

Departamento de Derecho Civil.
Universidad de Barcelona.

Derecho Civil.
Bienio 1.989-1.990 / 1.990-1.991

LA SUCESION INTTESTADA EN FAVOR DEL ESTADO.

Tesis doctoral presentada por JOSE DOMINGO VALLS LLORET,
para optar al título de Doctor en Derecho.

Dirigida por el Dr. ALFONSO HERNANDEZ MORENO.
Catedrático de Derecho Civil.

Barcelona, 10 de septiembbre de 1.996.

**TITULO TERCERO. EL LLAMAMIENTO SUCESORIO AL ESTADO Y A LAS
COMUNIDADES AUTONOMAS EN EL AMBITO DEL BLOQUE DE
CONSTITUCIONALIDAD. EN ESPECIAL EL LLAMAMIENTO A LA GENERALIDAD
DE CATALUÑA.**

CAPITULO TERCERO. LOS CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR EL CONCEPTO MATERIA: REFERENCIA A LA MATERIA CIVIL.

Una de las principales cuestiones del derecho constitucional ha sido precisamente intentar averiguar y determinar el concepto materia utilizado por el legislador constitucional. Es un proceso de interpretación y aplicación de los enunciados normativos relativos a los distintos ámbitos materiales.

La dificultad arranca en que la Constitución española se encuentra con una legislación pre-constitucional como punto de partida a la hora de ofrecer un concepto jurídico-normativo de materia. Al mismo tiempo, el intérprete constitucional se enfrenta ante una precisión postconstitucional, es decir, un contexto postconstitucional como medio para obtener el concepto de materia. Y, por último, no es posible olvidar el criterio finalista que en muchas ocasiones ha servido al Tribunal Constitucional para obtener el concepto de materia.

Si lo dicho hasta el momento son las grandes dificultades a las se enfrenta la interpretación constitucional, no hay que olvidar, como ha sido siempre nuestra voluntad, el modelo de distribución competencial al que se encuentra sometido el intérprete. Efectivamente, y a modo de recordatorio, hay que señalar que el Tribunal Constitucional parte de dos principios esenciales que configuran lo que para la más autorizada doctrina significa el bloque constitucional: Por una parte, el principio del legislador coherente y, por otra parte, el principio del legislador completo, sin olvidar, además, la excepción que de los mismos ha admitido el propio Tribunal Constitucional.

Volviendo al concepto materia, VIVER I PI-SUNYER entiende, opinión que compartimos al ser especialmente clarificadora, que el Tribunal Constitucional debe responder fundamentalmente a cuatro grandes interrogantes: "1º.- La

adopción o no de un concepto estrictamente jurídico de las materias.

2º.- La determinación de las fuentes a partir de las que se determina el contenido de los ámbitos materiales.

3º.- La aceptación o no, de la posibilidad de que el contenido de las materias puede evolucionar.

4º.- La determinación de los elementos de las referidas fuentes que deben ser tenidas en consideración en la elaboración de las predefiniciones de las materias."¹

En concreto lo que hace aquí el citado autor es plantear una serie de interrogantes con el fin de llegar a determinar el concepto materia tanto desde la concepción estática, como desde un punto de vista de la evolución del propio concepto, todo ello con la finalidad de darle la máxima amplitud al concepto en cuestión.

¹.- VIVER I PI-SUNYER, "Materias competenciales..." op. cit. Página 131.

1.- REGLAS CONSTITUCIONALES EN LA DELIMITACION DE LOS TITULOS COMPETENCIALES. REMISION PREVIA A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se realiza, esencialmente, en base a la previsión de facultades o funciones que recaen sobre determinadas materias o sectores de la actuación pública. Ahora bien, la dificultad aparece debido a que la mayor parte de las actuaciones públicas tienen carácter complejo y se proyectan e inciden sobre campos diversos. Precisamente por ello, el Tribunal Constitucional debe enfrentarse siempre con la compleja tarea de diferenciar los criterios esenciales y no sencillamente recurrentes al caso concreto para establecer una doctrina general en el concepto y delimitación de cada una de las materias.

Ejemplos de lo anterior, es decir, de la dificultad en la precisión del concepto de materia, la tenemos en importantes sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional, de las que a continuación vamos a estudiar las más significativas.

- Sentencia número 37/81, de 16 de noviembre.¹

Para el Abogado del Estado recurrente existen preceptos que deben ser entendidos como materia mercantil y por ello vinculados al ámbito competencial exclusivos del artículo 149.1.6 de la Constitución Española; mientras que la representación legal del Gobierno Vasco sostiene que no.²

¹.- Sentencia dictada para resolver el Recurso de inconstitucionalidad número 184/81, promovido por el Presidente del gobierno, contra la Ley del Parlamento Vasco 3/1.981, de 12 de febrero, sobre Centros de Contratación de Cargas en Transporte Terrestre de Mercancías. Fué ponente de la misma RUBIO LLORENTE.

².- El Tribunal Constitucional sentencia que: "...no tiene, a primera vista, respuesta fácil, porque el contorno de los grandes sectores sistemáticos del ordenamiento no es modo alguno preciso y la referencia a estos sectores como criterio de delimitación competencial hace depender tal delimitación de la opción que se tome dentro de una polémica doctrinal ...".

(continúa...)

El Tribunal Constitucional concluiría admitiendo la constitucionalidad de la ley del Parlamento Vasco, ya que si bien es lógico que la misma afectara al Derecho Mercantil, era conforme a la legislación mercantil competencia del Estado. Consecuencia de esta resolución es la admisión para poder legislar los Parlamentos autonómicos, sobre materias reservadas a su competencia, o en su caso compartidas, siempre que no exista contradicción alguna con la legislación básica estatal, y aún cuando puedan esas decisiones legislativas producir efectos más allá del territorio específico de la Comunidad en cuestión.¹

- Sentencia del Tribunal Constitucional 39/82, de 30 de junio.²

En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional se planteaba la cuestión de que tenía que entenderse por el término legislación laboral utilizado en el artículo 149.1.7

²(...continuación)

Tras el reconocimiento expreso de la dificultad a la hora de delimitar el concepto materia mercantil, el Tribunal Constitucional dirá: "...como es obvio, toda la actividad económica y, dentro de ella, la actividad que, en el sentido más amplio, podemos designar como actividad mercantil, aparece disciplinada hoy en las grandes sociedades que siguen el modelo de la economía de mercado por un conjunto de normas en donde se mezclan de manera inextricable el derecho público y el derecho privado, dentro de cual hay que situar sin duda al derecho mercantil. En efecto, aquellas concepciones del mismo que lo definen como la parte del derecho patrimonial privado que regula el Estatuto profesional de los titulares de las instituciones de producción económica características del sistema capitalista, los empresarios mercantiles, así como el tráfico que éstos realizan para colocar en el mercado los bienes y servicios producidos."

¹.- Esta cuestión de restricción territorial de las normas dictadas por un Parlamento o Gobierno autonómico es obvia en cuanto a la extensión de la eficacia normativa autonómica. Ello no obstante, esta Sentencia es reveladora cuando en su Fundamento Jurídico Primero dice que: "...pero esta limitación territorial de la eficacia de las normas y actos no puede significar, en modo alguno, que le está vedado por ellos a esos órganos, en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional".

Y ello lo basa en la propia unidad política, económica, jurídica y social de España.

Esta idea se reproduciría posteriormente en varias Sentencias, siendo de destacar la 66/91, de 22 de marzo, en su Fundamento Jurídico tercero.

².- Esta Sentencia fué dictada para resolver el conflicto positivo de competencia número 36/82, promovido por el Gobierno de la Nación frente al Decreto del Gobierno Vasco 108/1.981, de 28 de septiembre, de desarrollo de artículo 15 de la Ley 8/1.981, de 16 de junio. Fué ponente AROZAMENA SIERRA.

de la Constitución Española, resolviéndola en la propia resolución.¹

El Tribunal Constitucional acabaría negando la constitucionalidad de la ley, ya que directamente afectaba a la legislación laboral, y con ello a la competencia exclusiva del Estado en la materia, artículo 149.1.7 de la Constitución.²

El contenido de esta Sentencia es concordante con otras como son la 33/81; 18, 35 y 39/82 y especialmente con la 100/91, de 13 de mayo.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 37/87, de 26 de marzo.³

En estas Sentencias nuestro más alto Tribunal delibera sobre el concepto de materia civil contenido en el artículo

¹.- En relación a ésta pregunta el Tribunal nos dice que "...La defensa del Gobierno Vasco se esfuerza, sin embargo, en una notable exposición de sus puntos de vista en buscar títulos competenciales al Decreto que arrancan de calificar con adjetivaciones distintas de lo laboral o llevando a áreas diversas lo que por exigencias del proceso de calificación rechaza soluciones indeterminadas o equívocas.

