectan Influencias jurídico-civiles, cuales son las siguientes:

La apreciable en el art. 5.º que, tras definir los “contratos administrativos, previene que los restantes... celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables”.

La recogida en el art. 9º, que declara que los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo y, en cuanto a sus efectos, y extinción, por las normas de Derecho Privado. Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso. El orden jurisdiccional será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el Orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de acuerdo con la normativa reguladora de dicha Jurisdicción”.

Se observa aquí, una vez más, lo que ya se ha anotado en pasajes anteriores al marcar la línea divisoria existente entre la “sustancia” de los negocios jurídicos civiles en que participan las Administraciones Públicas y el “procedimiento” administrativo al que han de ajustarse tal género de negocios, en la inteligencia de que dicha línea divisoria, por influjo de la doctrina de los “actos separables”, da lugar a tratamientos procesales diferentes, ante órganos jurisdiccionales pertenecientes bien al orden civil —cuando la controversia versa sobre la susodicha “sustancia”—, bien al orden contencioso-administrativo —cuando el debate se suscita en torno a lo que el precepto legal transcrito denomina actos “que se dicten en relación con la preparación y adjudicación” de los contratos de referencia—.

Extremos de la Ley aludida que, en lo general, guardan íntima conexión con el Derecho Privado son el art. 15, que enseña que, en el capítulo de personas legitimadas para contratar, “la capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura de constitución o modificación inscrita en el Registro Mercantil, siendo suficiente, cuando se trate de empresarios no españoles, de Estados miembros de la Comunidad Europea, acreditar su inscripción en el Registro profesional o comercial cuando este requisito sea exigido por la legislación del Estado respectivo”, mientras que “los demás empresarios extranjeros

deberán acreditar su capacidad de obrar con certificación expedida por la Embajada de España en el Estado correspondiente”. Y en el supuesto de que esos empresarios, sean personas naturales o personas jurídicas, tengan nacionalidad diferente, por no pertenecer a los países de la Unión Europea, previene el art. 23 de la Ley que, además de justificar su capacidad de obrar según la legislación de “sus Estados”, deberán acreditar “mediante informe de la respectiva representación diplomática española que se acompañará a la documentación que se presente, que el Estado de procedencia... admite, a su vez, la participación de empresas españolas en la contratación con la Administración de forma sustancialmente análoga”. Es decir que en este orden de cosas imperará el llamado principio de reciprocidad, dimanante del Derecho Internacional Privado.

Institución singular, investida de cualidades jurídico-civiles, es la depurada por el art. 24 de la Ley, expresivo de que “la Administración podrá contratar con uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación a su favor”.

En verdad, no se trata de una institución “nacida” merced a la Ley de 18 de mayo de 1995, por cuanto el art. 10 de la derogada Ley de Contratos del Estado, texto de 8 de abril de 1965, la “autorizó” como novedad en nuestro Ordenamiento, pero la importancia de la inserción de dichas uniones temporales en la lista de las personas naturales y jurídicas legitimadas para contratar con las Administraciones Públicas se nos antoja incontrovertible desde un ángulo de contemplación jurídico-civil.

A mi modo de ver, esas uniones temporales de empresas son encasillables, *prima facie*, en el art. 1.665 del Código Civil (la “sociedad” como resultado de la “puesta en común de dinero, bienes o industria con ánimo de partir ganancias”), y considerando cual ha de ser el objetivo de tales uniones, habrá que convenir que su naturaleza jurídica será, dentro de la concepción general de las sociedades, la perfilada en el art. 1.678 del propio Código. que señala que “la sociedad particular tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso, o sus frutos, o una empresa señalada o el ejercicio de una profesión o arte”.

No parece que haya que negarse personalidad jurídica a dichas uniones temporales calificadas como sociedades particulares, toda vez que la publicidad de su formación y actuación, en el ámbito de la Ley de 18 de mayo de 1995, y la interpretación que, a contrario sensu, se haga del art. 1669 del Código (“no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de ellos contrate en su propio nombre con los terceros”) favorecen la tesis proclive a

su admisión. Este modo de pensar se afirma en el segundo párrafo del susodicho art. 24, del siguiente tenor:

“Dichos empresarios (los agrupados mediante la unión temporal) quedarán obligados solidariamente ante la Administración y deberán nombrar un representante o apoderado único de la Unión, con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar las empresas para cobros y pagos de cuantía significativa”.

