

BOLETÍN DE LA
ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACIÓN DE BALEARES

V

PALMA DE MALLORCA, 2001

Con la colaboración de:



Parlament de les Illes Balears

Impreso en IMPRENTA MALLORQUINA
Santo Cristo, 10 - Teléfono 971 72 22 51
07001 Palma de Mallorca
Depósito Legal: P.M. 145 - 2002

SUMARIO

- «La compensación en los procedimientos concursales»
Discurso de Ingreso del
Ilmo Sr. D. BARTOLOMÉ SITJAR BURGUERA pág. 5
- Contestación a cargo del
Ilmo. Sr. D. JUAN BLASCOS SERRA pág. 17
- «Administración y Mercado. Los límites de la
iniciativa económica pública»
Discurso de Ingreso del
Excmo. Sr. D. FÉLIX PONS IRAZAZABAL pág. 27
- Contestación a cargo del
Excmo. Sr. D. MIGUEL COLL CARRERAS pág. 61
- «Los principios generales del
Derecho Sucesorio Balear»
Ilmo. Sr. D. MIGUEL MASOT MIQUEL pág. 73
- «Uniones estables de pareja en Cataluña»
Excmo. Sr. D. EDUARDO MARTINEZ-PIÑEIRO CARAMÉS . . . pág. 113
- «Problemas planteados en torno al Registro Civil
del matrimonio canónico»
Ilmo. Sr. D. ANTONIO PÉREZ RAMOS pág. 139

“LA COMPENSACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES”

DISCURSO DE INGRESO EN LA ACADEMIA DEL ILMO. SR. D. BARTOLOMÉ SITJAR BURGUERA

Siempre he defendido, que cada persona, tiene su sitio en la sociedad y debe estar en el sitio correspondiente, evitando ser un usurpador, ocupando una silla, que no le pertenece. A pesar de haberme acostumbrado ya, a que este segundo supuesto sea el que prevalezca, he de confesaros, que, hoy, me siento un usurpador. Cuando creamos, desde el Iltre. Colegio de Abogados, esta Academia de Jurisprudencia y Legislación, era para que formaran parte de la misma, los estudiosos del Derecho, o sea, los juristas, en sentido estricto. Todos sabéis que no soy un estudioso del Derecho, ya que, cuando me he dedicado al estudio, no ha sido por vocación, afición, ni devoción, sino por necesidad profesional, por lo que, me considero un práctico, que usando los trabajos de los estudiosos, intenta que se haga justicia. Por tanto, estoy hoy, a punto de ocupar un puesto que debería reservarse a uno de tantos eminentes técnicos del Derecho que hay en nuestra Comunidad, y, al mismo tiempo, a renunciar a las fuentes que este jurista me proporcionaría, para seguir, pidiendo justicia, con mayor o menor fortuna. Pero, los miembros de la Academia, han considerado, que mi sentido práctico del Derecho, podría suplir mi falta de estudio, y, aquí estoy, para cumplir, con la dignidad y responsabilidad que mis conocimientos sean capaces, mi aportación a la Academia.

Hoy, voy a intentar, con la ayuda de investigaciones doctrinales e interpretaciones judiciales, aportar mi punto de vista, –con la mayor brevedad posible– sobre un tema que, profesionalmente, me dió muchos quebraderos de cabeza, disgustos y una alegría final. Se trata de

La compensación en los procedimientos concursales

Tal vez, sea una deformación estudiantil, pero cuando buscas la

concreción y la claridad en una definición, de una institución, que no viene taxativamente descrita en el Código, siempre se echa mano del Profesor Castán, y él es quién nos dice “que en presencia de los artículos 1.195 y 1.202 del Código Civil podría definirse la compensación “como el modo de extinguirse en la cantidad concurrente las obligaciones de aquellas personas que, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras v deudoras la una de la otra”, o sea, que la idea esencial, es la de reciprocidad entre dos mismas personas y el de idéntico contenido patrimonial.

No fue fácil, históricamente, llegar a la admisión de este concepto, ni se han resuelto definitivamente, ni por la doctrina ni por la Jurisprudencia, determinados problemas surgidos por la tradicional clasificación de convencional (facultativa), judicial y legal, unificados, últimamente, por parte de la doctrina, en la legal.

En el Derecho romano clásico, sólo existía la convencional (la exigibilidad de cada uno de los créditos afectados se contemplaba con absoluta independencia, de acuerdo con el periodo del casuismo romano, de decisiones concretas). Un rescripto de Marco Aurelio creó la compensación por vía judicial en los juicios “stricti juris”, en cuyos juicios, el Juez, solamente tenía atribuciones para absolver o condenar, por lo que había que realizar de antemano la compensación voluntaria, para evitar perder el pleito; situación que duró hasta Justiniano, en cuyo “Corpus juris” ya figuran los requisitos de la compensación.

La herencia de una parte importante de la doctrina del Derecho Romano, fue recogida en las Partidas que en el Título XIV de la Quinta Partida, titulada “De las “pagas”, y de las liberaciones a que en latín llaman compensación, y de las deudas que se pagan a aquellos a quienes se les deben”.

La primera de las 53 Leyes de las Partidas, que, tratan de las “pagas”, se titula ¿Cómo se puede desatar una deuda, por otra, en manera de compensación? y que define como “manera de pagamiento” por la cuál se desata la obligación de la deuda que un hombre debía a otro.

Ello provoca la primera discusión doctrinal, sobre si la compensación es o no un pago, lo que será decisivo, en el momento de considerar la posibilidad de la misma, en las situaciones concursales.

Se nota a faltar en esta Ley de las Partidas, los tres requisitos esenciales, ya esgrimidos por los “sabios antiguos”, –es decir, los romanos–, de deudas exigibles, líquidas y vencidas.

Siete de las leyes de las Partidas tratan de la compensación, mientras el Código Civil, le dedica ocho artículos, coincidiendo, en que, es un pago abreviado, que produce un efecto liberatorio.

En cambio, no existe, en las Partidas, el automatismo: es preciso la alegación judicial, si bien en la Ley 22, menciona explícitamente la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente que figura en el artículo 1.202 del Código Civil, coincidiendo también, la Ley 21, con el artículo 1.196 del Código Civil, respecto a las cosas fungibles.

Y, siguiendo por el camino histórico de la institución, nos encontramos que en la llamada Nueva Recopilación, promulgada por Felipe II en el año 1.567, no figura disposición alguna referente a la compensación, institución que vuelve a aparecer en la Novísima Recopilación de Carlos IV, en la que se transcribe la Ley 20 del Título XIV de la Quinta Partida.

El antecedente inmediato del actual Código Civil, el llamado Código Civil Isabelino de 1.851, recoge la compensación en varios artículos, unos similares, otros idénticos y otros excluidos del Código Civil vigente.

El anteproyecto de Código Civil de 1.882-1.888, nos dice que “habrá lugar a ella cuando dos personas por derecho propio sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra” que coincide con el artículo 1.195 del vigente Código Civil, cambiando únicamente el “habrá” con “tendrá”, coincidiendo también el 1.213 con el actual 1.196, con breves diferencias y los 1.214, 1.216, 1.217 y 1.218 con los 1.197, 1.199, 1.200 y 1.201, el 1.215 más sucinto que el 1.198 y el 1.219 corresponde al actual 1.202, sobre la extinción de la deuda concurrente, más contundente en el Anteproyecto que en el vigente Código.

Aunque, actualmente, venga regulada en el artículo 1.202 del Código Civil, la compensación es ya más mercantil que civil, marcada, especialmente, por el uso de la cuenta corriente, no solamente bancaria, sino entre empresarios.

Los requisitos de la compensación, según los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil son:

- a) Reciprocidad y propio derecho
- b) Carácter principal de los deudores
- c) Fungibilidad y homogeneidad de las prestaciones
- d) Exigibilidad y vencimiento de las deudas
- e) Liquidez de las deudas
- f) Ausencia de retención o contienda, notificada al deudor, en torno a los créditos y deudas.

Ello, ha provocado una problemática doctrinal considerable, que ha conducido a una parte importante de autores, a considerar la compensación

legal, como única forma de compensación, aunque a ella se puede llegar por distintos caminos, ya que unos consideran que opera “ipso jure”, otros “ex facto” y otros “ex voluntate” y apuntamos, únicamente, las diferencias doctrinales sobre si el artículo 1.200 incluye la posibilidad de compensación en el depósito y comodato, lo que patentiza, una vez más, la perplejidad de la doctrina, ante una institución cuya definición no ha brillado por su claridad. Falta de claridad, que ha afectado incluso al contrato de cuenta corriente, cuya distinción jurisprudencial en la sentencia de 23 de Mayo de 1.946 entre “contrato normativo de cuenta corriente” y “situación en cuenta corriente, llamada de Debe y Haber”, ha favorecido el confusionismo reinante, que hace que aumenten los adeptos de la concepción unitaria, de la compensación legal, que ayuda a allanar muchos problemas.

Ese esquemático paseo por la historia conceptual de la institución, nos llevará al objetivo primordial y que más oscilaciones doctrinales y jurisprudenciales ha sufrido, que es la aplicación de la compensación en la situación de suspensión de pagos y quiebra, en especial de esta última. A las aportaciones doctrinales y legales, se une no sólo el principio de justicia, sino también el de equidad, en la aplicación de la institución.

Dos soluciones encontradas se dan, ante el supuesto de si un deudor del quebrado que, a su vez, es acreedor del mismo, puede compensar hasta la cantidad concurrente, siempre que se cumplan los requisitos legales de los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil:

a) Una, nos dice que debe pagar íntegramente la deuda y cobrar la parte que le corresponda de la masa “par conditio creditorum” Doctrina clásica.

b) Otra, puede compensar deuda y crédito hasta la cantidad concurrente. Doctrina moderna, basada, principalmente, en la equidad.

Esta dispersidad de criterios, ha sido fruto de la carencia definitoria de nuestro Derecho positivo, tanto civil como mercantil, que únicamente en el artículo 926 del Código de Comercio, recoge un caso de compensación, en el procedimiento concursal.

La discusión, se fundamentó en, si el mentado artículo 926 del Código de Comercio, dado su carácter de Derecho privado especial, es de aplicación General o debe considerarse una excepción a los principios Generales del Código Civil, –principios de libertad que inspiraron el artículo 1.255– y la inexistencia de precepto alguno que prohíba la compensación.

Esta dispersidad doctrinal, ha llegado, también, a la Jurisprudencia, donde, hasta hace poco, ha asumido la teoría de la imposibilidad de la compensación en los expedientes concursales, si bien, difícilmente se

encuentra una sentencia –como ocurre en el Código Civil– en la que se plasme una definición de la compensación. La definición más clara se establece en la sentencia de 21 de Marzo de 1.932, que la define “como medio de extinguir las obligaciones, tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras una de la otra; y es procedente si ambas, están principalmente obligadas, siendo cada una acreedora principal del otro por deudas vencidas, consistentes en metálico o especies de la misma calidad, sin que sobre ninguna haya retención o contienda originada por terceras personas y notificada oportunamente al deudor, produciendo la compensación, el efecto de extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores”.

No obstante, a continuación, la califica de “pago abreviado” que se repite en varias sentencias, lo que dificultaría la admisión de la institución en las situaciones concursales, ya que el pago implica actividad, acción, voluntad por parte del deudor, mientras que si se considera que la compensación actúa “per se”, extingue ambas obligaciones, sin actividad alguna del deudor.

Algún tratadista, ha considerado, que el que se configure la compensación como medio de pago, se debe a una incorrecta lectura de las Partidas que eran Derecho aplicable hasta la publicación del Código Civil, ya que la palabra “paga” y “pagamento” equivale al “solvent” del Derecho Romano, o sea, al cumplimiento de las obligaciones, en sentido amplio, y precisamente, –como recordábamos al principio– la Ley 20 del Título 14 de la Partida 5a, que considera la compensación como “otra manera de pagamento”.

Así que, podemos decir, que la compensación, no es una forma de pago, sino un medio de extinguirse las obligaciones establecidas por la Ley, siempre que se den los requisitos de los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil, cuya existencia es motivo de la dispar Jurisprudencia y que, en líneas generales, coincide, en la necesidad de que las deudas sean ciertas, líquidas y exigibles y provengan de títulos distintos. Este último requisito, se establece con meridiana claridad en la Sentencia de 7 de Junio de 1.983 –en la que también se limita tres tipos de compensación: legal, judicial y convencional– y 31 de Mayo de 1.985.

Otro de los temas de discusión, ha sido el ámbito de aplicación y se llega a la conclusión de que no sólo es el Civil y mercantil, sino también el social, el administrativo y el fiscal. Y así lo ha considerado diversa Jurisprudencia, lo que puede provocar en lo social, el problema de que si la deuda que se opone a la reclamación salarial no reúne los requisitos de los artículos 1.195 y 1.196, se plantee la competencia de jurisdicción, que

impediría formular una compensación judicial. Ha sido admitida la compensación en varias sentencias de lo social, como en las de 6 de Junio de 1.974, 4 de Febrero de 1.976 y 21 de Junio de 1.977. Más difícil es la aceptación fiscal de la compensación, debido a la voracidad de Hacienda, que no duda, en olvidarse de la Legislación Civil y Mercantil, para dificultar e incluso prohibir la compensación, con tal de no disminuir su cuenta corriente.

Otro de los problemas ventilados por la Jurisprudencia, es la necesidad de interesar la procedencia de la compensación, si bien, unas sentencias exigen que se efectúe a través de la reconversión y para otros es suficiente oponerse con una excepción; siendo ésta última, la que va imponiéndose, desde que el artículo 24 de la Constitución, ha suprimido la rigidez del Derecho Procesal –martirio de nuestra juventud universitaria– y suple los olvidos e ignorancias procesales de Jueces y Letrados, lo que nos conduce irremediablemente a la injusticia de “cada juez, un procedimiento”, quedando, completamente, derogados los aforismos de “jura novit curia” y “da mi factum, daba tibi jus”, así como el principio de congruencia.

Tal vez, por haber sido víctima profesional de esta incongruencia procesal, reivindico la necesidad de la reconversión, a no ser que la deuda a compensar fuera líquida, ya que, en este caso, nos encontraríamos ante el supuesto de una compensación judicial que produciría efectos “ex nunc” y no “ex tunc”, como la legal, que ostenta todos los requisitos.

No espero –ante el bodrio del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil– que se ponga orden en el desaguizado actual, reivindicando, la memoria de aquellos catedráticos, como el Dr. Fenech, a quién siempre hemos agradecido, que amargara dos años de nuestra juventud, sino que parece que los políticos –incluidos los parlamentarios Abogados–, apoyados, últimamente, por ilustres doctores en Derecho Procesal, están dispuestos, no a modernizar, sino a cargarse la Ley Procesal e incluso el ejercicio de la Abogacía, al sustituir –en varios procedimientos– al abogado, por el cobrador del frac.

Ya hemos dicho, que existen soluciones encontradas ante el supuesto de si un deudor del quebrado que, a su vez es acreedor del mismo, puede compensar hasta la cantidad concurrente, siempre que se cumplan los requisitos legales de los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil.

La dificultad y diversidad de la interpretación doctrinal y jurisprudencial sobre la compensación, viene aumentada por la vieja y caótica regulación de los cuatro procedimientos concursales que tratan de las obligaciones de un deudor con sus acreedores: la suspensión de pagos y la quiebra para comerciantes el concurso y la quita y espera para no comerciantes (Código Civil, Código de Comercio de 1.929, Código de Comercio de 1.885, Ley de

Enjuiciamiento Civil y Ley de Suspensión de pagos) que hizo comentar a Manresa “que las materias que abarca nuestro Derecho Procesal, la más complicada y laberíntica, es la que a las quiebras se refiere, por las varias disposiciones que diseminadas en diferentes textos, hay necesidad de consultar, para aplicarlas, debidamente combinadas”. Quien, matiza algo, que tendrá sus consecuencias, en la aplicación de la compensación que es que “aunque se considere la suspensión de pagos como un estado independiente de la quiebra, en el fondo no es más que una modalidad de ella, por coincidir, los intereses que reclama la protección de la Ley, lo que lleva a que las normas y doctrinas sobre compensación en la quiebra, sean directamente aplicables a la suspensión, según la doctrina”.

Pero, a pesar de esta diversidad legislativa, parece que nadie se atreve a poner orden en este laberinto. En nuestro derecho, después de múltiples trabajos, se redactó el anteproyecto de Ley Concursal de 1.983 y en 1.995 el que redactó el Profesor Angel Rojo, sobre el que se sigue trabajando.

En Derecho Comunitario, al ser incapaces de consensuar una directiva, el 12 de Septiembre de 1.995, redactaron el Convenio relativo al procedimiento de insolvencia que sustituiría a todos los convenios suscritos con anterioridad, entre dos o más Estados contratantes. Convenio, que no entró en vigor, por falta de ratificación y firma de varios Estados, entre ellos el Reino Unido, que exigió a cambio, la aceptación de un acuerdo sobre las vacas locas. O sea, que seguimos en el laberinto.

¿Se permite la compensación en el procedimiento concursal? Este “sugestivo problema”, como le llama la Sentencia de 17 de Marzo de 1.977, –que la niega– tiene dos posturas, tanto en la doctrina, como en la Jurisprudencia.

Garrigues, encabeza el sector que niega la admisibilidad de la compensación, fundándose, en el principio de indisponibilidad del activo del quebrado; en el perjuicio que esta disposición infiere al resto de acreedores, y al requisito del artículo 1.196 del Código Civil en su apartado 5º (que no haya retención o contienda promovida y notificada).

Al Profesor Garrigues, le siguió con diversos matices, el Profesor Broseta, Olivencia, Sánchez Calero, Torres de Cruells, Sagrera, Tizón y el Profesor Polo, distinguiendo estos tres últimos dos presupuestos: la anterior y la posterior a la admisión de los procedimientos.

También, sigue la interpretación de Garrigues el gran tratadista del derecho concursal, Ramírez, quién nos dice que su explicación es sencilla: “se opondrá a la compensación, el principio de la “par conditio creditorum”, “por lo que si se permitiera la compensación, habría acreedores que, gracias a la

misma o por razón de ella, quedarían sustrayendo a la liquidación de la quiebra y a la ley del dividendo” y añade que “a diferencia de lo que sucede en la legislación italiana, en la que la regla general es la compensación y su improcedencia la excepción, en la legislación española, y en todas aquellas que siguen más o menos fielmente la inspiración francesa, la regla general es la prohibición de las compensaciones. Por lo que, sin más excepciones, que las que la Ley o el Tribunal Supremo establecen, hemos de entender que, en caso de quiebra, no puede ser alegada, ni pretendida la compensación, resolviéndose por la negativa los casos dudosos”.

Tanto Torres de Cruells, como el Profesor Polo aluden ya a una evolución hacia la admisión de la compensación, tal como sucede en el Derecho anglosajón, en el germano, y como nos recordaba Ramírez, en el italiano.

Liderando la doctrina que admite la compensación, están Uria –quien también considera procedente compensar deudas– y González Palomino, quien nos recuerda que con la quiebra, todos los créditos, a cargo del quebrado adquieren de pronto los requisitos totales exigidos para su compensabilidad: vencimiento, exigibilidad y hasta liquidez, ya que han de liquidarse necesariamente, si no fuesen líquidos, al ser la compensación un medio de extinguir las obligaciones, un pago sin desplazamiento”. Esta teoría del pago no es aceptada por la mayoría de autores, que defienden la compensación, ya que, como hemos señalado, dificultaría las teorías de la admisibilidad, en los procedimientos concursales.

El Profesor Bercowitz, recoge la antorcha del Profesor Uria y admite la compensación, tanto si se considera que opera, “ope legis”, como medio de extinción de obligaciones, como una forma de pago sin desplazamiento.

Urja, que difunde la compensación automática “ope legis”, recoge también la teoría de González Palomino, de que es un medio de pago sin desplazamiento. Por tanto, al aplicar la compensación, el Síndico no paga, sino cobra. Cobra, con el crédito que contra el quebrado poseía el acreedor-deudor, “Lo que la Ley prohíbe es que se hagan pagos, fuera del rango que la Ley establece. Pero no que se hagan cobros, y cuanto más, mejor”.

La Jurisprudencia, aunque no muy prolija ni clara doctrinalmente, también diversifica sus criterios, hasta que en el 19 de Abril y 24 de Septiembre de 1.997 el Tribunal Supremo casa dos sentencias de la Audiencia de Baleares, que había rechazado la compensación y abre el camino hacia el fortalecimiento de su admisión, en los procedimientos concursales, camino largo y lleno de recovecos, que se inició con la que yo llamo la última de Filipinas, que es la Sentencia de 23 de Febrero de 1.884, que confirma la sentencia dictada por la Audiencia de Manila, la que tiene

el aliciente de que, al ser anterior al Código Civil, aplica las Leyes de las Partidas y categóricamente dice: Si se cumplen los requisitos, la compensación procede, salvo que la Ley, lo prohíba; y que no se trate de pagos hechos por el deudor.

En cambio, la de 1 de Marzo de 1.929, es contraria a la compensación, ya que al no haberse efectuado la graduación de créditos ni aprobado el convenio, el saldo opuesto no era cantidad líquida ni exigible, por lo que no cabía la compensación. Y deja el interrogante de si sería posible una compensación “ex post” después del convenio, compensación admitida por la de 1 de Julio de 1.932.

El Comité de liquidación del Banco de Cataluña y uno de sus acreedores, fueron los causantes de una parte importante de la Jurisprudencia, ya que a resultas de dichos pleitos, se dictaron cuatro sentencias, todas ellas divergentes.

En la sentencia de 17 de Marzo de 1.977, declara expresamente que no se pueden compensar los créditos en una quiebra, por: a) Indisponibilidad del patrimonio del quebrado; b) por la “par conditio creditorum”; c) durante todo el periodo de la retroacción, hay retención (art. 1.196 del Código Civil) y d) que si la Ley hubiera querido que existiera compensación, la hubiera dispuesto, como el caso concreto del artículo 926 del Código de Comercio.

Tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, va avanzando la admisibilidad de la compensación, aclarándose los conceptos de que la “la compensación no era un pago, lo que solucionaba los problemas de la falta de capacidad del concursado y a la imposibilidad de que éste disponga por sí solo de su patrimonio”.

Todo ello unido al concepto de automatismo –reiterado por la Jurisprudencia nos encontramos que la compensación actúa por imperio de la Ley y con efectos retroactivos. Así, el automatismo, es una garantía, para el resto de acreedores, pues así quedan excluidos cualquier clase de pactos. Con este efecto automático, que le atribuía ya la comentada sentencia de 21 de Marzo de 1.932, ya no cabe retención alguna, sobre una obligación ya extinguida.

Como decía un conocido empresario, Adrián Piera, “todo derecho concursal es por esencia insatisfactorio. En la crisis económica de un empresario, sufre el propio deudor, sufren los acreedores y sufre la sociedad misma”.

Aplicando el principio de equidad, se va abriendo camino la admisión de la compensación, que se inició en la doctrina y jurisprudencia francesa, con la teoría de las obligaciones conexas –ex eadem causa–, y que ha sido

recogida por los profesores Uria y Torres de Cruells y por el Convenio de la Unión Europea, que en su artículo 6.1º, proclama que la apertura del procedimiento de insolvencia no afectará al derecho de un acreedor a reclamar la compensación de su crédito con el crédito del deudor, cuando la Ley aplicable al crédito del deudor insolvente permita dicha compensación. Así pues, corresponde a la “lex concursus”, establecer la admisibilidad y las condiciones en las que pueda ejercerse la compensación, que así se convierte, en una especie de garantía regulada por una legislación de la cuál, puede depender el acreedor afectado, en el momento de contratar o constituir el crédito. De forma, un tanto débil, pero reiterada por las indicadas Sentencias de 1.997, casando las dos sentencias de la Audiencia de Baleares, que había denegado la compensación, existiendo una pignoración de un depósito de operaciones bancarias diversas, nuestro Tribunal Supremo está en la línea de admisión de la compensación.

La Audiencia Provincial se decantó por la teoría negativa a la compensación de deudas, haciendo suya la sentencia de 17 de Marzo de 1.977. Nos encontramos, que en los dos casos, se planteaba, además, si la pignoración de una cuenta corriente es sólo una garantía, que gozaría del privilegio mobiliario del artículo 1.922, del Código Civil, con el derecho de preferencia del artículo 913, del Código de Comercio, o lleva consigo, un traspaso de la propiedad del dinero, quedando obligada a restituir el “tantundem”, por haber adquirido la propiedad. La Audiencia se inclinó por el primer supuesto y el Tribunal Supremo, en ambos casos –los considerandos son idénticos– lo considera “como una ejecución de garantía prendaria sobre la imposición, que tiene lugar mediante aquél mecanismo de extinción de la deuda por compensación y, en consecuencia, es irrelevante la fecha en que el crédito garantizado con la imposición nació en relación con la de la quiebra”, ya que en ella –continúa– “está ausente cualquier clase de perjuicio al deudor y a terceros, porque el Banco que goza de la pignoración no va a obtener ni más ni menos de lo que aquella imposición represente, límite de su derecho pignoraticio”.

Si bien ambas sentencias, reconocen, explícitamente, el carácter de prenda, a la pignoración de una cuenta corriente, que extingue la deuda por compensación, queda sin resolver la llamada compensación convencional en situación de quiebra, al decirnos “sin que, por ello, se pueda decir que se ha producido compensación “en la quiebra”.

No obstante, deja abierto el nuevo camino a la admisión de la compensación, al que aludíamos, anteriormente, al resaltar –en la última de las sentencias– que “no tiene razón de ser una postura negativa, no apoyada en ningún precepto legal específico, en total disonancia de los derechos latinos antecedentes del nuestro (artº 2.075 del Código Civil

francés; artº. 1.801 del Código italiano de 1.865) en la línea permisiva seguida en ordenamientos posteriores (parágrafos 1.279-1.290 del Código Civil alemán, artºs. 899-906 del Código Civil Suizo; artºs. 2.800-2.806 del Código Civil Italiano de 1.942; artºs. 680-685 del Código Civil portugués de 1.966; artºs. 227-235 del Libro 3 del nuevo Código Civil holandés).

De pronto, el Alto Tribunal parece tener remordimientos de haber abierto las puertas a la admisión de la compensación y finaliza las dos sentencias con el mismo párrafo. Literalmente; dice: “Por la índole del tema debatido, en el que no ha reinado un acuerdo unánime en la doctrina y jurisprudencia, no se imponen las costas ...”

O sea, claramente nos dice, que estamos como antes, sin saber, cuál será el porvenir de la compensación, en los procedimientos concursales, ya que si bien ellos juzgan así, pueden venir otros que vuelvan a la doctrina de la no admisión, y al no atreverse a prevenir el futuro, liberan de las costas al condenado.

Como dije al principio, me considero un práctico del Derecho, que me sirvo de los trabajos de los estudiosos, por lo que, este ha sido mi primer y último intento de usurpar el sitio a los juristas, estudio que me sirvió, para que se casara una de las dos sentencias reseñadas, y espero que ayude a los jóvenes abogados –en especial, a mi hijo Javier–, a quienes dedico esta alegación a favor de la compensación en los procedimientos concursales, con la recomendación de que estudien profundamente los temas, y los defiendan con convicción, a sabiendas de que cada Juez, con mejor o peor, pero, superior criterio, definitivamente, decidirá. Y que esta perplejidad jurídica, no les desanime, sino que les sirva de ánimo y acicate, ya que, precisamente, a pesar de la desesperación de los abogados y maldición de sus clientes, por esta diversidad interpretativa, en ella, está, la grandeza del Derecho. Grandeza del Derecho por la que seguiremos luchando.

**DISCURSO DE CONTESTACION AL
DE INGRESO EN LA ACADEMIA DEL
ILMO. SR. D. BARTOLOMÉ SITJAR BURGUERA, POR PARTE
DEL ACADÉMICO ILMO. SR. D. JUAN BLASCOS SERRA.**

Excmos. Señores. Ilmos. Señores, Señoras, Señores, Amigos todos.

En primer lugar quiero expresar mi agradecimiento al Ilmo. Sr. Presidente de la Academia por haberme honrado con la designación para contestar el discurso de ingreso del Académico D. Bartolomé Sitjar y antes de seguir adelante quiero expresarle mi felicitación por su discurso e investidura como Académico de número.

Los que ya formamos parte del colectivo que ha venido en llamarse eufemísticamente la tercera edad, todos tenemos nuestro baúl de los recuerdos. Y precisamente hurgando en él ha venido a mis manos un recorte de periódico, concretamente de la Última Hora, que lleva fecha 10 de junio de 1988. La cabecera del artículo dice textualmente: Nace la Academia de Jurisprudencia y Legislación. La periodista recoge entre otras manifestaciones de D. Bartolomé Sitjar, por aquellas fechas Decano del Colegio de Abogados de Baleares, que resaltó la importancia del Derecho, como base de la sociedad y la necesidad de revitalizar y profundizar en los estudios jurídicos, máxime en un momento en que corresponde acomodar nuestra legislación a la de la Comunidad Europea.

Estas manifestaciones que acabo de citar y la fecha en que se produjeron ponen de relieve que la Academia este año de 1.998 cumple su décimo aniversario.

Constituye una feliz coincidencia que precisamente la Academia en su décimo cumpleaños abra hoy las puertas de par en par para dar entrada al que fue gran impulsor de su fundación y el alma mater de esta Corporación.

El cumpleaños y el introito del discurso del Académico en los términos que se expresa, que parece entonar el ego non sum dignus, pudiera hacer pensar que el ingreso de D. Bartolomé Sitjar ha sido simplemente un acto de agradecimiento por sus desvelos en pro de la Academia. Nada más lejos de la realidad la afirmación del Sr. Sitjar que dice se considera un usurpador de una silla que no le pertenece. El nuevo Académico no es simplemente un Abogado, un práctico del Derecho como él se define, sino que brilla con luz propia en el mundo jurídico y no precisa apropiarse de los trabajos de los estudiosos para desenvolverse en su labor como jurisconsulto.

He tenido la satisfacción de trabajar codo con codo con D. Bartolomé Sitjar durante varios años al frente de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Baleares y he podido calibrar su personalidad como estudioso de la ciencia jurídica, sus profundos conocimientos sobre la materia y su gran formación como humanista, complemento éste tan esencial para el ejercicio digno de nuestra profesión.

Precisaría muchas cuartillas para completar su rico curriculum, pero no es necesario puesto que todos conocemos su trayectoria profesional. Solamente he querido destacar unas breves pinceladas para afirmar que el nuevo Académico viene a ocupar una silla que le pertenece por derecho propio y no como usurpador.

Y ahora, las exigencias del tiempo del que dispongo para cumplir con los Estatutos de la Academia me obligan a entrar de lleno a contestar el discurso de ingreso sin más dilaciones.

La disertación de D. Bartolomé Sitjar se enfrenta con una problemática que ha hecho correr rios de tinta sobre el tema elegido. Nada menos que la cuestión de la posibilidad de la compensación en los procedimientos concursales.

El motivo que enfrenta a los tratadistas sobre esta cuestión estriba en que la compensación es una institución muy difícil de encuadrarla en categorías generales. La dificultad de la compensación se pone de relieve tanto en el plano sustantivo como en el adjetivo.

Dice la Doctora Tapia, recalcando la rebeldía de la institución “ Que desde el punto de vista procesal, plantearse el encuadre sistemático del ejercicio de la compensación en el proceso e intentar encasillarlo rígidamente en alguna de las instituciones procesales conocidas es inútil. La compensación en el proceso por la propia esencia de esta institución opera de manera sui generis.

Dicho esto de entrada para destacar la dificultad que plantea el estudio de la institución, en este caso concretada a los procedimientos concursales,

vamos a tratar de desbrozar en lo posible el tema puntual propuesto por el conferenciante.

Vamos a prescindir de los antecedentes históricos del instituto de la compensación por estimar que ellos no nos van a proporcionar la verdadera clave para desatar el nudo gordiano del problema cuando se trata de aplicar la compensación en los procedimientos concursales.

No se puede olvidar que hasta entrado el siglo XIX con el desarrollo de la industria, la formación de las grandes Sociedades mercantiles, y el crecimiento acelerado de los negocios bancarios, entre otras causas, fueron los hechos que impulsaron al legislador a regular los procedimientos concursales, por cierto con muy poca fortuna.

“El sistema concursal español, según Vicent Chuliá, ha sido criticado por la doctrina que le imputa cuatro defectos fundamentales: su dispersión normativa; su arcaicidad, su confusión generalizada en la solución de los múltiples problemas que plantean las situaciones concursales, y su divorcio con la nueva filosofía y los nuevos hechos que se están produciendo al margen de sus esquemas.”

J. PULGAR en su obra “ La Reforma del Derecho Concursal Comparado Español, afirma: En nuestro derecho vigente, la dispersión normativa, tanto en el plano sustantivo como adjetivo, conduce a la falta de sistema en materia concursal, a lo que añade el carácter arcaico y deficiencia técnica de una normativa que data en esencia del siglo XIX, pese a que la vigente Ley de Suspensión de Pagos sea de 1.922, y, por tanto, conectada al movimiento político ideológico de aquella época. Ello ha provocado un grave problema de disfuncionalidad de las instituciones concursales en nuestro Ordenamiento y se ha originado una separación entre la norma y la realidad regulada. Ello explica, además, en buena medida que se hayan ido configurando en nuestro Ordenamiento bloques normativos sectoriales, muchos de carácter paraprocesal a través de los cuales se han dado respuestas atípicas al tratamiento de las crisis planteadas en el tráfico.”

La normativa que regula los procedimientos procesales es tan dispersa y multidisciplinar que basta resumir brevemente la situación para poner de manifiesto estas afirmaciones. En primer lugar tenemos el concurso de acreedores con sus situaciones previas de quita y espera, procedimiento únicamente aplicable a los no comerciantes y regulado Código Civil (artículos 1912-1929) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 1130-1137).

Sigue la Suspensión de Pagos que únicamente es aplicable a los comerciantes y que constituye un paradigma de la enmarañada legislación concursal española. Los preceptos aplicables a la Suspensión de Pagos

forman un verdadero mosaico de disposiciones. Veamos sino. Los artículos 870 a 873 del Código de Comercio de 1.885 con la redacción dada por la Ley de 10 de junio de 1.987, y aquí a parte los defectos generales antes apuntados hay que añadir para completar el panorama que la doctrina no se muestra pacífica sobre si estos preceptos están vigentes o fueron derogados por la Ley especial. Se completa el rompecabezas con los artículos del Código de Comercio y de la Ley rituarial civil relativos a la quiebra, a los que se remite la Ley especial. Y para finalizar hay que hacer mención a los supuestos específicos relativos a las Compañías de Ferrocarriles, el D. L. de 20 de septiembre de 1.969 sobre Intervenciones de Empresas y un largo etc.

La quiebra también es un proceso que está destinado a resolver las situaciones de insolvencia de los comerciantes.

Su regulación y su tramitación es confusa, complicada y antieconómica que más que un remedio a una situación de insolvencia es más bien el entierro y funeral del comerciante afectado.

La quiebra se regula por los artículos 870 a 955 del Código de Comercio de 1.885. Los artículos 1.002 a 1.117 del Código de Comercio de 1.929. Los artículos 1.318 a 1.296 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Algunos artículos de la Ley rituarial civil que regulan el concurso de acreedores y a los que se remiten preceptos de la quiebra. Finalmente los artículos 1.992 y siguientes del Código Civil.

A toda ello hay que añadir que los procedimientos concursales tienen su repercusión en la Ley Hipotecaria y del Registro Mercantil en materia de publicidad.

Ante esta maraña normativa que regula los procesos concursales se plantea por el Académico que me ha precedido en el uso de la palabra, la cuestión relativa a si es aplicable la compensación en los procedimientos de ejecución colectiva.

La doctrina sobre este particular no es pacífica y se halla dividida: de una parte están los tradicionalistas capitaneados por GARRIGUES, BROSETA, y muchos otros que sostienen la imposibilidad de la aplicación de la compensación dentro de los procedimientos concursales. Fundan su teoría en el principio de la par conditio creditorum como una barrera infranqueable y en la retención de todos los bienes del quebrado a partir de la declaración de su estado de insolvencia.

Frente a las referidas opiniones doctrinales un buen grupo de tratadistas, tales como URÍA, PICAZO, CHULIA, entre otros admiten la compensación con restricciones y para caso concretos. La Jurisprudencia también ha dado algunos pasos vacilantes en este sentido, pero sin

definirse de manera clara y contundente. Precisamente las Sentencias que han servido de tema de estudio por el Académico en su disertación, transcribe un pasaje de las mismas que resume la postura actual del Tribunal Supremo sobre el problema de la compensación en materia concursal. Cito textualmente: “POR LA INDOLE DEL TEMA DEBATIDO, EN EL QUE NO HA REINADO UN ACUERDO UNANIME EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NO SE IMPONEN LAS COSTAS... Y EN OTRO PASAJE DE LA SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1.977 EN EL TERCER FUNDAMENTO JURIDICO ESTABLECE, QUE LOS CREDITOS PIGNORATICIOS QUEDAN FUERA DE LA MASA DE LA QUIEBRA SUJETOS A EJECUCION SEPARADA POR EL ACREEDOR PIGNORATICO DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 918 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. Esta ejecución puede consistir en el juego pactado en la póliza de la compensación, en lugar de acudir al procedimiento inapropiado aquí, del artículo 1872 del Código Civil sin que por ello se pueda decir que se ha producido compensación en la quiebra.

El Tribunal Supremo no puede ser elocuente sobre el estado actual de la cuestión objeto de este debate.

Cabe preguntarse cual es la orientación que se perfila sobre esta materia como cuestión de lege ferenda.

Nadie pone en duda que es preciso realizar una revisión y modificación profunda de la normativa que regula los procedimientos concursales, estimada como anacrónica, confusa y divorciada con la realidad actual.

Precisamente España es uno de los pocos países Europeos que hasta la fecha ha permanecido de espaldas a las reformas emprendidas por los países comunitarios FRANCIA, PORTUGAL Y ALEMANIA, entre otros. E igual tendencia se observa entre los países anglosajones.

EL CONSEJO DE LA UNION EUROPEA, en el año 1.994 aprobó un Convenio sobre los procedimientos concursales cuya finalidad es la simplificación de los procesos. Además existe una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la firmeza de la liquidación y la constitución de garantías presentada por la Comisión de 30 de mayo de 1.996, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de julio de 1.996.

En nuestro país se han producido varios intentos encaminados a solucionar la caótica situación de los procedimientos concursales. Se inicia este movimiento en 1.959, y continua en 1.976, 1.979 y 1.983 para culminar en el borrador del ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL DE LA SECCION SEGUNDA DE LA COMISION GENERAL DE CODIFICACION

DE 12 DE DICIEMBRE DE 1.995.

El referido borrador de Anteproyecto se trata de una propuesta elaborada por el Profesor ANGEL ROJO FERNÁNDEZ RIO, vocal permanente de la comisión General de Codificación, cuyo texto se ha publicado como suplemento del Boletín número 1.768 del Ministerio de Justicia.

La propuesta de Anteproyecto de ANGEL ROJO ha sido objeto de análisis por parte de GONZALO AGUILERA, Registrador de la Propiedad, en su obra que titula: “ ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD”.

Las líneas que se preconizan en los diversos Proyectos de la reforma giran tanto en torno al aspecto procesal como al sustantivo. Se pretende crear una sola LEY que regule e) fenómeno concursal e imponer una unidad de disciplina acabando con la arcaica división entre deudores de carácter civil y mercantil y dedicar una sección especia} a las Sociedad Mercantiles, creando normas específicas para ellas.

Se recomienda la simplificación de los procedimientos reduciendo los mismos a dos: EL CONCURSO DE ACREEDORES Y EL EXPEDIENTE DE SUSPENSION DE PAGOS.

Como característica más destacada del Concurso de acreedores que se contempla en }os diferentes Anteproyectos, en especial en el de ANGEL ROJO, está la anticipación temporal del concurso para evitar que el procedimiento concursal esté destinado únicamente a los que se hallen en una situación de insolvencia terminal. Se trata de una política encaminada a salvar la supervivencia de la empresa en todos aquellos casos que sea posible. La anticipación temporal se intenta conseguir a través de técnicas directas e indirectas.

Entre las primeras se trata de la regulación del concepto, como presupuesto objetivo de la declaración del concurso.

Los medios indirectos consisten en arbitrar medidas encaminadas a estimular al deudor y acreedores para solicitar con la mayor antelación la declaración judicial. Es de significar que en cuanto a los acreedores se propugna como estímulo que el solicitante acceda simplemente por el hecho de la solicitud a la condición de síndico interventor, y lo que es más novedoso, que su crédito tenga la condición de parcialmente privilegiado. Esta solución no cabe duda de que tiene su aspecto positivo inspirado en la política de evitar en lo posible la insolvencia terminal, pero también hay que advertir que se puede transformar en un instrumento de chantaje.

Otro aspecto interesante de la reforma es la supresión de la retroacción absoluta de la quiebra (artículo 878-2 del Código de Comercio) y ello porque plantea dudas en la actualidad son su constitucionalidad.

La proyectada reforma simplifica enormemente la clasificación de los acreedores que queda reducida a tres grandes grupos.

A).- ACREEDORES PRIVILEGIADOS CUYO NUMERO SE REDUCE CONSIDERABLEMENTE.

B).- ACREEDORES ORDINARIOS.

C).- ACREEDORES LEGALMENTE POSTERGADOS, O ACREEDORES SUBORDINADOS A LA SATISFACCION DE LOS ACREEDORES ORDINARIOS, SOBRE LA BASE DE UNA ESTRECHA RELACION ENTRE EL DEUDOR Y ACREEDOR.

La regulación de la Suspensión de pagos únicamente es aplicable a los deudores cuyo activo sea manifiestamente superior al pasivo. Esta condición deberá acreditarse mediante la aportación de una muy amplia prueba documental entre la que hay que destacar la certificación del auditor de cuentas. Esta medida va encaminada a tratar de evitar la picaresca actual que en muchas ocasiones sobrevalora en falso el activo.

El plazo máximo para satisfacer las deudas, previa la aprobación del convenio judicial será de tres años, sin que se admita quita o condonación de clase alguna.

Interesa destacar que se despenaliza el procedimiento y la tramitación del mismo se reparte entre el Registrador mercantil y el Juez competente para la declaración del concurso. Al registrador le compete la calificación de los documentos que debe presentar el deudor, sean o no inscribibles en el Registro para poder gozar del beneficio de la Suspensión de pagos. Al Juez le incumbe conocer de las posibles impugnaciones, el nombramiento de interventor cuando lo solicite un porcentaje de acreedores, así como la aprobación del convenio, con la limitación temporal de tres años a la que antes hemos aludido.

Resumidas suscintamente las posibles reformas de la Ley concursal en materia sustantiva y procesal entremos ahora a considerar si el Anteproyecto contempla la posibilidad de la compensación, y aquí, se produce el desencanto.

De entrada, el borrador del Anteproyecto que venimos comentando, en el artículo 69, dice textualmente: declarado el concurso no procederá la compensación de los créditos con las deudas del deudor, salvo que fueran recíprocamente compensables antes de la declaración del concurso.

Como es de ver la posibilidad de la compensación dentro de los procedimientos concursales, sólo se producirá si los requisitos exigidos por el artículo 196 del Código Civil se han cumplido con anterioridad a la declaración del concurso. Esta regla tiene su fundamento en los dos principios tradicionales: la indisponibilidad patrimonial del quebrado que no permite efectuar pagos en detrimento de la masa y la llamada *par conditio creditorum*. A todo ello hay que añadir la paralización de las acciones individuales.

Según Vicent Chuliá esta regla general admite dos excepciones: la de los contratos conexos en los cuales siempre se ha admitido la compensación impropia entre créditos y deudas del comisionista, del arrendatario y los sometidos al régimen de compensación en contrato de cuenta corriente comercial.

Y otra compensación posible es la que dimana del pacto previo de compensación, propio del contrato de cuenta corriente comercial, que en este punto funda su utilidad práctica.

Si llega a entrar en vigor la nueva Ley concursal tal y como viene redactado el Anteproyecto de 1.995, cerrará el portillo que la Jurisprudencia trata de abrir tímidamente en las dos sentencias que han constituido el comentario del nuevo Académico, y en la Sentencia del T.S. de 11 de octubre de 1.988, dictada en una Suspensión de Pagos extrapolable a la quiebra, que admite la compensación por considerarla como una solución de equidad que puede dar lugar a la aplicación del artículo 3 del Código Civil.

Queda un largo camino para recorrer hasta alcanzar una Ley concursal que se adapte a la realidad social actual y asimilar el Proyecto de Convenio sobre la unificación del régimen de la quiebra en la Unión Europea.

Según el Profesor Rojo Ajuria en su obra *la Compensación como garantía*, la compensación en la quiebra plantea problemas específicos. Así la declaración de quiebra podría entenderse, por el vencimiento de los plazos, tal como señalaba el tratadista italiano Foschini, como la causa de la creación *ex lege* de las situaciones objetivas de responsabilidad. O, como sostiene Uria podría considerarse que el principio *ope legis compensatur* debe prevalecer sobre las exigencias del principio de la indisponibilidad del patrimonio de la quiebra. No cabe negar la evidente diferencia entre la ejecución individual y la colectiva.