... Desde la información de que el Decreto reglamenta aspectos de las subvenciones ordenadas a determinados objetivos de promoción económica, reconversión industrial y empleo, existentes como fundamentos competenciales, además de los que atribuyen la disponibilidad sobre el gasto público, los definidores de potestades autonómicas en materia económica...".

En concreta referencia al tema de subvenciones, al que aquí se hace referencia específica, esta Sentencia concuerda con otras posteriores como son la 188/89, de 16 de noviembre, en sus Fundamentos Jurídicos tercero a séptimo; y con la 201/88, de 27 de octubre, Fundamentos Jurídicos tercero y cuarto. Estableciéndose en concreto que la gestión de las mismas y la ejecución será de carácter descentralizado mediante las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias de la materia.

².- Así en la citada resolución se decía textualmente que: "Un sistema competencial que descansa en este punto sobre una materia, entendida como complejo relativo a un sector homogéneo determinado por calificaciones en las que ahora capitulamos, a la conclusión de que es el derecho de información, regulado en sus líneas básicas en una ley laboral, y el efecto sancionador, también laboral que se alude a su transgresión, lo definitivo para la calificación...".

³.- Dictada para resolver el Recurso de inconstitucionalidad número 685/1.984, contra determinados artículos de la Ley del Parlamento de Andalucía número 8/1.984, de 3 de julio, de Reforma agraria.

149.1.8 de la Constitución Española.¹

Así en la Sentencia 37/87, el Tribunal no acepta la identificación entre propiedad privada y Código civil, es decir, no admite que se sea un concepto jurídico que deba incluirse con carácter excluyente en el concepto legislación civil y con ello ser una competencia exclusiva del Estado.²

El Tribunal Constitucional deduciría de esta conclusión que las Comunidades Autónomas, en éste caso la de Andalucía, podía dictar una ley de reforma agraria y que, más concretamente, era en ésta materia donde debía incluirse y no en el ámbito del Derecho Civil.

Sin entrar en ningún tipo de valoración por el momento, llama la atención que la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/82, por el contrario, dijera que la materia referente a las bases de las obligaciones adquiere un carácter preferencial cuando se produce una duplicidad con la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de consumidores o de defensa de la competencia. El Tribunal Constitucional aceptaría la posibilidad de que desde estas dos materias pueda incidirse en el derecho de los contratos, en el de responsabilidad civil que son materia de la legislación civil.³

¹.- Un estudio completo sobre el concepto materia civil, en su relación dentro de un ámbito constitucional, puede obtenerse en el libro coordinado por MORENO QUESADA, "Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas". Ed. Tecnos. Madrid. 1.989.

².- A tal efecto, decía que: "...La determinación concreta de su contenido, ...no se opera ya sólo en la legislación civil, sino también en aquellas otras leyes que cuidan principalmente los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada...".

³.- En esta idea, el Tribunal Constitucional diría que: "...desde la materia de defensa del consumidor puede establecerse que quién compra un inmueble, lo arrienda o lo recibe mediante cualquier modalidad contractual, la obligación de ofrecer una información veraz sobre sus características, calidades, condiciones, etc... No obstante, esta obligación no puede referirse a operaciones o negocios inmobiliarios aislados, sino que se aplica sólo al tráfico de empresas inmobiliarias. Y la obligación se concreta únicamente en la prestación de la información de modo que si se celebra el contrato y se consigna una lesión con imputación en la falta de información, o en una información incorrecta, esta lesión tendrá el tratamiento y los remedios que imponga la legislación civil, pues ésta es aquí la materia afectada".

El Tribunal Constitucional seguiría diciendo: "Igualmente corresponde a ésta materia, por ser
(continúa...)

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/82, reiterada posteriormente por otra del mismo Tribunal número 85/84, el Tribunal Constitucional afirmará que la materia civil se encuentra, sin duda, el libro II, título I, capítulo III del Código Civil, es decir, los conceptos fundamentales de los bienes de dominio público y patrimoniales. La conclusión es importante pues con ello se consigue que las Comunidades Autónomas puedan acudir, como título habilitante de competencia, a los artículos de sus respectivos Estatutos de Autonomía que hacen referencia a la competencia exclusiva en materia de Patrimonio, su administración y conservación.

Observemos que la citada Sentencia es de especial importancia en relación con el tema que estamos analizando, ya que uno de los problemas a los que tendremos que enfrentarnos posteriormente será el del título de atribución de competencias al Estado o a las Comunidades Autónomas en materia de sucesión intestada y, en concreto, en adquisición de los bienes vacantes por parte del Estado o por las Comunidades Autónomas. Así, ésta ¿será una materia civil y, por ende, competencia exclusiva del Estado?, o, por el contrario, ¿será una materia incluida en el concepto "sin perjuicio" y, por ende, competencia de las Comunidades Autónomas?. Sobre ello indudablemente insistiremos a lo largo de las páginas posteriores.

En suma, los criterios mantenidos por el Tribunal Constitucional confirman lo que al inicio ya habíamos manifestado, es decir, la dificultad a la que se enfrenta el propio intérprete constitucional.

³(...continuación)

una regla de responsabilidad civil, el precepto que establece de forma genérica e indeterminada la protección del consumidor o usuario contra los demás causados a sus intereses económicos por bienes defectuosos o servicios insatisfactorios...".

Por último, el citado Tribunal diría que: "Corresponde al derecho de contratación, y no a la legislación sobre defensa de la competencia, el establecimiento de mecanismos tendentes al control de las cláusulas en los contrato de adhesión, a la determinación y sanción de las cláusulas abusivas, al régimen de condiciones generales y, en definitiva, al reforzamiento del derecho imperativo allí donde los intereses colectivos lo demanden...".

Ahora bien, ciertamente el Tribunal Constitucional mantiene una línea homogénea en sus interpretaciones, nos referimos a la necesidad de darles un contenido concreto y restringido ya que sino se corre el grave riesgo de dejar si contenido la mayor parte de las competencias de las Comunidades Autónomas, ya que debido al sentido expansivo de estos ámbitos materiales, casi siempre nos encontraremos ante la colisión con competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas.

Finalmente, el Tribunal Constitucional suele definir estas materias acudiendo a criterios objetivos y, esencialmente, a una legislación preconstitucional, sin despreciar, incluso, el acudir a la doctrina.

2.- LA CONSTRUCCION NORMATIVA DEL CONCEPTO MATERIA.

Es communis opinio, en la doctrina elaborada por parte del Tribunal Constitucional el recurrir a una construcción jurídica de las materias contenidas en al lista aparentemente cerrada de los artículos 148 y 149 de la Constitución Española. Se acude a la que, en palabras de DIEZ PICAZO¹ definiríamos como interpretación auténtica, es decir, sin necesidad de recurrir a otros conceptos científicos, técnicos o procedentes de otras ramas del saber.

Lo anterior tiene una especial importancia en cuanto se refiere al concepto CIVIL, que posteriormente tendremos que analizar.

Efectivamente, en este sentido la consideración de la materia civil como un concepto dogmático-jurídico significará que nos enfrentamos ante la definición clásica de Derecho Civil: Derecho privado general que según WEILL y TERRE² podría ser definido como "la rama del Derecho que rige las relaciones privadas, pero sólo en tanto que no tengan nada específicamente comercial, industrial, social o rural."³

Así pues, de la normativa del Derecho privado, reguladora de los intereses entre particulares, el Derecho civil es el Derecho privado no constitutivo de los Derechos privados especiales, concretamente el Derecho mercantil y el Derecho Laboral,⁴ siendo la generalidad otra nota esencial del mismo que se caracteriza por su aplicación supletoria a todos aquellos derechos y materias que aquellos no regulan. Así lo dispone en forma clara y concisa el párrafo tercero

¹.- DIEZ PICAZO, "Experiencia jurídica y teoría del Derecho". Editorial Ariel. Barcelona.

².- WEILL y TERRE, "Droit Civil. Introduction générale". París 1979. Páginas 77 y siguientes.

³.- Ver PASCUAL QUINTANA, "La encrucijada del Derecho Civil". En Estudios en honor del profesor CASTAN TOBEÑAS. Tomo I. Página 420. Pamplona 1.969.