En el “iter” de los contratos que celebran las Administraciones Públicas, desde su generación hasta su extinción normal o anormal, acusa la Ley de 18 de mayo de 1995 interesantes influencias del Derecho Civil, como son:

Que al concurso de consentimiento, objeto y causa contemplados por el art. 1.216 del Código Civil para la perfección se añade –art. 54 de la ley– “la adjudicación realizada por el órgano de contratación”, lo cual implica un requisito formal, manifestado por escrito, desde la Administración, que asevera el “concurso” de elementos indispensables en dicho orden de cosas.

Que el “documento” expresivo del contrato a tenor de los artículos 1.279 y 1.280 del Código, exigible cuando la Ley lo previene, es requisito fundamental en la contratación de las Administraciones Públicas, aún cuando, excepcionalmente, “en casos de emergencia”, el art. 56 de la Ley admite los contratos verbales.

Que la ineficacia de los contratos de las Administraciones Públicas, cuando entra en juego la teoría de la nulidad de los negocios jurídicos, puede sobrevenir no tan sólo por motivos de Derecho Administrativo, sino también por otros de índole civil. Por esto, el art. 67 de la Ley dice lo que sigue:

“La invalidez de los contratos por causas reconocidas en el Derecho Civil, en cuanto resulten de aplicación a la contratación administrativa, se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el Ordenamiento civil, pero el proceso para hacerlas valer se someterá a lo previsto en los artículos anteriores para los actos y contratos administrativos anulables”.

Que el principio de obligatoriedad proclamado por el art. 1.278 del Código tiene su reflejo, en términos generales, en el art. 99 de la Ley, que indica que “la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el art. 144”. Dicho artículo –exoneración del deber de cumplimiento cuando hay fuerza mayor– sintoniza con el art. 1.105 del Código, alusivo al caso fortuito y a la

fuerza mayor para justificar la irresponsabilidad en materia de cumplimiento de obligaciones.

Que la resolución de los contratos por incumplimiento de obligaciones asumidas, con el detalle que se ofrece en el art. 112 de la Ley, es institución que, en buena parte de sus aspectos se acomoda a las líneas generales del Derecho Civil en esta materia.

Y que la cesión de los derechos y obligaciones dimanantes de los contratos, prevista en el art. 115 de la Ley guarda paralelismo con el principio consagrado por el art. 1.112 del Código (“todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes si no se hubiese pactado lo contrario”). Pero, como reza dicho art. 115, para que la cesión se realice será menester que “el órgano de contratación” la “autorice expresamente y con carácter previo”.

Las “garantías” es un concepto jurídico civil (Títulos XIV y XV del Libro Cuarto del Código) que ha despertado siempre gran preocupación en el ordenamiento de la contratación de las Administraciones Públicas.

A dicho particular se dedica el capítulo III del Título II de la Ley de 18 de mayo de 1995. En él se distingue entre garantías provisionales y definitivas. Aquellas son requisitos cuya observancia es menester para legitimación de la participación en las licitaciones convocadas por las Administraciones Públicas como trámite previo a la celebración de los contratos, y éstas son las que se formalizan para el aseguramiento de cuanto se hayan comprometido a ejecutar los adjudicatarios.

La calificación de las garantías –tema común, sean provisionales o definitivas– es tarea que interesa en lo jurídico civil. En este orden de cosas cabe resaltar que desde antiguo el vocablo fianza ha sido manejado como denominador genérico en la contratación con las Administraciones Públicas, y así –textos legales y reglamentarios incluidos– se ha hablado de fianzas en metálico, fianzas en valores, etc., sin respetar la auténtica doctrina que luce en el ámbito del Derecho Civil.

El lenguaje de la Ley precitada es un lenguaje depurado en relación con el de otras normativas administrativas caracterizadas por la instrumentación de garantías que aseguren, en interés de las Administraciones Públicas, el cumplimiento de toda suerte de obligaciones. Y aun cuando se refugie el legislador en el sustantivo “garantía” para acometer el tratamiento de las susceptibles de ser prestadas con la finalidad explicada, es evidente que, con observancia de la técnica jurídico-civil, habrá lugar a distinguir entre:

Auténticas fianzas, como son los “avales” bancarios, situados en el marco del art. 1.822 del Código y preceptos concordantes, y quien dice

Bancos, dice Cajas de Ahorros, Cooperativas de Crédito y Sociedades de Garantía recíproca mencionados en el art. 36, apartado 1, epígrafe b) de la Ley.