El tratadista inglés Wood en su obra *English and International Set-Off*, publicada en Londres en 1.989, dice que la compensación en la quiebra se puede regular estableciendo los requisitos específicos para su admisión. Pero también se puede establecer que la compensación es admisible,

manteniendo los requisitos de la compensación legal, que evidentemente son modificados por el estado de insolvencia, (fundamentalmente el plazo) y afectados por las reglas destinadas a atacar las preferencias.

Otra posibilidad sería sin duda la configuración de la compensación como garantía, tanto dentro como fuera de la quiebra, teoría que sostiene el Profesor Rojo Ajuria. Naturalmente ello depende de manera fundamental de una opción de política legislativa. Se trata de considerar, según el citado Profesor, que la coexistencia de dos créditos recíprocos es una situación merecedora de tutela y que es preciso conceder a los acreedores deudores recíprocos un status jurídico similar al de un acreedor garantizado.

A nuestro entender el impedimento del n° 5 del artículo 1196 del Código Civil podría quedar reducida su aplicación a la ejecución individual. Y al propio tiempo añadir una cuarta categoría de créditos privilegiados en la división tripartita del Anteproyecto de Angel Rojo, que incluiría los créditos compensables con lo que se derribaría la barrera de la par conditio creditorum.

Sea cual fuera la reforma que en el futuro se produzca, tarde o temprano se impondrá la admisión de la compensación en los procedimientos concursales por uno u otro cauce.

Y termino para apoyar esta afirmación con unas palabras de Leon Duguit que dice: “El Derecho es mucho menos la obra del Legislador que el producto constante y espontáneo de los hechos. Las Leyes positivas, los Códigos, pueden permanecer intactos en sus textos rígidos, poco importa; por la fuerza de las cosas, bajo la presión de los hechos, de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones nuevas. El texto está siempre allí, pero ha quedado sin fuerza, sin vida o bien por una exégesis sabia y sutil se le da un sentido y un alcance en los cuales no había soñado el legislador cuando lo redactaba”.

Y nada más, muchas gracias distinguido auditorio por su atención y su paciencia y de nuevo mi felicitación más sincera y merecida al nuevo Académico de número Ilmo. Sr. D. Bartolomé Sitjar Burguera.

ADMINISTRACION Y MERCADO. LOS LIMITES DE LA INICIATIVA ECONOMICA PUBLICA.

**DISCURSO DE INGRESO A LA ACADEMIA DEL
EXCMO. SR. D. FELIX PONS IRAZAZABAL
(28 de Noviembre de 2000)**

S U M A R I O

1.- El reconocimiento constitucional de la iniciativa pública en la actividad económica. 2.- La realidad preconstitucional: el principio de subsidiariedad. 3.- La legitimación causal para ejercer la actividad económica pública: posiciones doctrinales. 4.- La legitimación causal y la naturaleza de la administración pública. 5.- La capacidad y la personalidad jurídica de la administración: capacidad general o capacidad funcional. 6.- Iniciativa privada e iniciativa pública: autonomía y heteronomía de fines. 7.- La personalidad mercantil de la actividad económica pública como título de capacidad general. 8.- Naturaleza instrumental de las sociedades mercantiles públicas. 9.- El objeto social de las sociedades mercantiles públicas. 10.- El objeto social como límite externo y la seguridad del tráfico. 11.- Solución del derecho positivo y de la jurisprudencia: vinculación de la iniciativa pública de la actividad económica a los intereses generales. 12.- El concepto y la naturaleza de los intereses generales: el artículo 103 de la Constitución. 13.- La necesaria juridificación de los intereses generales. 14.- La normativización de los intereses generales mediante la cláusula del estado social. 15.- El control judicial del interés general. Necesidad y riesgos. 16.- La obtención de beneficios económicos como interés general. 17.- La vinculación al principio de rentabilidad como límite de la actividad económica pública. 18.- La cláusula del estado social como paradigma jurídico de los intereses generales. 19.- La cláusula del estado social y la iniciativa económica pública. 20.- Los intereses generales como realidad histórica: relativismo sociológico. 21.- Necesaria superación de la concepción relativista de los intereses generales. 22.- El interés común autónomo como legitimación causal de la actividad económica pública. 23.- La integración jurídica del interés común en la cláusula del estado social.

Como he recordado en alguna otra ocasión, bajo el techo de esta casa nació a la vida y bajo este mismo techo, de la mano de mi padre, se desveló mi vocación jurídica que, con el paso del tiempo, no ha hecho sino crecer y madurar. Este es, pues, el escenario físico de mi iniciación como jurista y en sus paredes están marcados los recuerdos imborrables de esta etapa de mi vida.

Entre otros recuerdos ocupa un lugar destacado el de Francisco Téllez Miguélez. Mi recuerdo más claro y hondo de Francisco Téllez no es el último, el del Registrador de la Propiedad riguroso y exigente. Es más bien el primero, el del Abogado sólido, rápido, de brillante concisión y amplísimos saberes. Durante más de dos décadas fue, junto con otro grandísimo Abogado –me refiero a Eugenio Redonet Maura–, imprescindible corresponsal en Madrid para las abstrusas tareas de la casación civil, entonces insondable arcano para los letrados de provincias. Aunque no sólo para ellos y no sólo entonces.

De Paco Téllez conservo no sólo admirativa memoria sino, además, en el archivo de mi padre, un copioso testimonio documental de escritos forenses y de cartas, en el que puede seguirse el rastro de su categoría como jurista y de su fidelidad en la amistad.

Es fácil comprender que la deferencia de la Academia al elegirme para suceder precisamente a Francisco Téllez me resulta especialmente honrosa y emotiva. Pero será más fácil comprender que esta sucesión me abruma. En primer lugar, porque de esa proximidad a una de las figuras míticas de mi itinerario jurídico yo habré de salir necesariamente empequeñecido. Y, en segundo lugar, porque para que la sucesión sea efectiva he de cumplir el trámite de leer un discurso de toma de posesión.

El trámite es para mí grato y estimulante. Pero he de evitar que de su cumplimiento deriven daños a terceros. Descartado casi por completo que la actividad pueda ser insalubre, nociva o peligrosa, me incumbe la responsabilidad de asegurar que tampoco resulte molesta o fastidiosa.

Desde hace muchos años vengo dedicando mi actividad como jurista al Derecho Administrativo y al Derecho Mercantil. Entre ellos he repartido ya que no mi ciencia sí, desde luego, mi pasión y mi interés. No sería delicado confesar hoy preferencias. Más bien esta bigamia jurídica me obliga, en esta ocasión, a ser doblemente complaciente y a dedicar por igual mis afectos intelectuales a estas dos ramas del derecho. Para ello era preciso encontrar un campo en el que ambas se entremezclasen hasta confundirse

y ahondar así en la convicción de un cierto monismo jurídico, que crece en nosotros a medida que nos empujan la experiencia y el estudio.

Cuanto más se avanza en la especialización, más artificial y peligrosa aparece la fragmentación del saber jurídico. Y más necesario nos resulta reconducir nuestras reflexiones a los conceptos básicos del tronco común.

Si decidí abordar las relaciones entre la Administración y el mercado y los límites de la iniciativa económica pública fue porque ésta es una materia en la que se entrecruzan las líneas de la más alta tensión del Derecho Administrativo y del Derecho Mercantil, un campo en el que se juega la naturaleza misma de la administración y la esencia de la sociedad mercantil. Pero al adentrarme en semejante piélago comprendí de inmediato todo el sentido de la prudente advertencia del físico Paul Davies, cuando se pregunta: “¿Cómo es posible que a pesar de que ningún fenómeno ocurre en el aislamiento, lleguemos a conocer algo sin saberlo todo?” No es preciso confesar mi incapacidad para conocer todo lo que hay que saber para acercarse con garantías a la materia enunciada y es obligado, por consiguiente, admitir mi temeridad y solicitar indulgencia por haber perseverado en el empeño.

En el artículo 128 de la Constitución “se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica”. Como tantas veces ocurre con las normas jurídicas, su simple lectura provoca una cierta perplejidad al intérprete, de la que sólo puede salirse si se acude a examinar las razones de la aparición de la norma y, casi tan importante como esto, a desentrañar todo aquello que no se dice en el texto pero que, en realidad, es lo que se quiere decir.

¿Por qué el ordenamiento constitucional de 1978 tenía que proclamar, bajo la forma peculiar del “reconocimiento”, la “iniciativa pública en la actividad económica”? Sencillamente, por coherencia con el fundamento básico del estado social y democrático de derecho que se instaura con la Constitución y, por consiguiente y sobre todo, para marcar con claridad el contraste con la situación anterior.

El Real Decreto-Ley 5/1995, de 16 de Junio, por el que se materializó la voladura del antiguo Instituto Nacional de Industria y en el que se erigieron la Agencia Industrial del Estado y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, señalaba explícitamente en su preámbulo que “la promulgación de la Constitución y, consiguientemente, el establecimiento de un estado social y democrático de derecho determina la superación del modelo anterior. Se trata de un reconocimiento que trae como inevitable consecuencia, una reformulación del papel de la empresa pública”.

¿Cuál era esa situación anterior que el artículo 128 de la Constitución

tiene interés en declarar implícitamente superada? Esa situación no era otra que la resultante de la vigencia de un riguroso y obsesivo principio de subsidiariedad en la actividad económica pública.

Tempranamente, en 1938, el Fuero del Trabajo había proclamado que “en general, el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan intereses superiores de la nación”. Más tarde, la Ley de Principios del Movimiento Nacional proclamaba que “la iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encauzada y, en su caso, suplida por la acción del Estado”.

Este diáfano planteamiento tuvo inicialmente una eficacia jurídica muy difusa o prácticamente nula. Su vigencia fue meramente semántica, lo que explica la promulgación de la Ley de 25 de Septiembre de 1941, de creación del INI, inspirada en criterios de muy difícil encaje en el principio de subsidiariedad.

El cambio de rumbo que se opera en la dirección de la política económica al final de los años cincuenta retoma el hilo ideológico de las leyes fundacionales del régimen y la legislación de los Planes de Desarrollo consagra una minuciosa concreción del principio de subsidiariedad. Así en la Exposición de Motivos de la Ley 45/1960, de 21 de Julio de 1960, de “Fondos Nacionales para la aplicación social del impuesto y del ahorro”, se afirma que la ley responde al propósito de dar “un amplio desarrollo al principio de la acción subsidiaria del Estado” y que “para el cumplimiento de los fines que se establecen, el Estado no desconoce ni suplanta a la sociedad, sino que promueve, fomenta y ayuda a la actividad de las agrupaciones infrasoberanas, interviniendo subsidiariamente para encauzar, dirigir y fortalecer su acción espontánea de manera que, en la medida de lo posible, determinadas medidas exigidas por el bien general sean cubiertas autónomamente por ella”.

El precoz Decreto de 23 de Noviembre de 1962, de Directrices y medidas preliminares del Plan de Desarrollo, especificaba que “las nuevas actividades que se emprendan por las empresas nacionales hoy existentes, así como las de aquellas otras de igual clase que puedan crearse en el futuro atenderán a suplir la iniciativa privada o a combatir prácticas o estructuras monopolísticas”. Este Decreto no hacía sino seguir fielmente las recomendaciones contenidas en el Informe para España del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, de Agosto de 1962, en el que se señalaba que el gobierno español, al tomar las decisiones que se recomendaban, “debería guiarse, en términos generales, por el principio de que el INI no debe entrar en ningún sector en el cual la empresa privada esté actuando con resultados positivos o se dispone a entrar con arreglo a planes conocidos”.

Finalmente, la Ley del Plan de Desarrollo de 28 de Diciembre de 1963

estableció que para la creación de empresas nacionales y para la iniciación de actividades distintas por las ya existentes habría de constatarse previamente por el gobierno la “insuficiencia de la iniciativa privada”.

Hay que decir de inmediato que el principio de subsidiariedad no es un rasgo consustancial del esquema político dictatorial o autoritario sino una manifestación de planteamientos de economía liberal, más o menos presentes en las diferentes fases de la evolución del estado moderno. Por ello el fin del sistema político anterior no había de implicar necesariamente el abandono o la inhumación de los criterios de subsidiariedad en la intervención pública en la economía. Todo había de depender del enfoque y orientación del nuevo modelo constitucional. Esta compatibilidad teórica del principio de subsidiariedad con un modelo constitucional democrático explica que las polémicas doctrinales en torno a la conveniencia y vigencia de aquél no se hayan apagado con la promulgación del texto constitucional de 1978. Porque en el fondo, detectar las dosis de liberalismo y/o subsidiariedad apreciables en nuestra constitución, exige un ejercicio paralelo de interpretación de la opción del constituyente y de la orientación atribuida a lo que se conoce como “constitución económica”.

Es evidente que la presencia del principio de subsidiariedad supone un límite sustancial, enorme, a la iniciativa económica pública. Pero es evidente también que su propia lógica interna resulta imposible de cohonestar con la formulación del estado social de nuestros días. El estado social (también, inseparablemente, democrático y de derecho, por supuesto, pero evitaré la reiteración en aras a la brevedad) supone la superación de la concepción histórica que levantaba una barrera divisoria entre estado y sociedad. Hoy está claro que lo público no empieza donde acaba lo privado, que lo público no es una realidad marginal o residual. Hoy los poderes públicos tienen una función conformadora de la sociedad. El orden social no se concibe como una realidad autónoma organizada según un principio justo inmanente y espontáneo. La sociedad no es para el Estado, para los poderes públicos, un mero dato. Por el contrario, la sociedad y con ella la economía, pasan a ser materia que reclama su conformación de acuerdo con principios e ideales de justicia social. Como ha escrito Sánchez Morón, no se puede “considerar lo público como algo artificial, como una superestructura separada de la sociedad y enfrentada a ésta por esencia. Al contrario, lo público es también derivación de la sociedad y a ella revierte sus actividades”.

Sólidamente asentado en esta perspectiva histórica, el preámbulo de la Constitución proclama solemnemente la voluntad de garantizar un orden económico y social justo. En torno a la intensidad de la actuación pública conformadora de ese orden social justo ha florecido la polémica relativa a los

límites, es decir al alcance posible de la iniciativa pública en la economía.

Las palabras iniciales de esta exposición permiten, tal vez, ver ahora más claro el sentido y alcance del artículo 128 de la Constitución. Al reconocer sin mayores precisiones ni matices la iniciativa económica pública parece que se hace imposible la reconstrucción del principio de subsidiariedad a partir del texto constitucional. Pero ese mismo laconismo ha dado pie a posiciones doctrinales contrapuestas que interpretan el alcance de ese precepto precisamente a partir de su compatibilidad o incompatibilidad con el principio de subsidiariedad.

Para una corriente doctrinal encabezada por el mercantilista A. Rojo no hay duda de que la Constitución ha derogado inapelablemente el principio de subsidiariedad. Pero esta conclusión, fácil de compartir y ratificada por la Jurisprudencia constitucional, lleva a quienes la sostienen a articular una defensa de la iniciativa económica pública que, a mi juicio, no guarda relación con el objetivo de cerrar a cal y canto la posible resurrección de la subsidiariedad. Para Rojo la iniciativa económica pública que reconoce la Constitución es incondicionada, ilimitada. Rechaza cualquier distinción entre la iniciativa económica privada (ejercida al amparo de la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución) y la iniciativa pública del artículo 128. La Constitución, para Rojo, consagra el principio de “coiniactiva económica”, según el cual, al igual que la iniciativa privada no necesita legitimarse tampoco a la iniciativa pública le es exigible una legitimación causal. No acepta la exigencia de una legitimación causal. Para Rojo exigir que la creación de una empresa pública responda a un interés general supone establecer “un límite inmanente de la iniciativa pública” que, a su juicio, carece de cobertura constitucional y que “restringe la efectividad del principio (del artículo 128) en la medida en que, en su opinión, es difícil apreciar la existencia de un interés auténticamente general para la iniciativa pública”.

Para Rojo no hay una relación teleológica entre empresa pública e interés general. “La empresa pública, afirma literalmente, no tiene por qué perseguir necesaria y directamente el interés general”. Según este planteamiento, el derecho a la creación de empresas es “total y absolutamente independiente de la titularidad de la iniciativa” y “legitima la fundación o la creación de empresas (por la administración) con la única finalidad de la obtención de medios económicos”, es decir de obtener un beneficio.

Un importante grupo de mercantilistas y administrativistas se alinean aunque con formulaciones menos radicales que las de Rojo, tras la idea de la imposibilidad de exigir legitimación causal para el ejercicio de la iniciativa

pública (Serra Rexach, Linde Paniagua, Salas Hernández, GómezFerrer, Muñoz Machado).

En posición sustancialmente contrapuesta se encuentra la formulación encabezada por el administrativista G. Ariño. Para éste, la exigencia de la legitimación causal deriva hacia una neosubsidiariedad apenas encubierta. Lo que se sostiene es que la habilitación del artículo 128 de la Constitución es limitada y que si no se aceptase esta limitación la empresa privada podría verse afectada, o incluso suprimida, por una excesiva iniciativa del sector público en la economía, intervención que a la postre haría imposible el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de empresa.

Pero esta preocupación carece de fundamento. Los riesgos de una intervención cuantitativamente excesiva tienen su adecuado tratamiento en el principio de paridad o igualdad que exige a la administración ejercer la actividad económica con sujeción a las leyes del mercado y de la competencia. Son, por tanto, las leyes reguladoras de la competencia las que impedirán las situaciones de dominio abusivo en el mercado de las empresas públicas. Y, por otra parte, no hay que olvidar que, si la administración entendiese que el interés general exige que un sector entero de la actividad se reserve al sector público, dispone de una habilitación específica para hacerlo en el mismo artículo 128 de la Constitución. En cualquier caso, del artículo 128 no es posible deducir un límite cuantitativo a la actividad empresarial pública y, además, tal límite no vendría determinado por la naturaleza de la habilitación constitucional sino por el obligado respeto a la libertad de empresa. Pero no hay que olvidar que ese respeto no es una exigencia específica que se imponga sólo a la administración sino una obligación general, que afecta por igual a los sujetos públicos y privados.

Hay que decir, sin embargo, que la finalidad respetable —y que personalmente comparto— de oponerse a cualquier construcción teórica que pretenda resucitar total o parcialmente, directa o indirectamente, el principio de subsidiariedad a partir del artículo 128, no exige llegar a la desvinculación de la iniciativa económica pública de los intereses generales.

Desde luego, es infundado el temor a que por la vía de la legitimación causal se esté introduciendo una neosubsidiariedad. Cuando se sostiene que el empleo del dinero público ha de responder a un interés público no se pretenden acotar los sectores materiales de la actividad económica pública. Una administración moderna y socialmente activa no ha de encontrar ningún obstáculo ni ninguna barrera entorpecedora que limite de forma improcedente su actuación en la exigencia de que esa actuación responda a la demanda del interés público. Precisamente el interés público puede aconsejar o demandar la iniciativa pública en un sector de la economía en el

que la iniciativa privada está presente y activa.

Lo grave del planteamiento de la exención de legitimación causal es que pone en cuestión nada menos que la naturaleza misma de la administración. El artículo 103 de la Constitución dispone que “la administración sirve con objetividad los intereses generales” y que “actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho”. El artículo 106 establece, por su parte, que los Tribunales controlan “la legalidad de la actuación administrativa”.

Si la decisión de una administración de ejercer la iniciativa económica se saca de este nítido esquema constitucional, una de dos: o se está postulando que esa decisión, en realidad, no es de la administración (aunque hay que recordar que el artículo 128 habla de iniciativa pública) o es imposible justificar su encaje en el principio de legalidad y en la naturaleza servicial de la administración.

Abordar el problema de los límites de la iniciativa económica pública desde la perspectiva y desde la distancia correctas obliga inexcusablemente a hacer una breve incursión en el campo de la personalidad jurídica de la administración y de su capacidad.

Decir que la administración puede ejercer la iniciativa económica de forma incondicionada, sin sujetarse a las limitaciones que pueden derivar del servicio a los intereses generales, implica –en efecto– postular un concepto de la administración pública que ni siquiera comparten muchos de los que defienden la exención de la legitimación causal.

No se trata de terciar en la espinosa cuestión del polémico principio de especialidad sino de dilucidar si la administración está revestida de una capacidad general equiparable a la de una persona privada o si la administración es en sí misma una creación funcional que se justifica y legitima únicamente en la consecución de unos fines. Y, con más razón e intensidad, se trata, sobre todo, de esclarecer si las empresas mercantiles que se crean para ejercer la iniciativa económica tienen o no esa capacidad general.

Para situar correctamente esta reflexión incidental posiblemente hay que examinar con carácter previo si la iniciativa privada y la iniciativa pública son equiparables en su estructura, naturaleza y fines. En nuestro contexto constitucional, se trata de esclarecer si la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 y el reconocimiento de la iniciativa económica pública del artículo 128 constituyen dos previsiones de idéntico contenido, con la única diferencia de referirse a dos sujetos distintos: el primero, a los ciudadanos privados; el segundo, a las diferentes administraciones públicas.

La respuesta, a mi juicio, ha de ser negativa. La habilitación constitu-

cional expresa a la administración para ejercer la iniciativa económica no significa atribuirle la posibilidad de ejercer el derecho a la libertad de empresa del artículo 38. Son cosas profundamente diferentes.

La libertad de empresa es la expresión de un derecho de libertad. Como explica el maestro Galgano, el concepto de utilidad pública no es un elemento interno que forme parte de la esencia de la libertad de empresa que se reconoce a los sujetos privados. No puede decirse, por tanto, que la iniciativa económica privada es legítima únicamente en cuanto que es socialmente útil. Al revés, la iniciativa privada sólo es ilegítima cuando se enfrenta a límites o prohibiciones establecidos en las leyes. Y ello es así porque la iniciativa empresarial privada, al concebirse como un derecho de libertad, está al servicio de la autonomía de los privados para desarrollar fines propios, un proyecto de vida propio. Es, por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional, una “libertad del individuo para elegir entre diferentes opciones vitales” (STC 132/1989, de 18 de Julio).

En la estela de Galgano, mercantilistas como Alonso Ureba y administrativistas como Parejo o De la Quadra, ahondan en la imposible equiparación de la iniciativa pública con la privada. Parejo parte de la base de la diferente naturaleza de la realidad pública y la privada. La capacidad de actuar y de autoorganizarse es también, por consiguiente, de naturaleza diferente.

La personalidad privada se basa en la existencia de un ente con fines propios a los que el ordenamiento constitucional protege con la atribución subjetiva de derechos y libertades fundamentales. El desarrollo de esos fines propios en régimen de libertad y de autonomía constituye la esencia de la personalidad privada.

Por el contrario, las administraciones están dotadas de una personalidad jurídica que nace del principio de la heteronomía. La administración, en tanto que organización, no tiene fines propios. Cabalmente, cuando aparecen fines o intereses propios de la organización administrativa nos hallamos ante una degeneración patológica. Frente a la autonomía de los sujetos privados, la administración se construye sobre el principio opuesto de la heteronomía, de suerte que, tanto en el ámbito público como en el privado, sólo cuenta con una capacidad jurídica constituida por la atribución individualizada de potestades-competencias, lo que vale decir como el resultado del proceso de identificación de intereses generales capaces de legitimar sus actividades y la elección de sus instrumentos públicos o privados. Si esto es así, parece evidente que del ámbito de la heteronomía no puede surgir una personalidad jurídica autónoma, capaz de actuar con libertad de fines. La administración, que es heterónoma por esencia, no puede engendrar sociedades mercantiles dotadas de autonomía. La genética

jurídica no admite este salto.

Por otra parte, uno de los límites que unánimemente se reconocen en el ejercicio de la actividad económica pública es el que obliga a ejercer esta actividad en el mercado, con sujeción a sus reglas, es decir en condiciones de paridad o igualdad con las empresas privadas. Este condicionamiento, entre otros, ha conducido a que la actividad económica pública se ejerza básicamente mediante la creación por la administración de sociedades mercantiles de capital.

Esto plantea de inmediato la necesidad de dilucidar si una empresa pública adquiere la autonomía de una empresa privada y, por otra parte, si los intereses públicos han de verse subordinados al funcionamiento de la normativa común del derecho de sociedades, especialmente a las reglas que se derivan de la regulación del objeto social y de los poderes de los administradores.

A mi juicio, aceptar que una sociedad anónima de capital íntegramente público se convierte en una persona jurídica dotada de las libertades y de la autonomía de fines que trascienden la capacidad de obrar de la administración que la ha creado es dar un paso contra las exigencias de la lógica jurídica. La capacidad de autoorganización no sólo tiene límites inherentes a la naturaleza de la administración (que impiden una utilización arbitraria de la personificación privada) sino que, cuando esa personificación privada aparece legitimada por la extensión de la potestad pública de la que emerge, estará marcada por los genes del ente que le da la vida. Si la administración no tiene fines propios sino que los fines son exteriores a la organización, la sociedad anónima, creada necesariamente para mejor servir esos fines e intereses generales (que son los que justifican la organización), no puede aparecer dotada de un ilimitado ámbito de libertad, equiparable al de un sujeto privado capacitado para ejercer una autonomía que no le ha podido ser comunicada (Parejo).

La reflexión se plantea, por tanto, a partir del proceso según el cual la utilización instrumental de las formas mercantiles se produce mediante la técnica de la personificación.

Una vez nacida la nueva sociedad mercantil cabe pensar que esa personalidad instrumental encubre una capacidad jurídico-privada idéntica a la de cualquier empresa y que su iniciativa empresarial no queda sujeta a los límites que el derecho público impone a la administración sino que ésta, disfrazada de sociedad anónima, se ha desprendido de su naturaleza instrumental (art. 103 CE) y heterónoma y puede dedicarse libremente a cualquier finalidad u objetivo lícito, como si de un sujeto privado autónomo se tratase.

A los mercantilistas les preocupa que la presencia de capital público en la sociedad anónima, ya sea con participación mayoritaria o como socio único, introduzca mecanismos de control en la gestión (directos o indirectos) de tal naturaleza e intensidad que acaben por difuminar la autonomía esencial de la empresa mercantil.

A algunos administrativistas, en cambio, les preocupa que la adopción de la forma mercantil de sociedad anónima implique la desvinculación de los fines de servicio al interés general de la administración y se confiera a la empresa pública una autonomía de fines que no se corresponda con el carácter público del capital ni de la administración.

Que la preocupación que estoy expresando en voz alta no es teórica lo evidencia un ejemplo práctico, tomado de la realidad más rigurosa e inmediata. En un recurso contencioso-administrativo tramitado ante el T.S.J. de Baleares, en el que se discutía la legalidad de determinadas iniciativas llevadas a cabo por una empresa que gestionaba un servicio público municipal, se defendía la licitud de lo actuado en otro municipio con el argumento de que esa empresa pública era una sociedad anónima y que como tal, podía explotar “como un particular” (sic) cualquier actividad en cualquier lugar, no con las limitaciones de los fines públicos municipales, ni con las barreras de la competencia territorial sino únicamente con las limitaciones que las normas generales imponen a un empresario privado, a una sociedad anónima privada. Es decir, prácticamente sin limitaciones en cuanto a fines.

Pero la adopción de la forma mercantil privada por las sociedades públicas no ha de significar la desvinculación de los fines de interés general que motivan su creación y que, como tales, deben estar presentes en la gestión de las mismas, sino simplemente el reconocimiento de que los modos de actuación y las formas organizativas que se han originado en el marco del derecho privado económico se muestran hoy más eficaces para el desarrollo de actividades empresariales por el sector público que los modos y formas que ofrece el derecho público.

La mercantilización del derecho administrativo no significa, por consiguiente, un cambio de naturaleza de la administración de manera que una organización nacida para actuar los fines del Estado (policía, servicio público, fomento) evolucione hacia una organización de carácter empresarial sin fines determinados o con finalidades meramente lucrativas.

La “huida al derecho privado”, la mercantilización del derecho administrativo, evidencia el fracaso del derecho de organización público, la incapacidad de engendrar instrumentos propios eficaces y la necesidad de adoptar las formas y los esquemas organizativos del derecho mercantil,

especialmente del derecho de sociedades. No se trata, por tanto, de una mutación sustancial de lo público, de una debilitación de sus fines o de su naturaleza. No se trata de una reducción de lo público sino de una llamada de lo público a los instrumentos mercantiles privados para mejor ejercer y cumplir sus fines de interés general.

Pero esa adopción instrumental de las formas privadas no puede servir para que el instrumento se desvincule de los objetivos públicos. La sociedad anónima pública es un instrumento al servicio de los principios que han de guiar la actuación pública, no una coartada que confiera cobertura legal a una actuación pública que ignore o contradiga la persecución de fines públicos.

Lo que se mercantiliza o privatiza no es, pues, el alma o la esencia de la administración, sino sus instrumentos.

Preservar esa alma y esa esencia públicas, manteniendo la iniciativa empresarial de la administración asociada a la legitimación causal que nace de su naturaleza heterónoma, obliga a prestar atención a dos momentos diferenciados:

a) El momento de la decisión de ejercer esa iniciativa económica. Esa decisión consistirá necesariamente en el ejercicio de una potestad pública por un ente administrativo. Este acto estará sujeto al derecho administrativo y, por supuesto, a todo el ordenamiento. Exigir a la administración que la actividad empresarial que proyecta llevar a cabo responda a la obligación de servir a los intereses generales, tiene su paradigma sustantivo y procesal claramente definido.

b) Más problemático es el segundo momento. Cuando la sociedad mercantil creada por la administración inicia su actividad ¿hay que entender que la personificación como sociedad mercantil le otorga una capacidad general y una autonomía privada o persiste la vinculación finalista?. En concreto ¿cómo se resuelve la actuación de una sociedad anónima pública que va más allá de su objeto social y no por decisión de sus administradores sino por acuerdo de su Junta General? ¿Serán de aplicación a esta actuación “excesiva” o “atípica” las reglas ordinarias de las sociedades mercantiles? ¿Será ilimitado el ámbito del poder de representación de sus administradores? ¿Operará el objeto social como mero límite interno de la actividad de la sociedad?

Algunos administrativistas, como Encarnación Montoya, se inclinan por dar prioridad a la protección de los intereses de terceros, es decir a la prevalencia de la seguridad jurídica y del tráfico mercantil. Para Montoya la modulación o modificación de las reglas mercantiles relativas al objeto

social, para mantener la vigencia prevalente de los fines públicos, supone instaurar el principio de especialidad. Rechaza, por tanto, que el objeto social asignado por la administración al crear una sociedad anónima pueda operar como límite del poder de los órganos sociales si las normas mercantiles no establecen ese límite. Esto significa que frente a terceros de buena fe no podrá argumentarse que la actividad de los administradores de la sociedad excede de los fines públicos asignados en su objeto social. Y significa, además, que la legitimación para exigir el cumplimiento y respeto a los fines públicos se limita a las personas concretas que contraten con la sociedad mercantil creada por la administración.

Montoya reserva la posibilidad de reaccionar frente a una actuación desbordante del objeto social al supuesto de que las operaciones contratadas por la sociedad se refieran a actos con naturaleza de función pública o que lleven consigo el ejercicio de potestades administrativas exorbitantes. En tal caso la sanción de nulidad no deriva de una capacidad de la sociedad limitada por su objeto social sino del principio de legalidad inherente a toda potestad pública.

Admite Montoya que el objeto social adquiere trascendencia a efectos del régimen jurídico aplicable en los supuestos en los que una sociedad instrumental sea un vehículo a través del cual la administración ejerce sus competencias (por ejemplo, la prestación de un servicio público). En este caso entiende que el objeto social no puede ser rebasado, ampliando las actividades más allá de la competencia material que se ejerce a través de la sociedad. Y estima que la aplicación de las reglas mercantiles del objeto social no pueden significar un mecanismo para eludir la aplicación de la ley, para atribuir un ápice de potestad al margen de la ley, porque en este caso la sanción sería la nulidad radical de lo actuado.

Estas excepciones abren un amplio abanico de límites a la actuación de las sociedades mercantiles creadas por la administración, pero no resuelven –ni mucho menos– los supuestos que la realidad plantea cuando una sociedad no es el instrumento del ejercicio de una competencia o cuando su actividad más allá del objeto social no implica el ejercicio de potestades públicas. ¿Qué ocurre cuando una sociedad pública que ejerce una actividad típicamente industrial o mercantil decide llevar a cabo otra actividad diferente? ¿Hay que aplicar en estos casos las reglas mercantiles que protegen la seguridad del tráfico? ¿Hay que aceptar que sea la propia empresa y no la administración la que decida una ampliación de sus fines? Dando por sentado que todas las finalidades de una sociedad mercantil han de ser definidas como públicas por la administración en el momento de su creación, ¿habrá de aceptarse que la protección del tráfico jurídico se sobreponga a la exigencia del interés general?

¿Puede “CALVIA 2000, S.A.” llevar a cabo actividades lucrativas en Palma o en Manacor no en virtud de convenio con esos municipios sino al amparo de una supuesta capacidad general que le permite anunciarse en las páginas amarillas y actuar “como un particular”? ¿Puede la “EMPRESA MUNICIPAL DE INFORMATICA, S.A.” de Palma abrir al público sucursales de consultoría informática en Menorca, en Sevilla o en París, en ejercicio de una libertad de empresa que habría de serle reconocida por su simple condición de sociedad mercantil? O ¿puede la recién constituida entidad “CARN ILLA, S.A.”, concebida como instrumento de política económica para incidir –como se afirma en la norma que la crea– en la producción, industrialización y distribución de la carne mallorquina (es decir, actividad económica de la administración químicamente pura), abrir en La Coruña una planta de fabricación de camiones frigoríficos con destino al mercado internacional o comprar fincas en Extremadura para la cría de cerdos?

El Tribunal Constitucional (Sentencias 14/86 y de 24 de Febrero de 1994) ha sentenciado gráficamente que “la capacidad jurídico privada no es título de competencia” y que “admitir lo contrario sería tanto como aceptar que basta con convertir Direcciones Generales y otros centros directivos de los departamentos que forman la administración del Estado en sociedades anónimas u otros entes de derecho privado, para ignorar y burlar la distribución de competencias”.

Es decir, la capacidad jurídico privada no amplía la libertad de la administración. Esta clara y elemental formulación impide extender al ámbito de lo público la doctrina de la capacidad general y plena de las personas jurídicas, introducida en nuestro país por la famosa sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Noviembre de 1959, en la que –como es sabido–, recogiendo literalmente la teoría realista de Ferrara, se afirmaba que el fin de las personas jurídicas “no constituye por sí un límite” de su capacidad, “en el sentido de que la persona jurídica sólo existe en el círculo cerrado de su fin, fuera del cual el ente se desvanece como sombra, debiendo concluirse que las personas jurídicas son reales y capaces aunque se extralimiten de su fin”. Ferrara añadía, “o lo traicionen”. El Tribunal Supremo no se abrevió a seguirle hasta tan lejos.

Pero ya señaló Garrigues que “la personalidad jurídica (de las sociedades mercantiles) es sólo un expediente técnico de unificación y no constituye un ser al margen de la escala zoológica”.

La doctrina administrativista, en general, acepta el carácter puramente instrumental de la personificación jurídica privada. La personalidad jurídica de la administración o de los entes mercantiles por ella creados no

es una realidad autónoma porque no trae causa de ningún substrato sociológico directo o indirecto que pueda prestar a aquélla unos fines propios e independientes (Parejo). La personalidad jurídica así concebida se reduce, pues, a un recurso técnico articulado para la realización efectiva del interés general.

El mundo de lo público, por consiguiente, no atribuye una personalidad tendencialmente universal. La decisión de iniciar una actividad económica es una decisión pública que, en cuanto actividad de la administración, cae bajo los efectos insoslayables de los principios constitucionales de legalidad y de instrumentalidad al servicio de los intereses generales.

Al margen de matices doctrinales, la jurisprudencia y el derecho positivo tienen establecida una clara vinculación de la actividad económica pública con los fines públicos o generales. Esto resulta claramente de la legislación estatal (Ley de Entidades Estatales Autónomas, LOFAGE, Ley General Presupuestaria) y aún más claramente de la legislación que regula nuestra realidad administrativa más próxima e inmediata.

La LBRL establece nítidamente que los entes locales tienen personalidad jurídica y plena capacidad sólo “para el cumplimiento de sus fines” y el TRRL subordina el ejercicio de la actividad económica a que ésta sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes.

La Ley de Entidades Autónomas y Empresas Públicas de la Comunidad de las Islas Baleares, 3/89, de 3 de Marzo, acota la competencia para constituir sociedades sujetas a normas civiles y mercantiles a que tales sociedades tengan por finalidad “conseguir los objetivos asignados en el Estatuto de Autonomía”, cuyo artículo noveno, señala explícitamente como finalidades propias de las instituciones de autogobierno, la libertad, la justicia, la igualdad y el progreso socioeconómico entre todos los habitantes de las Illes Balears.

La Jurisprudencia por su parte, con el pronunciamiento emblemático –y, por otros motivos, polémico– de la Sentencia del caso conocido como “Iniciatives” (de 20 de Octubre de 1989), ha declarado que “mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean lícitos, todas las actuaciones de la administración pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente ha de concurrir”. Esta doctrina rechaza explícitamente “las actuaciones empresariales públicas carentes de justificación” (es decir, carentes de legitimación causal) y resume su posición afirmando que “la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a que la actividad empresarial que se vaya a

desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación”.

La necesidad de que concurra el interés público en la decisión de crear una empresa pública para ejercer la actividad económica del artículo 128 de la Constitución ha sido, en fin, ratificada también por el Tribunal Constitucional (Auto de 21 de Febrero de 1991, referido al caso “Iniciatives”).

Pero llegar a la conclusión de que la actividad económica de la administración, por su carácter constitucional de pública, no puede desvincularse del mandato del artículo 103 de la Constitución, que impone el servicio ineludible a los intereses generales, no es, contra lo que puede parecer, haber llegado a un final satisfactorio de la reflexión iniciada. Más bien significa abrir los interrogantes más problemáticos que acechan a esta materia.

Porque decir que la creación de empresas para llevar a cabo actividades económicas —en cuanto decisión de la administración— habrá de respetar ese mandato de servicio a los intereses generales, no es decir mucho si no se cuenta con un repertorio claro y fiable de esos intereses. Afirmar que la administración sólo podrá emprender una iniciativa económica si ésta responde a las exigencias del interés general implica, por tanto, cerrar el capítulo abierto por quienes sostienen que no es necesaria la legitimación causal para aquella actividad pero supone, simultáneamente, abrir la caja de Pandora de los intereses generales, de su definición y constatación y del eventual control de esta tarea.

Alejandro Nieto, en su imprescindible trabajo sobre esta materia, recomienda a los juristas responsables que se aproximen a ella con modestia, tratando de construir “un aparato intelectual que les permita utilizar jurídicamente los conceptos normativos que aparecen en la Constitución y en las leyes”. Porque el concepto de intereses generales está, en efecto, rodeado de trampas y de peligros para el jurista. “La administración, dice Nieto, está al servicio de los intereses generales; pero a partir de ahí ya no se puede afirmar nada con certeza: ni en qué consisten esos intereses generales, ni quién ha de determinarlos, ni, en fin, si cabe un control judicial posterior a las definiciones que quien quiera que sea haya hecho previamente”.

Pero no disponer de un punto de partida hecho de certezas no nos exime del esfuerzo intelectual exigido por nuestros objetivos. Tampoco sus desgarradas palabras le sirven a Nieto de coartada para renunciar a la búsqueda, por lo menos, de certidumbres templadas.

El primer problema a resolver es si los intereses generales son una

realidad metajurídica que se impone a la realidad social desde fuera del ordenamiento jurídico o bien son el resultado de una creación normativa que algunos denominan “artificial” en contraposición a un bien común de origen natural, trascendente a la sociedad y a su organización histórica jurídicopolítica. Sánchez Morón afirma que no puede utilizarse el “interés general” como un “concepto abstracto o ideológico distinto ópticamente de la pluralidad de intereses sociales en presencia. Los poderes públicos han de actuar los intereses que emanan de la sociedad, del pueblo en su conjunto como titular de soberanía; los poderes públicos actúan publicitando –es decir, dotando de medios públicos de gestión y tutela– una serie de intereses sociales concretos”.

A estas alturas, reconoce A. Nieto, “no es lícito, desde luego, resucitar los viejos intereses naturales” (y algo de esto ha dicho el Tribunal Constitucional en relación con las competencias de los Entes Locales). Pero si los intereses generales no son “naturales” ni “trascendentes” al orden social el problema radica en quién y cómo define esos intereses generales, con arreglo a qué paradigma y con qué procedimiento y eventuales posibilidades de control. Obviamente, se trata de una cuestión de la máxima trascendencia si, como hemos concluido, la actividad económica pública ha de legitimarse en el servicio a los intereses generales.

Lo primero que hay que sentar es que la afirmación del artículo 103 de la Constitución (“la administración sirve con objetividad los intereses generales”) no es descriptiva. No significa que todo lo que hace la administración se considera, por principio, hecho al servicio de los intereses generales. La administración –como ha dicho algún autor– no es el rey Midas de los intereses generales: no convierte en interés general todo lo que es objeto de su decisión.

El sentido del artículo 103 es, por el contrario, claramente normativo, es decir, señala que la administración “debe” estar al servicio de los intereses generales y que, por consiguiente, su actuación debe buscar en la norma habilitante cuál es ese interés general que legitima su actuación.

Si la administración pudiese definir por sí misma lo que es el interés general de forma libre e incondicionada carecería de sentido el alcance normativo del artículo 103 de la Constitución, puesto que la Administración no estaría al servicio de los intereses públicos sino que se convertiría en definidora y creadora de esos intereses. No estaría a su servicio sino que los impondría a la sociedad.

Es cierto que la definición de los intereses generales no se encomienda siempre a la administración y que la capacidad de autodefinición de los

intereses generales a través de los órganos representativos de los entes territoriales (estatales, autonómicos y locales) plantea otros problemas. Pero hoy puede afirmarse que “los poderes públicos (no sólo la administración) no se legitiman ya con la simple invocación del interés general, sino por la norma constitucional que atribuye competencias y precisa el alcance de su ejercicio, es decir, lo delimita y limita” (A. Nieto). Ello es así, obviamente, porque –como hemos visto– el poder público es siempre un poder funcional, que existe en consideración a unos fines ajenos a los de su titular y que, por tanto, debe justificarse en su ejercicio. Las decisiones de los órganos públicos, recuerda M. Atienza, no se justifican simplemente por razón de quienes las han dictado.

Este es el fin de un proceso histórico mediante el que los intereses generales han pasado de cumplir una función claramente ideológica de legitimación del poder a ofrecerse como instrumento jurídico de limitación del poder. La ideología, por así decirlo, se ha normativizado y, por ende, juridificado.

Lo que nos interesa como juristas es si los intereses generales podemos encontrarlos en nuestro universo normativo. El problema no es, por tanto, si los intereses generales existen realmente en la sociedad y si su formulación y constatación pueden llevarse a cabo a través de una simple “verificación sociológica”. Lo que nos interesa saber es si los intereses generales están incardinados en la legalidad administrativa, si operan como factor negativo y positivo de la acción administrativa. Porque si los intereses generales son normas, si forman parte del Derecho, entonces se abre paso con naturalidad la intervención judicial que interpreta esas normas, la aplicación de ese concepto jurídico, su manejo por los operadores jurídicos. Y si esto es así los intereses generales se convierten incuestionablemente en un límite para la iniciativa económica pública.

La situación en esta materia se resume hoy, en nuestro país, en los siguientes términos:

a) Habida cuenta de la supremacía normativa de la Constitución, los Tribunales pueden subordinar la definición legal de un interés público a los condicionamientos implícitos en los principios constitucionales del Estado Social sobre los que se basa toda la Constitución. Es pacífico, por tanto, que el concepto y el alcance de los intereses generales han de buscarse en la Constitución.

b) El interés general se considera un concepto jurídico indeterminado prototípico. La administración determina ese concepto en cada situación o decisión concreta y el Juez verifica si el proceso intelectual de determinación ha sido correcto.

c) Finalmente, es frecuente que la decisión de iniciar una actividad económica se inscriba en un marco de discrecionalidad en sentido estricto. Es decir, que los criterios decisivos sean los de oportunidad, fiscalizables únicamente con las técnicas conocidas de control de la discrecionalidad, sobre las que –como es lógico– no hay que extenderse aquí. Sí interesa retener, porque resulta de extraordinaria importancia para esta reflexión, que una de las técnicas más estructuradas de control de la discrecionalidad es la del control de los fines a través de la motivación. Ello habrá de implicar que, aunque se considere que la decisión de la administración de iniciar una actividad económica se ampara en una potestad discrecional, siempre cabrá analizar los fines de esa decisión. Y esta operación reconduce al interés general puesto que las finalidades aceptables serán las que respondan al interés público general y las finalidades inaceptables serán aquellas en las que no resulte posible encontrar vinculación con un interés público reconocible como tal.

d) Este esquema ha sido refrendado por el Tribunal Constitucional al señalar que “no cabe desconocer que la facultad atribuida por la Constitución al Estado para definir el interés general, concepto abierto e indeterminado llamado a ser aplicable a las respectivas materias, puede ser controlada frente a posibles abusos y, a posteriori (es decir después de la intervención de los Tribunales ordinarios) por este Tribunal”.