⁴.- Ello sin perjuicio de las discusiones doctrinales tendentes a una ampliación numérica de la categoría de derechos especiales. Ello no obstante, hay un importante sector doctrinal tendente a esta ampliación, incluyendo ciertos derechos como son el derecho del consumo, derecho de daños, etc...

del artículo cuarto del Código Civil.¹

En este sentido, el contenido del concepto Derecho civil utilizado por el legislador constitucional debe ser integrado por lo que la doctrina entiende como contenido del derecho civil. Así, el Derecho civil se centra en la persona, con la determinación de los requisitos de adquisición de la personalidad, tanto de personas físicas como jurídicas. Regula igualmente los intereses de las mismas en sus aspectos patrimoniales y no patrimoniales incluyendo, en consecuencia, esencialmente lo contenido en el Código civil.²

En suma, puede concluirse que el Tribunal Constitucional

¹.- Dice el artículo cuarto, párrafo tercero del Código Civil: "Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes".

Este supletoriedad, de carácter general, está recogida en el propio Código Civil, artículo 13.1, y en otras legislaciones, como son la Constitución Española, artículo 149.1.8, y en los artículos 2 y 50 del Código de Comercio, donde de manera clara, concisa y expresa se realiza un llamamiento a la ley general común.

En esta línea de recurrir al Código Civil, la jurisprudencia del Tribunal supremo ha realizado importantes aportaciones. Así, en Sentencia de 25 de marzo de 1.947, entre concordantes en el mismo sentido, se recoge que siendo el Código Civil supletorio de leyes especiales, cuando estas contengan un vacío deberá suplirse con un llamamiento al citado Código.

En la misma línea la Sentencia de 14 de noviembre de 1.951 y otra de 6 de diciembre de 1.963, inciden en que "...para la aplicación del Código civil no han de existir normas adecuadas en el correspondiente cuerpo legal especial."

En relación a la aplicación supletoria del Código civil ante el Código de Comercio, en Sentencia de 11 de noviembre de 1.976, recopiladora de la doctrina y de la Jurisprudencia hasta el momento imperante, dice el Tribunal Supremo que "...conforme con el artículo 50 del Código de Comercio y jurisprudencia interpretativa del mismo, sólo habrá de acudir al Código civil como legislación supletoria, a falta de regulación o precepto aplicable de la legislación mercantil..."

Para ahondar en el tema ver, entre otros: DORAL, "Las lagunas en el Derecho especial". Poder Judicial. Núm. 8. Septiembre. 1.983. Página 19; FIGA FAURA, "Colisión interestatal de Ordenamientos. Derecho civil y Derecho mercantil. Normas de conflicto". A.D.C., núm. XXXIV-1. 1.981. Páginas 41 y siguientes; LALAGUNA, En el comentario al artículo 4.3., en la obra general de "Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1.975". Tomo I. Madrid. 1.977, "Aplicación del Código civil como Derecho supletorio de otras leyes". R.D.P. 1.976. Página 598 y siguientes; ROCA I TRIAS, "El Código civil como supletorio de los Derechos nacionales españoles". A.D.C. número XXXI-2. 1.978. Páginas 227 y siguientes.

².- Sobre el concepto de Derecho civil, pueden consultarse las obras doctrinales clásicas al respecto, como pueden ser: SOLARI, "Individualismo e Diritto privato". Torino. 1.959. Páginas 162 y siguientes.; TORRALBA SORIANO, "El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente". R.G.L.J. 239. 1.975; GOMEZ ARBOLEYA, "El racionalismo y los Códigos Europeos". R.E.P. 66. 1.961. Página 56; GIORGIANNI, "Il diritto privato e il suo attuali confini". Rt. D.P. 1.961. Páginas 394 y siguientes.; NICOLO, voz "Diritto civile", en la Enciclopedia de Diritto. Tomo XII. 1.964. Páginas 904 y siguientes.; MOTILLA, "La codificación como técnica de producción legislativa". R.D.P. 1.987. Página 548, entre otros muchos.

parte de un concepto de materia procedente de la definición que de ella se encuentra en el Ordenamiento jurídico existente a la entrada en vigor de la actual Constitución y de los Estatutos de Autonomía.¹

Ello es así, por cuanto que si bien la Constitución y lo Estatutos de Autonomía tienen una vida jurídica reciente, no así los grandes conceptos básicos sobre los que se asienta el Derecho y en especial el derecho civil, que tiene una longeva y contrastada solvencia histórica, sociológica y jurídica.

2.1.- La legislación preconstitucional y la definición del concepto materia.

La confirmación de que el Tribunal Constitucional utiliza la legislación preconstitucional como criterio definidor del concepto materia aparece con claridad en numerosas sentencias del Tribunal Constitucional. Un ejemplo claro es el mencionado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/82, del 14 de junio, que al analizar la legislación laboral hace referencia, en su Fundamento Jurídico tercero, a la normativa contenida no sólo en el Estatuto de los Trabajadores, sino también a aquella normativa laboral anterior que no quedara derogada por aquel.²

Igualmente la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/82, del 27 de julio, que al analizar la materia civil, en concreto, que el dominio público y los bienes patrimoniales son materia civil, recurre al Código Civil al decir que se encuentra regulada en el libro II del mismo.

¹.- Opinión esta, mantenida entre otros por VIVER I PI-SUNYER, en "Materias..." op. cit. Páginas 135 y siguientes. Y por DIEZ PICAZO, en "Experiencias jurídicas..." op. cit. Página 248.

².- Esta Sentencia fué dictada para resolver el Recurso de inconstitucionalidad número 24/1.982, promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley 9/1.981, de 30 de septiembre, del Parlamento Vasco, sobre creación del Consejo de Relaciones Laborales. Fué ponente de la misma RUBIO LLORENTE.

Más, no únicamente a la legislación preconstitucional acude el Tribunal Constitucional a la hora de definir la materia competencial, también, en ocasiones, acude a la doctrina jurídica anterior a la Constitución. Así, en la Sentencia del citado Tribunal 37/81, de 16 de noviembre¹, se acude y asume la construcción doctrinal elaborada para diferenciar el Derecho público del Derecho privado.²

2.2.- La legislación postconstitucional y el criterio finalista identificador del concepto materia.

Aparentemente, el enunciado de este epígrafe podría presentarse como una contradicción en si mismo, pero en modo alguno, como a continuación veremos, esto es así. Efectivamente, si bien es constante el criterio seguido por el Tribunal Constitucional a la hora de recurrir al concepto preconstitucional para definir la materia competencial, el citado Tribunal no olvida que en ocasiones es preferente el acudir al criterio del fin u objetivo que se perseguía con la materia.

Un claro ejemplo de ello, lo encontramos en la interpretación del contenido del término legislación civil. La Sentencia del Tribunal Constitucional 71/82, de 30 de noviembre³, nos dice que pertenece a la legislación civil "el control de las cláusulas en los contratos de adhesión, en la

¹.- Tanto en esta Sentencia como en las concordantes con ella (88/86; 64/90, de 5 de abril, Fundamentos Jurídicos 2 al 9; 46/91, de 298 de febrero, Fundamentos Jurídicos 1 a 466/1.991, de 22 de marzo, en sus Fundamentos Jurídicos 2 y 3, entre otras), se hace referencia y se pondera la libertad individual en todas sus vertientes, libertad de empresa, libre circulación, propiedad privada, sobre todas las posibles restricciones normativas que los poderes públicos puedan imponer.

².- Al respecto ver lo dicho en este trabajo sobre la controversia Derecho Público-Derecho Privado.

³.- Esta Sentencia fué dictada para resolver el Recurso de inconstitucionalidad número 86/1.982, promovido por el Presidente de la Nación, contra la Ley 10/1.981, de 18 de noviembre, del Parlamento Vasco, que aprueba el Estatuto del Consumidor.

determinación y sanción de las cláusulas abusivas, el régimen de condiciones generales y, en definitiva, el reforzamiento del derecho imperativo allí donde los intereses colectivos lo demanden".¹

Es decir, en ella, no se vincula tanto al Derecho civil con una definición concreta del mismo, de carácter objetiva, sino que se acude al criterio finalista de la defensa de los intereses individuales frente a las cláusulas abusivas.

Igualmente pertenece a la legislación civil lo referente al ámbito de la responsabilidad civil, aceptándose un criterio finalista, pues es posible que desde otras materias se puedan dictar medidas tendentes a la reparación de la responsabilidad por ilícito civil.