Y no menos auténticas prendas constituidas por las entregas de dinero efectivo y valores previstos en el epígrafe a) del citado apartado I y, a la vez, en iguales epígrafe y apartado del art. 37. La figura de la prenda (la entrega “en posesión” de cosas muebles al acreedor o un tercero para asegurar el cumplimiento de una obligación — artículo 1.863 en relación con el 1.857 del Código y preceptos concordantes) se presenta con claridad de líneas en las susodichas “garantías”, aun cuando se haya rehuído la nomenclatura civil, del mismo modo que ha sucedido algo parecido con el nombre de “fianza” y la admisión de los avales, a título de fórmulas de garantía que se presta por personas jurídicas encasilladas en el ámbito del Derecho Mercantil.

Además de las garantías aludidas hasta aquí, la ley de 18 de mayo de 1995 ha otorgado parejo tratamiento a las derivadas del contrato de seguro de caución (vid. los citados artículos 36 y 37), introduciendo al respecto en el art. 47 las siguientes precisiones:

“En el contrato de seguro de caución, tendrá la condición de tomador del seguro el contratista y la de asegurado la Administración contratante”, en el bien entendido de que “la falta de pago de la prima, sea única, primera o siguientes, no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación, caso de que el asegurador deba hacer efectiva la garantía”, así como también que “el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro”.

Evidentemente, en lo que acaba de transcribirse, queda patentizada otra importante muestra de la incidencia del Derecho Privado en el Derecho Administrativo; y cosa semejante sucede con el primer párrafo del invocado art. 47 de la Ley, que previene lo siguiente:

“Las personas o entidades distintas del contratista que presten garantías a favor de éste no podrán utilizar el beneficio de excusión a que se refieren el artículo 1.830 y concordantes del Código Civil”.

En verdad, la renuncia a los beneficios de excusión y división, y hasta la declaración de que el fiador se reputaría deudor solidario con el contratista, para una mayor garantía de la Administración Pública correspondiente, ha sido cláusula que ha venido imperando en los supuestos en que la fórmula del aval bancario ha dominado para la articulación de las expresadas

estipulaciones de seguridad en beneficio de la Administración. Pero, como vemos, en la Ley de 18 de mayo de 1995 (con modificación en este orden de cosas del mencionado precepto del Código Civil en cuanto se refiere a las Administraciones Públicas), la inaplicación del beneficio de excusión en los afianzamientos inherentes a los contratos que se celebren con dichas Administraciones Públicas, deja de ser fruto de un acto voluntario –la renuncia– convirtiéndose en norma imperativa, de obligada observancia.

Los abintestatos y las Administraciones Públicas

Cuando el Código Civil dispuso en su art. 956 que, a falta de herederos testamentarios o legales, “heredará el Estado”, se produjo un punto normativo de confluencia entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo. El Derecho Civil, en verdad, se agotó con el texto del precepto pasando el “testigo” al Derecho Administrativo, que asumió la obligación de instrumentar cuanto tenía que hacerse para que, con observancia del citado artículo, pudiera llevarse a buen puerto la delación sucesoria a favor del Estado.

Ciertamente, es éste un aspecto en el que, más que influencias del Derecho Civil en el Administrativo, hay que hablar de vertientes de una institución, que es menester compaginar para que, imperado la armonía entre las dos Ramas jurídicas, se alcancen los fines pretendidos tradicionalmente por el legislador.

El tema escapa al marco fijado para la exposición de estas reflexiones, pero, a pesar de ello, hemos considerado que un buen remate de éstas podría consistir en el alistamiento de unas breves puntualizaciones sobre el particular.