Es cierto que “si la juridificación de los intereses generales es el título que ha permitido a los Tribunales entrar en el control de las decisiones administrativas sobre los mismos, se está corriendo ahora el riesgo contrario, es decir, de caer en un nuevo decisionismo de los jueces, quienes, creando el derecho al margen de las normas e incluso en contra de ellas se escapan con frecuencia de la racionalidad normativa. Estamos ante un episodio más de la eterna tensión entre el juez como aplicador de las normas y el juez como creador de ellas o, si se quiere, entre el positivismo jurídico y el pretorianismo judicial”. Pero como recuerda A. Nieto “los juristas están a la vuelta de los grandes sistemas cuya comodidad hay que pagar a veces con la injusticia racionalizada y prefieren vivir pegados al caso concreto y al casuismo de la solución tópica para cada conflicto”.

En los años pasados una turbulenta polémica ha sacudido los cimientos de la doctrina administrativista española, motivada precisamente por los criterios encontrados acerca del alcance de las potestades judiciales de control de la administración. No es este el momento de evocar esa polémica ni, mucho menos, de terciar en la misma. Pero si se acepta que la actividad económica de la administración, aunque se ejerza instrumentalmente bajo la personificación privada de una empresa mercantil, no escapa del campo gravitatorio del servicio a los intereses generales, entonces o bien se

concede a la administración libertad ilimitada para que emprenda cualquier actividad económica (lo que nos retrotraería al supuesto –ya rechazado– de que es de interés general todo lo que haga la administración), o bien esa actividad ha de estar necesariamente al servicio de un interés general que ha de explicitarse y que ha de poder conectarse con el paradigma constitucional y, por ende, ha de poder ser objeto de revisión y control.

Hace cuarenta y cinco años, García de Enterría, en su clásico trabajo sobre “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, ya advertía que “es preciso asegurar el constante servicio a estos fines sociales de la actividad industrial y mercantil de los municipios, evitando que la propia dialéctica empresarial, cuyas formas de gestión se adoptan leve, como es frecuente, a un abandono de los mismos y a la desnaturalización de la actividad municipal en pura actividad económica, indiferente, o incluso dañosa, al interés de la comunidad vecinal”.

Esta advertencia suscita dos temas que han de ser objeto de necesaria consideración. El primero, si el puro ánimo de lucro, la finalidad de obtener recursos económicos, es un fin público de interés general capaz de legitimar cualquier actividad económica pública. El segundo, si existe una referencia jurídica mínimamente fiable para determinar qué iniciativas empresariales de la administración podrían subsumirse en el concepto indeterminado de interés general o “interés de la comunidad”, por utilizar la expresión de G. de Enterría.

El supuesto de la actividad económica como mera actividad empresarial lucrativa, desvinculada de la prestación de bienes o servicios a la comunidad territorial que representa el ente que decide iniciar aquella actividad, no es un supuesto de laboratorio o una hipótesis abstracta. Cada vez es más frecuente el fenómeno de empresas creadas por distintas administraciones cuya única finalidad es aprovechar las oportunidades de negocio en el mercado para obtener fondos aplicables posteriormente a actividades públicas. Empresas con capital exclusivamente público constituidas para optar a concursos de todo tipo en otros estados, en otras comunidades autónomas o en otros municipios. Y aún más frecuente, el caso de empresas de servicios públicos ya constituidas en un municipio que aspiran a vender su capacidad tecnológica o su especialización en el mercado, fuera de sus fronteras competenciales, no para prestar un servicio público sino simplemente para obtener beneficios mediante su irrupción en un mercado favorable. Tal vez este fenómeno responde a lo que algún autor ha llamado la “pérdida de la inocencia económica por parte de las administraciones públicas”. Es Sosa Wagner quien nos dice que “por su importancia, por su frecuente uso, por la amplitud misma de sus fines, el descubrimiento de la sociedad mercantil por la administración admite su comparación con los

grandes descubrimientos que han sacudido la vida en la Tierra. Y es que toda la timidez que hemos visto durante años en las administraciones públicas a la hora de hacerse presente en la vida económica, una timidez cuyo fundamento ideológico era tributario del dogma del abstencionismo liberal, se convierte con inusitada rapidez en audacia notable y en un desparpajo fecundo...La ideología liberal clásica –concluye F. Sosa– cruje haciendo realidad lo que dejó escrito Talleyrand: ‘es indispensable apoyarse en los principios; acabarán cediendo...’”.

Existe un consenso bastante amplio sobre la imposibilidad de una actividad económica pública meramente lucrativa. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán ha señalado que no existe en la Ley Fundamental “una competencia implícita para la actividad (pública) dirigida al incremento patrimonial”. Ello ha permitido a Bernhard Kempen afirmar que “toda actividad de tipo económico realizada fuera del giro o tráfico propio del sujeto público de que se trate es lisa y llanamente nula”.

Es bien conocida la directa conexión que existe entre nuestra Constitución y la Ley Fundamental de Bonn. No parece existir tampoco en la Constitución española una habilitación para el incremento patrimonial abstracto. Desde luego, esa habilitación no se deriva del artículo 128 ni de una interpretación sistemática del mismo. Si, como ya hemos aceptado, las administraciones no disponen de una capacidad jurídico-privada general tampoco poseen libertad para servirse del derecho privado como si se tratara de un sujeto ordinario. He aquí, pues, un límite de extraordinaria trascendencia para la iniciativa económica pública: la administración no es un empresario que justifique su existencia y actividad precisamente en la obtención de beneficios.

Algún autor ha entendido que el Real Decreto-Ley de 16 de Junio de 1995 –ya invocado al principio de esta exposición–, por el que se suprimió el INI y el INH y se creó la Agencia Industrial del Estado y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, implicaba un “certificado de defunción de la empresa pública”. Este autor –T.R. Fernández– ha señalado que “a partir de ahora sólo puede contemplarse –la empresa pública– como un puro instrumento fiscal productor de rentas para las arcas públicas, en ningún caso como un instrumento de política económica o de política social”.

Pero, ¿es cierto que ese Real Decreto-Ley permite sólo la actividad empresarial pública lucrativa o, lo que es lo mismo, que la obtención de beneficios no sólo no está prohibida sino que deviene obligatoria para la iniciativa económica pública? Si eso fuese así, estaríamos ante un nuevo límite de la actividad empresarial pública. Esta no sería posible si no se organizase para obtener beneficios económicos. Interesa, por tanto, despejar

las dudas que siembra este planteamiento.

T.R. Fernández llega a su radical conclusión a partir de las exigencias del Tratado de la Unión Europea que obligan a las empresas públicas (gestionen servicios públicos o lleven a cabo actividades industriales o comerciales) a actuar en el mercado en absoluto pie de igualdad con las empresas privadas, es decir con sujeción estricta a las normas generales de la competencia y sin percibir ninguna clase de ayudas ni beneficiarse de discriminaciones o privilegios que puedan proporcionarles ventajas potenciales o efectivas. Es decir, con sujeción a los principios de paridad y de eficiencia.

Sin embargo, el hecho de tener que actuar las empresas públicas en el mercado con sujeción a las normas de competencia (lo que ha acelerado el proceso de privatización formal o de personificación jurídica privada de la actividad económica de la administración) (N. de la Serna), no tiene por qué excluir de esas actividades cualquier finalidad pública útil que no sea la de producir rentas para las arcas públicas o, hablando en plata, para y simplemente ganar dinero.

Cuando la filosofía que inspira el Tratado de la Unión, o lo que T.R. Fernández llama la nueva cultura de la empresa pública, impone que la actividad económica pública se organice con criterios de rentabilidad y eficiencia no está definiendo fines u objetivos. La prohibición de empresas públicas deficitarias alimentadas con fondos públicos para subsistir en el mercado tiene por finalidad no sólo proteger la transparencia de ese mercado y el esfuerzo de las empresas que podrían verse privadas de sus beneficios –pese a un planteamiento saneado y eficiente de sus actividades sino asegurar que la obtención de fines públicos bajo forma privada no se haga a costa del mercado. Pero la rentabilidad no es el objetivo o finalidad de las empresas públicas en el nuevo marco sino la condición o presupuesto. Es cierto que las empresas públicas deberán ser rentables y eficientes pero esto no significa, no puede significar, que la existencia misma de la empresa pública obedezca a la finalidad de la rentabilidad sino que forzosamente habrá de responder a una finalidad pública específica, vinculada de alguna forma a la satisfacción de intereses generales.

Si la actividad económica empresarial de la Administración se convirtiese pura y simplemente en una actividad recaudatoria estaríamos ante un giro de una magnitud no apuntada todavía. Y más si los ingresos procedentes de la actividad económica amplían su base en la financiación de la actividad de la administración. Estaríamos ante una grave erosión de la finalidad redistributiva de las haciendas públicas y ante un claro desvanecimiento del principio del sostenimiento solidario de las cargas generales a través de los impuestos. Estaríamos viajando hacia una nueva

galaxia histórico-política, hacia una “terra incógnita” que, desde esta orilla de la cultura constitucional, nos parece francamente inhóspita.

Por otra parte, semejante planteamiento implicaría una expansión ilimitada y abstracta de la actividad pública bajo forma privada. Si la rentabilidad no se contempla como condición o presupuesto sino que se eleva a elemento legitimador y a fin público en sí mismo, todas las actividades imaginables –sin limitación material alguna– pasan a ser potencialmente accesibles a las empresas públicas, propiciando una expansión de la actividad pública más allá de toda razón o conveniencia del interés general. El interés general único sería “ganar dinero” y ello sólo justificaría ya, por tanto, la creación de empresas públicas con el único objetivo de aprovechar en cada momento las posibilidades de rentabilidad del mercado, por muy sórdido y alejado del interés social que pudiese ser el sector de actividad que ofreciera esa rentabilidad.

La nueva concepción de la empresa pública habría desembocado en un resultado paradójico. La sujeción de la actividad económica a la igualdad en el mercado no habría tenido como consecuencia una limitación de la presencia de los recursos públicos sino que, contrariamente, habría ampliado el territorio de las inversiones públicas hasta un horizonte invisible siempre que el objetivo –y el resultado– consistiese en ganar dinero. La naturaleza de la actividad, la materia social afectada, devendría irrelevante.

Pero el giro que subyace a todo este planteamiento no es jurídico sino económico y, por ende, político. Lo que aquí parece liquidarse no es la intervención pública en la economía sino una determinada manera de esa intervención. La primera mitad del siglo XX ha vivido alimentada por el keynesianismo, a la sombra del cual han gozado de legitimidad social y política los déficits presupuestarios, los endeudamientos públicos, las subvenciones a déficits de explotación de empresas públicas o a sectores económicos improductivos. El arraigo profundo de estos criterios (cuya justificación histórica no es el momento de analizar) se ha debido a la convicción imperante –más o menos generalizada– de que los beneficios sociales que se obtenían con su aplicación compensaban las innegables disfunciones económicas y financieras.

El punto de inflexión de este planteamiento sobreviene cuando se cuestiona la bondad del sistema precisamente por su coste social. Llega un momento en que las disfunciones económicas adquieren tal envergadura que los beneficios sociales que aparentemente propician son contrarrestados por evidentes costos sociales generalizados (inflación, inestabilidad monetaria, desempleo, etc.) que gravan las economías más modestas.

El Real Decreto-Ley de 16 de Junio de 1995, de creación de determinadas entidades de derecho público, positiviza este giro. Frente a la idea anterior, según la cual la rentabilidad social de las inversiones públicas no se medía por su rentabilidad económica sino por su capacidad de intervenir activamente en sectores necesitados de conformación y cohesión social, ahora el RDL afirma solemnemente que “un sector público rentable también lo es socialmente” y que “la rentabilidad social de la empresa pública exige adoptar cuantas medidas favorezcan el aumento de su eficiencia y competitividad”.

Pero de la misma manera que en el sistema anterior la finalidad del sector público no era perder dinero nada autoriza a afirmar que en el nuevo marco de la eficiencia y de la competitividad de las empresas públicas su único objetivo es ganar dinero. De lo que se trataba entonces y de lo que se trata ahora es de atender intereses sociales. La diferencia estriba en que ahora el legislador (traduciendo la nueva cultura europea) exige que esa atención se realice mediante empresas saneadas que no echen sobre las espaldas de la sociedad —especialmente de sus sectores más débiles— no ya sus déficits de explotación, sino la crisis del sistema, con un costo social inasumible.

El segundo de los temas apuntados era el de si existe una referencia jurídica fiable para determinar qué actividades económicas de la administración pueden considerarse de interés general.

¿Existen unos fines públicos determinables, positiva o negativamente?
¿Tenemos disponible un paradigma en el que estén escritos los fines que las empresas públicas pueden perseguir o, por lo menos, del que podamos deducir aquellos fines que no son aceptables?

A mi juicio ese paradigma existe y no es otro que el de la cláusula del Estado Social, inscrita en la Constitución. Se trata, por tanto, de un paradigma jurídico.

El estado social, como construcción histórica, emerge en el momento en que se constata que las contradicciones estructurales de la sociedad conducen a disfunciones autodestructivas. Es preciso que el estado utilice de forma teleológicamente predeterminada su poder de regulación y de conformación. El estado social, por tanto, aparece caracterizado por razón del fin: la producción y el mantenimiento de determinados resultados sociales. Parejo resume la originaria configuración en la doctrina alemana señalando que “el estado social representa el último estadio de una sociedad secularizada, que ha sustituido su cohesión en razón a un orden de valores religioso o ético-moral por un orden de principios objetivos constitucionales, único capaz de expresar la vinculación social a un proyecto de vida en común”.

Esta configuración del estado como “social” implica un deber jurídico de los poderes públicos de actuar positivamente sobre el orden social, conformándolo. Ese deber constitucional representa el abandono de las habilitaciones específicas de intervención social e implica echar sobre las espaldas de los poderes públicos la responsabilidad genérica y global de la configuración del orden social. La administración, superando los inconvenientes de la contraposición entre la vinculación positiva y la vinculación negativa pasa a estar guiada por la “vinculación estratégica”, es decir se la responsabiliza de la obtención de determinados objetivos sociales. Aunque esta responsabilización no se opera sobre la base de una prefiguración cerrada por la Constitución del modelo social.

Pero el hecho de que la cláusula del estado social no prefigure constitucionalmente el orden social sustantivo final no comporta un desfallecimiento de éste como principio jurídico, directamente aplicable. Y ello porque esta indeterminación corresponde necesariamente al carácter abierto y pluralista de la sociedad que se articula bajo la forma del estado democrático. Por ello señala Abendroth que “la determinación del principio social debe tener lugar mediante decisiones democráticamente legitimadas y a través de las formas y los valores del estado de derecho”

Esto no implica, como apunta Düring, que el principio del estado social haya de ser interpretado desde lo que él llama “relativismo democrático” sino que, a su juicio –referido a la Ley Fundamental de Bonn y aplicable sin matices a nuestra realidad constitucional– la Constitución ha prescindido de todo relativismo para fijar unos principios de valor pretendidamente permanente. Para Düring no existe contradicción entre la libertad de determinación democrática y la exigencia social que deriva de los valores y principios constitucionales. La Constitución con cláusula de estado social ha consagrado una libertad que desborda el concepto histórico liberal. La libertad del estado social es una libertad vinculada socialmente.

Lo importante, a los efectos que interesan aquí, es que el elemento “social” del estado no es puramente ético sino que tiene valor y eficacia jurídicos y que proyecta estos efectos jurídicos sobre la intervención estatal en la vida social, económica y cultural. Esta definitiva configuración jurídica del principio del estado social posibilita “desde luego, un rechazo por el Tribunal Constitucional de una medida legislativa o de cualquier otro poder público que no tenga en cuenta, es decir, omita el cumplimiento del deber de configuración social; en definitiva abre la vía a un control negativo de la actuación de los poderes públicos” (Parejo).

Hay que afirmar, por tanto, que la iniciativa económica pública no puede eludir las exigencias del estado social. Las iniciativas económicas de

la administración habrán de inscribirse necesariamente en el derecho-deber de conformación social con arreglo a los valores y principios constitucionalizados. Los tribunales no podrán decir qué ha de hacer la administración en este campo de la iniciativa –pues emprender o no una actividad económica será en todo caso una decisión no fiscalizable– pero podrán siempre comparar una concreta decisión de iniciar una actividad económica con las exigencias del estado social.

¿Quiere ello decir que se evita todo relativismos? ¿Quiere ello decir que la constitución nos dice con claridad lo que no puede ser objeto de la iniciativa económica pública? Por supuesto que no. Pero la cláusula del estado social significa una acotación trascendental frente a un riesgo al que los poderes públicos (y la administración más concretamente) no pueden sustraerse: el riesgo de acometer iniciativas económicas que no guarden relación alguna con el deber de conformación del estado social.

A. Nieto, en su ya citado estudio sobre los intereses generales, señala cuatro líneas dominantes en la evolución histórica de la materia: a) El dogmatismo, encarnado en la forma religiosa del bien común o de la voluntad general roussoniana (y en su versión secularizada de la moderna politología). b) El escepticismo, que considera los intereses generales como una realidad metajurídica imposible de comprender intelectualmente. c) El nihilismo, que pura y simplemente niega la existencia de los intereses generales y, en fin, d) El existencialismo, para el que no hay un interés general abstracto absoluto sino diversos intereses generales, condicionados por la coyuntura política y constitucional de cada momento.

Esa visión existencialista de los intereses generales, con ser la más asumible –y la más sintonizada con la trayectoria intelectual del siglo que acaba– no deja de tener sus riesgos.

Al fin de esta ya larga reflexión sobre lo que puede y no puede hacer la administración en sus aventuras empresariales, no cabe eludir la consideración de las influencias del momento histórico. No hay inconveniente en aceptar que los intereses generales –incluso dentro de la cláusula del estado social– son cambiantes y que deben ser interpretados en el contexto histórico de cada momento.

Si Ortega pudo decir al principio de este siglo que “el hombre no tiene naturaleza, tiene historia”, no habrá de resultar difícil aceptar que no hay valores absolutos sino valores históricos.

Este relativismo histórico ha sido una palanca intelectual formidable para enfrentarse a las visiones esencialistas y dogmáticas que han pretendido justificar la imposición por la fuerza de conceptos y sistemas que

se definían como incuestionables. En este contexto, es comprensible el recelo que suscita cualquier intento de definir valores naturales. También la administración es una realidad histórica, cambiante.

Pero al término de este recorrido, inspirado en el deseo de contribuir a reforzar la dignidad y la seriedad de lo público, no puede ocultarse que si se entiende que los intereses generales no son sino la suma de los intereses particulares, en definitiva, si se entiende que todo lo posible es bueno, entonces se corre el riesgo de que la actividad económica de la administración se apoye en una concepción meramente sociológica de los intereses generales, exenta de cualquier consideración crítica y de toda referencia ética.

Cuando este texto estaba cerrado, un ejemplo de la vida real vino a ilustrar la preocupación que intento exponer en este momento de concluir. La discoteca Zeleste de Barcelona, considerada el “templo del rock”, estaba a punto de cerrar por problemas puramente empresariales, según informaciones de prensa aparecidas en los primeros días de Agosto. La movilización de los usuarios consiguió llegar a la opinión pública y lanzar mensajes del siguiente calado: “Si se ayuda al Liceo o al Tibidabo ¿por qué no a Zeleste?”. Lo preocupante no es la pregunta sino la respuesta. El concejal de Cultura del Ayuntamiento de Barcelona manifestó literalmente que “el consistorio estudiaría crear una sociedad nueva que no pierda dinero para refundar Zeleste”. Mi preocupación no nace de un apriorismo ético. El negocio de discoteca no me merece mayor reproche que la distribución de pizzas a domicilio o la fabricación de patinetes. Pero el hecho de que se trate de actividades destinadas a satisfacer intereses realmente existentes en la sociedad no permite, a mi juicio, incorporarlas a la construcción de un concepto útil de interés general. El Tribunal Constitucional ha sentenciado literalmente que el hecho de que las actividades económicas sean jurídicamente relevantes y reciban la protección del ordenamiento jurídico “no las convierte automáticamente en intereses públicos o generales” (STC 179/1994).

No parece, por tanto, que todo lo que tiene demanda en el mercado, por el sólo hecho de responder a un interés nacido en la sociedad, sea un interés social susceptible de legitimar la actividad empresarial de la administración, porque no todo interés socialmente existente, ni siquiera todo interés socialmente relevante, puede elevarse “per se” a la categoría de interés público o general, que es requisito ineludible para legitimar la iniciativa económica pública.

Cuando me decidí a abordar la materia que me ha ocupado hasta aquí no me guiaba la necesidad de construir una administración mínima sino de desbrozar el camino hacia una administración óptima.

La función de lo público no es para mí –como he dicho al principio– residual o marginal. La administración es una organización instrumental y servicial para ejercer su función configuradora del orden social. La intervención activa en la economía ha de fundarse en criterios sustantivos que vienen prefigurados por los valores del estado social y democrático. La invocación de esos valores no pretende, por tanto, limitar la iniciativa económica pública resucitando criterios de neosubsidiariedad sino que, por el contrario, trata de garantizar que la administración no sea un instrumento sin norte social ni moral.

Para ello es necesario superar la concepción existencialista o relativista de los intereses públicos, como mera suma o agregado de los intereses reales.

Victoria Camps y Salvador Giner preconizan saltar a la categoría del interés común para eludir los riesgos de la politización de la moral. “Mientras nuestra civilización continúe asumiendo la soberanía del hombre, –dicen– tal como hizo la cultura racionalista de la que procede, habrá de reconocerse la presencia (en la sociedad) de un interés común autónomo, descubrible por medio del raciocinio y presentable a la opinión pública como independiente del interés sectorial, gremial o egoísta”.

Pensar siempre es un reto. Pero la dignidad de lo público nos exige ese esfuerzo de raciocinio para descubrir el interés común autónomo (es decir que no le viene impuesto desde fuera), único a mi juicio capaz de legitimar la iniciativa económica pública. Si, como hemos recordado, el estado social es un proyecto de vida en común, habrá que dejar claro que la cláusula del estado social no es un cajón de sastre. Que en ese proyecto no cabe todo sino que ese proyecto se inspira en objetivos de la comunidad, que configuran un interés común y no en un mosaico abigarrado y acrítico de valores particulares. De la misma forma que la administración no se justifica ni legitima por sí misma, la sociedad –es decir, la realidad social– tampoco se justifica y legitima por ella misma. Si aceptásemos esta moderna “sociodicea” carecería de sentido el mandato constitucional a los poderes públicos para llevar a cabo su tarea conformadora de un orden social inspirado en la libertad, la igualdad y la justicia y carecerían, por tanto, de sentido los esfuerzos de la administración por acercarse a la “plenitud” de ese orden social, exigida por el artículo 9 de la Constitución.

Lo que limita la iniciativa económica pública es, por tanto, la posibilidad de encajarla en un interés común. A los juristas nos corresponde contribuir a esta inacabable tarea, como aconseja Galgano, no “desde criterios de tipo ontológico, como el de la adhesión a la realidad empírica, sino con criterios de tipo deontológico”. Pretender que la administración ajuste su iniciativa

económica a ese interés común y que no se limite a adherirse cómodamente a los intereses existentes, supone impulsar, mediante un esfuerzo intelectual permanente, la incorporación a las normas de un interés común, inspirado en los valores constitucionales del estado social.

Creo que éste es nuestro compromiso y a él responden estas palabras.

BIBLIOGRAFIA

ALBORCH BATALLER, C.: “Reflexiones en torno a la iniciativa económica privada e iniciativa económica pública en la Constitución Española”, Univ. de Valencia, 1980.

ALCOVER GARAU, G.: “Aproximación al régimen jurídico de la sociedad de capital local”, Estudios Homenaje Menéndez, Civitas 1996.

ALONSO UREBA, A.: “La empresa pública. Aspectos jurídico constitucionales y de derecho económico”, Ed. Montecorvo 1985.

- “La sociedad mercantil de capital como forma de gestión de los servicios locales”, Univ. Complutense, 1988.

ARIÑO ORTIZ, G.: “La administración institucional. Mito y realidad de las personas jurídicas en el Estado”, IEA 1972.

- “La empresa pública”, IEE 1981

- “Libertad, propiedad y empresa”, Ed; Aranzadi 1989

- “Economía y estado. Crisis y reforma del sector público”, M. Pons 1993.

AVILA DE LA TORRE, A.: “Delimitación del ámbito del poder de representación de los administradores de la sociedad anónima. Eficacia jurídica de las directivas comunitarias. Comentario a la Resolución de la DGRN de 3 de Octubre de 1994”, RCDI núm. 633, 1966.

BAENA DEL ALCAZAR, M.: “Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía”, Tecnos 1966.

BASSOLS COMA, M.: “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, RAP núm. 84 (1977).

- “La planificación y la intervención pública en la economía”, Ed. Aranzadi 1989.

BORRAJO INIESTA, Ig.: “El intento de huir del Derecho Administrativo”, REDA núm. 78.

BROSETA PONT, M.: “Las empresas públicas en forma de Sociedad Anónima”, RDM núm. 100 (1966).

CAMPS, V. y GINER, S.: “L’interés común”, 1990.

CLAVERO AREVALO, M.F.: “Personalidad jurídica, derecho general y derecho

singular en las administraciones autónomas”, DA núm. 58.

COSSIO, A.: “Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica, ADC 1954.

DAVIES, P.: “Why is the universe knowable?”, en *Mathematics and Science*, Ed. R.E. Mickens, Oxford University Press, 1990.

DE JUAN ASENJO, O.: “La constitución económica española. Iniciativa económica pública “versus” iniciativa económica privada”, CEC 1984.

DE LA MORENA DE LA MORENA, L.: “Derecho administrativo e interés público: correlaciones básicas”, RAP núm. 100-102.

DE LA SERNA BILBAO, N.: “La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios”, Aranzadi 1995.

DE LA QUADRA SALCEDO, T.: “Corporaciones locales y actividad económica”, M. Pons 1999.

DELGADO BARRIO, J.: “El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico”, Civitas 1991.

DEL SAZ, S.: “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, RAP núm 133.

DESDENTADO DAROCA, E.: “Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico”, Aranzadi 1999.

DORAL GARCÍA: “La personalidad jurídica: de la libertad formal a la libertad civil”, *Rev. De Derecho Privado*, Febrero 1977.

ESTEVE PARDO, J.: “La personalidad jurídica en el derecho público”, en *Administración Instrumental, Homenaje Clavero*, 1994.

FERNANDEZ FARRERES, G.: “En torno al procedimiento de creación de empresas nacionales: especial referencia al principio de subsidiariedad”, RAP núm. 80 (1976).

FERNANDEZ GONZALEZ, F.J.: “La intervención pública en la actividad económica. Los títulos que la legitiman”, Civitas 1995.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: “Empresa pública y servicio público: el final de una época”, REDA Núm. 89 (1996).

- “Arbitrariedad y discrecionalidad”, Civitas (1991).

- “Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor”, REDA núm. 76.

- “De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario”, REDA núm. 80 (1993).

FONT GALAN, J.: “Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978”, RDM núm. 152 (1979).

GALGANO, F.: “La liberta di iniziativa economica privata nel sistema delle libertá costituzionali”, (*Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, CEDAM. Padova, 1977).

- “Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici” (*Trattato*.)

- “Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica”,

Rivista di Diritto Civile, 1965.

- “Delle persona giuridiche”, (Commentario del Codice Civile, 1969).

GALLEGO ANABITARTE, A. y RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: “La nueva regulación del mercado del gas natural”, RAP núm. 148 (1999).

GARCIA DE ENTERRIA, E.: “La actividad mercantil e industrial de los municipios”, RAP núm. 17 (1955).

“Democracia, jueces y control de la administración”, Civitas, 3a. Edición 1997.

GARCIA PELAYO, M.: “Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución”, CEC, Vol III, 1991.

GARCIA TREVIJANO FOS, J.A.: “Aspectos de la administración económica”, RAP núm. 12 (1953).

GARRIDO FALLA, F.: “La empresa pública en el derecho español”, Bolonia, 1973.

- “La empresa privada en la Constitución española”, Círculo de Empresarios, 1979.

- “El modelo económico de la Constitución y la revisión del concepto de servicio público”, REDA núm. 29 (1981).

- “Privatización y reprivatización”, RAP núm. 126.

- “Origen y evolución de las entidades instrumentales de las administraciones públicas”, Civitas Homenaje Clavero, 1994.

HURTADO ORTS, F.: “La iniciativa pública local en la actividad económica”, FVMP núm. 12.

JIMENEZ BLANCO, A.: “Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, REDA núm. 84 (1994).

LAFUENTE BENACHES, M.: “Las nociones de administración pública y de personalidad jurídica en el derecho administrativo”, Civitas Homenaje Clavero 1994.

LAGUNA DE PAZ, J.C.: “La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades”, Civitas Homenaje Clavero, 1994.

LLISET BORRELL, F.: “La actividad empresarial de los entes locales”, Abella 1990.

- “Las sociedades privadas de los entes locales”, REALA núm. 235-236 (1987).

MARTIN REBOLLO, L.: “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, RAP núm. 100-102 (1983).

MARTIN RETORTILLO, S.: “La empresa pública como alternativa. Un análisis del sistema español”, Bolonia, 1973.

- “Las empresas públicas: reflexiones del momento presente”, RAP núm. 126.

MENENDEZ MENENDEZ, A.: “Constitución, sistema económico y Derecho mercantil”, Univ. Autónoma de Madrid 1982.

MONTOYA MARTIN, E.: “Las empresas públicas sometidas al derecho privado”, M. Pons 1996.

MORISSI, M.: “Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en

una Constitución de la “crisis””, Civitas 1980.

MUÑOZ MACHADO, S.: “Las competencias en materia económica del estado y de las Comunidades Autónomas. Aspectos jurídicos de la ordenación del sistema económico en la Constitución española”, IEF 1980.

- “La noción de empresa pública”, Homenaje Clavero (Civitas 1994).

NAVARRO PALACIOS, M.: “Las entidades instrumentales de las administraciones públicas”, Homenaje Clavero (Civitas 1994).

NIETO GARCIA, A.: “La administración sirve con objetividad los intereses generales”, Estudios Homenaje García de Enterría, Vol. III.

PAREJO ALFONSO, L.: “Estado social y administración pública. Postulados constitucionales de la reforma administrativa”, Civitas 1983.

- “Constitución y valores del ordenamiento”, 1990.

- “Crisis y renovación del derecho público”, CEC 1991.

- “Administrar y juzgar: dos funciones distintas y complementarias”, Tecnos 1993.

- “Eficacia y administración: tres estudios”, MAP 1995.

PAZ ARES, C.: “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico”, RDM (1985).

PIÑAR MAÑAS, J.L.: “Privatización de empresas públicas y derecho comunitario”, RAP núm. 133.

- “Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España”, REDA núm. 84 (1994).

REMON PEÑALVER, J.: “Problemática de la organización y régimen jurídico de la empresa pública”, RDM núm. 231 (1999).

ROJO, A.: “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española”, RDM núm. 169-170 (1983).

ROMERO HERNANDEZ, F.: “Las empresas municipales de promoción de iniciativas empresariales”, Civitas Homenaje Clavero (1994).

SALA ARQUER, J.M.: “Huida al derecho privado y huida del derecho”, REDA núm. 75.

SAENZ GARCIA DE ALBIZU, J.C.: “El objeto social en la sociedad anónima”, Civitas 1990.

SANCHEZ MORON, M.: “Discrecionalidad administrativa y control judicial”, Tecnos 1994.

SANCHEZ RUS, H.: “Objeto social y poder de representación en la sociedad anónima”, RCDI núm. 628, 1995.

SERRA REXACH, E.: “La empresa pública en la Constitución”, IEF 1980.

SOSA WAGNER, F.: “Comentario a la desafortunada sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989”, Rev. del Poder Judicial núm. 19.

- “La organización de los servicios económicos”, DA núm. 228 (1991).

- “Las fronteras del sector público”, Universidad de Murcia, 1999.

VAÑO VAÑO, M^a. J.: “La liberalización del sistema eléctrico español:

desregulación y neoregulación”.

VILLAR PALASI, J.L.: “La actividad industrial del estado en el derecho administrativo”, RAP núm. 3 (1950).

- “La intervención administrativa en la industria”, IEP 1964.

- “Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales de las administraciones públicas”, Civitas Homenaje Clavero 1994.

**DISCURSO DE CONTESTACION
AL DE INGRESO EN LA ACADEMIA DEL
EXCMO. SR. D. FÉLIX PONS IRAZAZABAL,
POR PARTE DEL ACADÉMICO
EXCMO. SR. D. MIGUEL COLL CARRERAS**

I

El discurso se centra en la Constitución vigente y sus planteamientos en torno a las posiciones legalmente adoptables por las Administraciones públicas españolas respecto a lo que se entiende por economía de mercado y, al estudiar el tema, arranca su autor de un presupuesto claramente perfilado consistente en la creencia de que con anterioridad a su promulgación, las incursiones del Estado en dicho ámbito sólo se concibieron con acomodo al llamado principio de subsidiariedad, lo que significa que nunca hubo normativa encaminada a que, con alteración o adulteración de dicho principio, fuera admisible que el Estado implantara, en competencia con la empresa privada, organizaciones que, fuera la que fuese su estructura, tuviesen como objetivos los que son propios de dicha empresa privada en ese marco de la economía de mercado.

Entiendo que alguna excepción apuntada en el discurso podrá introducirse en dicho orden de cosas.

Las citas del Fuero del Trabajo de 1.938 y de la llamada Ley de Principios del Movimiento Nacional, sustancialmente alistables en la doctrina elaborada en derredor del principio de subsidiariedad, aparecen históricamente moduladas por la Ley de 25 de septiembre de 1.941, creadora del Instituto Nacional de Industria. Dicha Ley desplegó real eficacia y fué notablemente importante durante un largo período –una veintena de años–, por lo que soy del parecer de que es necesario recordarla a título de pieza notable en la historia hispana de la economía de mercado y del posicionamiento al respecto del Estado.

En el discurso del nuevo Académico se reconoce sucintamente el hecho en el párrafo que dice así:

“Este diáfano planteamiento (se refiere a las solemnes declaraciones del Fuero del Trabajo y de la Ley de Principios del Movimiento Nacional) tuvo inicialmente una eficacia jurídica muy difusa o prácticamente nula. Su vigencia inicial fué meramente semántica, lo que explica la promulgación de la Ley de 26 de septiembre de 1.941, de creación del INI, inspirada en criterios de muy difícil encaje en el principio de subsidiariedad”.

Precisamente dicha afirmación de que los criterios de la indicada ley eran “de muy difícil encaje en el principio de subsidiariedad” constituye una llamada de atención que sintoniza con la excepción de que antes se ha hecho mérito.

En efecto, en el preámbulo de tal Ley, tras aludirse a la de 24 de octubre de 1.939, sobre protección de la industria nacional (orientada en una línea concorde con el principio de subsidiariedad), se dijo lo siguiente:

“Sin embargo, es tan grande la cuantía de las inversiones que la fabricación de determinados productos requiere, que muchas veces rebasa el marco en que las iniciativas particulares se desenvuelven, y para otras, el margen de beneficios resulta tan moderado que no ofrece incentivos a los organismos financieros, que hacen desviar el ahorro español hacia otras actividades, en perjuicio de los intereses de la Patria”.

A tono con dicho preámbulo, la Ley, en su art. 1º, dispuso que se crea el Instituto Nacional de Industria, entidad de Derecho Público que tiene por finalidad propulsar y financiar, en servicio de la Nación, la creación y resurgimiento de nuestras industrias, en especial de las que se propongan como fin principal la resolución de los problemas impuestos por las exigencias de la defensa del país o que se dirijan al desenvolvimiento de nuestra autarquía económica, ofreciendo al ahorro español una inversión segura y atractiva. Y en el artículo 2º se señaló que el Instituto utilizará los métodos de las sociedades anónimas privadas para sus fines estatales pero conservando siempre en la gestión y administración el control del Gobierno, añadiéndose que “mantendrá el control absoluto de los negocios en que, por razones militares o autarquicas esté interesado y, especialmente, ejercerá el de las grandes industrias de armamento y, en general de las que reciban la mayor parte de los pedidos estatales”.

La llamada a la “autarquía” como fin estatal en un tiempo en que España acababa de salir de una feroz guerra civil y se encontraba en una Europa afectada por la segunda guerra mundial hubo de entenderse como solución forzada por la estrechez más que como designio de gloriosas

empresas. Las tremendas escaseces que atormentaron en los años cuarenta al País en razón directa de las dos guerras referidas, hicieron que alcanzara visos de realidad el fenómeno conocido con la expresión “convertir la necesidad en virtud”, pues si se habló de autarquía fué, realmente, más con propósitos de utilizar lo mejor posible lo que se tenía y podía conseguir en el círculo cerrado de la economía en aquel tiempo, que con un trazado de proyectos expansivos encaminados a la consecución de niveles económicos tan elevados como los de otros países señeros en la economía mundial, situados en primera línea en Europa y en el Mundo.

Esa incursión en el ámbito económico en directo, a extramuros de subsidiariedades, por influjo de la Ley creadora del Instituto Nacional de Industria, se hizo notar sensiblemente y a pesar de la pérdida de potencia a lo largo de los años en las iniciativas que sobrevinieron en una primera época del Instituto, uno puede registrar muy importantes realizaciones que, al “competir” empresas estatales con empresas privadas, han dejado huella clara en el mercado, con incuestionable subsistencia en el presente. Valga, como ejemplo, ENDESA, la empresa nacional de electricidad, surgida con capital estatal, exclusivamente, que se convirtió en la primera empresa productora de energía eléctrica antes de una privatización llevada a cabo, paulatinamente, en el último cuarto de siglo.

II

En 1.957 da comienzo un nuevo período en la política económica. Se archiva el concepto autarquía, experimenta notoria quiebra la tendencia expansiva del Instituto Nacional de Industria y rebrotan los principios de subsidiariedad en la teoría de las Administraciones públicas en relación con el mercado. En otras palabras, por influjo de los llamados tecnócratas que participan en el Gobierno de la Nación, la vuelta a dicha teoría de la subsidiariedad, con real abolición del experimento a que respondió el Instituto, aunque fuera con timidez inicial, es un hecho incuestionable. Se comienza con los Decretos de 5 de abril del citado año, sobre contratación de divisas y estabilización de la peseta y se sigue por una vía de eliminación de ataduras e intervenciones en el comercio que apunta a retornos a criterios de libertad en la creación de empresas con eliminación de reservas y restricciones, en paralelo con una pérdida de agresividad en las empresas estatales.

Y en dicho estado de cosas, grosso modo consideradas, se llega doctrinalmente al importante suceso consistente en la entrada en vigor de la Constitución de 6 de diciembre de 1.978.

III

Evidentemente –lo ha resaltado muy bien el autor del discurso cuya contestación se me ha encargado por el Presidente de la Academia, de conformidad con sus estatutos– nuestra Carta Magna ofrece, en el marco de la economía, declaraciones tan trascendentales como las siguientes:

La del art. 1º que afirma que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”.

La del art. 40, expresiva de que “los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica”.

La del 131, indicativa de que el Estado “mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución”; y

La del art. 128 que tras prevenir en su párrafo primero que “toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general, afirma en el segundo que “se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica y que, mediante ley, se podrá reservar el sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo, acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

IV

Con las declaraciones ofrecidas por los preceptos constitucionales citados ha saltado de nuevo la añeja cuestión de la subsidiariedad en orden a la irrupción de las Administraciones Públicas, con fórmulas empresariales, en el ámbito de la economía del País.

Como se ha dicho muy bien en el discurso pronunciado, se ha detectado un movimiento de retirada en quienes, comulgando con la doctrina del liberalismo manchesteriano mantenían a título de regla básica de la actividad administrativa que solo excepcionalmente, cuando hubiese notorias deficiencias en orden a la iniciativa privada, resultaría concebible la presencia en el mercado de empresas públicas, engendradas o alentadas por las Administraciones respectivas.

En particular, el texto del art. 128 ha servido para que, por contra, más de uno opinara que, dando un paso al frente, la incursión de las Administraciones Públicas podría experimentarse en un plano de absoluta equiparación con las empresas privadas. Verdaderamente, los términos del

precepto (“se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica”) han servido para que algunos autores tal y como se ha dicho hoy aquí, opinasen que, sin resquemores, sin necesidad de justificación, podía pensarse en una entrada en juego en el ámbito de la economía de mercado de las empresas públicas, en franca competencia con las privadas y, sobre todo sin necesidad de invocación y justificación de causas legitimadoras de las decisiones tomadas.

Quiérase o no, la expresión aludida, entresacada del art. 128, con el complemento resultante del resto de dicho artículo, corre parejas con lo que la Ley de 25 de septiembre de 1.941, creadora del Instituto Nacional de Industria, puntualizó en el sentido de que la autarquía, como fin del Estado, había de reputarse razón necesaria y suficiente para la aparición de empresas públicas en el mercado en competencia con empresas privadas.

Mas, como se ha reconocido en el discurso, no es posible en Derecho amparar dicha tesis, cuya radicalidad sube de punto si se recuerda que alguien la ha asumido no tan solo negando la necesidad de causas legitimadoras, sino añadiendo que el afán de lucro, el deseo de acceso a horizontes de rentabilidad, tendría que reputarse objetivo alcanzable en Derecho en el proceso de generación de empresas públicas en las condiciones indicadas.

Participo en la creencia de que no cabe aceptar criterios tan extremistas como los alistados al socaire del art. 128.

Como tantas veces sucede en el mundo del Derecho, jamás los artículos de una norma pueden leerse y aplicarse aisladamente considerados, es decir sin dirigir la vista a los demás del conjunto. Nunca, en un Ordenamiento Jurídico puede aspirarse al prevailecimiento sin más de un texto referido a una parte, sin prestar atención al todo, es decir a la integridad de la disposición. En otras palabras la visión del art. 128 con sus alicientes a la incursión en la economía de mercado de las empresas públicas, es visión que requiere un filtro a utilizar como resultado de la lectura de otros artículos constitucionales.

Esto es lo que, con acierto, se ha puesto de relieve en el discurso cuando su autor ha apelado a otros dos artículos de la Carta Magna para acotar, junto con el 128, el campo operativo en este orden de cosas. Se trata, de un lado, del art. 38, que afirma el principio de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Evidentemente, el respeto a tan fundamental declaración implica la presencia de un auténtico tope a cualquier exceso de las empresas públicas surgidas de decisiones tomadas según el art. 128 . Y de otro lado, cuando el art. 103 de la Constitución afirma que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses

generales... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho” está proyectando un segundo requisito de fundamental observancia, puesto que la Administración, tanto si se manifiesta en su ámbito tradicional, ajeno a la economía de mercado, como si irrumpe en ésta, mediante empresas públicas, ha de acomodarse rigurosamente a las prescripciones de dicho art. 103, o sea que tiene que “servir con objetividad los intereses generales y ha de atemperarse, sin fisuras, al Ordenamiento Jurídico. En definitiva, ha de tener como norte y guía de su actividad el principio de legalidad que luce en el art. 9º del Texto Constitucional y viene a constituir uno de los cimientos del Estado de Derecho.

Con independencia de estas reflexiones, cabe advertir –y así se ha sugerido en el discurso a cuya contestación me aplico–, que las Administraciones Públicas, aun cuando, con el ropaje de sociedades anónimas, se muevan en el campo del Derecho Mercantil, no pueden olvidar o desconocer que su sustancia sigue siendo la propia de las personas jurídicas de Derecho Público, por lo cual han de ser siempre respetuosas con tal sustancia en dicho orden de cosas. Cabe pensar, salvando las naturales distancias, en la polivalencia que se acusa en la contratación administrativa cuando se considera una fase de gestión, enraizada en el Derecho Administrativo y sometida a su ordenamiento específico y unos tramos de perfección y consumación enmarcados en el ámbito del Derecho Privado y sometidos a los ordenamientos civil y mercantil. Esto se vé como atisbo o primicia en materia de contratación cuando se reflexiona en torno a la doctrina de los actos separables, de suerte que mientras la disciplina interna, llamémoslo así, de los negocios jurídicos que se celebren sea la propia del Derecho Privado, no suceda lo mismo con los pasos que hay que dar, desde el ángulo de la Administración para la génesis de dichos negocios, toda vez que éstos habrán de ajustarse al Derecho Administrativo. De aquí que esos actos de generación de tales negocios hayan de reputarse “separables” de los integrados en el negocio en sí en orden a su consumación. Derecho Administrativo para aquellos y Derecho Privado, Civil o Mercantil, para éstos.