También, de una concepción finalista "ad exemplum", se parte a la hora de definir materia mercantil pues su contenido se pone de manifiesto mediante la puesta en conexión con otras materias concretas que también regulan aspectos de la actividad económica.²

Por todo lo anterior, y a la luz del citado criterio, cabría hablar, aquí y ahora, y sin perjuicio de realizar concreciones puntuales en otros capítulos de este trabajo, como se incardina y manifiesta el término derecho civil en la vigente Constitución Española.

Para ello será necesario recordar que el artículo 149.1 de nuestra Constitución dispone que el Estado tiene competencia exclusiva en una serie de materias, que son las que posteriormente recoge en el mismo artículo, aludiéndose específicamente en el número octavo, del citado artículo a la legislación civil.

La expresión Derecho civil es más amplia que la de materia civil en el sentido constitucional del término. L a

¹.- En esta línea nos remitimos a la transcripción parcial de esta Sentencia, y a lo dicho anteriormente sobre ella, en páginas anteriores.

².- Para observar mejor la aplicación puntual de este criterio finalista, ver la Sentencia del Tribunal Constitucional 88/86, de 1 de julio de 1.986.

primera se referirá a todas las situaciones suficientemente trascendentes para ser reguladas por el derecho, teniendo como punto de referencia a la persona humana, en tanto que la segunda se referirá únicamente a determinadas situaciones.¹

Ahora bien, tal como hemos visto anteriormente, legislación civil no ha de entenderse directamente relacionada o coincidente ni con materia civil, ni con Derecho civil.

LOPEZ JACOISTE,² autor al que anteriormente ya nos hemos referido, realizaría la siguiente precisión: "Primeramente parece oportuno observar que en el texto constitucional late una clara distinción entre legislación civil y Derecho civil; es la vieja contraposición entre *lex* y *ius*, que aquí obtiene pleno sentido. Porque lógicamente la competencia estatal no puede referirse sino a la legislación. En cambio, el Derecho como tal constituye una realidad social que excede de competencias puramente formales, que cuentan con factores sustancialmente propios, como son la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina, etc..., en definitiva, un cúmulo de principios de idearios, de criterios distintos de la estricta legislación. El Estado asume la competencia legislativa, pero el Derecho es atributo e historia de la sociedad que incesantemente lo configura mediante renovada modelación aplicativa...".

La afirmación anterior, entendemos, es acertada. El concepto legislación, y más concretamente legislación civil debe separarse del concepto materia civil.

Ello es así, porque en primer lugar, lo que el artículo

¹.- Esta idea la enmarcamos dentro de las tesis mantenidas por el profesor BADOSA COLL, en su "Memoria...". op. cit. Páginas 7 y siguientes, donde al definir al Derecho civil se refiere a "totes aquelles situacions o actes identificables en la vida social i que es consideren amb transcendència suficient pera ésser regulats pel dret, que tinguin com a punt de referència la persona humana contemplada en abstracte, és a dir, sense cap altre qualificació que el seu caràcter de subjecte...", mientras que al hablar de materia civil, nos dice que ésta comprende "determinadas situacions o actes identificables en la vida social...".

².- LOPEZ JACOISTE, "Constitucionalismo...", en "Lecturas sobre la Constitución Española". Tomo V. Volumen 2. op. cit. Página 601.

149.1 de la Constitución atribuye al Estado es la legislación, es decir, una función legislativa pero no como una remisión a una expresión científica como es la expresión Derecho civil.¹

En segundo lugar, pues el propio Tribunal Constitucional ha otorgado un significado determinado al sustantivo legislación, como lo demuestra la Sentencia del mismo de 14 de junio de 1.982,² que no se identifica con la materia sobre la que este se proyecta.³

Este argumento igualmente lo seguiría en buena medida BLASCO ESTEVE al aceptar un concepto amplio del término competencia.⁴

Surge entonces inmediatamente la pregunta sobre si es inmediata o no, la relación entre legislación-materia y Derecho. Es decir, si materia, la materia civil, coincide con legislación civil. Y, a su vez, si la legislación civil coincide con la facultad de dictar normas jurídicas sobre todo el Derecho civil. Esta es, en realidad, la relación que se puede predicar de la interpretación del artículo 149.1.8 de la Constitución Española.

Ahora bien, hay que dejar claro que materia civil no coincide con derecho civil. Si ello fuere así, ni se

¹.- Opinión, por otra parte aceptada por SANCHEZ GONZALEZ, en "Competencia..." op. cit. Página 1.124.

².- En esta Sentencia, por la que se resuelve el Recurso de inconstitucionalidad 24/82, presentado contra la Ley 9/1.981, de 20 de septiembre, dictada por el Parlamento sobre creación del Consejo de Relaciones Laborales, se establece en su Fundamento Jurídico segundo, que: "Cuando la Constitución, en su artículo 149, utiliza el concepto de legislación como criterio definidor del ámbito en el que las Comunidades Autónomas pueden adquirir competencias propias, tal concepto ha de ser entendido, en consecuencia, en sentido material, sea cual fuere el rango formal de las normas".

³.- En este sentido MUÑOZ MACHADO diría que: "...no es exacto que el artículo 149.1 contenga una simple relación de materias sino, más bien de competencias o atribuciones que, naturalmente, tienen un sustrato material en cuanto se refieren a objetos o actividades concretas...".

Ver MUÑOZ MACHADO, "Derecho público...". op. cit. Volumen I. Página 337.

⁴.- Entiende este autor, en su obra "Sobre el concepto..." op. cit. Página 312, que: "...el concepto de competencia... engloba a los otros dos que a veces se utilizan como sinónimos: materia y facultad".

entendería el reconocimiento constitucional de los derechos civiles forales o autonómicos, ni, a su vez, se entendería la cláusula "sin perjuicio..." del propio precepto constitucional 149.1.8. y, por último, se estaría ante una auténtica antinomia entre la parte primera del citado artículo, y la parte final del mismo.¹

De entrada debemos destacar que el Tribunal Constitucional ha sido reacio a admitir definiciones científicas acerca de los conceptos utilizados por la Constitución.²

Precisamente por lo anterior, hemos intentando interpretar las normas constitucionales, según el sentido que tienen a la luz de la propia Constitución.³

Tampoco el Tribunal Constitucional ha defendido con claridad el concepto materia, y más aún lo que debemos entender por materia civil.

¹.- Dice FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO AREVALO, en su obra "La materia civil...". op. cit. Página 184, que "el calificativo, sea el que sea, no corresponde al término competencia, sino al de materia y, por ende, se trata de acotarla."

².- La Sentencia del citado Tribunal de 16 de noviembre de 1.981, ya diría, en su Fundamento Jurídico quinto, que: "...el contorno de los grandes sectores sistemáticos del ordenamiento no es, en modo alguno, preciso, y la referencia a esos sectores como criterio de delimitación competencial hace depender esta delimitación de la opción que se adopte dentro de una polémica doctrinal siempre viva..." Esta Sentencia resolvía el Recurso de inconstitucionalidad 184/81, interpuesto por el Gobierno de la Nación contra la Ley 3/1.981, de 12 de febrero, del Parlamento Vasco, sobre Centros de Contratación de cargas en transporte terrestre de mercancías.

³.- La Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de junio de 1.982, precisaría que: "...un problema tan necesitado de soluciones claras y firmes como es el de la delimitación del ámbito de una Comunidad Autónoma no puede plantearse a partir de datos extrínsecos, sino, en cuanto sea posible, a partir de las nociones intrínsecas a la propia Constitución..."

Siguiendo en la misma línea, el Tribunal Constitucional, en la misma Sentencia, y refiriéndose específicamente a la expresión "legislación laboral", añadiría que: "...el concepto legislación laboral, cuyo primer término tiene la considerable fuerza expansiva que ya hemos señalado, no puede ser entendido también como potencialmente ilimitado en función del segundo, cosa que sucedería si el adjetivo laboral se entendiera como indicativo de cualquier referencia al mundo del trabajo. Es por ello forzoso dar a este adjetivo un sentido concreto y restringido, coincidente por lo demás con el uso habitual, como referido sólo al trabajo por cuenta ajena, entendiéndose por consiguiente como legislación laboral aquella que regula directamente la relación laboral, es decir, por recoger los términos de la Ley 8/1.980, de diez de marzo, la relación que media entre trabajadores que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios, en favor de los que, y bajo la dirección de quienes se prestan estos servicios, con las exclusiones y excepciones que en dicha ley (artículo 1.3) se indican..."