Antes (el “antes” tiene que ver con los tiempos que antecedieron al actual Estado de las Autonomías), el Estado era el único heredero legal admisible en toda España, por influjo del art. 1.956 y una incontrovertible jurisprudencia. Ahora no es así. En efecto, en la actualidad, hay determinadas Comunidades Autónomas que, según sus estatutos, han pasado a ocupar el lugar del Estado en la herencia legal del repetido art. 956. Así:

En la Ley 304 del Fuero Nuevo de Navarra, modificada el 1º de abril de 1987, al tratarse de la sucesión legal en materia de bienes no troncales, se dice lo que sigue:

“En defecto de los parientes comprendidos en los números anteriores, sucederá la Comunidad Foral de Navarra, que aplicará la herencia a instituciones de beneficencia, instrucción acción social o

profesionales, por mitad entre instituciones de la Comunidad y municipales de Navarra”.

El art. 347 del Código de Sucesiones por causa de muerte de la Generalitat de Cataluña declara lo siguiente:

“En ausencia de las personas señaladas en los artículos anteriores, sucede la Generalitat de Cataluña, que deberá destinar los bienes heredados o su producto o valor a establecimientos de asistencia social o instituciones de cultura, preferentemente los de la última residencia habitual del causante en territorio catalán. En defecto de éstos, deberán aplicarse aquellos bienes o el producto de su venta o su valor a los establecimientos o instituciones de la comarca o, en su defecto, a los de carácter general a cargo de la Generalitat”.

El artículo 73 de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, relativo al Fuero Civil de Vizcaya, señala que “en la sucesión abintestato, a falta de colaterales, será llamada la Diputación Foral del Territorio Histórico correspondiente a la vecindad del causante”.

En la Compilación del Derecho Civil de Aragón, después de proclamarse en el art. 135 que “la sucesión en los bienes que no tengan la condición de troncales, o en los mismos cuando no hubiera heredero troncal, se deferirá con arreglo al Código Civil”, se introduce la salvedad recogida en el art. 136, del siguiente tenor:

“En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza heredará abintestato a los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes, sin dejar cónyuge ni parientes en línea recta o colateral hasta el cuarto grado”.

En la Compilación del Derecho Civil de Galicia no hay mención alguna a cuestiones sucesorias, por lo que la aplicación del art. 956 del Código Civil no ofrece la menor duda.

En cuanto a la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, a pesar del art. 53, ocurre lo mismo. Dicho art. 53 reza lo siguiente:

“La sucesión abintestato se regirá por lo dispuesto en el Código Civil, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que se reconocen al cónyuge viudo en el art. 45 y de lo previsto en el art. 51, ambos de esta Compilación”.

Los derechos del cónyuge viudo del art. 45 consisten en la legítima en usufructo que le está asignada, tanto en la sucesión testada como en la intestada. Y la mención del art. 51 se refiere al “privilegio de definición”,

institución clásica del Derecho Civil de Mallorca que permite, por pacto sucesorio, el apartamiento de la sucesión a todo evento de los descendientes, partícipes en dicho pacto.

Volviendo a la conexión del Derecho Civil con el Administrativo a raíz de la sucesión intestada cuando el Estado pasa a ser heredero legal a beneficio de inventario, merece la pena recordar el Real Decreto de 23 de junio de 1928 que implantó un conjunto de normas que habría que cumplir para llevar adelante hasta la observancia total de las prevenciones del art. 956 del Código la indicada herencia legal. Dicho Real Decreto ha sido sustituido por el Decreto de 13 de agosto de 1971, dotado de cuatro Títulos con las siguientes denominaciones: Actuaciones administrativas previas a la declaración judicial del Estado como heredero abintestato, Administración y enajenación de los bienes hereditarios, Cuentas del abintestato y distribución del caudal y Juntas Provinciales Distribuidoras de Herencias del Estado.

Con estas pinceladas sobre sucesión abintestato, introducidas como apéndice a las reflexiones hechas según el plan inicialmente trazado, damos por concluida la tarea emprendida, en el bien entendido de que en modo alguno hemos pretendido agotar el estudio de las influencias del Derecho Privado en el Derecho Público español. Todo lo contrario, abrigamos la creencia de que hemos quedado lejos de una meta omnicompreensiva de dicha incidencia. Pero creemos que con lo expuesto hemos realizado una modesta aportación en cuestión tan interesante como es la de poner de relieve la trascendencia que en el Ordenamiento jurídico actual, en su vertiente administrativa, tienen las instituciones del Derecho Privado, Civil y Mercantil.