Más aún, en la apuntada línea de que sobre todo hay que partir del supuesto de que las Administraciones Públicas aspiren a la satisfacción de intereses generales, con sometimiento a la Ley y al Derecho, tanto si actúan en su ámbito peculiar –Derecho Administrativo– como si trascienden al Derecho Mercantil, en el marco de la economía de mercado, devendrá útil recordar que la coraza de las sociedades anónimas no es invulnerable, puesto que ya son bastantes los años transcurridos desde que la Jurisprudencia Civil de nuestro Tribunal Supremo acogió la llamada doctrina del levantamiento del velo. Ejemplarmente cabe invocar la

sentencia de 8 de abril de 1.996, expresiva de que “es doctrina jurisprudencial consolidada aquella que permite penetrar en el sustrato personal de las personas jurídicas a fin de evitar un mal uso de su personalidad en un ejercicio antisocial de un derecho o en perjuicio de tercero, y a la que se refiere, entre otras, la sentencia de 12 de febrero de 1.993 diciendo que esta Sala no ha vacilado en apartar el artificio de la sociedad anónima para decidir los casos según la realidad”.

He aquí, a mi modo de ver, un argumento de cierre que contribuye a restar beligerancia a las opiniones de quienes han querido ver en el art. 128 de la Constitución una puerta abierta para que, sin legitimaciones causales, pueda reputarse absolutamente libre la implantación de empresas públicas en el régimen español de la economía de mercado, de tal suerte que la libertad que se proclama en el art. 38 en provecho de personas naturales y jurídicas de Derecho Privado sea virtud igualmente predicable para las Administraciones Públicas en punto a la creación de empresas mercantiles en competencia con las implantadas por dichas personas naturales o jurídicas de Derecho Privado.

Al contrario, nunca una empresa pública podrá desconocer su esencia pública, de servicio de intereses generales con sometimiento a la Ley y al Derecho del art. 103 de la Constitución, y por tanto le estarán vedadas actuaciones divergentes de tal esencia, encuadrables en lo que la jurisprudencia civil califica como “ejercicio antisocial del Derecho” para justificar el levantamiento del velo de las sociedades anónimas.

V

La promulgación, primero del Real Decreto Ley de 16 de junio de 1.995, Título III, y mas tarde de la Ley de 10 de enero de 1.996, ha dado lugar a un rebrote de la cuestión objeto de reflexiones en el discurso de ingreso pronunciado y en los presentes comentarios.

El nacimiento de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, la SEPI, confluyente con la extinción del Instituto Nacional de Industria y del Instituto Nacional de Hidrocarburos, ha introducido en nuestro Ordenamiento un nuevo régimen de inmersión de la Administración Pública Estatal en la economía de mercado. En el art. 10 de dicha Ley se perfilan los objetivos de tal sociedad en los términos siguientes:

“a) La obtención de mayor rentabilidad de las acciones y participaciones que se le adjudiquen de acuerdo con las estrategias industriales participadas por la sociedad estatal” y

“b) La fijación de criterios para una gestión de las acciones y participaciones que se le adjudiquen acordes con el interés público”.

Evidentemente dicha sociedad estatal, persona jurídica de Derecho Público, no está concebida para una actuación directa en el marco de la economía de mercado, sino para la susceptible de llevarse a efecto a través de las compañías mercantiles en las que participe, en mayor o menor medida, en función de la titularidad de las acciones de éstas que corresponda a la susodicha sociedad estatal. En definitiva, formalmente hablando, no hay diferencia entre la SEPI y el INI, por cuanto el sistema a que éste se ajustó era análogo al que caracteriza el “modo” de operar previsto en el Real Decreto Ley y en la Ley a que acabamos de referirnos.

Ahora bien, la colisión de puntos de vista (libertad en la actividad de las empresas públicas, en un plano igual al de las privadas por una parte, y necesidad de observancia del art. 103 de la Constitución por aquellas en cuanto hagan al amparo de la normativa mercantil), de la que se ha hecho mérito, se reproduce al contrastar los transcritos epígrafes a) y b). Quien leyere el a) encontrará argumentos para que la aludida equiparación empresarial de lo público con lo privado predomine, en función de que “la obtención de mayor rentabilidad” en correspondencia con “estrategias industriales” se predica de la SEPI y por tanto de sus empresas. En cambio, quien se fije en el b) apreciará como tarea primordial de dicha persona jurídica de Derecho Público la que ha de consistir, en orden a sus empresas, en “la fijación de criterios” para que la gestión a desenvolver sea “acorde con el interés público”.

Soy del parecer de que con independencia del orden de colocación de esos dos epígrafes en la mencionada Ley de 10 enero de 1.996, el fin básico, primordial o fundamental, en consonancia con la teoría del art. 103 de la Constitución, ha de ser la satisfacción del interés público en armonía con el Ordenamiento Jurídico. Y una vez formada opinión sobre como ha de alcanzarse dicho objetivo fundamental, habrá lugar a que se decida lo pertinente para que se obtenga una mayor rentabilidad y se seleccionen las medidas mas adecuadas en el campo de la estrategia empresarial. En otras palabras, cuanto se dice en el epígrafe a) es materia instrumental, de pura ejecución, mientras que lo que se proclama en el epígrafe b) es designación de metas básicas, realmente prioritarias, susceptibles de alcanzarse con el empleo de las técnicas apuntadas en el susodicho epígrafe a).

Con esto se vuelve al plano de los intereses generales cuya satisfacción viene constituyendo el objetivo de toda Administración Pública, en cualquier tiempo, a tenor de las normas que la regulan. Desde la Constitución de Cádiz hasta la vigente uno puede encontrar prescripciones similares. Con una u otra redacción, el bien común, enunciado en 1.812 en el art. 13 de aquella Constitución (“el objeto del Gobierno es la felicidad de la nación puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los

individuos que la componen”), como concepto equivalente al interés general (de todos los españoles) es, sin lugar a dudas, la meta que, con el empleo de otras palabras se dibuja en el art. 103 de la Constitución vigente.

Ahora bien ¿quién dá la medida de esos intereses generales? ¿quién los define y los perfila para que la realidad armonice con la abstracción del concepto?. No hay duda de que estamos frente a un paradigmático ejemplo de lo que en Derecho Administrativo se define como concepto jurídico indeterminado, y ya sabemos que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en el sentido de que, en una primera fase, ha de ser la Administración la que al socaire del art. 103 de la Constitución asuma la tarea con objetividad e imparcialidad y que en otra fase puedan los Tribunales, controlando los actos de la Administración, revisar las apreciaciones hechas por ella.

He aquí un riesgo que hay que correr valiéndose de los instrumentos que el Ordenamiento pone a disposición de los ciudadanos teniendo muy en cuenta la evolución registrada en la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa en orden a la discrecionalidad de los actos de las Administraciones. Si en un principio hubo que respetar, sin explicaciones ni justificaciones, dicha discrecionalidad, hace ya mucho tiempo que el ejercicio de la potestad administrativa al respecto requiere la motivación de los actos en un primer escalón, y el control jurisdiccional en una segunda etapa.

Hemos creído que no ha de estar de más la alusión a esos temas cuando uno se muestra partidario, con el autor del discurso, de que la irrupción de las Administraciones Públicas en la Economía de Mercado solo es admisible siempre que, en verdad, se guarden y cumplan en todo momento las exigencias del reiteradamente citado art. 103 de la Constitución Española.

VI

Soy del parecer de que la respuesta al discurso de ingreso no quedarla completa si no se dedicara un espacio, aunque breve, a lo que podríamos llamar praxis de las empresas creadas por las Administraciones Públicas con aplicación de fórmulas de Derecho Privado. La cuestión es distinta de la definible como “privatización de las empresas públicas” que surge cuando la titularidad de las participaciones en su capital deja de pertenecer a dichas Administraciones y pasa a integrar los patrimonios de personas naturales y jurídicas de Derecho Privado. Al contrario, lo que aquí hay que considerar es otra cosa: La aplicación de instrumentos arquetípicos del Derecho Privado en la gestión de servicios auténticamente públicos, de esos que siempre han constituido la esencia de cualquier Estado.

Decía una Ley del Fuero Viejo de Castilla que “estas cuatro cosas son

naturales al señorío del Rey que non las deve dar a ningun omne, nin las partir de si ca pertenescen a él por razón del señorío natural: Justicia, moneda, fonsadera e suos yantares”.

Dicha antigua prevención viene a fijar los cimientos de lo que constituye la columna vertebral de toda Administración Pública. Dejemos de lado la Justicia y ciñámonos a la fonsadera e suos yantares, que eran los impuestos ordinarios de aquel tiempo, para poner de relieve que su exacción (sustancia y procedimiento) era algo inconcebible “a extramuros del Rey”, concepto éste trasladable al tiempo presente con el fin de que se estime que en materia tributaria la Administración ha de ser pública, de principio a fin, sin que haya lugar a pensar en ingerencia en ella de instrumentos de privatización.

Estas citas se hacen con el objeto de que en mi opinión, en materias esenciales, cual es la tributaria, no tendrían que abrirse puertas a instrumentaciones de Derecho Privado, como puede suceder en nuestro Ordenamiento Jurídico.

La cuestión ha sido abordada por varios autores. Destaca entre ellos Sebastián Martín Retortillo que, en la obra colectiva “Administración Instrumental” publicada en homenaje al Profesor Clavero Arévalo (Tomo II, páginas 1.063 y siguientes), alude al artículo 103 de la Ley 31 de 1.990, sobre la Agencia estatal de Administración Tributaria, y se pregunta “¿qué cometidos habrán de desempeñar en concreto las sociedades mercantiles que constituya la Agencia Estatal de Administración Tributaria al amparo del art. 103 de la Ley 31/1.990, que guarden relación con los fines y objetivos de la misma, habida cuenta del carácter eminentemente público de sus funciones, pues nadie negará que lo sea el llevar a cabo la gestión, inspección y recaudación del sistema tributario?”.

Importa tomar nota de ese extraño precepto legal que, en su apartado 2-3º, dice lo siguiente:

“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 este vinculado con los fines y objetivos de aquella”.

Y los fines y objetivos de dicha Agencia consisten en la asunción de la gestión, recaudación e inspección de los tributos.

Verdaderamente es tarea difícil la de casar esos fines de Derecho Público –recuérdese la declaración del Fuero Viejo de Castilla– con un sistema susceptible de integrarse mediante sociedades mercantiles en la línea apuntada por el precepto referido.

El Profesor Martín Retortillo desliza en sus comentarios una reflexión en el sentido de que, con una actuación de la Administración pública tributaria con empleo de sociedades mercantiles podrán eliminarse trabas y facilitarse movimientos, pero ello podrá suceder con elusión de los controles constitutivos de piezas básicas del quehacer de los órganos administrativos.

Y se plantea otro problema: el de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando las actuaciones susceptibles de engendrarla han acaecido merced a decisiones de esas sociedades mercantiles de corte capitalista y de responsabilidad limitada. La pregunta al respecto del nombrado profesor es la siguiente:

“¿cuales son también las consecuencias que se derivan de asumir la fórmula de la empresa pública interpuesta como fórmula de exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración?”

Tal vez aquí podría acudir, para dar respuesta, a la doctrina del levantamiento del velo y a la doctrina ad hoc de la Sala Primera del Tribunal Supremo a la que antes me he referido.

Valgan las citas y valgan las observaciones acotadas para adquirir el convencimiento de los riesgos que pueden correrse cuando la aplicación de la metodología del Derecho privado y del tratamiento de las empresas en el Derecho Mercantil se experimenta aprovechando puertas de escape del estilo de las ofrecidas por el precepto mencionado. El texto parcialmente transcrito, al favorecer la elusión de controles y el olvido de mecanismos cualificadores de la esencia de las Administraciones públicas, ha de reputarse motivo de preocupación que justifica los interrogantes del Profesor nombrado, alentando a que se luche en el mundo del Derecho para que las agilidades deseables en la gestión de las Administraciones públicas no provoquen una indeseable desaparición de controles conceptuados como elementos esenciales de dicha gestión, ahora y siempre.

En definitiva, si otro art. 103, el de la Constitución española, alberga la cifra y resumen de lo que han de ser las Administraciones públicas, con los intereses generales como objetivo a satisfacer y “la Ley y el Derecho” como patrón de conducta del que no cabe desertar, se impondrá la conclusión dibujada en el Discurso, a título de solución de los problemas deparados por la presencia en la economía de mercado de empresas creadas por dichas Administraciones.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO BALEAR ⁽¹⁾

ILMO. SR. D. MIQUEL MASOT MIQUEL

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears

– SUMARIO –

I. INTRODUCCIÓN

- A) La proclamación de los principios generales como fuente del Derecho civil balear.*
- B) La imposibilidad de dar tratamiento unitario a las instituciones sucesorias de Baleares.*
 - 1. El Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca.
 - a) Su fundamentación en el Derecho romano justiniano.
 - b) Proceso histórico de adaptación de las instituciones sucesorias romanas.
 - c) La pervivencia de elementos e instituciones autóctonas.
 - 2. El Derecho sucesorio de Ibiza y Formentera.

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO DE MALLORCA Y MENORCA

- A) Referencia histórica.*
- B) Necesidad de institución de heredero para la validez del testamento.*
- C) Universalidad de la sucesión del heredero.*
- D) Perdurabilidad de la condición de heredero.*
- E) Incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.*
- F) Otros posibles principios generales.*

(1) Este artículo se ha publicado en la obra “Derechos Civiles de España”, editada bajo el patrocinio del Banco Santander Central Hispano

1. El sustrato patrimonial de la institución de heredero.
2. La posibilidad de encargos de elección de heredero y de distribución y asignación de la herencia.
3. La sucesión contractual en Mallorca en su doble vertiente de pactos de adquisición de la herencia y de renuncia a la misma.
4. La concesión al heredero fiduciario de la cuarta trebeliánica.
5. El excepcional, pero importante, “*ius disponendi*” del heredero fiduciario.
6. La concesión de legítima a descendientes y cónyuge viudo.

III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE SUCESIONES DE IBIZA Y FORMENTERA

A) Introducción.

B) Posibilidad de sucesión contractual, en su doble vertiente de pactos de adquisición y pactos de renuncia a la herencia.

C) La delegación de facultades sucesorias en favor del cónyuge.

D) ¿Otros posibles principios generales?

BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El hecho de que se dedique el presente trabajo a los principios generales del Derecho sucesorio balear exige la exposición de dos cuestiones previas: el papel llamado a desempeñar por los principios generales del Derecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 28 de junio, del Parlament balear y la cuestión torturante de si puede hablarse en puridad de la existencia de un Derecho sucesorio balear, dadas las profundas divergencias existentes entre el Derecho de Mallorca y Menorca, de una parte, y el de Ibiza y Formentera de otra.

A) La proclamación de los principios generales como fuente del Derecho civil balear.

Indudablemente, una de las novedades que presenta la actual Compilación de Baleares, tras la ley reformadora antes indicada, es la doble referencia que en la misma se hace a los principios generales del Derecho civil de Baleares.

En unas circunstancias totalmente distintas de las que condicionaron la gestación de la Compilación de 1961, los redactores de la actual Compilación partieron de la base de que el Derecho civil balear constituía un ordenamiento jurídico con sus propias fuentes de elaboración, sus amplias posibilidades de autointegración y su derivación de unos principios generales que dan fundamento y cohesión al sistema.

Todo ello, claro está, sin perjuicio, de reconocer la ubicación del Derecho civil balear –como ordenamiento o sistema jurídico autónomo– dentro de un marco más amplio, cual es el ordenamiento jurídico español y con sujeción, por tanto, a los principios constitucionales en que éste se sustenta.

Es evidente que han pasado años –aunque no demasiados– desde que en el Código civil se contenían aquellas ofensivas palabras de que “en las provincias y territorios en que subsista Derecho foral lo conservarán por ahora” conceptuándolos como Derechos excepcionales y limitados. Por el contrario, la reforma del Título preliminar del Código civil y las declaraciones de la Constitución de 1978 han variado profundamente el aspecto de la cuestión, pasándose –como tantas veces se ha dicho– del monosistema del Derecho civil común sustentado en el Código civil a un polisistema en el que los ordenamientos jurídicos privados no tienen otra barrera que los principios y normas constitucionales.

Dentro del Derecho civil balear, los principios generales actúan –según se desprende del art. 1º de la actual Compilación– en un doble sentido.

Por una parte constituyen elementos de interpretación e integración de las normas e instituciones del mismo. Y, de otro lado, actúan como válvula de cierre, impidiendo la aplicación supletoria del Código civil y demás leyes estatales, que no será viable cuando se opongan a dichos principios generales.

Ello nos pone de relieve, consiguientemente, la extraordinaria importancia que dentro de nuestro sistema jurídico han adquirido los principios generales.

Sin embargo, se tropieza inmediatamente con el inconveniente de que no ha habido –salvo las excepciones que se verán– una tarea de decantación de dichos principios, lo cual hace que su aplicación por los Tribunales se vea limitada ante la total ausencia de un tratamiento doctrinal, al tener que deducir los mismos de un estudio de nuestras leyes históricas, costumbres, doctrina y jurisprudencia, es decir de lo que constituye la tradición jurídica balear.

Por todo ello parece conveniente que el tema de los principios generales comience a salir a la palestra, a fin de que se vaya formando un estado de opinión sobre cuáles son estos principios, dada la importantísima función que los mismos cumplen dentro de nuestro sistema jurídico. Venturosamente, en materia sucesoria, y por lo que respecta a Mallorca y Menorca, hay ya una parte importante de la tarea realizada al entenderse que en estas Islas han sido permanentemente de aplicación los viejos principios sucesorios romanos.

Pero no sucede lo mismo en Ibiza y Formentera. Y ello nos sitúa ante la segunda cuestión a abordar en esta introducción que no es otra que la de examinar si puede hablarse en puridad de un Derecho sucesorio balear o si, por el contrario, las divergencias existentes impiden el tratamiento unitario de la materia.

B) La imposibilidad de dar tratamiento unitario a las instituciones sucesorias de Baleares.

La afirmación clásica de que las leyes son un producto de la historia nos muestra la impropiedad de hablar de un Derecho sucesorio balear.

Las vicisitudes históricas por las que han pasado cada una de las islas, la mayor o menor influencia del Derecho romano o del Derecho catalán y, sobre todo, la absoluta separación que el hecho insular siempre ha supuesto han determinado diferencias muy apreciables entre el Derecho civil de Mallorca y Menorca, de una parte, y el de Ibiza y Formentera, de otra,

existiendo asimismo divergencias entre los dos primeros. Téngase en cuenta que antes del actual siglo no existían líneas regulares de navegación que conectaran las islas entre si de manera periódica, por lo que la comunicación entre los naturales de las diversas islas era en realidad nula. Tal vez, precisamente, la mayor distancia entre Mallorca e Ibiza, junto con otros factores políticos y sociales, han determinado esta amplia diversidad entre los ordenamientos sucesorios vigentes en una y otra isla.

Ciertamente, la propia sistemática de la actual Compilación, tras la revisión efectuada por la Ley 8/1990, de 28 de junio, del Parlament balear, manteniendo la clásica división en tres libros –como hacia la Compilación de 1961– para contener las normas aplicables respectivamente en Mallorca, Menorca e Ibiza y Formentera, pone de relieve cuál es el estado de la cuestión.

Sin embargo, es de justicia destacar que en la Comisión que preparó el proyecto de reforma que, tras su paso por el Parlament balear, se convirtió en la Ley 8/1990 se planteó la posibilidad de superar la dispersión sistemática de los preceptos de la Compilación en los tres libros apuntados, dada la identidad del régimen económico matrimonial en Mallorca y Menorca y su similitud respecto del de Ibiza y Formentera, así como el hecho de aplicarse en Menorca todos los preceptos de contenido sucesorio del Libro 1, salvo los relativos a los pactos sucesorios. Mas lo cierto es que razones tal vez de contenido marcadamente político aconsejaron el mantenimiento del sistema tradicional por considerarlo más respetuoso con el Derecho de cada una de las islas.

En todo caso, las diferencias se acentúan cuando se examinan las instituciones sucesorias de Mallorca y Menorca con relación a las de Ibiza y Formentera, y ello nos impone la necesidad de hacer unas consideraciones generales acerca del Derecho sucesorio de unas y otras islas.

1. El Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca.

a) Su fundamentación en el Derecho romano justinianeo.

El Derecho sucesorio aplicable en Mallorca y Menorca tiene una base esencialmente romana.

En una obra clásica en la materia, cual es la “Memoria sobre las instituciones de Derecho civil de las Baleares”, publicada en 1885 por Pedro Ripoll y Palou, se dice, con referencia a Mallorca, que “todo hace creer que en el inmenso vacío que se observaba en el Reino respecto de la legislación verdaderamente civil se acudió siempre al derecho canónico y al romano, que era el derecho universal y al que más fácilmente podía llegarse como supletorio, razón sin dada que explica satisfactoriamente cómo en una

compilación que con especial cuidado se confeccionó tiempo después o sea en el año mil seiscientos veintidós de orden de los Jurados de esta Ciudad y por los Doctores don Pedro Juan Canet y don Antonio Mesquida y Romaguera, se continúa una ordenación, aunque sin fecha, en que se manifiesta que quedaba estatuido y ordenado que todo cuanto se encontrase dispuesto por las franquezas, y privilegios, pragmáticas, ordenamientos, estilos y buenos usos de este Reino había de observarse como derecho municipal, y que en los casos no dispuestos por él se atendiese al derecho canónico y al alta del mismo al derecho común que era el romano conocido siempre con aquel nombre. No cabe dudar –apostilla dicho autor– que así aconteció y hasta puede asegurarse que el derecho romano tomó de tal suerte carta de naturaleza entre nosotros, que sólo a él se ha acudido en todo aquello que las propias franquezas no determinaban”.

Por tanto la aplicación del Derecho romano, bajo la formulación del *ius commune*, en Mallorca ha sido siempre incuestionable e incuestionada. El Tribunal Supremo sancionó de manera expresa la aplicación del Derecho romano justiniano en Mallorca en materia sucesoria en una amplia gama de sentencias, algunas anteriores a la promulgación del Código civil –así las de 12 de octubre de 1868, 12 de noviembre de 1872 y 8 de marzo de 1879– y otras posteriores a dicho cuerpo legal, cuales las de 6 de junio de 1905, 28 de diciembre de 1923, 8 de mayo de 1925 y 24 de octubre de 1964. Si bien esta última matizaba que la aplicación del Derecho romano era con el carácter de consuetudinario, no pudiéndose sostener la tesis de la vigencia total y global del Derecho romano justiniano como único supletorio allí donde falte la regulación específica del Derecho mallorquín, sino que tan sólo procederá su aplicación en los casos en que, consuetudinariamente, hubiere llegado a alcanzar fuerza normativa. Para calibrar el alcance de la sentencia debe tenerse en cuenta que la misma se dictó estando en vigor el antiguo artículo 13 del Código civil –en su anterior redacción a la ley reformadora de 31 de mayo de 1974–, sancionador de la entrada en vigor del Código civil en Aragón y Baleares como Derecho supletorio “en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes”, lo cual llevaba a considerar que la aplicación del Derecho romano tenía que ser en base a su consideración de Derecho consuetudinario y no como Derecho supletorio.

Actualmente está fuera de toda duda que el Derecho romano justiniano integra la tradición jurídica balear, a la que aludía el art. 2º de la Compilación de 1961 como elemento de interpretación, elevado por la Ley reformadora 8/1990, de 28 de junio a la categoría de elemento de integración del Derecho civil balear, al señalarse en el art. 1º que éste se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan,

así como las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas.

De nuevo constatamos la existencia de un reconocimiento a la diversidad jurídica de las islas, empleándose, en sustitución del término “tradición jurídica balear”, el de “tradición jurídica de las islas” y razonando la exposición de motivos de la Ley reformadora de 1.990 que “nuestro Derecho no sólo se interpretará sino que se integrará tomando en consideración (...) las leyes, costumbres, Jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición Jurídica de cada una de las islas”.

Es un botón de muestra del hecho de acudirse continuamente a los viejos preceptos del Derecho romano para colmar las lagunas legales la curiosa circunstancia de que dos de los recursos de casación presentados ante el Tribunal Superior de Justicia de Baleares se basaban en la infracción de la doctrina de viejos textos del Derecho romano. Así, el recurso de casación que dió lugar a la sentencia de 21 de mayo de 1993 se fundamentaba en la infracción, entre otros, de textos del Digesto (30.114 párrafo 14) y del Codex (título 43, leyes 2 y 3 versículo 3), mientras que el recurso que dió lugar a la sentencia de 5 de diciembre de 1995 se basaba en la infracción de las Novelas 18a, 115 y 118.

Sin embargo, esta asimilación entre Derecho sucesorio mallorquín –y menorquín– y Derecho romano justinianeo no puede suponer, como es lógico, una identificación total.

En primer lugar porque los condicionamientos históricos, sociales y económicos han marcado su impronta sobre las instituciones jurídicas, modificándolas o suprimiéndolas, de acuerdo con lo que en cada momento demandaba la realidad social; y, en segundo lugar, por la pervivencia hasta nuestros días de instituciones sucesorias autóctonas. A ello vamos a dedicar los dos siguientes apartados.

b) Proceso histórico de adaptación de las instituciones sucesorias romanas.

Si, como antes se decía, las leyes son un producto de la historia es de la mayor evidencia que el devenir histórico modifica y configura las instituciones jurídicas.

Ello ha sido apreciable en el Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca, pues el paso del tiempo ha revelado que algunas de las instituciones sucesorias romanas habían ya cumplido su destino histórico, no adecuándose en modo alguno a las realidades sociales del momento.

Ya la Compilación de 1961 hizo tabla rasa con una serie de instituciones sucesorias tradicionales en nuestro Derecho, pero que se revelaban obsoletas o poco acordes con los actuales tiempos.

Así, se sustituyó la cuarta marital –que correspondía a la viuda (no al viudo) pobre e indotada– sustituyéndola por unos derechos legitimarios del cónyuge viudo similares a los del Código civil, la cuantía de los cuales se ha incrementado, por cierto, en la reciente Ley 8/1990, de 28 de junio. Ello era de pura lógica jurídica, aunque es cierto que la institución estaba arraigada a un en la conciencia colectiva y da prueba de ello el hecho de que con mucha frecuencia viudas recientes hablan todavía de su derecho “a la cuarta”.

Aparte de ello, se hizo desaparecer la regla del Derecho romano según la cual los hermanos eran legitimarios en caso de ser preteridos por institución a favor de persona torpe, se reconocieron derechos hereditarios a los hijos adoptivos, se simplificó la regulación romana del derecho de acrecer, se limitaron los llamamientos en la sustitución fideicomisaria y se modificó la Novela 22, capítulo 27 de Justiniano, sancionadora de la Ley Hac Edictali.

Estos cambios han sido mucho más ostensibles tras la Ley 8/1990, de 28 de junio, del Parlament balear. Por demandarlo la Constitución –y la realidad social– se ha establecido la equiparación de todos los hijos a efectos de legítimas, terminando así con la distinción anteriormente existente entre parentesco matrimonial y extramatrimonial; se excluyen recíprocamente como legitimarios, en la sucesión de unos y otros, los hijos adoptivos y sus padres por naturaleza, salvo el supuesto –seguido por las más modernas legislaciones– de que un consorte adopte a los hijos por naturaleza del otro; se restringe la legítima de los ascendientes, limitándola a los padres –mientras que según el art. 42 de la Compilación de 1961 eran legitimarios, a falta de descendientes, los padres y ascendientes legítimos–, reduciendo, además, la misma a una cuarta parte del haber hereditario, mientras en aquélla era un tercio de la herencia. Por el contrario, se han aumentado los derechos del cónyuge viudo, que pasan a ser el usufructo de la mitad del haber hereditario si concurre con descendientes, el usufructo de dos tercios del mismo concurriendo con los padres del causante y, en los demás casos, el usufructo universal.

Se ha suprimido igualmente la limitación derivada de la antigua Lex Hac Edictali–encarnada en el art. 53 de la Compilación de 1961– según la cual el cónyuge sobreviviente que concurriera con descendientes legítimos de cualquier matrimonio anterior del premuerto, sólo podrá adquirir de éste a título lucrativo, directa o indirectamente, bienes por un valor que no exceda del correspondiente a las atribuciones efectuadas al hijo legítimo menos

favorecido, supresión recomendada –se dice en la exposición de motivos de la ley reformadora– por su estricta justicia, discordancia con la actual conciencia social y posible inconstitucionalidad. Se introduce la regulación de la desheredación y la preterición, colmando de esta manera una laguna legal cuya existencia era particularmente grave por el hecho de girar el Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca sobre la base de los principios de necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento e incompatibilidad de la sucesión testada e intestada, principios inexistentes en el Código civil, lo cual impedía acudir al mismo en su consideración de Derecho supletorio.

Sin perjuicio de mantener la tradicional conceptualización de la legítima como *pars bonorum hereditatis*, se introduce, siguiendo el precedente ya apuntado por el proyecto de Apéndice de 1920, la posibilidad de realizar su pago en metálico, haciendo de esta manera realidad el deseo de muchos testadores y herederos y permitiendo, a la par, la conservación del patrimonio familiar, en evitación de la atomización que la anterior normativa comportaba al poder exigir el legitimario el pago de su legítima en bienes de la herencia.

Se da también una regulación amplia y detallada de los contratos sucesorios, tanto adquisitivos –donación universal de bienes presentes y futuros– como abdicativos –definición– siguiendo las consideraciones que en ambos casos había hecho la doctrina.

Anticipándose a la Ley estatal 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código civil en materia de testamentos, se simplifican las formalidades de los testamentos, suprimiendo de manera general los testigos instrumentales –salvo en los supuestos de excepción– y posibilitando que éstos sean, en estos supuestos, los empleados del Notario.

Y finalmente, se reitera la afirmación, ya contenida en la Compilación de 1961, de aplicación del Código civil en materia de sucesión intestada, con el alcance que supone la nueva disposición final 2ª de la ley reformadora de 1990, cuando establece que las remisiones que hace la Compilación a las disposiciones del Código civil se entienden hechas en la redacción vigente a la entrada en vigor de la misma, con lo cual nos movemos en el ámbito de lo que la doctrina ha llamado remisiones estáticas, pues, de esta manera –como dice la exposición de motivos de la ley reformadora– no se ha hecho más que incorporar a nuestro Derecho las normas de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificativa del Código civil, con la consiguiente preferencia del cónyuge viudo sobre todos los colaterales en la sucesión intestada, culminando de esta forma una reforma sucesoria que cabe caracterizar por el aumento sustancial de los derechos del cónyuge supérstite, muy de

acuerdo con el nuevo concepto de familia.

c) La pervivencia de elementos e instituciones autóctonas.

Como en Derecho no se conoce regla general sin excepción, constituye un supuesto de interés dentro de este panorama sucesorio de marcado carácter romanista la pervivencia desde antiguo en Mallorca –no así en Menorca– de la sucesión contractual, mediante las llamadas donaciones universales de bienes presentes y futuros.

Aunque es claro –como afirma Guilio Vismara– que no puede hablarse de la existencia de una prohibición total en Roma de los pactos sucesorios si se considera históricamente el desenvolvimiento de los actos por causa de muerte, lo cierto es que son numerosos los textos del Corpus sobre los cuales se construyó el principio general “hereditas viventis non dicitur”. Principio que se basaba en que, dada la irrevocabilidad del pacto sucesorio, con su otorgamiento quedaba eliminado uno de los derechos considerados como fundamentales del ciudadano romano: la libertad de testar, derecho que debía ser mantenido hasta la muerte. Uniéndose a esta fundamental motivación otras de carácter moral, dirigidas a eliminar los “captatores hereditatam” que, con la irrevocabilidad del contrato sucesorio, quedaban a cubierto de las ulteriores revocaciones que son consustanciales al testamento.

Por el contrario, es muy antigua la existencia en Mallorca de la sucesión contractual mediante estas figuras de las donaciones universales de bienes presentes y futuros, de la cual encontramos abundantísimas huellas en los protocolos notariales de los siglos pasados.

Precisamente, un pergamino obrante en el Archivo Histórico de Mallorca de 26 de mayo de 1474 nos suministra el primer ejemplo documentado de donación universal, conteniéndose referencias a la institución en la Recopilación de Canet y Mesquida de 1622, así como en la mayoría de textos históricos de nuestro Derecho.

Como he tenido ocasión de afirmar en mi obra “El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca: la donación universal de bienes presentes y futuros”, la aparición de figuras diversas de sucesión contractual debe explicarse en base a una tradición consuetudinaria que posiblemente se remonta a épocas anteriores a la dominación romana en las Islas. Y ello es así porque de los tres sistemas de transmisión hereditaria comúnmente admitidos –ley, testamento y contrato sucesorio– el primero en el tiempo, el más sencillo y el de mayor arraigo, desde el punto de vista histórico, en las comunidades ha sido éste último; la transmisión de la herencia en virtud de

testamento o mediante ley exige en las comunidades unos medios y una organización que el contrato sucesorio no precisa. Es esta misma sencillez y simplicidad –y no el peso de unos precedentes germánicos que históricamente no acaban de ser rastreables– lo que ha determinado la aparición del contrato sucesorio en diversas legislaciones históricas y, entre ellas, en Mallorca, a pesar de su falta de precedentes romanos.

2. El Derecho sucesorio de Ibiza y Formentera.

En Ibiza y Formentera la situación es radicalmente distinta de la expuesta respecto de Mallorca y Menorca.

Un profundo estudioso del Derecho civil de aquellas islas –José Cerdá Gimeno– en sus comentarios a la Compilación de Baleares, señala que “los principios esenciales y solemnes de la legislación romana, tales como la imposibilidad de coexistencia de herederos testamentarios y legítimos y la obligatoriedad de la institución de heredero (...) se esfumaron hace muchos años de nuestra vida jurídica, y ahora, ni obligan ni se recuerdan más que como perspectiva histórica. No se tiene en cuenta desde tiempo inmemorial el principio romano “*nemo por parte testatus et pro parte intestatus morietur*” disponiendo el testador ibicenco en muchas y frecuentes ocasiones de parte de sus bienes, falleciendo ab intestato de otros, y es también frecuente que no contenga el acto de última voluntad institución de heredero y solo de legatarios, y sin embargo, el testamento, absolutamente válido, causa su correspondiente inscripción registral y nunca es impugnado. Si rigiese el Derecho romano en materia de sucesiones, ¿podría admitirse todo lo expuesto? Sólo el mencionarlo sería una herejía jurídica?”

Lo cierto es que la naturaleza del Derecho sucesorio ibicenco, es sumamente compleja.

Se ha hablado del carácter trifronte del mismo, al haber sufrido la triple influencia del Derecho mallorquín, del Derecho catalán y del Código civil. Ello es incluso observable en la actual Compilación, en la que se contienen considerables remisiones al Código civil (arts. 70, 79, 80, 83 y 84) y al Derecho de Mallorca (arts. 70 y 77).

Pero estas influencias no pueden perder de vista los condicionamientos de la realidad social y los distintos factores económicos y políticos que, a lo largo de los siglos, han marcado su impronta en las instituciones, dotándolas –a pesar de las influencias antes remarcadas– de unas peculiaridades propias. Por ello se impone acudir, al estudiar en profundidad las instituciones, al método historicista, para la certera comprensión de las mismas, al objeto de calibrar la incidencia de todos los factores apuntados.

Fundamentalmente no pueden perderse de vista las profundas transformaciones económicas experimentadas en Ibiza y Formentera, las cuales, indefectiblemente, nos plantearán la cuestión de si la casa payesa o campesina seguirá siendo por mucho tiempo el centro alrededor del cual gravitan las instituciones sucesorias ibicencas, y si el pacto sucesorio comprensivo de la misma –los heredamientos– sigue constituyendo –cual dice Cerdá Gimeno en la obra antes citada– la piedra clave de la arquitectura sucesoria foral.

Es muy significativo, a este respecto, que el único caso de Ibiza que ha sido contemplado por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Baleares a consecuencia de recursos de casación por infracción de norma foral, hacía referencia a una revocación de donación universal por ingratitud, con la particularidad de que el objeto de la donación era, entre otros bienes, un hotel ubicado en San Antonio de Portmany.

Ello nos pone, de alguna manera, en la pista del hecho de que las instituciones sucesorias desbordan en ocasiones el contexto para el cual fueron creadas, y en el que se movían libremente, sirviendo para regular nuevos intereses y solucionar nuevos conflictos para los que en absoluto fueron pensadas; ciertamente, la realidad dinámica del Derecho muestra cuántas veces se produce este proceso de adaptación de los viejos moldes a las nuevas realidades.

Y, de otro lado, todo lo expuesto hasta el momento nos indica claramente que las diferencias entre el Derecho sucesorio de las Baleares y las Pitiusas son tan ostensibles que es necesario exponer por separado los principios generales informadores de uno y otro, cual voy a hacer seguidamente.

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO DE MALLORCA Y MENORCA

A) Referencia histórica.

La regulación de las sucesiones en Mallorca y Menorca está estructurada sobre unos principios generales, que suponen la pervivencia hasta la época justinianea –así como desde entonces hasta los tiempos actuales– de las características esenciales de la sucesión en las primeras etapas del Derecho romano.

En ellas, la sucesión tenía un carácter marcadamente político: según Bonfante, la herencia romana no era sino una sucesión en el poder soberano del jefe de una gran familia agnaticia; y la adquisición por los

herederos del patrimonio dejado por el causante no era sino una consecuencia de dicha sucesión en la soberanía del grupo. Entonces la familia era un organismo político para el cual eran primordiales los fines de defensa del grupo: el mantenimiento del orden en el interior del organismo familiar y la capacidad para la defensa en el exterior. El heredero se convertía, por tanto, en el nuevo jefe de la gran familia agnaticia, a quien se transmitía el patrimonio del causante, colocándose in locum et ius del mismo.

Al llegarse a la época histórica, sin embargo, la familia ha dejado de ser un órgano político y la antigua sucesión en la jefatura del organismo familiar se ha convertido en la simple sucesión en la titularidad de un patrimonio; pero el conservadurismo romano hace que en este heredero y en la sucesión del patrimonio perduren muchos rasgos de la antigua sucesión en la soberanía familiar.

Vistos desde esta perspectiva histórica se explicitan claramente los principios generales de nuestro Derecho sucesorio.

Todo testamento ha de contener institución de heredero, porque el órgano familiar no puede quedar sin jefe. Ha de haber necesariamente un sucesor que asuma la jefatura y defensa del mismo.

El heredero sucede en la universalidad de la herencia porque, al ocupar el lugar del antiguo jefe del grupo familiar, se coloca in locum et ius del mismo, sucediéndole en el conjunto y haz de los derechos, voces, acciones y obligaciones de los que aquél era titular.

La perdurabilidad de la condición de heredero (*semel heres semper heres*: el que es heredero lo es siempre) viene fundada en la propia necesidad de que exista siempre un jefe al frente del grupo familiar, evitando que el mismo pueda quedar en cualquier momento desvalido.

Y la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada es asimismo una consecuencia de los anteriores principios. Si el heredero sucede al causante en todos sus bienes y deudas —a excepción de los bienes particularmente deferidos como legados a otras personas—, y en todo testamento ha de contenerse institución de heredero, es obvio que existiendo testamento es absolutamente innecesario acudirse a la sucesión intestada; por el mero hecho de haber testamento existirá heredero y éste será llamado a todos los bienes del causante.

De estos cuatro principios esenciales se extraen otros de los cuales son lógica e ineludible consecuencia. Así ocurre con la responsabilidad del heredero por las deudas del causante —lo cual es de la mayor evidencia al subrogarse el heredero en su lugar, sucediéndole en el haz de relaciones

patrimoniales de las que éste era titular—, y la necesidad de que la institución de heredero tenga un sustrato patrimonial, con el juego de la cuarta falcidia, que permite al heredero excesivamente gravado con legados reducir éstos a fin de que le quede por lo menos una cuarta parte del activo hereditario líquido.

Lo cierto es que esta concepción de la primitiva *successio mortis causa* romana explica bastante bien —en palabras de Arias Ramos— muchas de las singularidades que la hereditas romana ofrece ya en tiempo históricos y algunos de los rasgos de la misma, tildados de precoces por los estudiosos del Derecho comparado.

Y, particularmente, estos principios dan armonía y cohesión a todo el entramado sucesorio, sirviendo de soporte a su normativa y determinando que principios y consecuencias estén concatenados entre si, semejando una gran catedral gótica en la que la fuerza y vigor de los pilares permite un más acabado desarrollo del conjunto a lo largo de bóvedas y arbotantes.

Pero lo que hoy en día da fuerza y credibilidad a estos principios sucesorios es el hecho de haber estado siempre vigentes en la sucesión de estos territorios insulares, pasando a convertirse en una tradición y un sentir colectivo.

No conciben las gentes de Mallorca y Menorca que pueda existir un testamento en el que no se nombre heredero, pues necesariamente se considera debe existir un sucesor del *decius*, y sin sucesor no hay sucesión posible. En definitiva, es hoy el propio sentir popular, y no ya los textos de *Corpas justinianeas*, quienes han convertido a la institución de heredero en cabeza y fundamento de la sucesión mallorquina.

Es una satisfacción constatar que la Ley 8/1990, de 28 de junio, del *Parlament balear*, no sólo conserva totalmente tales principios, sino que en su Exposición de Motivos señala: “Los principios sucesorios romanos, tradicionales en el Derecho civil balear, fueron plenamente aceptados, como se sabe, por la *Compilación de 1961* y han sido, en parte, complementados en el nuevo texto que se propone y en cuyos artículos 6 y 7 sólo se han introducido leves retoques de matiz. El sistema sucesorio romano derivado de tales principios, no sólo resulta un sistema indudablemente lógico para ordenar la sucesión por causa de muerte, sino que, a pesar de los profundos cambios sociales, económicos y familiares experimentados a través de los tiempos, continúa siendo hoy un sistema que responde debidamente a las necesidades y exigencias prácticas actuales y en consecuencia, y esto es lo decisivo, funciona bien y con normalidad en Mallorca y Menorca y no genera, en su realización diaria, problemas que pudieran aconsejar su modificación”.

Se hace a continuación una breve reseña de estos principios que, como es sabido, configuran la sucesión de manera radicalmente distinta a la del Código civil, pues establecen la necesidad, universalidad y perdurabilidad de la institución de heredero, mientras que en el sistema del Código civil la institución de heredero es innecesaria, no supone de por sí un llamamiento a la totalidad de la herencia, puede, en principio, estar limitada por la condición y el plazo y es compatible, a diferencia de lo que sucede en el Derecho de Mallorca y de Menorca, con la sucesión intestada.

B) Necesidad de institución de heredero para la validez del testamento.

Se expresa tal principio en el párrafo 2º, título 23, libro II de la Instituta (“*alioquin inutile este testamentam in quo nemo heres instituitur*”) y el párrafo 34º, título 20 del mencionado Libro sanciona la institución de heredero como “*caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti*”.

El artículo 14 de la actual Compilación ha recogido tal doctrina al señalar que “la institución de heredero es requisito esencial para la validez del testamento”.

Por el contrario, y según es sabido, el artículo 764 CC establece claramente que el testamento es válido aunque no contenga institución de heredero.

Es plausible el aditamento que se contiene en el art. 14 del actual texto compilado, según el cual “aunque no se emplee la palabra heredero, valdrá como hecho a título universal cualquier disposición del testador que atribuya claramente al favorecido esta cualidad”.

Con ello se satisface una aspiración de la doctrina expresiva de que se insertase en el texto compilado una disposición similar a la existente por aquel entonces en Derecho catalán (párrafo 2º del art. 109 de la Comp. catalana, hoy art. 137 del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña), según el cual el simple empleo por el testador del nombre o cualidad de heredero o la disposición a título universal, aunque no se emplee aquella palabra, siempre que sea clara la voluntad de atribuir al favorecido la condición de sucesor en todo su derecho o en una parte de él, implicará institución de heredero.

Con dicha norma interpretativa es posible salvar algunos testamentos ológrafos que se hundan irremisiblemente al faltar el elemento esencial de la institución de heredero y no se introduce ningún elemento extraño en nuestro Derecho, sino que se interpreta la esencialidad de la institución de

heredero con la amplia elasticidad que dicho requisito fue mostrando a lo largo del proceso evolutivo del Derecho romano.

C) Universalidad de la sucesión del heredero.

El heredero se coloca “in locum et ius” del causante, y por tanto, le sucede, en principio, en el haz de sus bienes, derechos, voces, acciones y obligaciones que giraban en torno al mismo.

Esta regla se halla establecida en varios textos romanos:

Digesto, Libro L, título XVII, ley 62: *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit*. Y también en Digesto Libro XXVIII, título V, ley 13^a, párrafo 2^o, e Instituta, Libro II, título 14^o, párrafo 5^o.

La recoge el artículo 15 de la Compilación al señalar que “si el heredero único o todos los herederos instituidos lo son en cosa cierta, se estimarán legatarios de ella, y en cuanto al resto de la herencia tendrán el carácter de herederos universales, por partes iguales si fuesen varios”. Igualmente, el artículo 24, párrafo 3^o señala que “las cuotas hereditarias vacantes por la no actuación del derecho de acrecer o por no haber dispuesto de ellas el testador incrementarán, necesaria y proporcionalmente, las de los demás herederos instituidos que efectivamente lleguen a serlo”.