No obstante si que lo ha realizado en algunos supuestos concretos como lo ha sido con la materia mercantil. Efectivamente, los mayores problemas que ha encontrado el Tribunal Constitucional en cuanto a la interpretación del artículo 149.1.6, se refieren a la expresión "mercantil". Tengamos en cuenta, además, que por la expresión legislación mercantil, como competencia exclusiva del Estado, el Tribunal Constitucional se ha inclinado de forma rotunda por el concepto material. Efectivamente, y ya como veíamos en la referencia a la legislación laboral, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de junio de 1.982¹, diría que: "...cuando se trata de indagar el significado con el que el vocablo legislación se utiliza en el artículo 149.1 de la Constitución Española como concepto referencial para reservar al Estado toda la legislación o sólo la legislación básica, el que prevalece es el concepto material y no formal constreñido a las leyes, en la acepción de normas que emanan de quienes, por excepción o por delegación, puede producir normas con valor de ley...".²

La dificultad interpretativa se comprueba en las no menores divergencias doctrinales que en buena medida demuestran la ambigüedad e imprecisión del término utilizado por el legislador constitucional.

Por último, no hay que olvidar que las dificultades interpretativas pueden generar no menores problemas de seguridad jurídica como ya advirtiera el profesor BROSETA PONT.³

¹.- En el mismo sentido se expresa en la Sentencias de 4 de mayo de 1.982; de 14 de junio de 1.982; de 30 noviembre de 1.982, entre otras.

².- En esta Sentencia se resuelve el conflicto positivo de competencia número 76/82, promovido por el Gobierno de la Nación frente al Decreto del Gobierno Vasco 108/1.981, de 28 de septiembre, de desarrollo del artículo 15 de la Ley 8/1.981, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, para el ejercicio de 1.981.

³.- Entiende BROSETA, en su obra "Ponencia sobre el estado actual y perspectivas del Derecho Mercantil", en el Centenario del Código de Comercio. Ministerio de Justicia. Madrid. 1.986. Página (continúa...)

Antes de adentrarnos en el problema de la expresión Derecho civil en la Constitución Española, es evidente que la noción legislación civil o mercantil es imposible articularla sin tener como punto de partida al Derecho civil o al Derecho mercantil.¹

Si acudimos al problema en el ámbito mercantil podemos observar diferentes interpretaciones.

La primera de ellas, reduce el alcance del término legislación mercantil a la noción tradicional de Derecho mercantil vinculado al Código de Comercio con exclusión, por lo tanto, de aquellos sectores que han surgido legislativamente con independencia del Derecho mercantil tradicional. Posición doctrinal que se justificaría por el artículo 149.1 de la Constitución al establecer los títulos competenciales específicos sobre determinadas materias específicas como son la propiedad industrial y el transporte aéreo.²

Ahora bien, la opinión anterior ha sido claramente criticada por un sector de la doctrina, especialmente por GARCIA DE ENTERRIA,³ al entender la dificultad de conciliar esta tesis con el carácter genérico con que se formula el término legislación mercantil, así como que la fórmula constitucional no puede verse como un concepto cerrado, con un contenido fijo y predeterminado, y ajeno a la evolución mínima de la disciplina mercantil y al posible surgimiento de nuevas figuras e instituciones que merezcan ser calificadas

³(...continuación)

433, que: "... una tal confusión sobre una materia tan delicada como es la mercantil puede resultar insoportable, no sólo para los agentes u operadores económicos, es decir, para los empresarios y para las grandes empresas españolas, sino también para los ciudadanos o las comunidades que con ellos se relacionan".

¹.- GARCIA DE ENTERRIA y LORENZO-VELAZQUEZ, "Competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil", en Estudios sobre la Constitución Española...". op. cit. Tomo V. Página 4.095.

².- Esta postura ha sido especialmente asumida por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, en el trabajo "La actualización del Derecho mercantil". Tomo I. U.N.E.D. Madrid. 1.986. Páginas 11 y siguientes.

³.- GARCIA DE ENTERRIA, "Competencia...". op. cit. Tomo V. Página 4.056.

como mercantiles.¹

Una segunda interpretación doctrinal sobre el concepto legislación mercantil, parte de la unidad del orden económico y la necesidad de asegurarlo en todo el territorio español. Así, la legislación mercantil serían todas las normas públicas y privadas que inciden en la ordenación de la empresa y del mercado.² Interpretación que, sin duda, anularía cualquier competencia en favor de las Comunidades Autónomas sobre ordenación de determinados sectores del mercado, cuestión que en cuanto al mercado interior Comunidades Autónomas como el País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Navarra y Valencia tienen competencia exclusiva.³

Finalmente puede destacarse la tercera corriente doctrinal que reserva al Estado, en aplicación del artículo 149.1.6 de la Constitución Española, la regulación jurídico-privada de la actividad económica y comercial, pudiendo las Comunidades Autónomas asumir competencias en aquellos aspectos que afectan a la intervención de los poderes públicos en los sectores mercantiles.⁴

Independientemente de las opiniones anteriores, el Tribunal Constitucional de una manera clara se ha decantado hacia la posición doctrinal de reservar al Estado la competencia exclusiva a la disciplina privada del tráfico

¹.- La doctrina mercantilista de forma unánime habla del concepto legislación mercantil en una forma amplia. Claro ejemplo de esta interpretación lo encontramos en POLO DIEZ, "Reflexiones finales sobre el Centenario del Código de Comercio", en Centenario del Código de Comercio..., op. cit. Página 497; y en GIRON TENA, "Concepto de Derecho mercantil". Separata del A.D.C. Madrid. 1.954. Páginas 131 y siguientes.

².- Esta opinión ha sido mantenida especialmente por MENEDEZ, en "Constitución económica y Derecho mercantil". Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 1.982. Páginas 17 y siguientes; DUQUE DOMINGUEZ, "Constitución económica y Derecho mercantil", en la reforma de la legislación mercantil. Ed. Civitas. Madrid. 1.979. Páginas 63 y siguientes; FONT GALAN, "Notas sobre el modelo económico de la Constitución económica de 1.978". R.D.M. núm. 152. 1.979. Páginas 205 y siguientes.

³.- Sobre competencia de las Comunidades Autónomas sobre la ordenación del comercio, puede consultarse a TORNOS MAS, "Ordenación constitucional del comercio", en Estudios sobre la Constitución Española... op. cit. Tomo V. Páginas 4.127 y siguientes.

⁴.- Opinión mantenida por BROSETA PONT, en "Ponencia...". op. cit. Página 434.

comercial, buscando una aplicación del principio de igualdad entre todos los españoles, y siempre y cuando ello no suponga invadir el ejercicio competencial atribuido en favor de las Comunidades Autónomas.¹

La jurisprudencia constitucional que aquí se comenta, merece una reflexión en cuanto a la definición de legislación mercantil. Es cierto, que el Tribunal Constitucional, parte de una regulación del tráfico comercial privado y una normativa pública referente a la intervención de los poderes públicos en los sectores mercantiles y económicos. Distinción, por otra parte, que ya mereciera la crítica de un importante sector de la doctrina encabezado por DUQUE DOMINGUEZ.²

Esta crítica ha sido igualmente seguida por MENENDEZ³ al mantener que: "... tanto en la estructura de las organizaciones y sujetos que actúen o se encuentren en el mercado, como en el ámbito de los cauces contractuales o no, en que se cristalizan la actividad que desarrollan, se produce ahora aquél entrecruzamiento de normas públicas y

¹.- La línea delimitada por el Tribunal Constitucional aparece con claridad en la Sentencia 37/81, de 16 de Noviembre, ya citada con anterioridad, en la que el Tribunal Constitucional, al analizar la legislación mercantil dice: "...aquella (legislación mercantil) habrá de incluir en todo caso la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales. Sólo a través de sus órganos centrales puede el Estado determinar cual es el ámbito propio de la actividad libre del empresario mercantil y sólo la legislación emanada de esos órganos puede regular la forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones a que el ejercicio de esa actividad puede dar lugar y al contenido necesario de aquéllas y éstas...".

La tesis aquí mantenida por el Tribunal Constitucional, fué reiterada por otras sentencias posteriores, y en especial la número 14/15/86, de 31 de enero, al entender que: "...en principio sólo las reglas de derecho privado quedan incluidas en la reserva al Estado de la legislación mercantil, teniendo las de derecho público orígenes diferenciados, y que en cada supuesto será menester situar, tesis que abona también el hecho de la asunción por parte de algunas Comunidades Autónomas de competencias legislativas en materia claramente encuadrable dentro de la materia mercantil...".