Por el contrario, y según es sabido, el artículo 764 CC establece que el testamento es válido aunque no comprenda la totalidad de los bienes, debiéndose en este caso cumplir las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes y pasar el remanente de los bienes a los herederos legítimos.

D) Perdurabilidad de la condición de heredero.

El que es heredero lo es siempre, no partiendo perder este carácter por motivo alguno.

Se contiene esta regla en el Digesto, Libro IV, título IV, ley 7^a fragmento 10^o (*sine dubio heres manebit, qui semel extitit*) y en el Codex, libro VI, título XXXI ley 4^a (“así como el mayor de veinticinco años que repudia, antes de adirla, la sucesión deferida, no puede adquirirla después, así tampoco hace nada renunciando a la adquirida, sino que retiene el derecho que tuvo”. Más expresiva y conocida es la máxima latina que se cita por vía de aforismo: “*semel heres semper heres*”).

El artículo 16 de la Compilación, al señalar que “el que es heredero lo es

siempre, y en consecuencia, se tendrán por no puestos en su institución la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio” recoge plenamente la tradición romana.

El Código civil admite en principio esta regla (art. 997: la aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables), mas no tiene la misma el carácter férreo y absoluto que ostenta en nuestro Derecho, y así el artículo 790 establece que las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición, y el artículo 805 establece que será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado.

E) Incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.

La consagra la Instituta, libro II, título XIV, párrafo 5° al decir que “neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur”, aunque es más corriente el uso del aforismo “nemo por parte testatus por parte intestatus decedere potest”. Se contienen aplicaciones del principio en el Digesto Libro L, título XVII, ley 7 y Libro XXVIII, título V, ley 1, frag. 4.

Sanciona el principio el artículo 7° de la Compilación al expresar que “la sucesión intestada sólo podrá tener lugar en defecto de heredero instituido y es incompatible con la testada y la contractual”.

Por el contrario los artículos 658 y 764 del Código civil permiten ampliamente la concurrencia de la sucesión testada y de la intestada en una misma herencia.

F) *Otros posibles principios generales.*

¿Se agotan en los cuatro axiomas procedentes del Derecho romano los principios generales del Derecho sucesorio? No es fácil responder a esta pregunta. Y ello es así porque no ha existido una labor previa de decantación y formulación de estas verdades absolutas –si es que tal término se puede emplear en Derecho– que se convierten en elementos sustentadores de nuestro ordenamiento sucesorio.

Pero la función importantísima que, según se ha visto, desempeñan los principios generales en el sistema establecido por el art. 1° de la actual Compilación impone un acercamiento al tema, al objeto de iniciar una meditación sobre la existencia de otros principios generales reconocibles en nuestro Derecho sucesorio.

Por ello, y lo afirmo con todas las cautelas, posiblemente podría hablarse de los siguientes principios generales sucesorios.

1. El sustrato patrimonial de la institución de heredero.

Es esta una consecuencia ineludible del juego de los principios anteriormente reseñados. Tanto la necesidad de la institución de heredero, como la universalidad de su sucesión como la perdurabilidad de la condición de heredero –tres de los cuatro principios fundamentales de la sucesión mallorquina–, exigen que, bajo la designación de heredero, haya un sustrato patrimonial, que no sea algo puramente nominal o aparente. Es preciso que exista, en mayor o menor medida, una transmisión patrimonial del causante al sucesor.

Particularmente, si se tiene en cuenta, además, que normalmente –si no media el beneficio de inventario– el heredero será responsable de las deudas y cargas de la herencia; y, entonces, si obligado es para el heredero el pago de las deudas y el cumplimiento de las cargas de la herencia, justo es que, por el contrario, haya por lo menos una parte del activo hereditario que, necesariamente, deba acceder a él.

Precisamente, tal preocupación existió en el Derecho romano, en el que encontramos una corriente legislativa encarnada sucesivamente por la *lex Furia*, la *lex Voconia* y, finalmente, la *lex Falcidia* que trataban de solucionar el problema que se presentaba ante herencias excesivamente gravadas con legados, pues los mismos se otorgaban con mucha frecuencia desde los tiempos finales de la República.

El remedio propugnado por la *lex Falcidia* –que ha pasado a los arts. 38 a 40 de nuestra Compilación– consistía en la reducción de los legados a fin de que quedara al heredero una cuarta parte de la herencia.

Es cierto, empero, que el recurso de la *lex Falcidia* fue atenuando su rigor formalista a lo largo de la evolución del Derecho romano, estableciéndose en el Derecho justiniano (*Novelas, Constitución 1, cap. II*) que el propio testador podía ordenar la no aplicación de la misma en su sucesión, generalizándose así el régimen especial que ya durante el periodo clásico se había dado para los militares. Por otra parte, eran muy frecuentes los legados que no debían ser objeto de reducción por disposición legal, cual ocurría con los legados píos y de alimentos, los cuales, en la época justiniana, eran muy frecuentes.

En definitiva, a lo largo de la evolución del Derecho romano se produce un proceso de desnaturalización de la cuarta *falcidia*, que se identifica primero con la cuarta *pegasiana* y después con la cuarta *legítima*.

Sin embargo, el hecho de que se haya reconocido la existencia de esta institución en nuestro Derecho –en sentencias de la Audiencia de Palma de 6 de junio 1886 y 27 de marzo 1941– y que en los Proyectos de Apéndice de 1920 y 1949 se reconozca su existencia, de los cuales pasó después a la Compilación de 1961 y a la actual, de todo ello cabe deducir un consenso sobre la permanencia de la institución en nuestra tradición jurídica, así como sobre su utilidad, tendente a que el nombramiento del heredero –elemento primordial de la sucesión– vaya acompañado de una disposición patrimonial suficiente en favor del mismo.

Es significativo que en la Exposición de Motivos de la ley reformada 8/1990, de 28 de junio, se diga “se mantiene, cual era de rigor, la institución de la cuarta falcidia por constituir una consecuencia necesaria del principio de esencialidad de la institución de heredero, informador del Derecho sucesorio mallorquin y menorquín”.

2. La posibilidad de encargos de elección de heredero y de distribución y asignación de la herencia.

A pesar de la existencia de las consabidas excepciones, el Derecho romano era opuesto a que el testador confiriera a un tercero la facultad de elegir por él heredero. Aparte de otros textos del Corpus, la ley “*Illa institutio*” del Digesto (28.5.32) dice: “Esta institución: (los herederos) que ficio quisiese es viciosa por esto, porque fué dejada a ajeno arbitrio; porque con bastante constancia decidieron los antiguos que convenia que los derechos de los testamentos fuesen firmes por sí mismos y que no dependiesen de ajeno arbitrio”.

Por ello, ha de estimarse que su introducción en el Derecho civil balear –así como en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio en las que se practica– fué por vía consuetudinaria. Como dice Verger Garau, “su carácter consuetudinario es notorio, sobre todo cuando se trata de responder adecuadamente a las exigencias de la familia en el orden sucesorio, aunque fuere a costa de quebrantar los moldes rígidos de la ley escrita, en cuanto ésta no respondía debidamente a dichas necesidades”.

Ciertamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia –y, en este caso, en sentencias anteriores y posteriores a la publicación del Código civil– han reconocido unánimemente la existencia de esta variedad foral, de ahí que esté regulada en la actual Compilación, y en los anteriores proyectos de apéndice, diciéndose en la Exposición de Motivos de la ley reformadora 8/1990, de 28 de junio, que constituye una institución peculiar del Derecho balear.

De otra parte, la utilidad de la misma es manifiesta, particularmente en previsión de los casos en que se ha hecho el testamento “a ciegas”, instituyendo heredero a hijos que, al momento de otorgarse el testamento, son de corta edad. Entonces el testador no puede saber si estarán en condiciones de dirigir dignamente en el futuro el patrimonio familiar. De ahí que pueda conferirse al cónyuge sobreviviente el encargo de proceder a la elección de heredero o a la distribución o asignación de los bienes del testador.

Ello aparte de las otras funciones que puede desempeñar la institución y sin desconocer el posible traslado de la misma del ambiente rural al urbano. Como dice Puig Ferriol, la institución ofrece posibilidades con relación a una explotación fabril o comercial. El predominio del factor personal sobre el capitalista en las pequeñas o medianas empresas industriales o mercantiles lleva a la necesidad de que el heredero que ha de continuar al frente del negocio reúna unas características especiales que sólo pueden apreciarse cuando los hijos alcanzan cierta edad y han dado pruebas de cuáles son sus aptitudes, afanes o vocación de trabajo. Por tanto, si cuando desaparece el titular de la empresa los hijos no han alcanzado todavía esta edad, lógico es que pueda encomendarse al cónyuge o parientes la facultad de escoger al heredero que con mayores garantías de acierto haya de asumir la gestión del patrimonio familiar, o si no se estima necesaria la institución de un solo heredero, la distribución de las participaciones hereditarias entre los hijos en partes iguales o desiguales, según los merecimientos y necesidades de cada hijo, caso sin duda más justo que la división a todo trance del patrimonio en partes iguales, sin atender a las peculiaridades que concurren en cada caso.

Lo cierto es que, según estadística realizada en base a los protocolos notariales, se sigue acudiendo a la figura del heredero distribuidor, particularmente en algunas comarcas de Mallorca.

Por todo ello, parece en definitiva que puede configurarse como un principio general de nuestro Derecho la posibilidad de realizar encargos de elección de heredero y de distribución y asignación de los bienes del causante a través de la figura del heredero distribuidor.

3. La sucesión contractual en Mallorca en su doble vertiente de pactos de adquisición de la herencia y de renuncia a la misma.

Como antes se ha indicado, la sucesión contractual, mediante las donaciones universales de bienes presentes y futuros, tiene en Baleares una evidente base consuetudinaria, viniendo refrendada por la historia y, en definitiva, para emplear el término utilizado por la Compilación, por la

tradición jurídica balear.

Lo mismo cabe decir respecto del pacto de renuncia conocido con el nombre de “definición”. Su origen se fija en el Privilegio de don Jaime I del 12 de las idus de marzo de 1274, estableciendo que “la hija casada, de edad legal, con el consentimiento del marido, al verificar definición de legítima no podrá ir contra su padre ni contra sus bienes, ni contra sus herederos, por causa de legítima, en vida del padre, ni después de su muerte, ni intentar petición o demanda, antes bien la definición efectuada en dicha forma tendrá plena validez siempre que el marido de aquélla no fuere demente”.

Ante la duda de cuál debía considerarse la “edad legal” para poder otorgar definición, la misma fue fijada en 12 años en el Privilegio de Perpiñán dado 8 idus de noviembre de 1319, estableciendo asimismo que los hijos e hijas de 14 y 12 años, podrán usar de igual derecho al ingresar en religión, sin que ellas ni los monasterios a que pertenecieren pudieran reclamar nada a la muerte de sus padres por legítima o por herencia.

Desde entonces, y por costumbre inmemorial –dice Pascual González– se aplica también a los hijos emancipados, en general, sin distinción de sexos.

La institución se ha venido utilizando con mucha frecuencia en la práctica contractual. Dice al respecto Jaime Ferrer que “la conveniencia del mantenimiento de esta institución parece incuestionable, y no sólo por razones históricas y de tradición jurídica balear, sino por ser una figura jurídica viva y de gran arraigo dentro del sentimiento jurídico popular. Las ventajas de la “definición” como sistema para armonizar las relaciones entre padres e hijos y también entre hermanos y como un interesante medio para introducir flexibilidad en el sistema de legítima balear, son mayores que sus inconvenientes, que pueden resumirse en uno: el peligro de su otorgamiento en fraude de acreedores. A tal objeción se puede contestar que este peligro no es exclusivo de la definición, sino de otras instituciones; y parece evidente que el perjudicado por una definición fraudulenta gozará de las acciones legales pertinentes para ejercitarlas en defensa de sus intereses”.

Realmente la definición es un instrumento que permite tutelar en supuestos diversos las aspiraciones de la familia, que puede hacer conveniente, en algunos casos, realizar una importante donación en favor de alguno de los hijos, por ejemplo, para que éste pueda montar una importante industria o negocio, adquirir una farmacia, etc., con la natural consecuencia de considerarse con ello ya pagado de sus derechos legitimarios en la herencia del ascendiente donante.

La misma utilidad demuestra la institución de cara a la conservación del patrimonio familiar, sin imponer divisiones que, en otro caso –y piénsese,

sobre todo, que hasta la Ley 8/1990, de 28 de junio, del Parlament balear, no existía posibilidad de pago de la legítima en metálico– serían precisas para que los hijos y descendientes pudieran cobrar la legítima en bienes de la herencia.

Si son dos los hijos del matrimonio la necesidad de atribuir la legítima a cada uno de los hijos en bienes de la herencia acarrearla en ocasiones la necesidad de realizar divisiones en fincas de cada uno de los padres. En cambio, no será preciso acudir a ello si cada uno de los padres instituye heredero a uno de los hijos y el no favorecido otorga escritura de definición precisamente en compensación al hecho de haber recibido del otro ascendiente la finca de éste en su totalidad.

Precisamente las palabras empleadas por el actual art. 50 de la Compilación, al decir que la renuncia se hace “en contemplación de alguna donación, atribución o compensación” que de los ascendientes reciben o hubieran recibido con anterioridad, son suficientemente amplias para albergar estos supuestos en que el elemento que se ha configurado como causa de la renuncia es la atribución que el renunciante ha recibido de su otro ascendiente.

Ciertamente, creo que serien muy pocos –por no decir ninguno– los teóricos y prácticos del Derecho sucesorio mallorquín que no abogaran por la conservación de la institución.

Hay que hacer constar, sin embargo, que la sucesión contractual es letra muerta en Menorca, donde los únicos títulos de delación hereditaria son el testamento y la ley. Como dice Coll Carreras, “la sucesión contractual, en su diversidad de modalidades, es un grupo institucional carente de vigencia en Menorca en donde la doctrina, mucho antes de que se elaborara el Proyecto de Apéndice de 1949, dejó constancia de que ni la donación universal de bienes presentes y futuros ni el privilegio de definición eran instituciones menorquinas”.

4. La concesión al heredero fiduciario de la cuarta trebeliánica.

Es uno de los signos distintivos del peculiar régimen sucesorio de Mallorca y Menorca. Consiste la cuarta trebeliánica en una cuarta parte de la herencia fideicomitada, previa deducción de los gastos y deudas y de las legítimas, incluso de la que corresponda al propio fiduciario.

El origen de la institución es, obviamente, romano, radicando en el Senadoconsulto Pegasiano –razón por la cual considera la doctrina que le cuadra más el nombre de cuarta pegasiana–, que, al establecer el derecho del

fiduciario a deducir esta cuarta, creaba un señuelo o acicate para la aceptación de las herencias, aunque las mismas estuvieren gravadas con fideicomisos.

El arraigo de la institución en Mallorca y Menorca es innegable. Es curioso destacar que el propio monarca que dictó los Decretos de Nueva Planta –Felipe V– estableció, en la Real Cédula promulgada el 31 de agosto de 1736, que “siempre había sido su real dignación declarar que se observaren los estilos antiguos y que era incontrastable y cierta la costumbre y práctica de que en los Juicios de liquidación y posesión de los fideicomisos de este Reino (...) no comprenderían los bienes restituibles, la porción de legítima y cuarta trebeliánica, que debía satisfacerse a los herederos del gravado, y no al fideicomisario, por no ser suyo, todo lo cual se llama detracciones legales”.

La Audiencia Territorial de Palma de Mallorca había reconocido la institución en varias sentencias –6 de junio de 1886 y 7 de diciembre de 1934– y había sido asimismo convenientemente regulada en todos los proyectos de Apéndice –de 1903, 1921 y 1949– que precedieron a la Compilación de 1961, así como en ésta y en la actual.

Es cierto que no constituye el derecho del fiduciario a detraer la cuarta una facultad que se plantea en término absolutos.

Tanto la actual Compilación como la de 1961 –de acuerdo igualmente con los proyectos de Apéndice– excepcionaron del derecho a esta cuarta el caso en que el fideicomitente lo hubiere prohibido expresamente.

Tampoco se puede detraer la cuarta trebeliánica si el fiduciario no hubiere aceptado la herencia o la repudia expresamente. Lo cual es totalmente lógico, si tenemos en cuenta que la cuarta se instituyó precisamente para que el fiduciario aceptara. Dice con razón Coll Carreras que “el derecho a la cuarta va ligado a la condición de “heredero” del fiduciario, por lo que si no llega a alcanzar esta condición, en virtud de un fenómeno tan jurídicamente normal como es la no aceptación, no puede haber términos hábiles para que subsista, como si fuera un ente autónomo, aquel derecho. El principio de que lo accesorio sigue a lo principal impide la pervivencia del derecho a la cuarta trebeliánica inicialmente previsto para quien pudo ser –y no fué– heredero fiduciario”.

En cambio, hay que entender, con dicho autor, que no rige ya en nuestro Derecho el supuesto excepcional de no detracción de la cuarta en el caso de que el fideicomiso tuviera asignado un “destino piadoso” por haberse elegido como fideicomisaria una institución catalogable en el plano de la beneficencia o de las obras pias. Dados los términos en que se expresa el

art. 29 Compilación, que concede al fiduciario que hubiere practicado inventario de la herencia el derecho a detraer la cuarta, con la sola excepción del caso en que el fideicomitente lo hubiere prohibido expresamente, no se puede considerar otro supuesto de excepción que el indicado.

Sí, por el contrario, constituye requisito ineludible para la detracción de la cuarta que el fiduciario formalice, en tiempo y forma, inventario de la herencia fideicomitida. La práctica del inventario tiene también origen romano –Novela 1 cap. 2 fr. 2 y Codex libro 6, tit. 30 Ley 22 frases 2, 3 y 11–, encontrándola asimismo en los Proyectos de Apéndice y Compilación de 1961 y 1990. Por lo demás, constituye una garantía ineludible para los fideicomisarios, pues, a falta de inventario, ni será posible conocer la entidad de la herencia fideicomitida ni si se ha realizado la detracción de la cuarta en debida forma.

Por lo demás, la cuarta trebeliánica se constituye como una *pars bonoram hereditatis*. Es una cuarta parte de la herencia, previa deducción de deudas, gastos y legítimas, incluso de la que corresponde al propio fiduciario. Por lo tanto, el fiduciario tiene derecho a su percepción en bienes integrantes de la herencia. Lo normal –y a ello alude la Real Cédula de Felipe V antes referenciada– es que el fiduciario posea la totalidad de la herencia fideicomitida, y, a su muerte, sus herederos restituyan la herencia al fideicomisario, procediendo a la retención de la cuarta.

Mas también cabe la posibilidad inversa de que el fiduciario realice en vida la detracción de la cuarta, a fin de poder disponer libremente de los bienes integrantes de la misma. Tanto en uno como en otro caso el derecho del fiduciario, o de sus herederos, se concreta en bienes hereditarios.

En definitiva, varios han sido los factores que me han inducido a considerar este derecho a la cuarta trebeliánica como uno de los principios ordenadores del Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca. Podría hablarse de su evidentísimo arraigo, de su conformidad con la tradición jurídica balear y de las razones de justicia que abonan su reconocimiento, pues justo es que el fiduciario participe de algún modo de la herencia que recibe con la obligación de transmitirla a los fideicomisarios.

5. El excepcional, pero importante, “*ius disponendi*” del heredero fiduciario.

Si el fiduciario tiene como obligación fundamental la de conservar la herencia a transmitir a los fideicomisarios –con la excepción de la cuarta trebeliánica–, parece que el principio del cual hay que partir será el de la

inalienabilidad de los bienes de la herencia fideicomitida.

Pero desde siempre se han reconocido excepciones, tan numerosas como importantes.

En el Derecho romano, era viable la enajenación o gravamen por el fiduciario, en concepto de libres, de los bienes fideicomitidos, en los supuestos siguientes: cobro de la legítima que le correspondía al fiduciario, pago de deudas hereditarias, aportación de dote a efectuar por el fiduciario, si es mujer, o para la formalización de la donación propter nuptias, si es varón, constituir hipoteca en garantía de la dote aportada por la esposa del fiduciario y constituir dote en interés de sus descendientes.

En Mallorca ha sido tradicional la consideración de que el fiduciario podía vender o gravar los bienes de la herencia fideicomitida para pagar los gastos de última enfermedad, entierro y funeral del fideicomitente, para atender los gastos ocasionados por la división de la herencia, entrega de los legados –en particular legados en metálico– y pago de legítimas, incluso la del propio fiduciario, así como para el pago de reparaciones extraordinarias de bienes del fideicomiso.

En la Compilación de 1961, siguiendo los precedentes romanos, y, posiblemente –dice Coll Carreras– el ejemplo del Derecho catalán, se ampliaron los supuestos de posible venta, permitiendo la enajenación y gravamen, en concepto de libres, de los bienes fideicomitidos para percibir el fiduciario su cuota legítima y la trebeliánica, para pagar deudas y cargas de la herencia, legados en metálico y satisfacer los gastos extraordinarios motivados por la conservación y refacción de los bienes fideicomitidos (art. 331; y permitiendo su enajenación y gravamen, previa autorización judicial y siempre que el testador no lo hubiere prohibido expresamente, para invertir su contravalor en otros de mayor rentabilidad o utilidad en sustitución de los enajenados, con la necesaria citación en el expediente judicial de los fideicomisarios o del Ministerio Fiscal si éstos no fueren conocidos o no comparecieren (art. 34).

La innovación se consideró verdaderamente plausible. Posiblemente, se basó en el precedente catalán, pues el art. 189 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña –hoy el art. 221 del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña– permitía la enajenación como libres de los bienes fideicomitidos, “para reemplazarlos por otros, a fin de obtener mayor rentabilidad o utilidad, a juicio y previa autorización del Juez competente”.

Los artículos 33 y 34 de la Compilación de 1961 –sancionadores de este especial “ius disponendi”– han sido reproducidos casi literalmente en la Ley reformadora 8/1990, de 28 de junio, del Parlament balear, que ha

introducido en ellos solamente leves retoques.

Es una lástima, empero, que la ley reformadora se haya quedado ahí, sin regular más detenidamente el procedimiento a través del cual se obtiene la autorización, cual hacía el art. 189 de la Compilación de Cataluña –hoy el art. 221 del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña– según los cuales la autorización judicial debe solicitarse a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria, sin que sea precisa la subasta de los bienes, dando libertad al Juez para practicar las pruebas que estime convenientes, particularmente en lo relativo a la justa valoración de los bienes y, si autoriza la subrogación, adoptar cuantas medidas crea precedentes para su normal efectividad y consiguiente liberación del gravamen fideicomisario de los bienes reemplazados y la sujeción al mismo de los bienes adquiridos; sin que en ningún modo los gastos del procedimiento puedan ser a cargo del fideicomiso.

Lamentablemente el art. 34 de nuestra actual Compilación es mucho más lacónico. Sin embargo, por pura lógica jurídica, es obvio que deberá tenerse en cuenta lo establecido en los preceptos del Derecho catalán antes referidos. No puede dudarse de que no será preciso acudir a un proceso declarativo, sino que se tramitará un expediente de jurisdicción voluntaria, según se colige del propio art. 34 que habla de “expediente de autorización judicial”. Con la particularidad, empero, de que, si existe oposición a la pretensión, “se hará contencioso el expediente” –según previene el art. 1817 LEC–, debiendo tramitarse por el procedimiento que corresponda con arreglo a la cuantía.

Por otra parte, es obvio también que, entre las pruebas a practicar, tanto en uno como en otro caso, no solamente deberán realizarse las tendentes a acreditar el valor de los bienes a enajenar, sino también la fiabilidad de la inversión, y si se corresponde el valor de aquéllos con la de los bienes que van a sustituirlos.

Es evidente también que, entre las medidas que pueda imponer el Juez que autorice la subrogación real, puede contemplarse el establecimiento de garantías y condicionamientos para que la reinversión del producto de la venta de los bienes fideicomitidos tenga lugar sin merma alguna de los derechos de los fideicomisarios. Así lo señala Coll Carreras, el cual cita los preceptos del Derecho romano según los cuales, de manera general, el fiduciario había de prestar caución para garantía del fideicomisario, salvo el caso en que uno y otros fueron hijos del fideicomitente y estuvieran recíprocamente sustituidos. Desaparecida con carácter general esta garantía, su establecimiento podría imponerse por vía judicial en estos supuestos de subrogación real de que se viene tratando.

En definitiva, parece plausible toda norma destinada a dar un tratamiento más lógico y más humano al fideicomiso.

Y, precisamente, los dos principios generales que hemos apuntado en materia de sustitución fideicomisaria –la detracción de la cuarta trebeliánica y la facultad de venta, con las debidas garantías y precauciones, de los bienes fideicomitados– van precisamente por este camino. Y, en este último caso, se produce también una adaptación del fideicomiso a las corrientes económicas y de mercado que impondrán, en algunos supuestos, la venta de parte del patrimonio fideicomitado para invertir el producto de la misma en bienes de mayor enjundia y utilidad.

6. La concesión de legítima a descendientes y cónyuge viudo.

He tenido mis dudas antes de configurar el derecho a la legítima de los descendientes y cónyuge viudo como uno de los principios generales de nuestro Derecho sucesorio.

Y ello es así porque el tema de legítimas es extraordinariamente controvertido.

Hay opiniones doctrinales sustentadoras de la total y absoluta libertad de testar.

Y hay, por otra parte, múltiples teorías coincidentes en proclamar la conveniencia del sistema legitimario, poniendo énfasis en la paternidad responsable (hay que pensar en las necesidades y problemas con que los hijos podrán encontrarse en el futuro), en la continuidad del patrimonio familiar (lo que se hereda de un ascendiente se recibe con el mandato tácito de transmitirlo a un descendiente) y en la consideración de que los miembros de la comunidad familiar –en particular hijos y cónyuge– han ayudado a la formación y conservación del patrimonio familiar, en muchas ocasiones directamente, y siempre indirectamente, con el estímulo que de por sí suponen.

Incluso hay opciones intermedias que nos han hablado de legítimas cortas y largas; cual hace Vallet de Goytisolo –cuya cita es obligada al tratar del tema de legítimas– quien distingue patrimonios dinámicos o de producción (fincas agrícolas o pequeños comercios o industrias) para los que propugna su continuidad por un heredero, percibiendo los otros hijos legítimas cortas, frente a los patrimonios estáticos o de ahorro, cuya continuación no tiene interés social, por lo que es perfectamente factible la división del patrimonio en base a legítimas largas.

Sea como sea, lo que si parece evidente es que el concepto de familia se

robustece si se enlaza con la idea de permanencia: no empieza ni termina todo en cada generación, sino que a las nuevas generaciones debe llegar el producto del trabajo y esfuerzo de las anteriores. Lo que el sentido común demanda es que lo de los padres sea, en alguna medida, de sus hijos. Que no deban éstos siempre empezar de nuevo y partir de cero.

Y ello es una idea que encontramos en muchas etapas de la historia.

Es curioso recordar que, en el Derecho romano, antes de que se instituyera la querela inoficiosi testamenti como recurso para que los hijos preteridos pudieran anular el testamento, los retóricos, al impugnar ante los Tribunales el testamento en que no se dejaba la porción legítima, basaban la impugnación en que el testamento era obra de un demente ¿No se sigue pensando lo mismo de un testamento en que los hijos son preteridos en favor de extraños?

Por otra parte, es indudable la vigencia histórica del sistema legitimario romano en Mallorca

Por lo que respecta a los descendientes, la cuota legitimaria de los mismos que, antes de Justiniano, consistía en una cuarta parte de la porción ab intestato, fue elevada por este Emperador, según se desprende de la Novela 18, hasta un tercio, cuando hay cuatro hijos o menos, y la mitad a partir de cinco; contándose los hijos por cabezas y los demás descendientes por estirpes. La porción de la herencia restante era de libre disposición.

En cuanto a la legítima de los ascendientes, tradicional en Roma, la actual Compilación la limita a la cuarta parte (art. 43) y se considera que sólo tienen derecho a la percepción de esta legítima los padres –no los demás ascendientes–, dividiéndose la cuota por mitad entre los dos padres de concurrir ambos a la sucesión y correspondiendo íntegra al sobreviviente en caso de haber uno de ellos premuerto.

En la Exposición de Motivos de la Ley reformadora 8/1990, de 28 de junio, se justifica la reforma en aras a facilitar la libertad dispositiva del testador y posibilitar el aumento de los derechos del cónyuge viudo.

Ciertamente, voces muy autorizadas se habían alzado contra la legítima de los ascendientes, indicando que los padres, por lo general, ni necesitan ni quieren ser legitimarios de sus hijos, teniendo esta legítima sólo su razón de ser en épocas pretéritas en las que no se conocía un sistema de previsión social cual existe hoy en día. Lo cierto es que la legítima de los padres puede plantear problemas en caso de premoriencia del hijo, casado y sin descendencia, si éste ha instituido heredero al cónyuge viudo y el patrimonio es de escasa cuantía, limitado posiblemente a la vivienda familiar. En estos casos, si no existe además la facultad de pago de la

legítima en metálico, pueden crearse situaciones de condominio sobre la vivienda familiar que no son verdaderamente aconsejables.

Por todo ello es de aplaudir la doble limitación –en cuanto a la cuantía y sobre las personas que tienen derecho a ella– introducida en materia de legítima de los ascendientes.

Por lo que respecta a la legítima viudal, regían tradicionalmente en Mallorca las instituciones de la cuarta marital y la parte de cámara.

La primera suponía una extensión a la viuda de la cuarta falcidia, pero con la particularidad de que la Novela 53, que la instituyó, la limitaba a la viuda pobre e indotada. Y si bien esta disposición justiniana extendía también el derecho a la cuarta al marido en idénticos casos, la Novela 117 lo suprimió.

La “parte de cámara” era, en palabras de Pascual González “la mitad del ajuar doméstico constituido por las ropas de lino y lana, hay indudablemente también de algodón, y el lecho matrimonial”. Como accesorios señala este autor el vestido de luto y todos los ordinarios, así como un anillo de oro y una joya del marido –si éste tenía joyas, claro– que no fuera la mejor ni la peor.

Las dos instituciones estuvieron vigentes tradicionalmente en Mallorca, viniendo la cuarta marital –como derecho exclusivo de la viuda pobre e indotada– recogida y regulada en los proyectos de Apéndice de 1903 y 1921. Incluso hoy en día es muy frecuente, particularmente en las zonas rurales, que se hable por las viudas –sean o no pobres– de su derecho a la cuarta. Puedo dar fe de haber oído esta expresión cientos de veces.

En el proyecto de Apéndice de 1949 se quiso dar un cambio radical disponiéndose, en su art. 43, que “los derechos del cónyuge viudo se regularán por las disposiciones de la legislación común”, siendo éste también el camino seguido por la Compilación de 1961, que estableció en favor del cónyuge viudo una porción legitimaria de un tercio, la mitad o dos tercios de la herencia, según concurra con descendientes, ascendientes o personas que no tengan ni una ni otra condición. Según se decía en la Exposición de Motivos, con expresión triunfalista, “se avanza decididamente hacia las nuevas metas del derecho familiar, aproximando al Código civil, en todo lo que permite la elasticidad del sistema, los derechos sucesorios del cónyuge viudo”.

El texto actual de la Compilación ha rebasado las fronteras del Código civil, cifrando la legítima viudal en el usufructo de la mitad del haber hereditario, de dos tercios del mismo o de su totalidad, en concurrencia con descendientes en el primer caso, con ascendientes en el segundo y correspondiéndole en los demás supuestos el usufructo universal.

Indudablemente, la legítima del cónyuge viudo está totalmente inserta en la realidad social. La práctica notarial nos muestra que es frecuente en los testamentos la institución de heredero universal en favor del cónyuge viudo o, concurriendo con descendientes, la institución en el usufructo de la totalidad de la herencia, obligando a los hijos a respetar este usufructo universal en base al juego de la cautela socini.

Son, por tanto, los propios cónyuges quienes establecen en sus testamentos disposiciones en favor del sobreviviente, particularmente para seguir manteniendo el nivel de vida habitual de la familia. Mas, como pueden darse testamentos huérfanos de tales disposiciones, o, simplemente, existen sucesiones sin testamento, los juristas han acogido con beneplácito la reforma encaminada a incrementar la cuota legitimaria del cónyuge viudo.

En definitiva, creo que cabe considerar como un principio general de nuestro Derecho la concesión de legítima a los descendientes y cónyuge viudo. De entrada, por el innegable arraigo de una y otra dentro de nuestra tradición jurídica. Pero, aparte de ello, y fundamentalmente, por su concordancia con la conciencia jurídica colectiva y con la realidad social. No encaja con nuestros esquemas que el cónyuge viudo quede desposeído de la herencia del cónyuge premuerto. Ha de haber una parte –aunque sea en usufructo– que se transmita al mismo y que le sirva para mantener el nivel de vida de la familia. Y ello además, en la mayoría de supuestos, viene abonado por razones de justicia, dada la intervención del cónyuge viudo en la formación del patrimonio familiar. Indudablemente, las corrientes legislativas van en camino de concederle una mayor presencia jurídica en la herencia del que fué su consorte. Posiblemente a esta causa ha obedecido la innovación efectuada por la actual Compilación que –resucitando la “parte de cámara” de la que antes se ha hablado– atribuye en propiedad al cónyuge sobreviviente la totalidad del ajuar doméstico, sin computárselo en su haber; aunque no entendiéndose comprendidos en el mismo las joyas y objetos artísticos o históricos de considerable valor (art. 3).

Tampoco encaja en nuestros esquemas jurídicos que los hijos no tengan algo de la herencia paterna, aunque ello es hoy en día más discutido. Tal vez Mallorca y Menorca tengan un componente conservador que no acaba de ver con buenos ojos –salvo que mediara justificación– que la herencia pase, en detrimento de los hijos, a personas no familiares del testador o ligadas con vínculo más débil de parentesco. Y los hijos, por su parte, quieren tener algo de lo que fue propiedad de sus padres y no sólo por meras razones de apego material. Late en ello la continuación de la institución familiar a través de las sucesivas generaciones.

Todos estos argumentos abonan la consideración de que el derecho a legítima de los descendientes y del cónyuge viudo constituyen un principio general de nuestra sucesión. Sin que sea lógico –a mi juicio– extender el mismo a los ascendientes, por no darse respecto a éstos las razones que se acaban de exponer.

III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE SUCESIONES DE IBIZA Y FORMENTERA.

A'. Introducción.

Es indudable también la existencia de unos principios generales en el Derecho sucesorio de las islas Pitiusas.

Antes de que la actual Ley reformadora de la Compilación hablara de los principios generales, la doctrina ibicenca daba por sentada la existencia y el funcionamiento de los mismos. Así Cerdá Gimeno señalaba que los principios generales del Derecho privado de Baleares venían ya explícitamente reconocidos en el art. 2.2º de la Compilación de 1961 (la tradición jurídica balear como elemento interpretativo) e implícitamente, a contrario sensu, en la norma de la Disposición final 2ª de la misma (al establecer, en lo no previsto por la Compilación, la vigencia de los preceptos del Código civil, pero en lo que no se opongan a ella). Lo cual –concluye dicho autor– “en la terminología contemporánea vendría a ser equivalente a la técnica de la auto-integración normativa”.

Sin embargo –y según antes se ha anunciado– aparece pronto una divergencia clarísima con el Derecho de Sucesiones de Mallorca y Menorca, fundada en el hecho de que los principios tradicionales romanos que informan éste (necesidad, perdurabilidad, y universalidad de la sucesión del heredero e incompatibilidad entre sucesión testada e intestada) no rigen en el Derecho sucesorio de las Pitiusas, donde se han otorgado sin problemas testamentos en los que no se cumplen estos requisitos de fondo, a pesar de lo cual constituyen títulos válidos de la sucesión, causando las consiguientes inscripciones en el Registro de la Propiedad.

En la Exposición de Motivos de la Compilación de 1961 se recoge esta sustantividad del Derecho sucesorio pitiuso al decirse que “hasta ahora, sólo habían tenido consideración singular los heredamientos pactados en favor de los hijos nacederos (...) estimándose sus restantes instituciones identificadas con las mallorquinas y sometiénolas, en consecuencia, al mismo tratamiento legal”, por lo que, fué preocupación especial de los compiladores de 1961 “integrar en la Compilación la totalidad del Derecho vigente en las islas de Ibiza y Formentera”, con lo que “se reconoce la

vigencia actual de un estado de derecho consuetudinario, transmitido de generación en generación, existente en las islas Pitiusas, constitutivo de un estatuto propio”.

Este rechazo de los principios sucesorios romanos aparece claramente en el art. 69 de la actual Compilación, al decirse que “el testamento y el pacto sucesorio serán válidos aunque no contengan institución de heredero o ésta no comprenda la totalidad de los bienes”.

Ello hace obviamente más angosta la senda por la que hay que transitar para descubrir estos principios generales, al no existir el punto de partida del que se disponía en el Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca. De acuerdo con tal consideración, pasan a exponerse a continuación una serie de posibles principios generales del Derecho sucesorio ibicenco, aunque admitiendo, de entrada, cualquier otra opinión divergente, posiblemente más autorizada que la mía si está en contacto diario con la realidad jurídica que se vive en las Pitiusas.

B) Posibilidad de sucesión contractual, en su doble vertiente de pactos de adquisición y pactos de renuncia a la herencia.

Es, posiblemente, el primero y más importante de los principios sucesorios pitiusos debido al gran arraigo de los pactos sucesorios, particularmente en las zonas rurales. Con certeras palabras, dice Cerdá Gimeno que “el núcleo central de las peculiaridades pitiusas se condensa en el Derecho sucesorio, en íntima conexión con la idea de la “casa” payesa o campesina, raíz o denominador común de todos los derechos forales. A su vez, dentro del campo sucesorio, el acento se carga en el pacto sucesorio, pieza clave y destacada de toda la arquitectura sucesoria foral”.

Es indudable que el heredamiento se presenta enraizado dentro de una economía agraria y como instrumento idóneo para la conservación y mejora del patrimonio familiar, velando por su unidad y evitando su atomización.

Pero también es cierto que la institución puede cumplir las funciones que le son propias –particularmente la de asegurar en vida la futura disponibilidad de unos bienes– en otros ámbitos y sectores. Ya se ha visto que el único supuesto sucesorio de Ibiza que ha llegado al Tribunal Superior de Justicia de Baleares –sentencia de 28 de septiembre de 1990– recoge un caso de donación universal en la que el objeto de lo donado era un hotel de Sant Antoni de Portmany.

Es de destacar, en sede de heredamientos, la positiva regulación que muestra el actual texto compilado, que ha abordado la materia con rigurosa

técnica, regulando de manera general los “pactos de institución”, con lo cual es factible incluir dentro de este molde algunas figuras que tienen también soporte consuetudinario –aunque no se dan con la frecuencia de los heredamientos en favor de los hijos nacederos– cuales son los heredamientos a favor de los contrayentes y los heredamientos mutuales.

Es también un factor a tener en cuenta para configurar la sucesión contractual como uno de los principios generales del Derecho sucesorio de las islas Pitiusas, la antigua tradición de los pactos de adquisición de herencia que, al decir de los autores, se remontan incluso a épocas anteriores a la conquista catalana, aunque sea innegable la influencia de los heredamientos catalanes. Así, Cerdá Gimeno habla de “una confluencia de inveteradas prácticas consuetudinarias de origen romano-vulgar (donaciones universales, ante todo) con los usos al modo catalán de contener en los capitales matrimoniales las viejas donaciones universales”. Pero, indudablemente, la influencia ulterior del Derecho catalán fué manifiesta, tras la repoblación de las Pitiusas, realizada casi exclusivamente por catalanes, cabiendo incluso –aunque es adentrarse en el terreno de las suposiciones– que fueran también de procedencia catalana algunos de los Notarios que autorizaban estos capítulos.

Por lo que respecta al “finiquito” de legítima se trata de una institución muy utilizada en Ibiza y no solamente en las zonas rurales.

Es de aplaudir que en el actual art. 77 de la Compilación se designa este pacto con su nombre tradicional de “finiquito de legítima”, ubicándolo correctamente dentro del capítulo de los pactos sucesorios, en su modalidad de pacto de renuncia.

Lo cual contrasta con lo dispuesto por el art. 80 de la Compilación de 1961, que se limitaba a decir que “será de aplicación en las islas de Ibiza y Formentera lo dispuesto en el art. 50 sobre la definición”.

De todos modos, la influencia en esta materia del Derecho de Mallorca es innegable, pues fué en el Reino de Mallorca donde aparecieron las primeras disposiciones legales que hacían referencia a la institución; en particular, el Privilegio de Jaime I de 1274 y el Privilegio de Perpiñán de Sancho I de Mallorca de fecha 8 idus noviembre 1319, mientras que no existen disposiciones similares en Cataluña; e incluso parece ser que la institución era poco conocida en la práctica catalana.

Por ello, en esta materia, la influencia del Derecho mallorquín ha sido manifiesta, y es una prueba de ello el hecho de que en el art. 77 de la actual Compilación se diga que “en lo no convenido por las partes será de aplicación

la regulación de la definición mallorquina, en cuanto fuera compatible con la función y significado usuales en Ibiza y Formentera”.

C) La delegación de facultades sucesorias en favor del cónyuge.

La fiducia sucesoria la encontramos en la mayoría de legislaciones forales, en las que ha surgido por vía consuetudinaria.

En Ibiza se considera que la variedad isleña de la fiducia sucesoria puede tener un origen catalán, aunque con rasgos peculiares derivados de la propia tradición jurídica, rastreables perfectamente en los protocolos notariales.

Según Costa y Ramón, “su causa hay que encontrarla en aquellos esposos relativamente jóvenes que, al no haber otorgado aquéllos (“espolits”), suelen tener hijos en edad infantil y, por tanto, la esposa carece de la facultad de designar herederos de los bienes del marido; éste, generalmente en posible peligro de muerte, delega en su esposa el nombramiento de herederos, que podrá hacer una vez fallecido aquél, cuando a ella le plazca y conozca las condiciones y manera de ser de sus hijos”.

En definitiva, lote en la institución –en atinadas palabras de la sentencia de la Audiencia de Palma de 13 noviembre de 1930– la finalidad primordial de mantener la unidad material del patrimonio familiar y la unidad ética de la familia hasta la extinción de las dos personas que la constituyeron.

Tal fundamentación nos evidencia que la institución entronca con el patrimonio rural, y, ciertamente, la misma aparece en especial en testamentos y heredamientos cuyos otorgantes eran propietarios rurales. Mas ello no quita que la institución pueda ser perfectamente reconducible a otros contextos, pues es obvio que las finalidades puestas de relieve pueden también ser de interés para la conservación de la industria o comercio familiar.

Lo que está fuera de toda duda es el arraigo de la institución en Ibiza y Formentera y su adecuación, por tanto, a la tradición jurídica balear.

La reciente Ley reformadora 8/1990, de 28 de junio, del Parlament balear ha introducido en el tratamiento normativo de la institución innovaciones técnicas de especial interés.

Según el art. 77 de la Compilación de 1961, la facultad que podía ser objeto de encargo era tan solo –en una interpretación literal del precepto– la

distribución de la herencia entre los hijos comunes, libremente o con las limitaciones que se establecieren.

El contraste con las amplias facultades existentes en sede de heredamiento –en el que podía pactarse que el cónyuge sobreviviente podía efectuar también la elección del heredero o herederos del premuerto en caso de no haberla hecho éste– era evidente. Por ello, resulta plausible que en la ley reformadora –texto actual de la Compilación– se haya escogido una forma más general, estableciendo que cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión de aquél entre sus descendientes comunes.

Está claro que ahora las facultades conferidas pueden hacer referencia tanto a la elección de heredero o herederos como a la distribución y asignación de los bienes hereditarios, de acuerdo con lo que libremente se disponga.

Por lo demás, es de destacar la existencia de notables diferencias entre la fiducia sucesoria ibicenca y la figura mallorquina del heredero distribuidor. Diferencias que se centran en el hecho de que el heredero distribuidor mallorquín puede serlo cualquier persona, mientras sea instituido heredero, aunque solo fuere en el usufructo de todo o parte de los bienes de la herencia, incluso el legatario llamado al usufructo universal de los mismos, mientras que en la cláusula de confianza ibicenca el fiduciario necesariamente ha de ser el cónyuge.

La segunda diferencia radica en la persona de los fideicomisarios que en la figura del heredero distribuidor mallorquina, deben ser los parientes del testador o del propio distribuidor, mientras que en Ibiza necesariamente deben ser los descendientes comunes. Es de aplaudir, en este punto la rectificación del texto de 1961, habiéndose sustituido hijos comunes por descendientes comunes.

D) ¿Otros posibles principios generales?

Así como los dos principios generales hasta ahora expuestos responden a unas peculiaridades indudables del Derecho sucesorio de Ibiza y Formentera, la cuestión –por lo menos desde mi humilde punto de vista– se presenta mucho más ardua cuando se trata de investigar la posible existencia de otros principios generales en el ordenamiento sucesorio ibicenco.

Posiblemente, si hay que extraer de la reglamentación sucesoria de las islas Pitiusas otro principio general sucesorio, habrá que ir a buscarlo en

materia de legítimas, pero lo cierto es que la cuestión no se presenta tampoco con absoluta claridad y con unanimidad doctrinal.

La ambigüedad comienza con la determinación de la naturaleza de la legítima ibicenca y, en particular, la cuestión de si es “pars bonorum hereditatis” o “pars valoris bonorum”. Como es sabido, el art. 81 de la Compilación de 1961 contenía una aparente antinomia, al sentar, en su párrafo primero, la regla general de que “el legitimario tendrá derecho a que su legítima se satisfaga en bienes de la herencia”, para, a continuación, excepcionar el supuesto de que el testador haya dispuesto otra cosa; aparte del caso que, por obvio, no precisaba declaración legal, de que exista pacto en contrario entre el legitimario y el obligado al pago de la legítima.

Comentando precisamente el art. 81 de la Compilación de 1961, había tenido ocasión de precisar Cerdá Gimeno que la antinomia contenida en el precepto es más aparente que real, pues considera que el proceso de elaboración de las normas compiladas “denota la tendencia a la configuración de la legítima en su modalidad catalana, habiendo motivos para considerar que los Compiladores de 1961 pretendieron delimitar la legítima como “pars valoris bonorum” aunque la fortuna no les acompañase en el resultado final compilado”.

Efectivamente, aparte la contradicción expuesta, nos encontrábamos con que, si la legítima es una parte de la herencia, teniendo derecho el legitimario a su pago en bienes de la misma, no tenía sentido la disposición del art. 82 de la Compilación de 1961, que permitía al heredero aceptar la herencia sin intervención del legitimario e inscribir a su nombre los bienes hereditarios pudiendo enajenarlos o gravarlos libremente, sin perjuicio de la afectación real de dichos bienes a la efectividad de la legítima.

El art. 81 de la actual Compilación ha superado estas dudas pretéritas apostando claramente por una legítima “a la catalana”, estableciendo el principio general de que el heredero podrá pagar la legítima en dinero aunque no lo hubiere en la herencia salvo disposición en contra del testador o del instituyente.

El art. 82 reitera que el valor de la legítima puede ser concretado en bienes o en dinero y sanciona la afectación real de todos los bienes de la herencia hasta que la legítima sea satisfecha.

En la exposición de motivos de la ley reformadora de 1990 se señala que se ha procedido al mantenimiento de la legítima de Ibiza como “pars valoris quam in specie heres salvare debet”.

Es posible que pueda considerarse esta conceptualización de la legítima como deuda de valor uno de los principios generales del ordenamiento

sucesorio ibicenco, pues lo avala la práctica notarial y el hecho evidente de que se hayan superado claramente en la Compilación actual las dudas que surgían a consecuencia del texto antiguo; siendo, por lo demás, evidente, desde un punto de vista sociológico, la preferencia de esta consideración de la legítima sobre la que permite al legitimario exigir el pago de la misma en bienes de la herencia.

Lo cierto es que he estado tentado de considerar como uno de los principios generales del ordenamiento sucesorio ibicenco la conceptualización de la legítima como deuda de valor siendo permisible el pago en metálico de la misma. No lo he hecho así por existir el precedente en contra de la Compilación de 1961 y, aparte de ello, por considerar que, dado el matiz discutido de la cuestión, es preferible que sean voces más concededoras de la realidad práctica del Derecho de Ibiza las que impongan su criterio sobre el particular.

Si la naturaleza de la legítima ha suscitado históricamente dudas, éstas se han extendido asimismo a la esencial cuestión de quienes sean las personas con derecho a legítima.

Y ello era así porque el art. 79 de la Compilación de 1961 hacía referencia tan solo a la legítima de los descendientes, con lo cual dejaba abierta la cuestión de si éstos eran los únicos legitimarios o si había que considerar asimismo como tales a los ascendientes y al cónyuge viudo por aplicación supletoria del Código civil. Para Cerdá Gimeno es lo que los propios compiladores de 1961 creían.

Sin embargo, señala dicho autor, comentando el art. 79 de la Compilación de 1961, que para responder a la pregunta de quienes sean los legitimarios, hay que atender a la realidad social de las Islas. “Y lo que la conciencia popular demanda hoy en día –dice– es lo mismo que siglos atrás: que los más allegados al causante recitan alguna atribución de éste, por conjetura de piedad y equidad. Dentro de este círculo de ‘allegados’ estarán normalmente incluidos todos los anteriormente mencionados: descendientes legítimos, padres y ascendientes legítimos, hijos naturales reconocidos, hijos adoptivos y padres adoptantes. La no inclusión del cónyuge viudo como legitimario deriva del propio sistema jurídico de las Pitiusas, ya que usualmente (vía heredamiento, vía testamento, vía donación) el viudo/viuda goza del derecho de usufructo universal sobre los bienes del causante, y en tal situación es innecesario otorgarle una legítima”.

Posiblemente a estas consideraciones obedece el hecho de que el art. 79 de la actual Compilación concreta definitivamente quienes son legitimarios, señalando como tales a los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos, y a los padres por

naturaleza y adopción. Con lo cual queda claro que el cónyuge viudo no es legitimario, sin perjuicio de corresponderle –por disposición del art. 84 de la Compilación– en la sucesión abintestato del cónyuge difunto el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y de dos terceras partes en concurrencia con ascendientes.

En definitiva, no existe tampoco una continuidad histórica clara sobre quienes sean las personas con derecho a legítima para formular un principio general similar al que se ha estructurado con relación al Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca.

Tampoco se ha considerado la posible existencia de un principio general en materia de sustituciones, a diferencia asimismo de las conclusiones a que se han llegado respecto del Derecho de Mallorca y Menorca.

Primeramente por ser un hecho históricamente constatado su paulatina desaparición en la práctica notarial ibicenca. Por otra parte, la Compilación actual se limita a establecer una norma de gran amplitud –art. 78– según la cual el disponente puede ordenar sustituciones en todos sus bienes o parte de ellos mediante cualquier acto de liberalidad inter vivos o mortis causa, remitiendo a la tradición jurídica balear para interpretar las sustituciones fideicomisarias.

En todo caso, estamos ante una muestra más del principio de libertad de disposición que configura el actual Derecho sucesorio ibicenco, en el que las normas legales son escasamente restrictivas, no poniendo en muchas ocasiones –arts. 71 y 78, por ejemplo– condicionamientos ni exigencia alguna a las disposiciones mortis causa. ¿Tal vez pueden considerarse estas amplias facultades del disponente un principio general del ordenamiento sucesorio ibicenco?

Como antes se ha indicado, el presente trabajo no tenía otro propósito que el de iniciar el debate sobre cuales son los principios generales del Derecho sucesorio de las Baleares y de las Pitiusas. Posiblemente acertaba totalmente Tomás de Aquino al decir que los principios generales del Derecho han de ser descubiertos lenta y trabajosamente, en un largo y continuado proceso histórico.

BIBLIOGRAFIA

- CERDÁ GIMENO, J.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXI, vol. 2º, Madrid, 1981.

- Idem: “Breves reflexiones sobre la insularidad y la temática de la codificación civil”, Separata de *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXIX.
- COLL CARRERAS, M. y otros: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXXI, vol. 1º, Madrid, 1981.
- COSTA RAMÓN, J.: *Derecho Foral Ibicenco*, Revista Ibiza nº 5.
- FERRER PONS, J. y otros: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXXI, vol. 1º, Madrid, 1981.
- FERRER VANRELL, P.: *La diffinitio en el Derecho civil de Mallorca*, Palma, 1992.
- MASCARÓ Y ALBERTY, M.: *Derecho foral de Mallorca*, Palma, 1904.
- MASOT MIQUEL, M.: *El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca: la donación universal de bienes presentes y futuros*, Palma, 1976.
- MASOT MIQUEL, M. y otros: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXXI, vol. 1º, Madrid, 1981.
- PASCUAL GONZÁLEZ, L.: *Derecho civil de Mallorca*, Palma, 1979.
- PLANAS ROSSELLÓ, A.: *Recopilación del Derecho de Mallorca 1622 por los Doctores Pere Joan Canet, Antoni Mesquida y Jordi Zaforteza*, Palma, 1996.
- RIPOLL Y PALOU, R.: *Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de las Baleares*, Palma, 1885.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, 1955.
- VERGER GARAU, J. y otros: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXXI, vol. 1º, Madrid, 1981.
- VISMARA, G.: *Storia dei patti successorio*, Milán, 1938-1941.
- ZAFORTEZA DE CORRAL, L.: *El fideicomiso en el Derecho civil de Mallorca y Menorca*, Palma, 1992.

UNIONES ESTABLES DE PAREJA EN CATALUÑA

(Ley 10/1998, de 15 de julio) (*)

**EXCMO. SR. D. EDUARDO
MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS**

Notario

*A Ildefonso Sánchez Mera, gran amigo y mejor compañero,
que con toda seguridad continuará luchando en el cielo por el
prestigio del notariado.*

SUMARIO: I. UNIÓN ESTABLE HETEROSEXUAL. II. UNIÓN ESTABLE HOMOSEXUAL. III. CUESTIONES PROCESALES. IV. CUESTIONES FISCALES.

(*) Circular n.º 53, de 2 de junio de 1999, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares.

El 28 de abril de 1998 tuve el honor y el placer de pronunciar en el Ilustre Colegio Notarial de Baleares una conferencia sobre el tema de las uniones de hecho, conferencia que titulamos “Matrimonios asexuados, parejas de hecho y el contrato de unión civil” y cuyo texto dimos a conocer a los no asistentes a través de la Circular 71/98 de la Comisión de Cultura y ha sido publicado en la Revista LUNES CUATRO TREINTA, en su número 243, correspondiente a la 1ª quincena de octubre de 1998; en La Notaría, n.º 9 (sept. 1998) y en el Boletín de información del Colegio Notarial de Granada, n.º 215 (marzo de 1999).

En esta conferencia hicimos un repaso de las uniones homo y heterosexuales –estas últimas, fuera del matrimonio–, con los problemas constitucionales que su admisión plantea, sus antecedentes históricos, soluciones existentes en Derecho Comparado y Proposiciones de Ley habidas entre nosotros, para finalizar con el examen de la que más posibilidades parecía tener de convertirse en Ley, cual es la del Contrato de Unión Civil, de la que es autor el Grupo Parlamentario Popular del Congreso.

Desconocíamos en aquel momento que en Cataluña hubiera habido ya dos Proposiciones de Ley (una del Grupo Parlamentario de Iniciativa por Cataluña –BOPC n.º 228, del 16 de mayo de 1994–; y otra del Grupo Socialista –BOPC n.º 260, del 27 de diciembre del mismo año–) y un Proyecto de Ley sobre relaciones de convivencia diferentes del matrimonio (BOPC n.º 242, del 30 de septiembre de 1997). La aprobación por el Parlamento catalán de la Ley 10/1998, su publicación en el “Diari Oficial de la Generalitat” n.º 2.687 el 23 de julio de 1998 y la entrada en vigor de la misma el 23 de octubre siguiente (Disposición final tercera), acabó por sumirnos en la miseria y ratificarnos, una vez más, en el conocido “sólo sé que no sé nada”. Nos disculpamos ante todos y cumplimos ahora con lo prometido: hacer un comentario sobre la primera Ley vigente en España sobre uniones estables de pareja.

Esta Ley consta de un preámbulo, dos capítulos, con un total de 35 artículos (el I regula la unión estable heterosexual y el II la unión estable homosexual), una Disposición adicional, otra transitoria y tres finales.

El preámbulo parte de la base de que el artículo 32 de la Constitución proclama el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, y de que al margen del matrimonio la sociedad catalana de hoy presenta otras formas de unión en convivencia de carácter estable, unas formadas por parejas heterosexuales que pudiendo contraer matrimonio se abstienen de hacerlo, y otras integradas por personas del

mismo sexo, que constitucionalmente tienen vedado el paso a aquella institución.

Por estas razones y porque se aprecia un aumento de las denominadas parejas de hecho estables, tanto de distinto como del mismo sexo, es por lo que la Ley –seguimos leyendo en su preámbulo– agrupa y regula separadamente del matrimonio todas las demás formas de convivencia. Las uniones matrimoniales se incluyen en el Código de familia (Ley 9/1998, también de 15 de julio, publicado en el mismo “Diari Oficial de la Generalitat” n.º 2.687 del 23 siguiente y con entrada en vigor, asimismo, a los tres meses de su publicación –Disposición final cuarta–) y las uniones estables de pareja en la presente Ley. Distinción que, dicho sea de paso, no ha sido pacíficamente aceptada por parte de la sociedad catalana, según las noticias aparecidas en la prensa.

Justifica también el propio preámbulo el que la Ley se articule en los dos expuestos capítulos fundamentalmente en las circunstancias siguientes: de una parte, que la pareja heterosexual que vive maritalmente, si no se casa, es por voluntad propia; mientras que la pareja homosexual no se puede casar aunque lo desee. Y de otra, en que la primera es capaz de engendrar descendencia biológica y la segunda no. A la largo de nuestro examen iremos comprobando cómo esta regulación obliga a la reiteración de preceptos de contenido idéntico, lo que podría haberse evitado con un capítulo relativo a “Disposiciones generales” o “Disposiciones comunes”.

Finaliza el preámbulo reconociendo cómo la Ley se ha ajustado al marco de las competencias autonómicas (civiles y función pública), y cómo por este motivo ha sido preciso excluir cuestiones propias del Derecho penal, las de carácter laboral y las relativas a la seguridad social.

Siguiendo la sistemática de la Ley estudiaremos separadamente las uniones estables heterosexuales primero y las homosexuales después.

I. Unión estable heterosexual

A) ¿A quién se aplica la Ley? Esta ley, como deben hacer todas, no nos da un concepto de lo que es una unión estable, pero sí nos dice en su artículo 1.1 a quién se aplica: a la unión (prescindimos del calificativo “estable” que utiliza la Ley para no incluir lo definido en la definición) de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un periodo ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en ella se establece.

Los requisitos exigidos son, por tanto:

—Heterosexualidad por definición (un hombre y una mujer).

—Mayoría de edad. Entendemos, dado el sentido literal de las palabras, que quedan excluidos los menores emancipados. GARRIDO MELERO (“Matrimonio, convivientes more uxorio y familia en el Código de familia y en la Ley catalana de uniones estables de pareja”, La Notaría, n.º 7, julio-agosto 1998) mantiene el mismo criterio basándose en las enmiendas que fueron rechazadas y que pretendían incluir a los emancipados, y se sorprende que para contraer matrimonio se exija una edad inferior que para contraer una unión estable. Quizás sea, estimado compañero, para prevenir los ardores juveniles y la constitución por el mero transcurso del tiempo de la unión estable.

—Inexistencia de impedimento para contraer matrimonio entre sí.

Por esta razón no podrá nunca aplicarse esta Ley a las uniones estables entre familiares a los que la Ley impide el matrimonio (en línea recta por consanguinidad o adopción; colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado; y los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos, ex art. 47 C.c.). GARRIDO MELERO opina que este último impedimento y el del grado tercero entre colaterales, al ser dispensables a los efectos de matrimonio (art. 48 C.c.), deberían ser excluidos a los efectos de la constitución de la unión estable. Opinión discutible, como todas, y que no compartimos: una cosa es que sean dispensables por el Ministro de Justicia o el Juez de Primera Instancia, respectivamente, y otra es que los borremos sin más de un plumazo. ¿En base a qué apoyo legal acudiríamos al Ministro o Juez para pedir la dispensa?

—Convivencia marital. Convivencia, en definitiva, more uxorio o lo que es lo mismo, como opina ESTRADA ALONSO, identificación con el modelo de convivencia desarrollado en los hogares de las familias fundadas en un matrimonio. Coexistencia, pues, de la pareja en un espacio y tiempo determinado en forma pública y notoria.

—Convivencia durante un periodo ininterrumpido de dos años, como mínimo. La unión, también por definición, ha de ser estable y la Ley presume esta estabilidad cuando, como mínimo, se ha mantenido durante el periodo ininterrumpido de dos años. El plazo podía haber sido mayor o incluso menor; es un plazo, pues, a gusto del legislador y hay que reconocer que el establecido viene a coincidir con el propugnado por la generalidad de los autores y proposiciones de Ley.

Respecto de este plazo conviene tener en cuenta: a) Que no es necesario su transcurso, siempre y cuando la pareja tenga descendencia común,

aunque sí exige la Ley –art. 1.2– que haya convivencia; lo que implica que no por el mero hecho de una unión ocasional, aunque se haya engendrado un hijo, se considere que estamos en presencia de una unión estable; b) que el tiempo de convivencia transcurrido antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, se tendrá en cuenta a efectos del cómputo de los dos años únicamente si los dos miembros de la pareja y, en su caso, los herederos del difunto están de acuerdo (Disposición transitoria). La conformidad de los dos integrantes de la pareja es más que lógica, por eso de la eficacia retroactiva y de que una cosa es un ligue mantenido y otras las consecuencias que se derivan de la nueva Ley que por no ser conocidas no pueden presumirse queridas. Lo extraño, a nuestro modo de ver, es la puesta en escena de los herederos del difunto, ya que por muy continuadores que la ley presuma lo sean de su personalidad, y salvo un número indubitado de pruebas de la voluntad de éste, en modo alguno pueden colocarse en su lugar; c) que en el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad se tendrá en cuenta en el cómputo de los dos años (art. 1.3). Norma muy a tener en cuenta por todos aquellos que estando casados conviven maritalmente con otra persona, porque en cuanto se divorcien, se anule el matrimonio o enviuden, ¡zas!, siempre que hayan convivido durante dos años como mínimo nacerá la unión estable y se le aplicarán todos los efectos prevenidos en la Ley. Muy posiblemente sin que tengan conciencia de ello... ya saben, por eso de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (art. 6.1 C.c.); y d) que la acreditación de las uniones por el transcurso de los dos años –por, llamémoslo así, posesión de estado o usucapión– se puede hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente, con la excepción que establece el artículo 10 (art. 2). Artículo 10 que determina que para obtener los beneficios que, respecto de la función pública de la Administración de la Generalidad, reconoce el artículo 9, será preciso aportar acta de notoriedad de la convivencia y del transcurso de dos años. De nuevo aparece el embudo con su parte más estrecha beneficiando a la Administración. Aunque nada se diga el acta de notoriedad a que se refiere la Ley tiene que ser la del artículo 209 del Reglamento Notarial.

– Escritura pública en la que los miembros de la pareja manifiesten su voluntad de constituir una unión estable acogiéndose a lo prevenido en la nueva Ley. Así como el matrimonio nace por el consentimiento de los otorgantes y cumplimiento coetáneo de los requisitos civiles o religiosos, establecidos al efecto por la ley aplicable, las uniones estables pueden constituirse por el consentimiento de un hombre y una mujer ante notario, sin necesidad de la convivencia marital previa durante el periodo ininterrumpido de dos años. Desde este punto de vista cabrá diferenciar

uniones estables por convivencia y uniones estables notariales; las primeras nacidas por el transcurso del tiempo de convivencia marital, las segundas por el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Esta solución, que es la que se desprende de la letra del precepto (disyuntiva “o”) es duramente criticada por LLEBARÍA SAMPER (“Glosa crítica a esta (nuestra) nueva Ley de Uniones estables de pareja”, en La Notaría, n.º 10, octubre 1998), quien preconiza una interpretación correctora que nos lleve a la conclusión de que, salvo existencia de descendencia, el plazo mínimo de dos años de convivencia se exige a toda pareja, con independencia de su formalización. En términos de oscuridad similar está redactado el artículo 3.1 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas de Aragón (“1. Se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido de dos años como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública”).

—Y tener vecindad civil en Cataluña al menos uno de los dos miembros. Recomendamos que en todo el territorio nacional en las escuelas se impartan unas enseñanzas mínimas sobre qué es eso de la vecindad civil y cómo se adquiere, y se instruya a niños y adolescentes en ellas, y a los más crecidos, con campañas en los medios de comunicación, sobre las consecuencias de convivencia marital con personas de vecindad civil catalana. De lo contrario, más de uno y sin darse cuenta se podrá encontrar con la sorpresa de que se le exijan, una vez extinguida la unión, las compensaciones económicas, pensiones y demás consecuencias que pronto examinaremos. El “peligro”, y lo intercomillamos a propósito, se habría evitado exigiendo, como hacen las leyes nórdicas que regulan la materia, que la pareja que conviva, resida, además, en Cataluña. Esta extraterritorialidad de la Ley, ¿es constitucional? GARRIDO MELERO se plantea la misma cuestión y considera, dado que el Estado se ha reservado de modo exclusivo la competencia sobre las normas para resolver los conflictos de ley en el espacio, que la adopción unilateral de esta competencia entra en claro conflicto en el caso de que cualquiera de los ordenamientos civiles del propio Estado quieran regular las uniones de hecho y utilicen como punto de conexión también el de la vecindad civil de uno de los miembros de la unión legal. La adopción de la residencia de los convivientes en Cataluña —termina diciendo—, en lugar del de la vecindad civil catalana, tendría más sentido, especialmente en aquellas uniones de hecho que se constituyan por el transcurso del tiempo. Para LLEBARÍA SAMPER este artículo 1.1 in fine, y el correlativo 20.2 para las uniones homosexuales, vulneran directamente el artículo 149.1.8.º de la Constitución, por cuanto legisla sobre el contenido que en exclusiva pertenece a los artículos 9.1, 2 y 8; 14; y 16.1.1.ª del C.c.

Ponemos punto y final a este apartado refiriéndonos al requisito de la inscripción de estas uniones. De momento, dado que la competencia en materia de Registro Civil está reservada al Estado (art. 149.1.8.º de la Constitución), lo único que puede hacer, y hace, la nueva Ley es establecer, en su Disposición final segunda, una norma de futuro: “Si la legislación del Estado prevé la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por la presente Ley, los efectos que ésta les otorgue han de entenderse referidos a las parejas que se inscriban”. Nos parece que estamos, pues, ante una inscripción constitutiva, si bien de momento sin aplicación posible.

B) Efectos.

1) Durante la convivencia. Parte la Ley del principio de autonomía de la voluntad. En este sentido el artículo 3.1 establece que los miembros de la pareja estable “pueden” regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, así como los respectivos derechos y deberes. Pueden, también, regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de cese de la convivencia. Pero en este caso su libertad ya no es absoluta por cuanto las pactadas han de cubrir como mínimo los derechos que regula la Ley, y que repasaremos en su momento; derechos que el propio artículo 3.1 considera “irrenunciables hasta el momento en que sean exigibles”.

Esta regulación de la convivencia puede hacerse “en forma verbal, por escrito privado o en documento público” (art. 3.1). A efectos probatorios la forma escrita es sin lugar a dudas la más aconsejable y entre la privada o pública ni que decir tiene que nos inclinamos por la última, no por razones arancelarias –serían en todo caso documentos sin cuantía– sino porque consideramos que nuestra función asesora debe jugar un importantísimo papel en defensa de los derechos de ambas partes y especialmente de la más débil (ex arts. 1 y 147 Reglamento Notarial). La regulación en forma verbal supondrá una verdadera “probatio diabólica”.

En defecto de pacto la Ley regula los siguientes extremos:

a) Gastos comunes. Según establece el artículo 3.2 “los miembros de la pareja estable contribuirán al mantenimiento de la casa y a los gastos comunes con el trabajo doméstico, con su colaboración personal o profesional no retribuida o con la retribución insuficiente a la profesión o a la empresa del otro miembro, con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si estos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios”.

Este texto, tanto en su versión castellana como catalana, es una mala copia del artículo 5.1 del Código de familia (Ley 9/1998), por cuanto la

introducción del artículo “la”, subrayado en la reproducción precedente del precepto, es una errata que ignoramos si ha sido subsanada o no. Si eliminamos dicho artículo “la” –como hace el Código de familia– la norma es inteligible (“... y a los gastos comunes con el trabajo doméstico, con su colaboración personal o profesional no retribuida o con retribución insuficiente...”).

El artículo 4 define qué gastos se consideran comunes, a saber: los necesarios para el mantenimiento de la pareja y el de los hijos y las hijas comunes o no que convivan con ellos, de acuerdo con sus usos y su nivel de vida, y especialmente: a) los originados en concepto de alimentos en su sentido más amplio; b) los de conservación o mejora de las viviendas u otros bienes de uso de la pareja; y c) los originados por las atenciones de previsión, médicas y sanitarias.

No define esta ley qué considera “alimentos en su sentido más amplio”. El artículo 4 del Código de familia al referirse a los gastos familiares incluye, asimismo, los “alimentos en su sentido más amplio”, si bien añade “de acuerdo con la definición que hace del mismo (del concepto de alimentos) el presente Código”. Esta definición la encontramos en el artículo 259 que “entiende por alimentos todo lo indispensable para el mantenimiento, la vivienda, el vestido y la asistencia médica del alimentista; así como los gastos para la formación si éste es menor, y para la continuación de la formación, una vez llegado a la mayoría de edad, si no la ha finalizado antes por causa que no le sea imputable. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios”. ¿Será de aplicación la misma definición tratándose de pareja estable? Un concepto amplio de familia abona esta solución.

También nos especifica el artículo 4, en su apartado 2, los gastos que no merecen la consideración de comunes: los derivados de la gestión y la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni, en general, las (debe decir, los) que respondan al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja.

Ante terceras personas –dice el art. 5–, ambos miembros de la pareja responden solidariamente de las obligaciones contraídas por razón de los gastos comunes que establece el artículo anterior, siempre que se trate de gastos adecuados a los usos y al nivel de vida de la pareja; en cualquier otro caso responde quien haya contraído la obligación. Es el mismo criterio de responsabilidad solidaria del artículo 8 del Código de familia.

b) Dominio, disfrute y administración de los bienes. En defecto de pacto, cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes (art. 3.2, inciso final). Siendo el régimen económico matrimonial legal en Cataluña el de separación de bienes (vide

arts. 10 y ss. Código de familia), es más que lógico que tratándose de uniones estables se mantenga el mismo criterio.

No obstante este principio general, la Ley en su artículo 11 contiene una limitación muy importante que afecta a la disposición de la vivienda común. En una norma similar a la contenida en el artículo 9 del Código de familia, se establece que: “1. El conviviente titular de la vivienda común o de los muebles de uso ordinario no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, de gravamen o, en general, de disposición de su derecho que comprometa su uso sin el consentimiento del otro o, en su defecto, de la autorización judicial. 2. El acto efectuado sin consentimiento o sin la autorización prescrita en el apartado 1 es anulable a instancia del otro conviviente en el plazo de cuatro años desde que tenga conocimiento del mismo o desde su inscripción en el Registro de la Propiedad. 3. No procederá la anulación permitida en el apartado 2 cuando el adquirente (“adquirente” aparece en el “Diario Oficial de la Generalitat”) actúe de buena fe y a título oneroso si, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tenía la condición de vivienda común, aunque sea manifestación inexacta. Sin embargo, el que ha dispuesto del mismo responde de los perjuicios que cause, de acuerdo con la legislación aplicable”.

GARRIDO MELERO mantiene que en la redacción de este precepto no se han tenido en cuenta las enmiendas que se presentaron referentes al artículo 9 del Código de familia y que, a su juicio, deben integrar la normativa de las uniones estables. Por ello, considera que se necesitará también el consentimiento para disponer de cuotas indivisas; que no se podrá otorgar un consentimiento de carácter general; que estarán legitimados para ejercitar la acción de anulabilidad, además del conviviente, sus hijos menores siempre que convivan en la vivienda; y que no es posible el pacto en contrario.

El argumento de que no se han tenido en cuenta las enmiendas aprobadas no nos parece definitivo para defender la integración propuesta por nuestro compañero. Quizás –seguro que sin quizás– esté más enterado que nosotros. Nosotros entendemos –mens legis a la vista– que es posible que el legislador sí haya considerado las enmiendas y decidido no aplicar el mismo criterio a las uniones estables. Todo depende de si la unión estable se equipara de modo pleno a la familia basada en el matrimonio o no; y si la respuesta fuere no, deberán existir diferencias.

No entramos, por exceder de las intenciones de estos comentarios, en el examen en profundidad de todas las cuestiones que planteará esta norma, al igual que el artículo 9 del Código de familia y de las que continúa planteando el artículo 1.320 del C.c.

Terminamos el tema destacando que todos los notarios, en especial los que ejerzan en Cataluña, no deberán olvidar nunca esta nueva disposición y en toda venta, hipoteca o acto dispositivo deberán consignar que “la vivienda no es familiar ni común a una unión estable de pareja”. Y habida cuenta de que encontramos en sede de uniones estables homosexuales la misma regla (art. 28), nos veremos todos en el brete de tener que preguntar, sea cual sea la edad o sexo del disponente, si la vivienda constituye hogar familiar o es vivienda común de una unión estable de pareja hetero u homosexual. Amigo JAVIER MICÓ GINER no será nada agradable, como tampoco lo está siendo que tengas tras tu mesa a un otorgante y cuando te presente el DNI, a efectos de identificación, resulte que es de sexo contrario al que tus asombrados ojos notariales están contemplando. Todo sea... por el servicio notarial.

c) Adopción. Los miembros de la pareja heterosexual estable pueden adoptar en forma conjunta (art. 6).

Esta posibilidad ya aparece recogida en el artículo 115.2 del Código de familia aunque con distinta terminología y cuya diferencia no nos explicamos... racionalmente. El Codi dice que “sólo se admite la adopción por más de una persona en el caso de los cónyuges o la pareja de hombre y mujer que convivan maritalmente con carácter estable”. ¿Es que los integrantes del Parlamento catalán desconocían que al tiempo que aprobaban el Codi aprobaban una Ley de uniones estables de pareja o querían referirse a parejas que no constituyen unión estable?

Aunque el artículo 6 nada diga, es evidente que los requisitos para adoptar y poder ser adoptado, etc., son los que establecen los artículos 115 y siguientes del Código de familia.

d) Tutela. “En el caso de que uno de los miembros de la pareja estable sea declarado incapaz, el conviviente ocupa el primer lugar en el orden de preferencia de la delación dativa” (art. 7).

De nuevo nos encontramos con que este orden de delación está establecido en el artículo 179 del Codi y con la terminología de “relación estable de pareja” en vez de “unión estable de pareja”.

El Codi, en el citado artículo 179, exige para el ejercicio de la tutela que el cónyuge o la persona de sexo distinto con quien se convive en relación estable de pareja, conviva con el incapaz. Circunstancia que no estima necesario reiterar expresamente en el artículo 7 (aunque sí habla de “conviviente”), por cuanto, por definición, la convivencia es requisito “sine qua non” para que pueda hablarse de unión estable.

e) Alimentos. Los miembros de la pareja estable tienen, ex artículo 8, la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado.

A lo antes dicho y a los artículos 259 y ss. del Código de familia nos remitimos.

f) Función pública. Según el artículo 9 y en relación con la función pública de la Administración de la Generalitat, los convivientes gozan de los beneficios siguientes:

a) El de excedencia voluntaria, con una duración mínima de dos años y máxima de quince, si el conviviente del funcionario reside en otro municipio por el hecho de haber obtenido un puesto de trabajo definitivo como funcionario de carrera o como personal laboral en cualquier administración pública, organismo autónomo, entidad gestora de la Seguridad Social, en órganos constitucionales o del Poder Judicial.

b) El de permiso, por la muerte o la enfermedad grave del conviviente del funcionario o funcionaria, de dos días si el hecho se produce en la misma localidad y hasta cuatro si es en otra.

c) El de reducción de un tercio o la mitad de la jornada de trabajo, con la reducción proporcional de sus retribuciones, tanto básicas como complementarias, trienios incluidos, por incapacidad física del conviviente y mientras convive. Esta reducción es incompatible con el ejercicio de cualquiera otra actividad, sea o no remunerada, durante el horario que sea objeto de la reducción, y puede ser sometida a las condiciones que por reglamento se establezcan para los puestos de mando.

Ya pusimos de relieve con anterioridad que, según el artículo 10, para hacer valer los derechos del artículo precedente, si no se ha formalizado la convivencia en escritura pública dos años antes de ejercerlos, será preciso aportar acta de notoriedad de la convivencia y del transcurso de dos años.

2) Extinguida la unión.

Antes de entrar en el examen de estos efectos, debemos detenernos en el examen de las causas de extinción. Causas que enumera el artículo 12.1 y son las siguientes:

a) Por común acuerdo.

b) Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro.

c) Por defunción de uno de los miembros.

d) Por separación de hecho de más de un año.

e) Por matrimonio de uno de los miembros.

El mutuo acuerdo no debe plantear problemas. Estamos ante un “divorcio” consensuado sin necesidad de ningún requisito de tiempo, a

diferencia de lo que sucede en materia de separación y divorcio matrimonial (vide arts. 81 y 86 C.c.). Sí será necesario, por cuanto así lo determina con carácter general el apartado 2 del propio artículo 12, que los dos miembros de la “ex-uni6n” dejen sin efecto la escritura p6blica de constituci6n, si 6sta se hubiere otorgado. No nos parece muy correcto que este apartado 2 hable de “documento p6blico” de constituci6n, cuando el art6culo 1 exige “escritura p6blica”, por cuanto ambos conceptos, de todos es sabido, no son iguales (ex art. 1.216 y concordantes del C.c.).

La voluntad unilateral es una vuelta al “repudio”, como destaca GARRIDO MELERO. En este supuesto la ley exige que dicha decisi6n unilateral sea notificada fehacientemente al otro. Tambi6n, con el compa1ero reci6n citado, entendemos que esta notificaci6n supondr1a o deber1a ser considerada como un “dejar sin efecto” la escritura p6blica de constituci6n.

Otra causa que no admite paliativos es la muerte de uno de los miembros. “Mors omnia solvit” y punto. Equiparable a la muerte debe ser la declaraci6n de fallecimiento, como opina GARRIDO MELERO, al igual que lo es en el matrimonio (art. 85 C.c.). Lo que ocurre es que para declarar el fallecimiento hay que esperar, seg6n los casos, diez, cinco o dos a1os (art. 193 C.c.), y si en el matrimonio la espera abre las puertas a otro nuevo (art. 46,2.º C.c.), en el supuesto de la uni6n estable la separaci6n de hecho de m1s de un a1o mata al perro y se acaba la rabia. Parece que en este caso de muerte no ser1a necesario que el sobreviviente deje sin efecto la escritura p6blica de constituci6n. El art6culo 12.2 deber1a haber precisado m1s.

La separaci6n de hecho de m1s de un a1o tambi6n es causa de extinci6n de la uni6n estable. En la pr1ctica consideramos que esta causa ser1a de aplicaci6n excepcional, por cuanto es mucho m1s f1cil, c6modo y expeditivo acudir a la voluntad unilateral.

Y el 6ltimo supuesto, tambi6n de repudio, es el matrimonio de uno de los miembros. Nos parece extra1o que en este caso la Ley no exija la notificaci6n fehaciente al otro; puede que sea por eso de la publicidad del matrimonio. Lo que s6 sí ser1a necesario es que se deje sin efecto el documento p6blico de constituci6n. Desde otro punto de vista la inclusi6n de esta causa no nos parece acertada, por cuanto o los miembros de la pareja, est1n de acuerdo y este caso queda subsumido en la letra a) (com6n acuerdo) o no lo est1n y nos sumergimos en la letra b) (voluntad unilateral).

Examinadas las causas, veamos los efectos. Al respecto diferenciaremos: a) Efectos en vida de los dos convivientes y b) efectos en caso de defunci6n de uno de los miembros de la pareja.

a) Efectos en vida de los dos convivientes.

a’) Revocaci6n de poderes. En una norma correlativa a la contenida en el art6culo 102.2.º del C.c. para la admisi6n de demanda de nulidad, separaci6n

o divorcio en la esfera matrimonial, el artículo 12.3 de la nueva Ley establece que la extinción de la unión “implica la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros haya otorgado a favor del otro”. En el supuesto de la letra c) del apartado 1) (defunción de uno de los miembros) el efecto revocatorio que se predica es superfluo por aplicación del artículo 1.732.3.º del C.c.

a”) Compensación económica. En forma similar a lo establecido en el artículo 41.1 del Código de familia, el artículo 13 establece que el conviviente que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto.

Este derecho es compatible con la pensión periódica regulada en el artículo 14, si bien deben reclamarse ambos conjuntamente a efectos de su adecuada ponderación (art. 16.1). El plazo para la reclamación, también de ambos derechos, es el de un año a contar desde el cese de la convivencia (art. 16.2). La prueba de este cese será evidentemente complicada en el caso de separación de hecho [letra d) del artículo 121.

El pago de la compensación debe hacerse efectivo en el plazo máximo de tres años, con el interés legal desde que se haya reconocido. Se satisfará en metálico, salvo que haya acuerdo entre las partes o si la autoridad judicial, por causa justificada, autorizare el pago con bienes del conviviente obligado (art. 16.3). Hemos utilizado la expresión “autoridad judicial”, que es la recogida en el artículo 41.2 del Código de familia, por cuanto la que emplea la Ley de uniones estables de pareja –“juez o jueza” en la versión castellana, y “jutge o jutgessa” en la catalana– no nos parece de recibo, dicho sea con todos los respetos.

a”) Pensión periódica. En forma harto distinta de la pensión compensatoria que regulan los artículos 84 a 86 del Código de familia, el artículo 14 de la Ley reconoce a cualquiera de los miembros de la pareja el derecho a reclamar al otro, al cesar la convivencia, una pensión alimenticia periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento, en uno de los casos siguientes:

—Si la convivencia hubiere disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos, o

—si tiene a su cargo hijos o hijas comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos queda disminuida.

Este derecho, que ya hemos visto debe reclamarse conjuntamente con la compensación económica y en el plazo de un año a contar desde el cese de la

convivencia, se extingue, en todo caso, en el plazo de tres años, a contar desde la fecha de pago de la primera pensión, por las causas generales de extinción del derecho de alimentos (art. 271 del Código de familia: muerte del alimentista o del obligado, reducción de rentas o patrimonio del obligado, mejora de las condiciones de vida del alimentista, etc.); desde el momento en que quien la percibe contrae matrimonio o convive maritalmente; y en el supuesto de tener a su cargo hijos (gramaticalmente comprende a ambos sexos), cuando la atención a los mismos cesa por cualquier causa o éstos (¿por qué aquí el legislador catalán no habla de “éstos o éstas”?) lleguen a la mayoría de edad o son emancipados, salvo los supuestos de incapacidad (art. 16.4).

La pensión alimentaria periódica será disminuida o extinguida en la medida en que el desequilibrio que compensa disminuya o desaparezca (art. 16.5).

No recoge la Ley, a diferencia del Codi, la posibilidad de que el juez establezca medidas para garantizar el pago de la pensión y que pueda fijar criterios objetivos y automáticos de actualización dineraria. Tampoco contempla la forma ni el medio de pago (según el art. 85 del Codi, la pensión debe pagarse en dinero, por mensualidades “avançades” –que se traduce, ¡oh, Dios!, como avanzadas, en vez de adelantadas–; admitiéndose, además, la posibilidad de sustituir la pensión por la entrega de bienes en dominio o usufructo, por acuerdo entre las partes o, en defecto de éste, por resolución judicial).

a””) Guarda y régimen de visitas de los hijos. El artículo 15 que regula la materia habla de “visita” en singular y de “los hijos y de las hijas”. Cuanto mejor es la redacción del Código de familia en su artículo 76 en sus dos versiones (“fills i visites”; “hijos y visitas”).

Según dicho artículo 15 –que también vuelve a utilizar la expresión “juez o jueza”– los miembros de la pareja, en caso de que tengan hijos comunes, pueden pactar cuál de los dos tendrá su guarda y custodia, así como el régimen de visitas del miembro de la pareja que no tenga la guarda. A falta de acuerdo, la autoridad judicial decidirá en beneficio de los hijos, oyéndoles previamente si tienen suficiente conocimiento o doce años o más.

Una más sobre traducción literal. Tanto este artículo como el 82 del Codi utilizan la exposición “tenir prou coneixement”, que se traduce por “tener suficiente conocimiento”. ¿No hubiera sido más técnico emplear la terminología consagrada de “tener suficiente juicio” –vide, por ejemplo el art. 156 del C.c.–?

a””) Prohibición temporal de formalizar otra unión estable. El artículo 17, que lleva como título el de “Efectos de la ruptura unilateral”, establece en su

apartado 1 que “En caso de ruptura de la convivencia, los convivientes no pueden volver a formalizar una unión estable con otra persona mediante escritura pública (¿y sin ella?) hasta que hayan transcurrido seis meses desde que dejaron sin efecto el documento público correspondiente a la convivencia anterior”. Cualquier acto que contravenga esta prohibición será nulo (apartado 2 del propio art. 17).

Dos consideraciones o cuestiones nos plantea este precepto. La primera es la relativa a qué supuestos de extinción es aplicable. Según la rúbrica del artículo a los de “ruptura unilateral”; según el texto a los de “ruptura” simplemente. Obsérvese cómo en el supuesto de uniones estables homosexuales el artículo 29, tanto en su rúbrica como en el texto, alude únicamente a los efectos de la ruptura. ¿Quiérese decir que se están contemplando supuestos distintos? Es difícil definirse. Ruptura, según el Diccionario de la Lengua es “ 1. Acción y efecto de romper. 2. Rompimiento de relaciones entre personas” y romper, en su acepción pronominal figurada es: “22. Romper con uno, manifestarle la queja o disgusto que de él se tiene, separándose de su trato o amistad”. En el sentido gramatical puede hablarse de ruptura tanto si la separación se produce de mutuo acuerdo, como si es por voluntad unilateral. Si así lo entendiéramos se aplicaría lo prevenido en el artículo 17.1 a los supuestos de extinción de la unión por común acuerdo, por voluntad unilateral de uno de los miembros, por separación de hecho de más de un año y por matrimonio. Sólo quedaría excluido el caso de la defunción, pues en él no cabe descubrir voluntariedad. Si consideramos que prevalece la rúbrica del precepto, la prohibición de formalizar otra unión estable en escritura durante seis meses se aplicaría únicamente a la causa b) del artículo 12, o sea, extinción por voluntad unilateral de uno de los miembros, notificada fehacientemente al otro. Les dejamos en libertad para elegir una u otra interpretación.

La segunda consideración nos hace retroceder a lo que expusimos al tratar el artículo 1.1. A la duda de si cuando la unión se constituye en escritura pública es necesaria o no la convivencia ininterrumpida de dos años. Es posible que de este artículo 17 se desprenda otro argumento fundamental para concluir que no es necesario, por cuanto sólo se requiere, a lo máximo, una convivencia de seis meses.

b) Efectos en caso de defunción de uno de los miembros de la pareja.

b') Ajuar de la vivienda común. El superviviente tendrá –según establece el art. 18.1– la propiedad de las prendas, del mobiliario y de los utensilios que constituyen el ajuar de la vivienda común, sin computarlos, si procede, en su haber hereditario. Es un derecho similar al que reconoce el artículo 35 del Codi al cónyuge sobreviviente no separado judicialmente o de hecho

(el llamado derecho de predetracción). Anecdóticamente constatemos cómo en el texto catalán, tanto de la Ley que examinamos como del Codi, se habla “dels estris” y que en el texto castellano se traduce por “utensilios” en la ley de uniones estables de pareja y por “enseres” en el Código de familia. También anecdóticamente, y autoconstituido en Defensor de la Lengua, digamos que el término “superviviente”, utilizado hasta tres veces en este artículo 18, traducción de “sobrevivent” una vez y de “supervivent” dos, no nos resulta adecuado. Con ello no mantenemos que sea inexacto, por cuanto es equivalente a sobreviviente y a supérstite, pero sí que en castellano su opción normal es la referida al que sobrevive a una catástrofe, y en lenguaje también normal o vulgar, catástrofe no se aplica, aunque particularmente lo sea, al fallecimiento de una persona por causas naturales. Nos habría complacido más –sobre gustos no hay nada escrito– que se respetasen las terminologías tradicionales en Derecho de sobreviviente o supérstite (arts. 492, 837, 838, 954 y 1.321 C.c., como botones de muestra; y, sin buscar fuera de, arts. 35 y 36 del Codi).

De esta atribución del ajuar se excluye –según el propio art. 8.1– los bienes propiedad del conviviente premuerto que consistan en joyas (“joies” en catalán en los dos textos; en castellano “joyas” para nuestra Ley, “alhajas” para el Codi) u objetos artísticos, u otras que tengan un valor extraordinario considerando el nivel de vida de la pareja y el patrimonio relicto, en especial los muebles de procedencia familiar.

b”) Derecho a residir en la vivienda común y a ser alimentado. Durante el año siguiente a la muerte de uno de los convivientes –dice el art. 18.2–, el supérstite tiene derecho a residir en la vivienda común, con la facultad de tomar posesión de la misma, y a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto, de acuerdo con el nivel de vida de la pareja y con la importancia de su patrimonio. Es el equivalente al año de viudedad establecido en el artículo 36 del Codi a favor del cónyuge sobreviviente no separado judicialmente o de hecho. De nuevo la traducción es distinta. Tanto en un texto legal como en el otro la palabra catalana es “habitar”; en la Ley de uniones estables equivale a “residir” y en el Código de familia a “habitar”.