².- DUQUE DOMINGUEZ comenta que: "...el derecho mercantil no es sólo derecho privado. El Código de Comercio de 1.885 contiene preceptos de derecho público, que trascienden a la esfera contractual y afectan a las estructuras organizativas como a los tipos de sociedad y, sobre todo, a la legitimación para realizar determinadas actividades -bancarias o de depósito- o incluso para determinadas organizaciones...".

Ver "Constitución económica...". op. cit. Página 77.

³.- MENENDEZ, "Constitución...". op. cit. Páginas 82 y siguientes.

privadas sin cuya aceptación se hace difícil el entero conocimiento y la justa comprensión del ordenamiento mercantil y su finalidad actual...".

Entiende por tanto este autor, al igual que BASSOLS COMA, que una opinión como la que se desprende del Tribunal Constitucional conduciría a limitar las competencias de las Comunidades Autónomas en su función legislativa.¹

La evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional en la definición del concepto legislación meramente, no es posible sin hacer clara referencia a la Sentencia del mismo, de 1 de Julio de 1986 en la que se analiza la competencia de la Generalidad de Cataluña en cuanto a la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles mediante la ley 1/1983, de 18 de febrero, sobre regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales.²

La Sentencia declararía constitucionales los preceptos de la Ley referentes a la regulación administrativa de diferentes tipos de ventas, venta a domicilio, venta no sedentaria, etc.... Ahora bien, por encontrarse reservada al Estado la competencia exclusiva en materia de defensa de los consumidores, se declara no conforme a la Constitución Española diferentes preceptos que prohíben determinadas ventas por encontrarse las mismas admitidas en el resto del territorio español.

El argumento final de la Sentencia es que: "...equivale a una interdicción del ejercicio del comercio con un contenido propio o posibilidad de realizar actos y negocios del derecho mercantil, amparados y regulados por la legislación general de este orden, de clara competencia estatal, a tenor del artículo 149.1.6. de la Constitución

¹.- BASSOLS COMA, "Constitución y sistema económico". Ed. Tecnos. Madrid. 1.985. Página 175.

².- Esta Sentencia recayó para resolver los Recursos de inconstitucionalidad números 352/1.983 y 367/1.983 acumulados, en relación a la Ley 1/1.983, de 18 de febrero, de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales.

Española, en relación con el Título I del libro primero del Código de Comercio que regula los requisitos y la capacidad para el ejercicio del comercio...".

En conclusión, tras analizar la problemática del concepto legislación mercantil, sobre todo dada su proximidad al concepto legislación civil y, además, dada su misma ubicación sistemática sobresalen las tremendas dificultades que se presentan para su determinación última.

En primer lugar parece ser una constante del Tribunal Constitucional diferenciar entre la disciplina privada de las empresas y las normas de carácter administrativo reguladoras de la intervención pública en el ámbito económico. Ahora bien, la ambigüedad, dificultades e imprecisión de esta distinción se hace más evidente en el ámbito mercantil por la interrelación de normativa privada y pública en el Derecho Mercantil. Ahora bien, igualmente se hace necesario destacar que legislación mercantil no coincide con Derecho Mercantil o, cuanto menos, no coincide con Código de Comercio y, por ende, el concepto Derecho Mercantil es más amplio que materia mercantil en su sentido constitucional.

Trasladándonos al campo del Derecho Civil es evidente a nuestro entender, que Derecho Civil es más amplio que el concepto materia civil en su sentido constitucional. Y, además, que, independientemente que el Tribunal Constitucional prefiere que los conceptos legislación civil, mercantil o laboral se encuentren en el propio texto constitucional, la imposibilidad de definir el Derecho Civil, como la imposibilidad de determinar el objeto de las disciplinas públicas con base a la misma y con base al reparto competencial, hace que nuestro constituyente parta de la definición de Derecho Civil preconstitucional y, a su vez, del estado de nuestro derecho civil previamente a la Constitución.

Pero aunque el concepto Derecho Civil se presupone, el reparto de competencias, como advierte GARCIA DE ENTERRIA, no se articula en función del derecho civil, mercantil, laboral,

sino del interés general presente en el reparto competencial.¹

La opinión anterior parece totalmente lógica. Así, nuestra Constitución no parte del concepto jurídico para delimitar las competencias entre las Comunidades Autónomas y el Estado. En este sentido, pues, el acudir a un interés general, que no jurídico no supone a contrario desprestigiar absolutamente el concepto público. Todo lo contrario. Lo que quiere decirse, y de ello es buena prueba la opinión de GARCIA DE ENTERRIA, a que el concepto jurídico no es utilizado por la Constitución como criterio de reparto competencial.

Pero además se puede observar que determinadas figuras o instituciones jurídicas están atribuidas a un poder sin que sea necesario incluirlas en materia alguna. Igualmente sucede que figuras jurídicas o instituciones jurídicas precisos de una materia igualmente concreta se mantienen diferenciados en cuanto a la atribución de una función de las Comunidades Autónomas al Estado. En este supuesto nos encontramos con la compartición de materias o la división de una materia respecto de cuyas partes se atribuye competencia exclusiva a una de aquellas instancias.²

Y es lo que comentamos lo que realmente sucede con el artículo 149.1.8 de la Constitución cuando establece, que "en

¹.- Claramente este autor diría que: "... se trata de definir el ámbito general dentro del cual, y sólo dentro del cual, y no frente a él o al margen, las autonomías podrán tener su espacio y su función propias. Se trata, por ello, de asegurar la construcción conjunta, edificando sobre el principio que reserva precisamente a la soberanía, como poder último y radical, que incluye la reforma de la propia Constitución (Artículos 166 y siguientes) a la instancia global, al pueblo entero (Artículo 1.2), el cual tiene su representación en las Cortes Generales (66.1)..."

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que las competencias que la Constitución Española ha calificado como necesarias del Estado, en el artículo 149.1, tienen todas ellas una connotación de supresión en el sentido dicho, esto es, de ser correspectivas con la soberanía del pueblo español en su conjunto instrumentales directas de la misma y de su eficacia..."

Op. cit. página 347.

².- Ver especialmente el trabajo de LEGUINA VILLA, "Notas sobre los principios de competencia y de prevalencia en la legislación compartida". R.E.A.L y A. núm. 258. Abril-junio. 1.993. Páginas 229 y siguientes.

todo caso" concretas submaterias sean atribuidas al Estado de forma exclusiva y excluyente y que, por supuesto, integran la materia civil del 149.1.8 al inicio. Es decir, que "en todo caso" se relacionan con la competencia exclusiva del 149.1 y, además, se relacionan con "materia civil" del mismo precepto.

En suma, materia civil es sin duda, Derecho Civil como materia mercantil es Derecho Mercantil. Ahora bien, la materia no incluye todo el Derecho. Además, es correcto pensar que determinadas instituciones jurídicas se encuentran reguladas tanto por el Derecho Común como por el Derecho Foral. Ahora bien, la distinción entre Derecho Foral y Derecho Común no puede ser entendida como una división submaterial.

3.- LA IDEA DE CONEXION COMO CRITERIO IDENTIFICADOR.

3.1.- La conexión material.

Quizás una de las mayores dificultades a las que se enfrenta la doctrina a la hora de interpretar el concepto materia civil, sea precisamente que el legislador constitucional en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española, se refiere a legislación civil. Es decir, una vez definida la materia civil, debería calificarse la actuación que podría recaer sobre la misma: legislativa o ejecutiva. Se produce, pues, una relación entre legislación y materia siendo la primera meramente instrumental.

Un claro ejemplo de los conflictos existentes entre actividad instrumental y el concepto competencia material, se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/83, de 29 de julio, que dirimió el conflicto competencial que enfrentaba al Estado y a la Generalidad de Cataluña con ocasión del Catálogo General de Montes de utilidad pública.¹

Para el Tribunal Constitucional el criterio para atribuir la competencia no es el instrumento o actividad instrumental del Estado para poder dictar normas básicas sino, por el contrario, la materia atribuida en este caso a

¹.- Así el Tribunal Constitucional diría que: "El Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuye a la Generalidad la competencia exclusiva en materia de montes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.23 de la Constitución Española (artículo 9.10 del Estatuto de Autonomía de Cataluña). El citado precepto constitucional atribuye al Estado la competencia exclusiva, entre otras materias, de la legislación básica sobre montes. Nos encontramos, pues, ante un bien conocido esquema de distribución de competencias: competencia exclusiva de la Generalitat en una materia con sujeción a la legislación básica que sobre ella emita el Estado. Para aplicar ese esquema al tema debatido conviene determinar ante todo si la titularidad del Catálogo se incluye dentro de la competencia sobre montes. La respuesta debe ser afirmativa".