Completa el propio artículo 18.2 la regulación del modo siguiente:

–Independencia de este derecho de los otros que puedan corresponder al superviviente (sobreviviente en el Codi; “supervivent” en las dos versiones catalanas) en virtud de la defunción del premuerto. En el Código de familia una vez se utiliza el singular (“este derecho”), quizás por considerar que los dos que atribuye (“habitar” y “ser alimentado”) quedan englobados en la rúbrica general “El año de viudedad”; en todos los demás emplea el plural (“los derechos”, “los pierde”). Por el contrario la Ley de uniones estables

solamente utiliza el singular (“este derecho”),

—como excepción no se reconocen los expuestos derechos (habitar y ser alimentado) en el caso de que el premuerto haya atribuido al superviviente el usufructo universal de la herencia con una duración temporal superior a un año. Lógico, pues al que ya tiene estos derechos no hay por qué atribuírselos y menos con inferior extensión (tanto en cuanto a facultades como a tiempo), y

—este derecho (otra vez singular) se pierde si durante el año el interesado contrae matrimonio o pasa a convivir maritalmente con otra persona (¿es indiferente de qué sexo?) o descuida gravemente sus deberes hacia los hijos o las hijas comunes con el premuerto.

b””) Derechos arrendaticios. Si el difunto era arrendatario de la vivienda, el conviviente tiene derecho a subrogarse en los términos que establezca la legislación de arrendamientos urbanos (art. 18.3).

Derecho que ya reconoce el artículo 16 de la LAU (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) a favor de “la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia”. Si la unión estable se ha constituido en escritura pública y en este supuesto no es precisa la convivencia durante dos años ininterrumpidos, al remitirse el artículo 18.3 de nuestra Ley a lo prevenido en la LAU, resultará que si no han transcurrido los dos años el conviviente del arrendatario no tendrá derecho a subrogarse a pesar de que sea miembro de unión estable, salvo que hubieran tenido descendencia común.

b””) Sucesión intestada. Ningún derecho se reconoce al supérstite en la herencia del premuerto. Toda vez que sí se reconocen derechos en la sucesión intestada cuando se trate de uniones homosexuales (vide art. 34), en principio dudamos de si se trataba de un error que sería subsanado a posteriori. Pero no es así. En el caso de unión estable heterosexual no hay reconocido ningún derecho en la sucesión intestada de los convivientes. A la durísima crítica de LLEBARÍA SAMPER nos remitimos y con él constatamos el contrasentido que supone que el legislador catalán proclame en el preámbulo de la Ley que “en estos últimos años se aprecia un aumento de las denominadas parejas de hecho estables «coincidente» con el creciente nivel de la aceptación que tienen en el seno de nuestra sociedad”, hasta el punto de “que se detecta entre la población catalana una opinión mayoritaria a favor de la regulación legal de estas formas de convivencia” y no reconozca para ellas derechos abintestato. No se entiende – continúa

diciendo LLEBARÍA SAMPER— cómo la misma aceptación social mayoritaria puede permitir que, ante el fallecimiento de uno de los convivientes sin testamento, herede antes su hermano, sobrino o la Generalitat, que el compañero/a con el que convivió los últimos, por ejemplo, quince años.

II. Unión estable homosexual

A) ¿A quiénes se aplica la Ley? Según el artículo 19 “las disposiciones de este capítulo (el II de la Ley) se aplican a las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente y manifiesten su voluntad de acogerse a ellas en la forma prevista”.

De este artículo, juntamente con los dos siguientes (arts. 20 y 21), se desprenden como requisitos los siguientes:

—Homosexualidad por definición (dos hombres/dos mujeres).

—Mayoría de edad. Deben entenderse también excluidos los emancipados como en el supuesto de uniones heterosexuales.

—No estar unidos por vínculo matrimonial, ni formar pareja estable con otra persona. Estas dos circunstancias no se exigen, como ya hemos visto, tratándose de uniones heterosexuales, admitiéndose, incluso expresamente, que uno o ambos miembros estén ligados por vínculo matrimonial (véase art. 1.3). Este tratamiento diferenciado no lo encontramos en el artículo 4 de la citada Ley aragonesa 6/1999 de parejas estables no casadas.

—Inexistencia de parentesco. Sin límite en línea recta por consanguinidad o adopción y hasta el segundo grado tratándose de colaterales, sean también por consanguinidad o adopción.

—Vecindad civil en Cataluña de al menos uno de los miembros de la pareja.

—Y convivencia marital. Aquí la Ley no exige una convivencia estable con una duración ininterrumpida de dos años como mínimo. La unión estable (?) se acredita mediante escritura pública otorgada conjuntamente y produce todos sus efectos a partir de la fecha de la autorización del documento de referencia (art. 21.1 y 2); o lo que es lo mismo, la unión estable (?) nace con la escritura y la convivencia marital, en su sentido más propio o estricto, no juega, a pesar de lo que prescribe el transcrito artículo 19 (“que conviven maritalmente”).

B) Efectos.

1) Durante la convivencia. Reitera la Ley en su artículo 22 lo prevenido en el ya examinado artículo 3, partiendo asimismo del principio de

autonomía de la voluntad y estableciendo reglas para el caso de inexistencia de pacto. Damos, pues, por reproducido lo consignado respecto de:

a) Gastos comunes. Artículo 22.2, idéntico al 3.2 y con su mismo error (el citado artículo femenino “la”); artículo 23, igual al artículo 4, definidor de qué se entienden por gastos comunes, y artículo 24 que reproduce el artículo 5 en materia de responsabilidad solidaria por razón de las obligaciones contraídas en sede de gastos comunes.

b) Dominio, disfrute y administración de los bienes. Cada miembro de la pareja conserva estos derechos respecto de sus bienes en defecto de pacto (art. 22.2 in fine, idéntico al inciso final del art. 2.2).

Se reitera, asimismo, la regulación contenida en el artículo 11 en orden a la disposición de la vivienda común, en el artículo 28.

c) Adopción. Se les niega el derecho a adoptar en forma conjunta, por cuanto no hay un artículo similar al 6.

d) Tutela. El artículo 25 es idéntico al artículo 7, reconociéndose al conviviente en el caso de incapacidad de uno de los miembros de la pareja, el primer lugar en el orden de preferencia de la delación dativa. Lo que sucede es que se olvida que el artículo 179 del Código de familia sólo reconoce esta preferencia a favor del conviviente de sexo distinto. ¿Qué criterio debe prevalecer dado que ambas leyes son de la misma fecha?

e) Alimentos. También se establece esta obligación con carácter preferente (art. 26, igual al art. 8).

f) Función pública. Otro precepto de contenido idéntico al correlativo de uniones heterosexuales (art. 27; igual al art. 9).

Dado que este tipo de uniones sólo nacen por escritura pública (art. 21), no existe un artículo que se corresponda con el ya estudiado artículo 10, respecto a la forma de hacer valer los beneficios respecto de la función pública (acta de notoriedad acreditativa de la convivencia y del transcurso de dos años).

2) Extinguida la unión.

Las causas de extinción contenidas en el artículo 30 son reproducción exacta de las enumeradas en el artículo 12 (común acuerdo, voluntad unilateral, defunción, separación de hecho y matrimonio). También se exige a ambos miembros, aunque sea separadamente, el dejar sin efecto “la escritura pública en que se constituyó” (art. 30.2). Acertadamente se utiliza el término de “escritura pública”, a diferencia del artículo 12 que lo cambia sin razón por el de “documento público”, con lo cual este artículo 30 es congruente con el artículo 21.1; y suprime, también acertadamente, el

inciso “en su caso” del artículo 12, por cuanto ya sabemos que las uniones homosexuales sólo se constituyen en escritura pública (art. 21.1) y no es posible la “usucapión” (convivencia ininterrumpida de dos años como mínimo).

Los efectos concretos de la extinción de la unión son:

a) En vida de los convivientes.

a’) Revocación de poderes. Producida la extinción se produce la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros haya otorgado a favor del otro (art. 30.3, idéntico al 12.3).

a”) Compensación económica. En el artículo 31.1 se confiere este derecho a aquel de los convivientes que hubiere trabajado para el hogar común o para el otro conviviente sin retribución o con retribución insuficiente. Este apartado es reproducción literal del ya examinado artículo 13.

También el artículo 32 reproduce lo prescrito en el artículo 16 (compensación compatible con la pensión alimenticia, reclamación conjunta, plazo de un año para la reclamación, extinción de la compensación a los tres años y compensación en metálico salvo acuerdo o si el juez o jueza –¡qué mal nos sigue sonando!– autorice el pago con bienes, etc., etc.). Lógicamente se suprime la referencia a los hijos por cuanto de momento esto no parece factible... salvo en películas, aunque ya comienzan a oírse opiniones en contrario.

a”) Pensión periódica. Se reconoce este derecho en el artículo 31.2 en términos similares al artículo 14, con la única variante de que se elimina toda referencia, como “causa petendi”, a la de tener a su cargo hijos o hijas comunes.

a”) Guarda y régimen de visitas de los hijos. No se recoge por cuanto no puede haberlos.

a”) Prohibición temporal de formalizar otra unión estable. El artículo 29 es semejante al artículo 17. A destacar como diferencias: 1.^a que la rúbrica no es “efectos de la ruptura unilateral” sino solamente “efectos de la ruptura”. A lo que dijimos al comentar el artículo 17 nos remitimos; 2.^a que no hay alusión a la escritura pública referida a la nueva formalización, por cuanto las uniones homosexuales sólo pueden formarse de esta manera ex artículo 19; y 3.^a que al establecer el “dies a quo” se habla de “escritura pública” y no de “documento público” como hace, con imprecisión, el artículo 17.

Una pregunta aplicable a los dos supuestos (arts. 17 y 29): ¿a qué otras uniones estables se refieren?, ¿a heterosexuales, a homosexuales o a ambas?

b) Efectos en caso de defunción de uno de los miembros de la pareja.

b') Ajuar de la vivienda común. En el artículo 33.a), se reconoce al superviviente (“¡tornem-hi!”) el derecho de detracción del artículo 18.1. La única variante es que se excluyen no sólo las “joyas u objetos artísticos”, sino que se añaden los “históricos” (“objetos artísticos o históricos”).

b”) Derecho a residir en la vivienda común y a ser alimentado. Se atribuye al supérstite en el artículo 33.b), el derecho a residir que hemos comentado al estudiar el artículo 18.2. No se le confiere la facultad de tomar por sí posesión de la vivienda y como causa de extinción no se contempla obviamente la de descuidar gravemente sus deberes hacia los hijos comunes habidos con el premuerto.

El derecho a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto, de acuerdo con el nivel de vida de la pareja y con la importancia de su patrimonio, tampoco se reconoce a favor del sobreviviente.

b”) Derechos arrendaticios. Puede subrogarse en los términos que establezca la legislación de arrendamientos urbanos (art. 33.c).

También nos remitimos a lo dicho al examinar el artículo 18.3.

b”) Sucesión intestada. A diferencia de lo que ocurre en las uniones estables heterosexuales, en las homosexuales se reconocen a favor del supérstite los derechos que enumera el artículo 34.

En Derecho catalán, en la sucesión intestada el cónyuge sobreviviente es llamado en segundo lugar, después de los hijos y descendientes pero antes que los ascendientes (art. 333 del Código de Sucesiones, Ley 40/ 1991, de 30 de diciembre). Se le reconoce, además, en concurrencia con hijos y descendientes, el usufructo de toda la herencia; usufructo que no puede extenderse a las legítimas ni a las donaciones por causa de muerte o a los legados hechos en codicilo a favor de otras personas (art. 331 del Código de Sucesiones). Derechos que no se adquieren cuando estuviere separado por sentencia firme o de hecho con ruptura de la unidad familiar, por consentimiento expresado formalmente o por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio. Y derecho de usufructo universal que se pierde, por contraer nuevo matrimonio o pasar a vivir maritalmente de hecho con otra persona (arts. 334 y 331 del Código de Sucesiones, en relación con los arts. 81, 82 y 86 del C.c., referidos a las causas de separación y divorcio aplicables en todo el territorio nacional y que el legislador catalán ha respetado por entender que, aunque el art. 149.1.8.º de la Constitución no reserva estas materias al Estado, las cuales están incluidas en el art. 9 del Estatuto, su regulación en el Código de Familia era “inadecuada coyunturalmente” –Vide el apartado III de su Preámbulo–).

Comienza el artículo 34 de nuestra Ley por establecer que “en caso de defunción de uno de los miembros de la pareja de la cual consta la convivencia, el supérstite tiene, en la sucesión intestada, los derechos siguientes...”. Dado que la única unión estable homosexual que reconoce la Ley es la constituida en escritura pública (art. 19), la ambigua expresión “de la cual consta la convivencia” consideramos que sólo puede entenderse referida no a la prueba de la existencia, por cuanto mejor y más fácil prueba que la escritura pública de formalización de la unión no puede haber, sino a la efectiva convivencia al tiempo del fallecimiento. Trasladando los criterios del Código de Sucesiones referidos al matrimonio: que no se haya producido la extinción de la unión por las causas del artículo 30, que los miembros de la pareja no hayan acordado cesar en la convivencia aunque sea informalmente, y que la vida por separado pueda probarse, pueda constatarse.

Los derechos que se reconocen son:

a) En concurrencia con descendientes o ascendientes, una “cuarta cuasi viudal”, como la denomina GARRIDO MELERO. “El conviviente supérstite –dice el art. 34.1.a)– que no tenga medios económicos suficientes para su adecuado sustento puede ejercer una acción personal para exigir a los herederos del premuerto bienes hereditarios o su equivalencia en dinero, a elección de los herederos, hasta la cuarta parte del valor de la herencia. También puede reclamar la parte proporcional de los frutos y las rentas de la herencia percibidas desde el día de la muerte del conviviente o de su valor en dinero”. (Compárese, aunque sólo sea por curiosidad, lo prevenido en este artículo con el art. 379 del Código de Sucesiones).

En este supuesto –“a contrario”, no en los que veremos seguidamente– serán de aplicación los siguientes criterios (apartado 2 del propio art. 34):

– Que para fijar la cuantía del crédito se deducirán los bienes y derechos que el premuerto ha atribuido al conviviente en su herencia (particularmente nos parece más correcto “hubiera”), aunque éste renuncie, en unión con los propios del superviviente y con las rentas o salarios que éste percibe, que serán capitalizados, a este efecto, al interés legal del dinero (véase art. 382, párrafo 2.º, del Código de Sucesiones),

– que la cuantía del crédito se limita a los bienes o dinero necesarios para proporcionarle al superviviente medios económicos suficientes para su adecuado sustento, aunque el importe de la cuarta parte del caudal relicto sea superior. Esta es la redacción literal de la letra b) del apartado 2 del artículo 33 y que nos parece enrevesada hasta más no poder. Teniendo en cuenta que en la letra a) del apartado uno la cuantía de este derecho no es fija, no es una cuarta parte, sino “hasta la cuarta parte” y que según la

letra b) del apartado 2 que acabamos de reproducir “la cuantía del crédito se limita a”, el último inciso (“aunque el importe de la cuarta parte del caudal relicto sea superior”) parece que lo que quiere decir –y así lo hace con mayor precisión el art. 382, párrafo 2.º, del Código de Sucesiones– es que la cuantía de la cuarta se disminuirá en la medida necesaria para que el supérstite sólo obtenga los medios económicos suficientes para su adecuado sustento, y

–que el crédito a favor del conviviente superviviente se pierde por renuncia posterior al fallecimiento del causante; por matrimonio, convivencia marital o nueva pareja del superviviente antes de reclamarla (parece claro que será causa de pérdida cualquier convivencia, no sólo de las reguladas en la nueva Ley, por cuanto se une con la disyuntiva “o” la alternativa de “nueva pareja”; sigue la duda de si hetero u homosexual); por su fallecimiento sin haberla reclamado, y por la prescripción al cabo de un año a contar desde la muerte del causante (véase art. 384 del Código de Sucesiones, donde la prescripción de la cuarta viudal se produce por el transcurso de cinco años).

b) Si no hay descendientes ni ascendientes del premuerto, en concurrencia con colaterales de éste, dentro del segundo grado de consanguinidad o adopción, o de hijos o hijas de éstos, si han premuerto, el derecho es a la mitad de la herencia.

c) Y a falta de las personas indicadas en el apartado anterior, el supérstite tiene derecho a la totalidad de la herencia.

A estos dos últimos supuestos [letras b) y c)] no son de aplicación, ya lo hemos dicho, las reglas o criterios del apartado 2 que acabamos de examinar.

b””) Sucesión testada. “El conviviente supérstite –dice el art. 35– tiene en la sucesión testada del conviviente premuerto el mismo derecho establecido por el artículo 34, en el apartado 1,a (la cuarta), con aplicación de los criterios del apartado 2”.

A diferencia de lo que sucede en las uniones estables heterosexuales, en las homosexuales se reconoce al conviviente supérstite un derecho similar a la cuarta viudal, antigua cuarta marital proveniente del Derecho Romano, en los términos ya examinados al comentar el artículo 34.

III. Cuestiones procesales

“En tanto el Estado no legisle –establece la Disposición adicional– sobre las materias reguladas por la presente Ley y sobre la competencia judicial correspondiente, corresponde a la jurisdicción ordinaria su conocimiento mediante los procedimientos establecidos”.

El Grupo Socialista del Congreso ha presentado ya un proyecto de Ley sobre aspectos procesales de nuestra Ley (la Ley 1.º/1998, de 15 de julio, del Parlamento de Cataluña, de uniones estables de pareja), que se ha admitido a trámite y publicado en el B.O.Cortes-Congreso del 15 de febrero de este año (Serie B, n.º 276-1).

En este proyecto se propone que los procesos que se susciten en relación con la extinción de una unión estable, hetero u homosexual, en vida de los convivientes, se sustancien por los trámites incidentales previstos en la disposición adicional quinta de la Ley 7/1981, de 7 de junio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el C.c. y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, salvo las letras b), e), i) y k) (art. 1). Tenemos la impresión de que la Ley que se quiere citar es la Ley 30/1981, de 7 de julio.

También se determina:

—Que las peticiones de mutuo acuerdo se tramitarán por el procedimiento de la jurisdicción voluntaria (art. 3). Procedimiento al que, en cualquier momento, las partes pueden acogerse (art. 2).

—Que será juez competente en los procesos contenciosos el de primera instancia del domicilio común; si residieren en partidos judiciales distintos lo será, a elección del demandante, el del último domicilio común o el de residencia del demandado; si no tuviesen domicilio ni residencia fijos, la demanda podrá ser presentada en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, también a elección del demandante; y en los procesos de mutuo acuerdo, será competente el del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de ellos (art. 4).

IV. Cuestiones fiscales

En la Disposición final primera, la Generalitat, en el marco de sus competencias, se reserva el derecho a regular por Ley el trato fiscal específico que proceda a cada una de las dos formas de unión a que hace referencia la Ley en el IRPF y en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, en lo referente a las adquisiciones por título sucesorio.

La Generalitat ha cerrado el círculo de posibles formas de convivencia regulando, al margen del matrimonio y de las uniones estables de pareja, las situaciones convivenciales de ayuda mutua promulgando la Ley 19/1998, de 28 de diciembre (“Diario Oficial de la Generalitat” n.º 2801, de 8 de enero de 1999, y BOE n.º 35, del 10 de febrero siguiente), en cuyo artículo 1 se dispone que las disposiciones de esta Ley “son aplicables a las relaciones

de convivencia de dos o más personas en una misma vivienda habitual que, sin constituir una familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas”. Pueden ser titulares de estas relaciones las personas mayores de edad, sin parentesco entre ellas en la línea recta, pudiendo ser parientes en la línea colateral sin límite de grado, o simplemente amigos o compañeros (art. 2.1). El número de convivientes sin parentesco queda limitado a cuatro (art. 2.2) y quedan excluidas las personas con vínculos matrimoniales subsistentes o que formen una unión estable de pareja (art. 2.3).

Dejando a un lado esta nueva Ley, de la que puede que algún día nos ocupemos, respecto de la de uniones estables de pareja nos parece que ha debido satisfacer a pocos. Es un querer y no poder, o mejor, un querer y no querer al tiempo. Si se ha partido de que la sociedad catalana muestra un creciente nivel de aceptación de este tipo de uniones ¿por qué su regulación no se ha llevado a sus lógicas y máximas, consecuencias? Quizás se ha pretendido un imposible y de seguro que parejas estables de hecho continuarán viviendo felices y contentas fuera del marco de esta o de cualquier otra Ley semejante.

¡Ah! Se me olvidaba. Una recomendación a quien corresponda, sincera, cargada de buenas intenciones y hecha con el debido respeto: cuando se viertan al castellano textos de leyes similares, elíjase al mismo equipo de traductores y, a ser posible, con los máximos conocimientos jurídicos.

PROBLEMAS PLANTEADOS EN TORNO AL REGISTRO CIVIL DEL MATRIMONIO CANONICO

ILMO. SR. D. ANTONIO PÉREZ RAMOS

Universidad de las Islas Baleares y

Vicario Judicial de Mallorca

**Separata de
“CURSO DE DERECHO MATRIMONIAL Y PROCESAL
CANÓNICO PARA PROFESIONALES”, XV
Universidad Pontífica de Salamanca, 1999**

1. EL TRASFONDO DE LA PROBLEMÁTICA Y SU ARTICULACIÓN

Tomamos como referentes el ámbito de aplicación de la Ley 30/81, de 7 de julio; la cuestión de la naturaleza del sistema matrimonial vigente en España; la controvertida constitucionalidad de la mentada Ley estatal; el alcance actual del Acuerdo Jurídico de 1979; y el discutido punto de la técnica de reconocimiento de los efectos civiles de nuestro matrimonio concordatario.

1.1. ¿APLICABE AL MATRIMONIO CANÓNICO LA NORMATIVA REGISTRAL DE LA LEY 30/81?

Es el primer gran problema subyacente por el que debemos comenzar y que compendiamos en estos términos: Si la específica normativa codicial del capítulo IV del título IV del Libro I del Código civil español alcanza y, en tal

caso, en qué medida al «matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico», tal como reza el art. 60 de dicho cuerpo legal.

Y, cabalmente, en este serio interrogante es donde nos encontramos con el art. 63. 2 –del que adelantamos que será recurrente en la Ponencia– en su calidad de causa y origen de múltiples opiniones en liza. Un precepto novedoso y que ya produjo sorpresa en determinados ámbitos y grupos de Iglesia, amén de haber levantado polémica en el sector doctrinal. Esto es, en relación con la facultad de que está investido el encargado del Registro civil en orden a denegar la práctica del asiento al matrimonio canónico, a la hora de calificar el título de la inscripción. Facultad que comporta un control previo de la legalidad del matrimonio civil; y que, según algunos interpretan, significaría poder normar sólo aspectos formales; y, según otros, abarcaría requisitos de validez ¹.

1.2. ¿SE HA CONVERTIDO NUESTRO SISTEMA MATRIMONIAL FACULTATIVO LATINO EN ANGLOSAJÓN?

La respuesta hoy se decanta, en general, por el sí, en base al artículo 63 del Código Civil, erigido en la piedra angular del sistema matrimonial vigente ² junto con el art. 80 del mismo ³. Y ello, tras lecturas distintas, opuestas, distorsionadas que se han ido sucediendo en nuestra patria los últimos veinte años, al hilo del desarrollo legislativo que, como se sabe, arranca de la Constitución de 1978; a la que sucedieron los Acuerdos de 1979, la Ley orgánica de libertad religiosa de 1980, la Ley 30/81, de 7 de julio, reformadora del matrimonio en el Código civil. Acervo normativo que se completó en 1992, con la incorporación de las leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre, relativas al matrimonio celebrado en forma religiosa no católica, por el cauce que marcaran el art. 59 del Código civil y el n.º 2, 1, b de la mencionada Ley orgánica.

Pues bien, del estudio y profundización en torno a tales fuentes se configura la naturaleza del sistema de matrimonio por el que nos regimos ⁴, así en su atipicidad original como en su pronto desenvolvimiento un tanto desconcertante, o lo que es lo mismo, en lo pendular del modelo latino, que inauguró el Acuerdo Jurídico, al de corte anglosajón del Código civil en su reforma de 1981, en virtud del perturbador art. 63.2 ⁵, con resultado de un sistema que ya no es de inscripción automática para el matrimonio canónico, sino con calificación limitada ⁶. Por más que quepa ante la negativa del registrador interponer recurso gubernativo, y apelar del juez de primera instancia a la Dirección General de Registros, acogiéndose al art. 29 de la Ley de Registro civil; mas no, si sólo hubo omisiones o inexactitudes relativas a los datos relevantes para la inscripción, toda vez que ya no sirve el criterio de la DGRN de 15 de febrero de 1980, ni la doctrina del derogado

art. 252 de la Ley del Registro Civil. Tales errores sólo darían lugar a suspender la inscripción ⁷. En definitiva –digámoslo sin rodeos– el art. 63.2 desbancó la inscripción registral automática que se amparaba en el Acuerdo ⁸ y la dejó a merced y bajo el signo del matrimonio civil único en la modalidad de sistema facultativo anglosajón ⁹. Opción unilateral insólita, amén de artera para con la Iglesia católica, ajena a nuestra tradición jurídica, puesto que, de ordinario, Roma únicamente celebra Acuerdos con países en que rige el sistema latino ¹⁰. Aunque la excepción del caso español, y las contradicciones y ambigüedades del legislador estatal, podrían explicarse, en opinión de García Gárate, por la distinta categoría y temporalidad de las normas integradores del sistema. Piénsese –relativizando las cosas– que el Acuerdo, si bien era postconstitucional, fue pactado formalmente antes de la Constitución, y que la reforma del Código civil, de 1981, estuvo condicionada, evidentemente, por aquella fuente pacticia. De todos modos, se ha de prestar más atención a la regulación específica que a la calificación. Por lo demás, el art. 49 del Cc., aisladamente contemplado, podría conducir al exégeta a creer que el sistema establecido es anglosajón o de matrimonio único con libre elección de formas; pero no es así, ya que el matrimonio canónico goza de una eficacia que se alarga más allá de la estricta celebración ritual, está dispensado de expediente y de licencias civiles previas, su jurisdicción le es reconocida por el Estado y puede lograr eficacia en sede civil. De ahí que nuestro sistema facultativo se haya de calificar como un *tertium genus* o un híbrido de latino y anglosajón ¹¹.

1.3. LA CONTROVERTIDA CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 60 DEL CÓDIGO CIVIL

La doctrina también aquí anda dividida: Por un lado, militan quienes aseguran que la Constitución no determina nada sobre este particular, sino que abre varias posibilidades dentro de los sistemas facultativos ¹²; y los que recuerdan, a propósito de las expresiones formas y disolución del art. 32.2 de la Carta, que el constituyente actuó de cara a un consenso de ambigüedad, eludiendo el debate ideológico ¹³; sin tener en cuenta que los planteamientos doctrinales, las regulaciones legales y las situaciones de hecho son componentes tributarios entre sí ¹⁴.

Por otro lado, están los partidarios de que la Carta Magna se limitó a suprimir el matrimonio civil subsidiario, en cuanto incompatible con el art. 16.2, admitiendo implícitamente el sistema dualista, pero no el anglosajón ¹⁵. Y un tercer grupo lo forman aquéllos que sostienen que el art. VI, 1, 1.º del Acuerdo fue recibido normativamente por el art. 60 del Código civil redactado por la Ley 30/81; instrumento que, por ser un tratado internacional, es inmodificable e inderogable sin la conformidad de las partes que lo estipularon ¹⁶.

A este propósito, indica Navarro Valls que debemos recurrir a la Constitución de 1978 para encontrar el art. 60 en sus perfiles sociológicos¹⁷; sin olvidar que «supuesta la libertad de elección de tipo matrimonial, en modo alguno implica discriminación por motivos religiosos ni quiebra del principio de igualdad constitucional el reconocimiento de unas normas matrimoniales específicas, pues el principio de igualdad, considerado en su aspecto formal, no exige una legislación uniforme para el Estado; más aún, el principio de igualdad real y efectiva exige, por el contrario, la desigualdad normativa, pues tienen que regular desigualmente situaciones también desiguales, y la justicia consiste en tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales»¹⁸.

Mientras otros entienden que la remisión estatal a normas confesionales podría suponer discriminación jurídica por razones religiosas, lo que implicaría conculcar el art. 14 de la Constitución y, en consecuencia, el principio constitucional de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley¹⁹. Imputación que rebate J. Fornés tildándola de «una sutil y hábil añagaza jurídicopolítica mediante la cual se pretende confundir deliberadamente a los ciudadanos, a los que se les fuerza a convertir la forma canónica de contraer en un matrimonio civil o regulado exclusivamente por el derecho estatal». Lo cual es inadmisibles, entre otras razones, porque el derecho fundamental a la libertad religiosa sale tan mal parado que su tutela y promoción no se ve por ninguna parte. So capa de defensa del principio de igualdad y no discriminación, más bien se aprecia en este caso una defensa a ultranza de un igualitarismo monocolor... El derecho de libertad religiosa se reduce a la elección de la forma de contraer, pero siempre con los mismos presupuestos (capacidad, impedimentos, etc.) y con los mismos efectos: aquéllos que previamente ha determinado la legislación del Estado... Hábil celada –en frase de López Alarcón– que haría creer a los católicos que celebran el matrimonio canónico, cuando realmente contraen el civil²⁰.

En sentido aun más amplio o genérico, De Pablo Contreras argumenta que no es cierto que la adopción en España de un sistema matrimonial de tipo latino vulnere el principio de igualdad ante la ley, de modo que este principio y su correlato de no discriminación por motivos religiosos no impiden que accedan a la categoría de clase incluso los matrimonios distintos del canónico, en quienes concurren las condiciones para ello²¹.

Durán Rivacoba estima que, dentro del ambiguo régimen facultativo delineado por la Constitución, las incertidumbres prácticas se plantean en la eficacia jurídica del matrimonio, independientemente de que el Estado se reserve el oportuno control de legalidad. A saber, el control a priori en los supuestos de matrimonio civil y formas religiosas de prestar el consentimiento, exigiendo expediente previo a la celebración; y control a

posteriori en el caso del matrimonio canónico, en el momento registral o inscripción en el Registro civil ²².

1.4. ¿IRRECONCILIABLE EL ART. 63.2 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL ART. VI, 1 DEL ACUERDO JURÍDICO?

Volvemos a tropezarnos con opiniones diversas: Unas que tachan a la Ley 30/81 de haber oscurecido las que llaman transparentes prescripciones del Acuerdo, art. VI, 1 ²³; y otras que consideran engañosa la reforma del Código civil por ocultar toda una serie de ramificaciones problemáticas ²⁴.

Díaz Moreno asegura, en relación con la negociación en la que actuó como asesor de parte de la Iglesia española: «El Gobierno quería establecer un sistema de matrimonio civil único que pudiera ser celebrado en forma canónica; mientras que la Nunciatura siempre objetó, con entera razón, que para eso no hacía falta acordar nada... El texto concordado en el art. VI del Acuerdo Jurídico es ciertamente confuso porque in extremis se llegó a un obligado consenso, más para salir de un punto muerto... que porque se hubiese logrado una formulación satisfactoria” ²⁵.

Mostaza mantiene que el art. 63.2 del Código civil es patentemente contradictorio al art. VI, 1 del Acuerdo Jurídico, que tiene rango de tratado internacional, según ha reconocido el propio Tribunal constitucional, y, por tanto, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, a tenor del art. 96 de la Constitución y del art. 1, 5 del Código civil, siendo de aplicación inmediata y no pudiendo ser derogado por una norma unilateral contraria, como es el art. 63 citado ²⁶ y Larraínzar sentencia: «La ley de 1981 es inconstitucional –a mi entender– en su pretensión de aplicarse por encima de los ordenamientos religiosos, es decir: matrimonios contraídos conforme a su peculiar Derecho, en ejercicio de la libertad religiosa e ideológica tutelada por la Constitución del Estado” ²⁷.

1.5. LA LECTURA OFICIALISTA DEL MATRIMONIO CONCORDATARIO

No obstante cuanto acabamos de exponer, civilistas y eclesiasticistas minimizan la cuestión, como si el Acuerdo Jurídico sólo hubiera quedado sometido a una cierta tensión en virtud de la Ley 30/81, y por lo mismo sin que quepa hablar de vulneración de lo convenido entre el Estado y la Santa Sede. G. Delgado entiende que en esta materia se operó en su momento, ni más ni menos, que una especie de cruce de las soluciones técnicas con las líneas políticas de la transición democrática; que no se quiso un enfrentamiento con la Iglesia, y por eso se toleraron conceptos que sólo en apariencia decían lo mismo que en el pasado. Contexto propicio para que se acordara que para practicar la inscripción basta la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio (AJ, art. VI, 1); si

bien es necesario que su presentación tenga los datos exigidos para la inscripción en el Registro civil (Prot. Final) ²⁸.

Sin más, entremos de lleno a examinar la tesis oficialista de referencia, que se connota de perfiles y acentos excluyentes, al plasmarse en la Ley estatal 30/81 de 7 de julio. Ésta se enfrentó, como es harto sabido, con el Acuerdo Jurídico de 3 de enero de 1979 y, en la confrontación, se ha venido derivando –nos limitamos a la esfera jurídica– consecuencias negativas para la Iglesia en lo concerniente a los efectos civiles del matrimonio canónico, vehiculados a través del nuevo mecanismo del momento registral.

Algo que, en la difícil gestación concordataria, se veía venir y que Díaz Moreno presagió en 1980: « Sería una flagrante violación de este texto del Acuerdo Jurídico redactar el artículo correspondiente del Código civil como, si en relación con el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico, lo único que se reconociese por el Estado fuese la formalidad de la celebración como uno de los modos legítimos de celebrar el matrimonio civil. Sería una violación del texto y de la historia de la negociación» ²⁹.

Por desgracia, los temores del ilustre canonista no tardaron en cumplirse en el conocido discurso del ministro de Justicia, Francisco Fernández Ordóñez, al presentar el texto del nuevo Proyecto de Ley ante el Pleno del Congreso de los Diputados, el día 17 de marzo de 1981: «La Constitución española, al derogar el principio de confesionalidad y sustituirlo por la no discriminación por creencias religiosas significa la recuperación por el Estado de su soberanía en materia de efectos civiles de los matrimonios. No obstante el proceso de secularización del Estado, ha encontrado en esta Ley unos límites, derivados de los Acuerdos con la Santa Sede, que fueron ratificados por esta Cámara. Pero que quede claro que no podemos aceptar ninguna lectura de los Acuerdos que sea contraria a la Constitución ni podemos negarnos a admitir para las demás religiones la plenitud de las consecuencias del principio de igualdad y no discriminación de los españoles por sus creencias religiosas» ³⁰. Y en otro discurso de 24 de marzo del mismo año: «Nosotros interpretamos que normas quiere decir las normas que regulan las formas del matrimonio... Por tanto, quede claro que desde esta interpretación hay un único matrimonio que se celebra de acuerdo con distintas formas»³¹.

Tesis gubernamental que, ya el Proyecto en el Senado, el portavoz de la UCD no se abrevió a rebatir, sino que más bien hizo suya: «Y no se diga que este proyecto... contradice el Acuerdo Jurídico con la Santa Sede, porque, en definitiva, el Acuerdo Jurídico con la Santa Sede dice que el matrimonio canónico va a producir efectos civiles en la legislación española, pero lo que no dice el Acuerdo del Estado español con la Santa Sede es que los

matrimonios canónicos no tengan que estar de acuerdo con la legislación española»³².

Doctrina que en nuestros días defiende como común o generalizada Dionisio Llamazares, por citar a un autor representativo, como el que más, de la corriente oficialista: «No hay por qué interpretar expresiones de suyo unívocas para hacerles decir lo contrario... formas son formas y no clases... sin que haya razón alguna para la arbitraria extensión de su significado. Los artículos 117 y 24 de la Constitución impiden, por inconstitucionalidad, aparte del principio de no confesionalidad del art. 16, 3, esa interpretación.... Aprobada la modificación del título IV del Código civil, el polo de discusión va cambiando. Deja de discutirse sobre la tipificación del sistema y se va aceptando como pacífica, entre los civilistas, la tesis de que se trata de un matrimonio único (art. 63, 2 y art. 73), con libertad de formas de celebración (arts. 49, 59 y 60)»³³.

En vista de lo cual, la dirección independiente reconoce, mal que le pese, que la contraria está consolidada. López Alarcón lo ha detectado en algunos desarrollos normativos posteriores a la Ley 30/81. Por ejemplo, al advertir cómo la DGR emplea las expresiones «matrimonios celebrados en forma canónica»; y «los unidos por matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico están ligados entre sí civilmente». Al igual que lo colige del tenor del art. 286 del Reglamento del Registro civil cuando dispone que se inscribirán, entre otros, «los matrimonios que consten por certificación expedida por la Iglesia o confesión, cuya forma de celebración esté legalmente prevista como suficiente por la ley española, siempre que no haya dudas sobre la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española... El título para practicar la inscripción será, en todos estos casos, el documento expresado y las declaraciones competentes». Desarrollos reglamentarios que tienden a fortalecer la presencia de la sustantividad civil en forma canónica y a aumentar los poderes del encargado del registro para calificar la certificación eclesiástica del matrimonio... Súmase un auto del Tribunal constitucional de 31 de octubre de 1984, que ni siquiera admitió el recurso de amparo promovido contra sentencias que denegaron la pretensión del recurrente que se había opuesto a la declaración de divorcio de su matrimonio canónico, por entender que el divorcio no cabe conforme a la legislación eclesiástica. La más alta Instancia argumentó que «el pleno reconocimiento de los matrimonios celebrados según las normas del Derecho canónico no supone la asunción por parte del Estado de las características y propiedades que la Iglesia católica asigna al matrimonio en su propio fuero, dado que por su carácter pluralista y aconfesional, el Estado no viene obligado a trasladar a la esfera jurídico-civil los principios o valores religiosos que gravan la conciencia de determinados fieles y se insertan en el orden intraeclesial»³⁴.

2. ¿UNA NUEVA CONCEPTUACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL?

Destacaremos, como nota previa, la importancia legal que reviste el tratamiento del momento registral, a partir de la reforma del Código civil, de 7 de julio de 1981, para seguidamente ocuparnos de tres cuestiones disputadas, de interés teórico pero con repercusiones prácticas, como son, a nuestro juicio, las relativas a la importancia de la inscripción en la nueva sistemática legislativa, a la naturaleza de la inscripción en sí, a la carga jurídica de la misma y al papel de la autonomía privada frente a un registro civil obligatorio.

2.1. LA AUTONOMÍA DEL CAPÍTULO IV DEL TÍTULO IV DEL LIBRO I DEL CÓDIGO CIVIL

Se percibe fácilmente –remarca Navarro Valls– la importancia que el Legislador de 1981 ha dado al momento registral con sólo contrastarlo con su regulación anterior. En efecto, el art. 60 remite a un capítulo sistemáticamente autónomo, a saber, al capítulo IV del título IV, el cual es denominado “De la inscripción del matrimonio en el Registro Civil”, y que abarca los arts. 61-65. Se quiere así recalcar la decisiva trascendencia de este momento en el reconocimiento de los efectos producidos en el momento constitutivo del vínculo matrimonial: su propia autonomía ³⁵. Y Delgado diagnostica: «Del automatismo de la inscripción registral y de su carácter declarativo se ha pasado a una inscripción no automática» ³⁶.

2.2. ¿INSCRIPCIÓN SÓLO DECLARATIVA, O CONSTITUTIVA?

F. Aznar, citando a Salvador Coderch, previene que la inscripción del matrimonio en los registros civiles no suele ser generalmente constitutiva del mismo matrimonio, sino más bien declarativa de los efectos civiles del mismo frente a terceros, como un modo obligado y privilegiado de constatar la celebración del matrimonio, de manera que ni en la tradición cultural del matrimonio civil ni en la del canónico que la precedió se consideró que la inscripción tuviese más alcance. Ahora bien, en el derecho comparado, concretamente en el viejo sistema matrimonial italiano, la transcripción revistió el doble carácter, esto es, de declarativa respecto al efecto civil de la voluntad y del vínculo de los nubentes; y de constitutiva de la documentación, atestación y prueba privilegiada de las comprobaciones públicas de aquel vínculo, una declaración de ciencia de parte de los órganos públicos hecha en un cierto modo y en una cierta forma, después que se ha verificado y perfeccionado un negocio entre privados» ³⁷.

¿Es éste el caso español? Sostienen por lo general los canonistas, que se trata de inscripción meramente declarativa del estado conyugal, que se

consigue con la mera declaración. Por eso, los efectos civiles, que surgen inmediatamente a la celebración, se producen con independencia de la posterior inscripción o no del matrimonio. Si bien, a pesar del automatismo de dichos efectos civiles, la reclamación de los mismos, en ocasiones, exigirá la inscripción como medio privilegiado de prueba. De lo contrario, primarán las normas de protección a terceros, esto es, de cualquier persona que no sean los esposos –incluidos los hijos– que lo sean de buena fe y que al contraer con cualquiera de los contrayentes desconociera la existencia del matrimonio. Ahora bien, en el caso de haber sido denegada la inscripción por no reunir los requisitos exigidos por el Código civil –como son los problemas de minoría de edad civil, de matrimonio por la Iglesia de casado antes civilmente con otra persona sin disolución de aquel vínculo canónico, de matrimonio sujeto a impedimento civil sin dispensa civil– la calificación del encargado del Registro civil se haría limitándose a los documentos que se le presenten, o sea, certificación de matrimonio o copia del acta canónica. Tales supuestos, sin embargo, resultan infrecuentes en la práctica porque el CIC provee a ellos en virtud de la dispensa prevista en el canon 1071 y del Decreto de la Conferencia Episcopal Española, de 7 de julio de 1984.

Mientras tanto, si bien en teoría pueden producir efectos civiles desde la celebración, éstos, de hecho, no se pueden reconocer, convirtiéndose en matrimonio no inscribible; es decir, es matrimonio existente, pero ineficaz. En otras palabras: la celebración produce efectos civiles; la inscripción, plenos efectos civiles. Pero lo más grave es que el Estado podría estimar como reo de delito de bigamia a la persona que habiendo contraído matrimonio canónico, aunque no lo haya inscrito, contrajera además matrimonio civil; y, a la inversa, a quien habiendo contraído matrimonio civil inscrito, celebrare matrimonio canónico, siempre que sea con distinta persona y no se haya disuelto o declarado nulo el matrimonio anterior. Si no fuera así, no tendría sentido el que la inscripción tuviera efectos retroactivos al momento de la celebración. La inscripción, pues, constituye un título de legitimación, declaratorio del estado conyugal, un medio de prueba ³⁸.

De ahí que en nuestra canonística suele considerarse que la calificación a posteriori no cambia la naturaleza de la inscripción; y, por tanto, ésta sigue siendo declarativa; aunque no falten autores que mantengan lo contrario. La razón es que tanto el Acuerdo Jurídico como la Ley 30/81 establecen que es el matrimonio mismo, y no la inscripción, lo que produce los efectos civiles (arts. 60 y 61 Cc.). La inscripción sólo es requisito necesario para su pleno reconocimiento.

En este orden de cosas o a favor de que la inscripción es sólo declarativa, Echeverría aduce los argumentos siguientes: El art. 63, 1 postula que

«la certificación de la Iglesia o Confesión habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro civil; mas no todas aquellas que podrían influir en la calificación del matrimonio según el Código civil. Además, los impresos en uso –cuyo texto fue convenido con la Iglesia– no contienen los datos que permitirían al encargado del Registro juzgar sobre todos los requisitos exigidos por el Código civil, sino sólo los de edad y ligamen. Por eso el absurdo, para el supuesto de que el matrimonio canónico hubiera fallado en otros aspectos inconciliables con la legislación civil, de que el registro pueda constituir como válido un matrimonio civilmente inválido. Y un segundo argumento concierne al matrimonio secreto o de conciencia, el cual no difiere en la Ley 30/81 del matrimonio tradicional. Dato que confirma indirectamente el carácter declarativo de la inscripción, pues ésta no tiene efectos frente a terceros, ciñéndose a recoger la existencia del matrimonio ³⁹.

Por el contrario, Navarro Valls, opina: «El art. 63 altera sustancialmente la interpretación dada en su momento al Acuerdo de 1979, hasta el punto que la inscripción ya no es un acto de control simplemente declarativo, sino constitutivo de una de las dos vertientes –la civil– en que ha cristalizado esta bifronte y extraña figura del matrimonio concordatario, tal y como es diseñado por la Ley de 1981. Y, asimismo, estima que el momento registral se ha convertido en un filtro que a la postre ha resultado más potente que el diseñado inicialmente por la mens legislatoris, toda vez que obliga a considerar al matrimonio concordatario como un monstrum de dos cabezas, que podrán ser cercenadas alternativamente en los fueros civil o canónico, si tal necesidad se plantea en el momento extintivo» ⁴⁰.