Esta Sentencia fué dictada para resolver el conflicto positivo de competencia número 179/1.982, promovido por el Gobierno de la Nación contra tres Ordenes, una de 27 de noviembre y dos de 30 de noviembre de 1.981, del Departamento de Agricultura, ganadería y pesca de la Generalidad de Cataluña, por las que se aprueban las actas de estimación de riberas probables. Fué ponente LATORRE SEGURA.

las Comunidades Autónomas.¹

Por tanto dependiendo de la materia, deberá calificarse la actuación que recae sobre la misma. Para ello el primer paso que emplea el Tribunal Constitucional en tal calificación consiste en dilucidar si efectivamente se configura como competencia y analizar la naturaleza legislativa, ejecutiva o de fomento, entre otras, que sobre la misma recae.

Entrando de lleno en el problema de la conexión, pero trasladando esta del campo institucional al material, y complementando ambos aspectos, la casi totalidad de los autores autonomistas, frente a la concepción foralista de la extensión y amplitud de los derechos civiles especiales propios de las diferentes Comunidades "allí donde existe", considera la necesidad de una interpretación amplia de las expresiones utilizadas por el artículo 148 de la Constitución, y en concreto la innecesariedad de restringir la expresión desarrollo, a la capacidad normativa sobre instituciones previamente existentes en los distintos derechos civiles al momento de la publicación de la vigente

¹.- En la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/84, de 19 de junio, se planteó un Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno central frente a la ley catalana 11/82, por la que se creaba el Instituto Cartográfico de Cataluña. El Tribunal Constitucional, dijo que una cuestión es competencia, y otra, en este caso cartografía, es aquella que tiene únicamente un carácter instrumental de otra actividad.

Este Tribunal en concreto manifestó al respecto que: "1. El Abogado del Estado construye su argumentación sobre la idea de servicio público de un núcleo de actividad cartográfica. Como sobre ese servicio público cartográfico ... coincidente con el contenido del artículo 3.1.a, de la ley impugnada, no tiene expresamente reservada competencia el Estado en la Constitución Española, pero tampoco le ha sido atribuida a las Comunidades Autónomas competencia por su Estatuto, la fórmula del artículo 149.3 de la Constitución Española entra en juego y, en virtud de una cláusula residual, obliga a concluir que sobre la materia en cuestión sólo el Estado tiene competencia...

... No siendo unívoca la noción de servicio público y no estando ni constitucional ni estatutariamente definida o codificada como tal la actividad cartográfica ni total ni parcialmente, el punto de partida del recurrente no puede admitirse...

El propio Abogado del Estado reconoce que la Generalitat de Cataluña es titular de competencias en función de las cuales es incuestionable el carácter instrumental de la actividad cartográfica, que cumplirá la función de medio técnico respecto al fin constituido por la competencia de titularidad comunitaria."

norma suprema.¹

Hay tres situaciones legislativas de reciente discusión, donde lo anterior aparece muy claro. La primera, se refiere al vigente Código de sucesiones de Cataluña y la discusión doctrinal que su promulgación produjo, ya que en su contenido se ha ampliado la base de las instituciones reguladas, mucho más allá de las históricamente conocidas y compiladas, en concreto el tema que nos ocupa referente a la sustitución de la expresión Estado por determinadas instituciones de carácter administrativo que se subrogan en su posición de llamado hereditario.²

El segundo supuesto, es el referente a la ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril sobre equiparación de los hijos adoptivos, donde las Cortes de Aragón, legislaron sobre una materia de derecho civil, pero respecto de una institución que carecía de conexión histórico-institucional. Respecto de la misma, y a la vista del Recurso interpuesto, en éste impera la visión o criterio foralista frente a la concepción amplia

¹.- COCA PAYERAS, M.: "Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio en la doctrina del Tribunal Constitucional". R.J.C. núm. 2. 1994 y también en "Prólogo a la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares", en la obra "Compilaciones y Leyes de los derechos civiles forales o especiales". Ed. Tecnos. Madrid. 1993; SALVADOR CODERCH, P. "El derecho civil de Cataluña. Comentario al nuevo artículo 1 de la Compilación catalana". R.J.C. núm. 1. 1984, así como en la totalidad de su obra; ROCA I TRIAS, E.: "El Código civil y los derechos nacionales, en especial el Derecho civil catalán en la Constitución de 1978". R.J.C. núm. 1979, así como en la totalidad de su obra; PUIG FERRIOL, Ll.: "El denominado problema foral desde la perspectiva de un centenario del Código Civil". Tomo II. Ed. Centro de estudios Ramón Areces. Madrid. 1990; DELGADO ECHEVARRIA, J.: "Los derechos civiles forales en la Constitución". R.J.C. 1979 y en "Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil". IURIS. núm. 1. 1994 y BADOSA COLL, F.: "L'ambit normatiu del Dret civil català". II Jornades de Dret Civil Català a Tossa de Mar. 1990 y "La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les Comunitats Autònomes en Dret civil". IURIS. 1994.

².- Respecto de Cataluña, y a partir de aquí haciendo una disquisición ampliatoria al resto de derechos civiles especiales, BADOSA COLL, en un análisis de las Sentencias del Tribunal Constitucional número 88/1993, que resuelve el Recurso interpuesto contra la ley 3/1988, de 25 de abril, promulgada por las Cortes de Aragón sobre equiparación de los hijos adoptivos, y 156/1993, que resuelve el recurso interpuesto contra el texto refundido de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, hace un tratamiento del concepto materia y el desarrollo legislativo de la misma, desde un prisma autonomista, de carácter extensivo, y descalificatorio de las tesis foralistas, restrictivas de las facultades y competencias legislativas de los Distintos Parlamentos autonómicos respecto de su propio derecho civil. "La recent jurisprudència constitucional..." IURIS. op cit. página 11.

y autonomista del Parlamento aragonés. A él nos referiremos más adelante.¹

El tercer supuesto es el referente a la Sentencia 156/1993 del Tribunal Consititucional, recaída sobre el Recurso interpuesto contra el Texto refundido de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, sobre él insistiremos más adelante.

Estas cuestiones quedan aquí apuntadas, sin perjuicio del tratamiento que a las mismas se dará a lo largo de este Título tercero del trabajo, cuya construcción es tendente a demostrar lo injusto del Recurso planteado contra la Ley de sucesión intestada catalana, así como contra otras disposiciones promulgadas por los Parlamentos autonómicos, que con una concepción extensiva y autonomista de los derechos civiles propios, va más allá de la concepción foralista que alumbró la realización de las diferentes Compilaciones forales, y que también intentó imponer el Tribunal Constitucional con sus primeras Sentencias y que poco a poco ha ido abandonando.

3.2.- La limitación al desarrollo del derecho civil propio de las Comunidades Autónomas al dato histórico de su existencia.²

A la vista de la Disposición Adicional primera de la Constitución Española, la cuestión que inmediatamente surge

¹.- Respecto de la Sentencia, tanto DELGADO ECHEVERRIA, como BADOSA COLL, op. cit. IURIS. núm. 1. 1994, páginas 30 y 48, respectivamente, resaltan que la misma tiende a rechazar el llamado "foralismo centralista", tendente a la ampliación autonomista, en los términos antes expresados.

².- El requisito histórico de existencia, previa a la promulgación de la Constitución, para que los derechos históricos, y las instituciones por ellos reconocidas, puedan tener vigencia, es una constante en la postura del gobierno central en todos los recursos de inconstitucionalidad por el planteados. Ello se enmarca dentro de la línea de máxima restricción a la posible expansión de los derechos propios de las Comunidades Autónomas, aún en aquellas materias que constitucionalmente no hay limitación ni restricción alguna para que pueden regularlas. Se produce con ello, una total desconexión entre el artículo 149.1.8 y la Disposición Adicional primera de la Constitución Española.

y que, en definitiva, constituye el nudo gordiano del debate, es que la Disposición Adicional primera implica dos realidades indisolubles:

En primer lugar, y ya comentado, el amparo y respeto constitucional de los derechos propios de los territorios históricos.

Y, en segundo lugar, la garantía constitucional de la propia actualización de los derechos territoriales.