2.3. LA CARGA JURÍDICA DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

Este punto discurre parejo con la vertiente activa de la propia inscripción o, si se profiere, con la legitimación activa para promoverla. Cuestión que se reconduce a dilucidar un problema connotado de ciertas perplejidades: ¿Sobre quién recae primordialmente la obligación de inscribir el matrimonio canónico en el Registro civil? ¿Sobre el párroco? ¿Sobre los contrayentes? ¿Qué parte le toca al encargado del Registro civil? ¿Puede pedirla cualquiera que tenga interés legítimo? ¿Cabría que fuera opcional y por tanto no absolutamente obligatoria?

Las respuestas no son coincidentes y se articulan partiendo de un antes y un después del Acuerdo Jurídico: Antes la promoción y la inscripción eran ciertamente obligatorias, quedando responsabilizados de este trámite los propios contrayentes, so pena de incurrir en sanción por culpa o negligencia, de conformidad con lo señalado por el art. 77 del antiguo Código civil; lo que

no quitaba –dice A. Arza– que pudiera pedirse aun por terceras personas que tuvieran interés en ello, en cualquier momento, mediante copia auténtica del acta sacramental o certificación eclesiástica acreditativa del matrimonio. Pero después de 1979 la obligación de promover la inscripción parece que se trasladó al sacerdote asistente y al párroco, con la entrega al Registro de la certificación, preparada ya para la inscripción, tanto si la piden los cónyuges como si no. Opinión que se ve apoyada en la Circular de 15 de febrero de 1980 de la Dirección General de Registros y del Notariado, solicitando la colaboración de los párrocos para que las certificaciones eclesiásticas contengan las circunstancias requeridas para su inscripción. Por tanto, la obligación recaía primero sobre el párroco y luego sobre el sacerdote asistente, sin que esto exima al párroco ni a los contrayentes de presentar la certificación extendida por el sacerdote asistente ⁴¹. No se apartan sustancialmente de este parecer Reina y Martinell cuando significan que el Acuerdo consagra un procedimiento de iniciativa registral alternativo, aunque con prevalencia a favor de la inscripción instada por la Autoridad eclesiástica, dentro de los cinco días a partir de la celebración ⁴².

Puntualiza Navarro Valls, después de un recorrido por el derecho comparado, particularmente por los concordatos italiano y portugués, que el responsable de promover la inscripción es el párroco; mientras que, de conformidad con el derecho histórico español, los obligados son los contrayentes y, en cierta medida, el encargado mismo del Registro. Mas en la nueva normativa, eliminado el deber de asistencia del juez a la celebración, el Acuerdo, conciliador de sendas procedencias, adopta una doble vía de inscripción en la que el peso del protagonismo recae sobre el párroco, sin que por ello se sustraiga a los contrayentes la posibilidad de promover la inscripción a través del certificado que les entregue el sacerdote asistente. Esto se desprende del Protocolo final al enfatizar: «en todo caso; y «para el supuesto de que no lo hubieran hecho los cónyuges», de los que parece se desconfía que cumplan con la susodicha obligación. Aunque, sin que ello signifique convertir al párroco en funcionario estatal ni en responsable de la no inscripción; la cual sólo es exigible excepcionalmente, esto es, si por negligencia o de propósito el párroco no hubiese extendido la certificación ni transmitido la copia. Obligación directa de promover la inscripción de parte de los interesados que coincide con la conocida nota de la DGRN al secretario del Arzobispado de Madrid, de 16 de mayo de 1984. No obstante lo cual, remarca el autor últimamente citado, se ha ido institucionalizando la praxis de que el sacerdote asistente no entrega a los recién casados la certificación para su inscripción en el Registro; y en el caso de que aquél se la entregue, éstos no lo llevan al juzgado ⁴³. A lo que Molina y Olmos apostillan: Según la mentada Circular de 15 de febrero de

1980 parece que la obligación es alternativa; mas en la práctica puede ocurrir que el matrimonio se quede sin inscripción porque los contrayentes confíen en el párroco y a su vez el párroco en los contrayentes ⁴⁴.

2.4. ¿UN LUGAR A LA AUTONOMÍA REGISTRAL DEL MATRIMONIO CANÓNICO?

No parece fácil, «de iure condito», es decir, ni por el tenor del art. 63.1 del Código civil, ni por el del art. VI, 1 del Acuerdo Jurídico, ya que ambos preceptos se expresan en términos coincidentes, que son imperativos, tajantes, inflexibles: «La inscripción se practicará». Tampoco la autonomía en cuestión sería compatible con el art. 256 del Reglamento del Registro civil, al disponer: «Se inscribirán».

Brilla, pues, por su ausencia la autonomía privada de los contrayentes en forma religiosa, en general, de cara a obtener o no para la celebración de su matrimonio la garantía del Registro civil.

Es más, Z. Combalía dice de tal autonomía que queda lesionada, sin ninguna justificación, en aquellos supuestos de colisión entre ordenamiento civil y ordenamiento canónico. Problema que, sin afectar al orden público, el legislador resuelve conculcando la voluntad de las partes, es decir, la de someter, sin más, su matrimonio a los requisitos establecidos por la ley canónica. En cambio, al margen de esa voluntad de las partes se les imponen unos requisitos derivados de la ley civil (art. 63.2 del Código civil). Con lo cual se da origen a relaciones matrimoniales no inscribibles de compleja calificación jurídica, con todos los conflictos de orden técnico que de ahí se derivan... Se está lesionando, por tanto, un principio jurídico fundamentado en la dignidad y libertad de la persona, como es la autonomía privada en el derecho a contraer matrimonio y piénsese que cualquier lesión no justificada es grave... Pese al cambio radical operado en nuestro sistema matrimonial por la Constitución, el Acuerdo Jurídico y la Ley 30/81, es curioso constatar cómo la cuestión del automatismo o la autonomía en el matrimonio canónico, aunque se hayan introducido algunas variaciones, permanece esencialmente igual. Por ende, la ininscribibilidad voluntaria del matrimonio, del canónico en concreto, de parte del propio nupturiente es un freno jurídico arbitrario a la autonomía privada, fruto de obsoletos residuos estatualistas ⁴⁵. A lo que J. M. Martí apostilla: «El estrecho margen de actuación dejado a la autonomía de la voluntad privada por el art. 63 del Cc y la imposición de un vínculo disoluble por el art. 85 –restricciones en contradicción con una corriente cultural muy presente en nuestra sociedad– suponen, de una parte, la negación del pluralismo y, de otra, la aparición del modelo de matrimonio civil, de inspiración ideológica laica y no confesional» ⁴⁶.

3. CUESTIONES IMPORTANTES RELATIVAS AL MATRIMONIO INSCRITO

Son, claro ésta, de orden administrativo, reflejo práctico de los principios que, de una manera más directa e inmediata, inspiran toda esta materia, a través de la versiones de las diferentes posturas doctrinales que inciden en cuestiones recurrentes de un cierto relieve.

3.1. LOS REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN

Echeverría, apenas aparecido el Acuerdo Jurídico, vio en el art. 63.2 del Cc. una acumulación subrepticia de requisitos de fondo para la inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil, objetando –sin duda, en defensa del tradicional automatismo registral de que venía gozando nuestro matrimonio– que a partir de la nueva normativa codicial el matrimonio canónico deberá reunir las exigencias legales del derecho canónico, porque si no fuere así, no lo podría autorizar el párroco; y también las del Código civil, pues, de lo contrario, no lo registrará el juez civil. Con la singularidad de que los contrayentes, en tanto que creyentes habrían dado origen con su consentimiento a un vínculo indisoluble; y sin embargo, como ciudadanos, hasta que el registrador concluya su calificación, no van a saber si su matrimonio tendrá o no plenos efectos civiles. Una incertidumbre, caso único en el mundo ⁴⁷.

Y ahora cabe interrogarnos acerca de qué requisitos son los exigibles en concreto. Pues bien, Aznar y Olmos creen que, aplicando en su sentido literal el art. 63, sólo puede encontrar problema de inscripción el matrimonio canónico si no coincide con la normativa civil en los supuestos de minoría de edad, tratándose de matrimonio canónico de un casado civilmente, y en el supuesto de un matrimonio sujeto a impedimentos civiles. Supuestos a los que ya no debe asistir el párroco, según el can. 1071, sin previa licencia del Ordinario ⁴⁸.

Entrena Klett y Delgado han confeccionado sendos elencos, con matizaciones no del todo coincidentes, de los requisitos de validez exigidos por el art. 63, 2; a saber, los de disparidad de sexo (art. 44 Cc.), existencia de consentimiento (art. 45 Cc.), mayoría de edad o emancipación y ausencia de vínculo matrimonial previo (art. 46 Cc.), impedimentos de consanguinidad, de adopción y crimen (art. 47 Cc.), defecto de forma jurídica conforme a las normas confesionales (art. 60 Cc.) y lo que constituyen la contrafigura de las causas de nulidad por error y coacción o miedo grave (art. 73 Cc.). Reina y Martinell han propuesto la supresión del inciso final del art. 63, 2 por parecerles un contrasentido confiar a la jurisdicción matrimonial religiosa la acreditación de unos requisitos genuinamente civiles y que interesan sobre todo a la jurisdicción civil ⁴⁹. De lo cual disiente Delgado, si los datos a

exigir por el legislador estatal son simplemente todos los que la jurisdicción confesional ha constatado y controlado ⁵⁰. J. De Jorge García precisa: «La ley no exige que se compruebe en sede confesional el cumplimiento de determinados requisitos religiosos, ni mucho menos civiles, ya que ésta es labor del encargado del Registro» ⁵¹.

Nosotros nos quedaríamos con el criterio de J. Ferrer de que «se debe considerar justa la inscripción cuando el Estado permanezca en la esfera de su jurisdicción y competencia» ⁵², y discrepamos de Yolanda Gómez cuando afirma: «La aconfesionalidad del Estado hubiera quedado más firmemente configurada si se hubiese suprimido la alusión a este tipo de relaciones y reconocimientos, puesto que nada hubiera impedido que la regulación matrimonial hubiera sido exclusivamente civil» ⁵³. Discrepancia, no tanto por la actitud maximalista de dicha autora en lo tocante al separacionismo, cuanto por su aparente intencionalidad de un laicismo periclitado, que no encaja con los principios de la genuina laicidad y de la cooperación, bien entendida, del art. 16, 3 de la Constitución.

3.2. LA TÉCNICA DEL DOBLE MATRIMONIO

Nos limitamos, claro está, al momento registral, y en los términos que recoge la conocida Circular de 16 de julio de 1984, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, titulada Duplicidad de matrimonios («BOE» del 23), en su n. 3: «No deberá practicarse en el Registro Civil inscripción principal del matrimonio contraído en forma canónica (en la introducción ha dicho la Circular matrimonio contraído según las normas del Derecho canónico), si las mismas personas han contraído ya previamente matrimonio en forma civil». La razón es obvia y la expresa también en la norma: «La duplicidad de inscripciones acarrea «graves inconvenientes y abusos... como la entrega de dos libros de familia, la condición de los hijos podrá variar según se la relacione con la fecha que aparezca en una u otra inscripción, si sobreviene la nulidad o disolución del vínculo, es posible que el Registro siga proclamando formalmente la subsistencia del otro matrimonio que no refleje aquellos hechos». Se está, pues, ante una prohibición de practicar en el Registro civil inscripción principal del matrimonio canónico entre personas que ya previamente han contraído en forma civil.

Con lo que no se quiere decir que quede cerrado el acceso al Registro civil del matrimonio canónico posterior al civil entre las mismas personas. ¿Cómo? Durán defiende que cabe hacerlo mediante inscripción marginal, que era la solución prevista por el anterior art. 263 del Reglamento del Registro civil. Sin embargo, Combalá considera que no es éste el asiento que más conviene en el caso, apoyándose en la opinión de Pere Raluy, de que la inscripción marginal, no por serlo mengua en cuanto a su eficacia, sino que

su especificidad radica en necesitar del soporte de un asiento principal. Un ejemplo de esto es la prescripción del art. 76 del citado Reglamento del Registro civil, de que se inscribirán al margen «las sentencias y resoluciones sobre validez, nulidad o separación», sentencias y resoluciones que afectan directamente (modificándolas) al estado civil matrimonial de las personas.

No cabe, sin embargo, en opinión de Combalía, la paridad con la inscripción del matrimonio canónico ya inscrito civilmente, ya que no produce los efectos más típicos de la inscripción, como son la publicidad y la prueba del estado civil, ni tampoco la plenitud del reconocimiento de los efectos civiles que el anterior matrimonio civil ya tiene desde su celebración e inscripción. De donde, en el supuesto cuestionado, el acceso al Registro civil se ha de hacer por anotación marginal, asiento esencialmente informativo y forma la más adecuada a lo que el Estado pretende, o sea que, sin producir alteración en el estado civil, se abra la vía a la jurisdicción eclesiástica. Además la inscripción no admite ya más inscripción ⁵⁴.

Con todo, Molina y Olmos plantean una dificultad al tema: «Aunque pudiera darse una anotación marginal..., para el supuesto de que los contrayentes en un futuro desearan acogerse a una nulidad canónica o dispensa de rato y pretendieran relevancia civil de las mismas, en estos momentos no es factible porque se trata de unos asientos no previstos expresamente en la actualidad, y tanto en materia de inscripciones como de anotaciones, rige el principio de *numerus clausus* ⁵⁵.

Y así pasamos a otro aspecto de la inscripción del doble matrimonio, que se cifra en la cuestión de si el párroco tiene obligación –tal como lo interpretó la ya mentada respuesta de la DGRN a consulta de la Notaría del Arzobispado de Madrid– de remitir al encargado del Registro civil el acta canónica. En el decir de Navarro Valls, la doctrina no ve claro que subsista tal obligación, ni tampoco que sea constitucionalmente lícita, en el caso de que los cónyuges no deseen que su matrimonio, por las razones que sean, conste en el Registro civil, hasta el punto de que si el párroco se arroga la facultad de comunicar el matrimonio canónico, sin permiso de los interesados, vulneraría el art. 16, 2 de la Constitución. Diferenciándose este tema del fraude de ley que cometería quien, por no querer perder la pensión, evita la inscripción del matrimonio canónico: supuesto que bien podría asimilarse al matrimonio secreto o de conciencia, el cual exonera de la inscripción.

En cambio, el planteamiento es muy distinto en el supuesto de doble matrimonio con tercera persona, a saber, el civil con una y el canónico con otra. Es entonces cuando surge el interrogante: ¿Debe el párroco remitir al Registro el acta para su inscripción? Según Durán, sí, pues no es de su

atribución estimar tales hechos, sino del encargado del Registro civil. Navarro Valls le replica que –sin entrar en la responsabilidad penal que pudiera recaer sobre los contrayentes, y atentos solamente a la posición del eclesiástico que autoriza el matrimonio canónico sin que previamente se haya disuelto el matrimonio civil con distinta persona– parece más prudente no remitir el acta, no tanto por la comisión de delito, como por la posible existencia de algún encargado de registro excesivamente celoso que pudiera complicar las cosas causando molestias innecesarias. De todos modos, la mentada Circular de la Nunciatura de 11 julio de 1980 previó tales complicaciones y significó que la responsabilidad de situaciones irregulares de los contrayentes por violación de normas civiles no debe envolver en caso alguno al sacerdote oficiante ni al párroco. Que sean los mismos novios los que hagan las oportunas gestiones con los organismos civiles y presenten al párroco los documentos necesarios para evitar cualquier conflicto de legislaciones. Y que el párroco, por su lado, cumpla con la obligación de remitir el acta de la celebración, según indicaba la Instrucción a los Ordinarios de Portugal, «cuando hubieren cesados las razones que se oponían a la transcripción»⁵⁶.

Por otra parte, desde la Dirección General de los Registros resulta interesante, en el supuesto que contemplamos de duplicidad de matrimonio con tercera persona, la resolución de 28 de agosto de 1992, en la que se trata de la posible inscripción de un matrimonio canónico celebrado en España en 1991, cuando la solicitante había contraído antes, también en España, otro matrimonio que había sido disuelto por sentencia de divorcio inscrita en 1987 y por dispensa de rato otorgada en 1988. Se resolvió que este segundo matrimonio debe inscribirse, a la vista del art. 63 Cc., atendiendo a la eficacia del asiento registral del divorcio y porque la calificación ha de tener en cuenta los asientos del Registro, además de la certificación eclesiástica acompañada; y porque no puede imponerse la ejecución a efectos civiles, pues el matrimonio ya está disuelto civilmente; ni es anotable, porque iría en contradicción con el divorcio inscrito, y toda vez que la contrayente debe constar como divorciada en la inscripción, aunque aparezca soltera en la certificación eclesiástica, pues ése es su verdadero estado civil, en el ámbito canónico a la vista del canon 1142 del Codex⁵⁷.

3.3. ¿EFECTOS CIVILES A LA PUBLICIDAD DEL MATRIMONIO CANÓNICO SECRETO?

Para Combalía este tipo de matrimonio, el secreto, no es garantía suficiente de la libertad de las partes en orden a contraer un matrimonio religioso sin efectos civiles, porque aunque en el caso del matrimonio canónico secreto existe una quiebra del automatismo registral, ésta es parcial y limitada⁵⁸.

Añádase, con el can. 1132 en la mano, que cesa, efectivamente, el secreto si hay peligro inminente de escándalo grave o de grave injuria a la santidad del matrimonio; de lo que estarán advertidas las partes antes de la celebración del matrimonio. Igualmente, adviértase que la inscripción en el libro especial del Registro Central supone un medio de prueba del acto realizado, cuando los interesados lo deseen, aunque no proporcione in actu una publicidad erga omnes, un efecto publicitario ante terceros ⁵⁹. Por lo demás, ya se sabe que el término utilizado por el Acuerdo Jurídico, art. VI, 1, de cara al reconocimiento de efectos civiles, es el de matrimonio «celebrado según las normas del derecho canónico»; y matrimonio canónico es, si bien excepcional –que no matrimonio en la forma extraordinaria del can. 1116– el celebrado en secreto.

Esto bien sentado, a renglón seguido nos seguimos cuestionando: ¿Qué efectos civiles cabría otorgarse a este matrimonio excepcional? Fundándonos en los arts. 61 y 64 del Código civil, tocan ser los efectos civiles producidos en la celebración; si bien, con perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

Respecto al trámite a seguir para la inscripción, Delgado –conviniendo con Reina– hace caso omiso del Acuerdo Jurídico y se refiere genéricamente al matrimonio secreto en forma religiosa, para de ahí deducir que no por eso dicho matrimonio ha de pasar en tal calidad de secreto al ordenamiento civil, sino que requiere la autorización que deberá otorgar el ministro de Justicia, a propuesta de la Dirección General de Registros ⁶⁰. Más lejos ha ido el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 30 diciembre 1994, al denegar el derecho a la pensión de viudedad preexistente, debido a que el matrimonio canónico secreto no produce efectos civiles en el ordenamiento jurídico español ⁶¹. Por todo lo cual concluimos, con Combalía, que tenemos una regulación legal confusa, debido a la misma ratio del reconocimiento del matrimonio secreto. En otras palabras, si afirmamos que las partes tienen derecho a un matrimonio meramente religioso, estamos diciendo que tienen derecho a un matrimonio público meramente religioso y no a otra cosa ⁶².

4. POSIBLES SALIDAS AL «IMPASSE» ACTUAL

Cuanto hemos expuesto quedaría incompleto, si no aportáramos, a modo de escolio, algunas propuestas o alternativas, in re fundatas, seleccionadas entre las que hoy se barajan, a la búsqueda de posibles soluciones teórico-prácticas para los problemas más enquistados in hac iuris provincia.

4.1. ¿EL RESTABLECIMIENTO AMISTOSO DEL ACUERDO JURÍDICO?

López Alarcón ha denunciado recientemente la praxis cotidiana en los juzgados, de igualar matrimonios canónicos y civiles, precisamente a la hora del acceso de éstos al Registro civil; sin que los responsables de

administrar justicia en tales foros paren mientes, de ordinario, en los serios problemas jurídicos que conlleva la aceptación del sistema implantado por la Ley 30/81. Al mismo tiempo, tan lamentable situación, precaria e instrumentalizada, opina el mencionado profesor que se hubiera podido evitar con la intervención a su debido tiempo de la Comisión Mixta, pero que esa solución se frustró por culpa del Gobierno, el cual impidió se constituyera dicho organismo de cara a restablecer amistosamente la vigencia del art. VI, 1 del Acuerdo Jurídico. Y en ello se involucra e inculpa a la sociedad española, por haber asimilado la prepotencia del Estado, demostrada en el incumplimiento de su Acuerdo con la Iglesia. Con lo que se han confirmado las previsiones de que la secularización encubierta del matrimonio canónico no provocaría el rechazo social del matrimonio civil. Por último, el egregio canonista ha hecho esta propuesta o, quizás mejor, reto o apuesta: «Ante la perpetuación de este régimen, pienso que, desde una perspectiva laica, cabe adoptar una actitud inconformista y crítica, con fundamento en los principios superiores del ordenamiento español y al servicio de los valores supremos del ordenamiento jurídico proclamados en la Constitución; lo que exige la insistencia en las argumentaciones jurídicas independientes y sus actualizaciones, a fin de intentar explicar las claves del sistema vigente y de la posición del matrimonio canónico, para orientar una reforma normativa a favor de que se restablezca la justa posición que corresponde al proceso de deterioro que viene padeciendo, confundido con el matrimonio civil y considerado socialmente como un modelo disoluble por el divorcio y ordenado simplemente a la satisfacción de intereses personales de los cónyuges»⁶³.

Díaz Moreno, reflexionando sobre el Acuerdo Jurídico de 1979 que estimaba violado por la Ley 30/81, se preguntaba en 1989: «¿Por qué no se denunciaron los Acuerdos? Quizá faltó energía y decisión por una parte, y por la otra hubo demasiada prepotencia y hasta arrogancia en dar una interpretación unilateral de lo establecido en los Acuerdos. Quizá, lo digo sin gran esperanza, el Tribunal Constitucional podría aclarar la cuestión siempre latente de la jerarquía de leyes. En general, habría que decir que en este punto concreto la realidad de las cosas ha ido mejor que lo que cabría esperar de tan confusa regulación legal»⁶⁴.

4.2. ¿EL CONCORDATO ITALIANO COMO REFERENTE?

Coincidimos con Iván C. Ibán en que el ordenamiento jurídico italiano, y en este caso concreto, su Concordato, es un buen paradigma para el caso español. Dice aquél textualmente: «En materia Iglesia-Estado, secularización del ordenamiento, etc., salvo algunos desajustes cronológicos, hemos seguido caminos prácticamente idénticos... Los italianos modificaron su Concordato con gran lentitud; nosotros tuvimos Acuerdos parciales con

mayor rapidez; introdujeron el divorcio, nosotros tardamos algún tiempo más, pero también lo hicimos; lo mismo podría decirse del aborto y otras muchas cuestiones; ustedes (los italianos) tienen ya una “intesa”, nosotros, imagino, la tendremos pronto. Nosotros hemos tenido que ir más deprisa –por eso, por ejemplo, nuestro Concordato es mucho peor, técnicamente, que el suyo– pero estamos ya casi en el mismo sitio»⁶⁵ y a propósito de la penúltima alusión, hacemos también nuestro el parecer de Antonio y de Víctor Reina, al afirmar que las “intese” del Derecho italiano, precedente de nuestros Acuerdos de 1979, a pesar de que esta figura ha producido una amplia y brillante literatura, nunca ha sido aplicada en su plenitud de posibilidades, de modo que los frutos reales se reducen a «piccole intese» en temas muy puntuales. Al igual que consideramos oportuna la cita que toman ambos profesores de Giorgio Peyrot, de que «quizá sea necesario luchar desde una posición confesional o en general comprometida, distinta de la mayoritaria, para experimentar la formalidad de las declaraciones constitucionales que parecen estar destinadas a acallar conciencias más que a instaurar un régimen de libertades reales»⁶⁶.

Y es que realmente se impone un serio autoanálisis y una búsqueda inteligente de cara a dar solución a la situación de punto muerto por la que atraviesan nuestros Acuerdos, y más en concreto, el Jurídico de 1979. Y en ese quehacer vemos un camino a seguir en el nuevo Acuerdo entre la Santa Sede y la República Italiana, siquiera orientativo, de emergencia o provisional. Como mínimo, por el flanco que aquí nos ocupa y preocupa. En concreto, el art. 8, 1, punto 6 del Pacto de Villa Madama consiente los efectos civiles del matrimonio canónico en el caso de la transcripción tardía, o sea la transmitida al Registro civil después de la celebración, sin límite de tiempo, dando opción a una respuesta a la manifestación posterior de las partes o de una de ellas. Igualmente, si se trata de transcripción ordinaria –o sea la que se transmite dentro de los cinco días de la celebración–; si bien entonces la voluntad contraria a los efectos civiles se ha de expresar antes de la celebración, es decir, con ocasión de la petición de las publicaciones civiles.

¿Son extrapolables estas disposiciones del nuevo Concordato italiano al nuestro? Por de pronto, no son del todo ajenas a lo previsto en el can. 1071, § 1, 2.º del CIC, cuando excepcionalmente exonera al párroco de la prohibición de asistir «al matrimonio que no puede ser reconocido o celebrado según la ley civil». Sería el caso –ya aludido cuando hablamos del doble matrimonio– de la celebración religiosa con tercera persona de un católico casado antes civilmente, pero sin sentencia de divorcio, y, por tanto, todavía con un vínculo civil. Ello equivale, naturalmente, a permitir de parte del Derecho eclesial la posibilidad de efectuar la celebración de una

boda canónica, sin efectos preclusivos, esto es, de que un día pueda y hasta deba registrarse dicho acto. Es más, aparte de esta consideración estrictamente jurídico-canónico, significa a nivel doctrinal, en opinión de Guido Lagomarsino –que compartimos– la influencia en el ordenamiento canónico, y más aún en los estatales, de las preocupaciones de orden público y de moral social a las que se intenta poner remedio. ¿Cómo? Haciendo ver, por un lado, que una determinada forma de celebración matrimonial impuesta por el derecho positivo eclesiástico, contradice, de hecho, el principio fundamental de la libertad personal y religiosa; y, por otro, que una celebración sólo religiosa realiza una total adhesión, sin otras miras ni intereses, al matrimonio, cabalmente desde una opción de fe y en cuanto sacramento ⁶⁷.

Cosa bien distinta es la división de opiniones, en otro sector de la doctrina italiana, acerca de la naturaleza y alcance de la inscripción del matrimonio concordatario. Así, para L. De Luca –si no hemos interpretado mal– el instituto de la inscripción civil de dicho matrimonio parte de la concepción del matrimonio canónico como negocio jurídico válido, connotado como sacramento, y en calidad de tal es homologado a efectos civiles, de manera que si no fuera válido el negocio-sacramento, no podría acceder a los efectos civiles, o si se declaró la nulidad con posterioridad a la inscripción, ésta habría de ser cancelada ⁶⁸. Mientras que Finocchiaro, amparándose en la Corte Constitucional, asegura que, en la transcripción del matrimonio concordatario, éste no es considerado por el Estado como acto negocial, sino como mero presupuesto, como un hecho, sin más, al que el ordenamiento civil le atribuye los mismos efectos del matrimonio civil. Por ende, el encargado del Registro puede juzgar de la validez de la transcripción y al mismo tiempo pronunciar el divorcio, declarando cesados los efectos civiles del hecho canónico, pero no puede practicar un examen sobre el matrimonio-sacramento, que se estima en el ordenamiento italiano como un mero hecho ⁶⁹.

4.3. ¿LA SOLUCIÓN SEPARATISTA, EN EL «IUS CONDENDUM» ?

F. Aznar ha escrito al respecto: «La doctrina y normas de la Iglesia sobre la inscripción en los registros civiles del Estado del matrimonio canónico válidamente celebrado, han surgido ante la necesidad de evitar inútiles confrontaciones con las legislaciones estatales y para garantizar al matrimonio de sus fieles el reconocimiento de los efectos civiles del mismo... Pero tales normas que en el pasado estuvieron justificadas por el apoyo institucional que recibía el matrimonio de parte del Estado, en la actual situación de privatización generalizada en Occidente... no tienen sentido ni para proteger el matrimonio sacramento (únicamente para evitar una doble ceremonia a los fieles), ni para obtener efectos civiles. Únicamente lo tiene

para evitar colisiones penales entre los ordenamientos jurídicos eclesial y estatal de los que saldría perjudicado el fiel cristiano y la propia Iglesia. Por esto mismo estimamos que el criterio para permitir la celebración del matrimonio sólo religioso debe ser mucho más amplio y benigno que en épocas anteriores»⁷⁰.

Más lejos va Díaz Moreno: «El matrimonio sacramental, como modelo único de matrimonio, ha dado paso a otros modelos que, aunque no hayan logrado apenas menoscabar su amplia aceptación, sí le han obligado a convivir con ellos en un auténtico pluralismo de opciones. A esta realidad ha contribuido, desde otro punto de vista complementario, la aceptación –eclesial y estatal– del derecho a la libertad religiosa, que impide cualquier tipo de discriminación de los ciudadanos por motivos de índole religiosa. Por este hecho, el sistema de matrimonio canónico, impuesto por ley civil a los católicos, es ya inadmisibile y constituye un recuerdo del pasado»⁷¹

Y, con carácter general sobre la desvinculación del matrimonio canónico respecto del civil y de la normativa estatal, así como de todo juridicismo, incluido el canónico, J. M. Lahidalga se muestra terminante: La Iglesia –en el *ius condendum*– debe desandar lo andado. Descanonizar el matrimonio progresivamente canonizado... La publicidad o socialización del matrimonio está hoy suficientemente asegurada por la intervención del poder secular... La Iglesia puede y debe retirarse de la escena jurídica y centrarse y concentrarse en lo que siempre fue suyo: la salvaguarda y la promoción del matrimonio como signo religioso»⁷².

Combalía, sintonizando con la corriente mayoritaria de los eclesiasticistas, y desde una óptica marcadamente laical, con connotaciones sociológicas, llega a desembocar más bien en un separatismo por así decir, a la italiana: «Teniendo en cuenta –apunta– que hoy matrimonio civil y canónico no son ya expresiones de una misma realidad natural sino que se ha venido produciendo en los últimos años un distanciamiento progresivo... Y que el matrimonio canónico ha perdido sustantividad, acercándose a un mero reconocimiento como forma religiosa de asumir un matrimonio civil, parece que no tiene sentido imponer a un ciudadano que su matrimonio sea reconocido como civil... y cuando ese matrimonio le acarrea una serie de perjuicios que, en ciertos casos, pueden hacerle desistir del matrimonio... Se limitan así uno de los derechos fundamentales de la persona... Tal vez fuera positiva una aproximación de nuestro sistema matrimonial al italiano, en el sentido de permitir –con carácter excepcional– la elección de un matrimonio religioso sin eficacia civil cuando así lo exija la autonomía privada de la persona... Esta interpretación sería la más conforme al espíritu de la Constitución y a la *ratio* personalista y de libertad que informa nuestro vigente sistema matrimonial»⁷³.

Navarro Valls, en el prólogo a la obra de Combalía, que cae de lleno en nuestro estudio y a la que nos venimos refiriendo con frecuencia, aunque conviniendo, en principio, con la prologada, observa algunos inconvenientes de orden jurídico positivo para que su propuesta de reforma resulte del todo operativa: «No bastaría en nuestro sistema con la existencia del matrimonio secreto para tutelar algunas situaciones en que la autonomía de la voluntad demanda su protección. Es necesario que se tutele el derecho de las partes a un matrimonio público meramente religioso... En Italia los textos positivos –presionados por la doctrina– han acogido la posibilidad apuntada. En España, no sólo en la génesis parlamentaria de la ley de 1981 expresamente se rechazó la mencionada autonomía («los efectos civiles del matrimonio religioso no pueden depender de la voluntad de los contrayentes»); sino que el propio Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros parece que entienden la autonomía de la voluntad en el momento de la inscripción del matrimonio canónico constreñida por normas imperativas e inderogables. A lo que se une el carácter imperativo que la inscripción alcanza en el sistema concordatario español» ⁷⁴.

Igualmente, López Alarcón, teóricamente conforme con la opinión de Combalía, piensa con Navarro Valls, Díaz Moreno y otros autores, a los que nos sumamos, que ni la legislación ni la justicia españolas son proclives a cambiar el sistema matrimonial, pues al Estado le funciona bien el actual y porque siempre ha sido para él un índice de sus relaciones con la Iglesia, hoy a través del mandato constitucional de la cooperación. No obstante, concluye aquél textualmente: «Pero lo cierto es que los desequilibrios y las tensiones apuntados existen en el caso español y que el escándalo de la banalización del matrimonio está en los ambientes, se agudiza con el transcurso del tiempo y hoy no se vislumbra otra fórmula para que se recupere su autenticidad ante la sociedad que la doble celebración separada: la canónica y la civil» ⁷⁵.

Nosotros, sin dejar de compartir el realismo y la ponderación de tan prestigioso colega, nos pronunciamos, aun a riesgo de pecar de ingenuos, más que por el principio del separacionismo total en este asunto, por el de la cooperación con el Estado, más a tono con la doctrina conciliar y con la propia Constitución vigente; es decir, optamos por una vía media del diálogo y de la inteligencia. Creemos que poco importa una impensable, por hoy, reforma del actual Acuerdo o la adopción de otro «ex novo». Apostaríamos para que fuera la Santa Sede, de motu proprio o a propuesta de la Conferencia Episcopal, la que rompiera el hielo o entreabiera la puerta de una negociación, empezando por revisar lo que aquí nos atañe, la materia matrimonial registral. De hecho, por ese camino ha discurrido, en 1993, el Concordato con Polonia. Nos conformaríamos, por ahora, con que

se nos aplicara la pauta o el modelo del art. 10 de dicho Instrumento: «En el momento de la celebración del matrimonio los contrayentes manifestarán de manera concorde su voluntad de producir los efectos del matrimonio celebrado conforme a la ley»⁷⁶. Significaría, qué duda cabe, dar entrada a la autonomía privada en la inscripción de nuestro matrimonio canónico en el Registro civil; y, a la vez, como un día propugnara D'Avack para la Iglesia en Italia⁷⁷, el gesto implicaría la renuncia aquí y ahora al ambiguo status quo que nos envuelve; en cuya virtud el Derecho matrimonial –rompiendo con esquemas que ya no sirven– se podría aplicar mejor a su propia normativa y a promover los valores genuinamente cristianos de la institución. Sería, a fin de cuentas, un jalón importante en el logro de la libertas Ecclesiae.

NOTAS

- 1 G. Delgado, El matrimonio en forma religiosa, Palma 1988, 135-37.
- 2 Durán Rivacoba, La inscripción en el Registro civil del matrimonio canónico, Madrid 1988, 16.
- 3 G. Delgado, o. c., 136.
- 4 J. T. Martín de Agar, El matrimonio canónico en el Derecho español, Pamplona 1985, 104.
- 5 J. Fornés, El nuevo sistema concordatario español, Pamplona 1980, 86-87. F. Vera opina que los arts. 49, 60 y 80 del Cc. se encuadran en el sistema latino y los 73, 3.º, 85 y 88, 2.º, en el anglosajón; mientras que “el celebrado en alguna de las otras formas” es, sin duda, de tipo anglosajón, Derecho eclesiástico, 1, Madrid 1990, 371-372.
 - 6 Cf. Molina-Olmos, Derecho matrimonial canónico, sustantivo y procesal, Madrid 1989, 362.
 - 7 G. Delgado, o. c, 138.
 - 8 Cf. nuestro art. “Estado y confesiones en España”, 1931-1994, in *Estudis Baleàrics*, 49, maig-setembre 1994, 78-83.
 - 9 Para G. Delgado, “estamos, pura y simplemente, ante un matrimonio civil en forma religiosa”, o. c., 137.
 - 10 Echeverría - De Diego - Corral, El nuevo sistema matrimonial y el divorcio, Madrid 1981, 31.
 - 11 El matrimonio religioso en el Derecho civil, Burgos 1995, 66-67.
 - 12 J. T. Martín de Agar, El matrimonio canónico en el Derecho español, Pamplona 1985, 104.
 - 13 J. Ferrer, El matrimonio canónico en el ordenamiento español, Pamplona 1986, 136.
 - 14 J. Calvo, Concordato y Acuerdos parciales. Política y Derecho, Pamplona 1977, 57.
 - 15 Si bien Echeverría - De Diego - Corral afirman que lo equivoco de formas hace nacer la duda de si se alude al sistema anglosajón, o. c., 29.
 - 16 López Alarcón, “El matrimonio canónico en el Derecho español”, in: *El matrimonio en España en el año internacional de la familia*, Salamanca 1995, 189.
 - 17 .La posición jurídica del matrimonio canónico en la ley de 7 de julio de 1981., in: *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al Prof. Maldonado*, Madrid 1983, 512.
 - 18 Cf. R. Navarro Valls, art. cit., “La posición jurídica...”, 512-513.

- 19 Cf. R. Navarro Valls, art. cit., “La posición jurídica...”, 513.
- 20 El nuevo sistema concordatario..., o. c., 88-89.
- 21 Constitución democrática y pluralismo matrimonial, Pamplona 1985, 348-349, 382.
- 22 La inscripción en el Registro..., o. c., 16.
- 23 Echeverría, “Derecho concordatario y eclesiástico del Estado español”, in Nuevo Derecho canónico, Madrid 1983, 576.
- 24 Navarro Valls, El matrimonio religioso ante el Derecho español, Madrid 1984, 61.
- 25 “Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español”, in Razón y Fe, febrero 1989, 180.
- 26 “Matrimonio”, in Nuevo Derecho parroquial, Madrid 1988, 479. Sobre la posición de los Acuerdos como tratados internacionales y en el sistema de fuentes, cf. A viana, Los Acuerdos con las Confesiones religiosas y el principio de igualdad, Pamplona 1985, 171-190.
- 27 “Libertad religiosa y reconocimiento civil del matrimonio canónico”, in Aspectos jurídicos de lo religioso en una sociedad plural. Estudios en honor de L. Echeverría, Salamanca 1987, 334-335.
- 28 El matrimonio en forma religiosa..., o. c., 137.
- 29 «La regulación del matrimonio canónico», in: Iglesia y Estado. Régimen jurídico de sus relaciones, Madrid 1980, 147.
- 30 DSCD n.º 150, 9393-9394. García Failde refuta la objeción de la posible quiebra de soberanía del Estado si éste otorgare eficacia civil al matrimonio canónico en su propio ámbito, argumentando que tal otorgamiento es perfectamente factible en virtud de la figura de la «remisión por presuposición». «Constitución española y Acuerdo jurídico entre el Estado español y la Santa Sede –art. VI, apdos. 1 y 2–», in: Estudis Balearics, 33, juny 1989, p. 38.
- 31 DSCD n.º 152, 9536.
- 32 DSCD n.º 111, 16-VI-1981, 5611-5612.
- 33 El sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho, Madrid 1995, 17.
- 34 «El matrimonio canónico...», art. cit., 195-197.
- 35 Cf «La posición jurídica...», art. cit., 518-519.
- 36 El matrimonio en forma religiosa..., o. c., 135.
- 37 «Doctrina y normas de la Iglesia Católica sobre la transcripción civil del matrimonio canónico», in: Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Prof. Pedro Lomabardía, Madrid 1989, 745.
- 38 Cf. Aznar - Olmos, La preparación, celebración e inscripción del matrimonio en España, Salamanca 1996, 283-88; Molina - Olmos, Derecho matrimonial canónico..., o. c., 385; Acebal - Calvo Tojo - López Alarcón, El matrimonio. Cuestiones de Derecho administrativo-canónico, Salamanca 1990, 109-181; AA.W., Manual de Derecho Eclesiástico del Estado, Madrid 1997, 347.
- 39 «Derecho concordatario...», art. cit., 57-80.
- 40 El matrimonio religioso..., o. c., 144.
- 41 «El matrimonio canónico y los efectos civiles en la Constitución y en los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español», in: Estudios de Deusto 29 (1981) 50-52.
- 42 Curso de Derecho matrimonial..., Madrid 1996, 191.
- 43 «La inscripción del matrimonio en el Registro civil», in: El matrimonio. Cuestiones de Derecho..., o. c., 191, 193-195.

44 Derecho matrimonial canónico..., o. c., 387. En la diócesis de Mallorca, al pie del Acta figura impresa la nota: «Me comprometo a hacer llegar el documento cuadruplicado “Certificación eclesialística de matrimonio” al Registro civil correspondiente». Y en un Acta de Barcelona se lee: «Este documento debe ser entregado, dentro de cinco días, celebrado el matrimonio, en el Juzgado Municipal».

45 La autonomía privada en la inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil, Barcelona 1992, 145-146, 236.

46 «Ius connubii y regulación del matrimonio», in: Persona y Derecho. Suplemento Humana Iura 5 (1995) 173.

47 «Derecho concordatario...», art. cit., 576.

48 Derecho matrimonial canónico..., o. c., 284-285.

49 Cf. Entrena Klett, Matrimonio, separación y divorcio, Pamplona 1990, 466-467; Delgado, El matrimonio en forma religiosa, o. c., 134-135; Reina - Martinell, Propuesta de reforma de la legislación matrimonial, Barcelona 1987, 49-50.

50 El matrimonio en forma religiosa, o. c., 135.

51 El matrimonio de las minorías religiosas en el Derecho español, Madrid 1986, 312.

52 El matrimonio canónico, o. c., 79.

53 Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978, Madrid 1990, 216.

54 La autonomía privada..., o. c., 172-173. De la misma opinión, A. De Fuenmayor, «Tratamiento civil del matrimonio canónico en la Legislación y la Jurisprudencia, a partir de los Acuerdos con la Santa Sede de 1979», in: Acuerdos Iglesia-Estado español en el último decenio, Barcelona 1987, 121. También los ya mentados Durán, Navarro Valls, Molina-Olmos y otros.

55 Derecho matrimonial canónico..., o. c., 294.

56 «La inscripción del matrimonio...», art. cit., 201-208.

57 J. Díez del Corral, Lecciones prácticas sobre Registro civil, Madrid 1993, 155.

58 La autonomía privada..., o. c., 240.

59 J. Fornés, «Comentario al can. 1133», Comentario exegético al Código de Derecho canónico 3, Pamplona 1996, 1523.

60 El matrimonio en forma religiosa..., o. c., 140.

61 Cf A. Castro Jover, «Matrimonio religioso secreto y Derecho del Estado», in Quaderni di Diritto e Política Ecclesiastica 3 (1995) 569-570.

62 La autonomía privada..., o. c., 240.

63 «El matrimonio canónico en el Derecho...», art. cit., 198. Cf. también nuestro Discurso de ingreso en la Academia de Jur. y Leg. de Baleares, Palma 1999, 55-56.

64 «Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español...», art. cit., 182. En el coloquio que siguió a esta ponencia el autor nos dijo confidencialmente que los Acuerdos no se denunciaron por indicación de Roma.

65 Iglesia Católica y Regímenes autoritarios y democráticos, Experiencia española e italiana, Jerez, 4-8 octubre 1985, Madrid 1987, 15-16.

66 Lecciones de Derecho Eclesialístico del Estado, Barcelona 1983, 151-152.

67 «Liberta matrimoniale e matrimonio religioso ad effetti civili differenti», in: Il Diritto Ecclesiastico, DE 109 (1988) 863.

68 «Liberta e autorità di frente al problema degli effetti civili del matrimonio canonico», in: DE 1983, 3-4, 396-406.

69 «Consenso e vizi del consenso nel matrimonio concordatario», in DE 1983, 3-4, cit., 424; «Profili problematici del riconoscimento civile del matrimonio canonico», in DE 1999, 1, 37-38. Según la teoría del “atto di scelta”, formulada en los años setenta por la Corte Costituzionale, «la voluntad de los efectos civiles» reconocida a las partes hace posible individualizar un acto que agote sus efectos “in facie Ecclesiae”. Cf. S. Florentino, «La inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil español: Reflexiones para un estudio de Derecho Eclesiástico comparado», in: Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XIII (1997) 39-40.

70 «Doctrina y normas de la Iglesia católica...», art. cit., 167.

71 «Pareja y matrimonio: Diversos modelos. Actitudes cristianas ante ellos», in: Sal Terrae, 1992, 31.

72 «Matrimonio civil y matrimonio canónico», in: Nuevos planteamientos sobre el matrimonio cristiano, Bilbao 1978, 192-193.

73 La autonomía privada..., o. c., 242.

74 La autonomía privada..., o. c., 11-12. Cf. también López Alarcón, «El matrimonio canónico...», art. cit., 207-211.

75 «El matrimonio canónico...», art. cit., 211.

76 «El matrimonio canónico...», art. cit., 207-208.

77 «I nodi del futuro concordato italiano», in: DE 1977, 1, 163.