Anteriormente hemos puesto de relieve el reconocimiento de los llamados derechos civiles "especiales" por parte de la Constitución Española, a la vista del artículo 149.1.8 de la misma. Igualmente, hemos puesto de manifiesto que parte de la doctrina, como es el caso de GARCIA DE ENTERRIA¹, es adversa al reconocimiento de la competencia de las Comunidades Autónomas para el desarrollo de la competencia exclusiva en materia civil, basándose en la competencia exclusiva del Estado.

Ahora bien, la explicación de la interpretación del artículo 149.1.8 de la Constitución Española es que las Comunidades Autónomas tiene competencia exclusiva sobre los derechos forales y civiles especiales, competencia que se reconoce, y que se incorpora, como veíamos, al sistema constitucional, como así pone de manifiesto LASARTE² y con él la doctrina mayoritaria.³

El problema del reconocimiento, que no creación, de los derechos civiles propios a los territorios históricos, es averiguar el alcance del concepto de los términos

¹.- GARCIA DE ENTERRIA, "La significación de las competencias exclusivas del Estado". R.E.D.C. núm. 5. 1.982. Páginas 88 y siguientes. Esta línea ha sido, y es seguida por otro grupo de autores, que si bien no es muy numeroso es beligerante al respecto, y tienden a minimizar las competencias autonómicas en el desarrollo de la legislación civil.

².- LASARTE, "Autonomía y Derecho privado..." op. cit. Páginas 99 y siguientes.

³.- Las tesis maximalistas o autonomistas son estudiadas más adelante.

"conservación, modificación y desarrollo".¹

En relación a la semántica terminológica, el Diccionario de la Lengua Española,² entiende por conservar: "El mantener una cosa o cuidar de su permanencia", o "continuar la práctica de ella". Es decir, que el concepto lingüístico de conservar puede tener un doble enfoque o planteamiento:

Por una parte, la idea de permanencia de algo, en este caso la permanencia del Derecho civil propio; y por otra parte, puede contemplarse como el cuidado de que esta permanencia presuponga la utilización de la misma. Ya sea, pues, por la actuación sobre el derecho o por su práctica, en ambos supuestos se pretende conservar el Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas.

En cuanto al concepto desarrollo, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, lo entiende como "extender, acrecentar, dar incremento a una cosa".

Efectivamente, el concepto lingüístico desarrollo aplicado al Derecho civil no puede ser otro que la posibilidad que tienen las Comunidades Autónomas de poder aumentar su derecho propio. Aumento del derecho propio que, o bien, puede tener el límite de la permanencia o continuidad del ya existente, o, por otra parte, puede significar, como entendemos nosotros, que este se refiere a la posibilidad de incrementar el Derecho propio sin tener como exclusiva, y excluyente, medida la conservación.

En cuanto al concepto modificación, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española entiende por tal, el "dar un nuevo modo existir a la sustancia material".

Es decir, mientras que modificar presupone la

¹.- CASARES, "Diccionario ideológico de la lengua española". 2 ed. Ed. Gustavo Gili. Barcelona. 1.979. En esta obra podemos encontrar las siguientes acepciones lingüísticas a los citados términos:

- Conservar: Mantener una cosa de manera que no se pierda o deteriore.
- Desarrollar: Aumentar, hacer crecer o mejorar una cosa.
- Modificar: Cambiar la forma o el fondo de alguna cosa.

².- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia de la Lengua Española. Vigésimo primera edición. Madrid. 1.992.

existencia, o preexistencia, de una realidad material (preexistencia del Derecho civil), el desarrollo, en principio, puede ir más allá de la existencia material proyectándose en una mayor amplitud de la preexistente.

Frente a las acepciones terminológicas, debemos recoger la doctrina que en relación a las mismas ha elaborado el Tribunal Constitucional. Queremos iniciar este epígrafe con algunas de las más recientes soluciones que la doctrina del Tribunal Constitucional ha ofrecido sobre este concepto, sin olvidar, claro está, la existencia de diversos y dispares, que por la doctrina se han venido sosteniendo, en lo que atañe al contenido y al desarrollo de los citados conceptos.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional número 88/93, de 11 de marzo,¹ se diría que: "El problema es sólo, pues, si la ley hoy enjuiciada puede considerarse o no resultado de un correcto ejercicio de la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil de Aragón...".

En cuanto al concepto conservación dirá específicamente que: "...no estamos ante un supuesto de conservación de aquel derecho es cosa bien aparente. El concepto constitucional de "conservación... de los derechos civiles forales o especiales" permite, por lo que ahora importa, la asunción o integración en el ordenamiento autónomo de las Compilaciones y otras normas derivadas de las propias fuentes de su ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial (Sentencia del tribunal Constitucional 121/92), pero ninguna de estas operaciones normativas es aquí reconocible. ... Lo que la Constitución permite es la conservación, esto es el mantenimiento del derecho civil propio, de modo que la mera invocación a los

¹.- Dicha Sentencia, que se estudia aquí, y detalladamente más adelante, es consecuencia del Recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente de la Nación contra la Ley 3/88, de 25 de octubre, de las Cortes de Aragón al equiparar en la misma a los hijos adoptivos.

precedentes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por si sola a efectos de los dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española...".¹

En cuanto al concepto modificación la citada Sentencia diría que: "Tampoco la ley impugnada puede considerarse como modificadora del Derecho especial aragonés preexistente, visto que en el mismo no se contenía regla alguna, directa y expresa, sobre la adopción y sus efectos, y ello pese a que la propia ley se presente, en su título, como norma que modifica el artículo 19.1 de la Compilación aragonesas, precepto éste, sin embargo, vacío de contenido hasta la adopción del presente texto legal. Un mayor por menor exige, sin embargo, la determinación de si este ley puede ser considerada como desarrollo de aquel Derecho propio...".

En relación al concepto desarrollo la sentencia nos dirá que: "El concepto constitucional (artículo 149.1.8) y estatutario (artículo 35 del Estatuto de Autonomía de Aragón) de desarrollo del propio derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil establece aquel precepto de norma fundamental.

La Constitución permite, a sí, que los Derecho civiles especiales o forales preexistentes pueden ser objeto no ya de conservación y modificación, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de estimarlo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales...".²

¹.- Continúa diciendo que "...la integración de la Compilación del derecho civil de Aragón en el ordenamiento de las Comunidades Autónomas la llevó a cabo la ley de las Cortes aragonesas 3/85, antes citada, y en cuanto a la conversión en ley de un hipotético Derecho consuetudinario".

².- Continúa diciendo esta Sentencia, en relación a los aspectos del desarrollo de los propios derechos civiles, que: "Este crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe olvidar que la posible legislación autonómica en materia
(continúa...)

Pero si lo anterior podríamos denominarlo como la opinión reciente elaborada por el Tribunal Constitucional en la que vemos como la concepción de la expresión desarrollo se lleva incluso a las materias conexas, nuestra doctrina mantiene opiniones dispares a la que entenderse por, especialmente, desarrollo de la legislación civil.

Ahora bien, previamente debemos analizar si lo anterior puede predicarse de las Comunidades Autónomas con un derecho propio preexistente o, en cambio, la posibilidad de una legislación nacida al amparo de la Constitución sin necesidad de preexistencia.

Las distintas posiciones doctrinales discuten si la competencia atribuida por el artículo 149.1.8 de la Constitución Española únicamente se otorga a las Comunidades Autónomas donde ya existiese un Derecho civil propio al momento de promulgarse la Constitución o, por el contrario, no debe existir esa limitación, como acertadamente, a nuestro entender, menciona GARCIA CANTERO.¹

GARCIA AMIGO sostendría la necesidad de mantener el sustrato del derecho foral que él equipararía a las Compilaciones. Dicho autor nos dice que: "Conservar, como expresión jurídica, tiene un sentido unívoco y preciso, si lo

²(...continuación)

civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración en general y abstracta que pudieran demandar los intereses respectivos (artículo 137) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, terminados derechos civiles, forales o especiales, vigentes en ciertos territorios. El término "allí donde existan" a que se refiere el artículo 149.1.8 de la Constitución, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en conjunto que a instituciones forales concretas, Sin duda que la noción constitucional de desarrollo permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no reservados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de modificación. Tal desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de éstas según los principios informadores del Derecho foral...".

¹.- GARCIA CANTERO, "Competencia de las Comunidades Autónomas en materia foral", en el volumen "Conferencias sobre derecho foral". Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa. 1.981. Páginas 6 y siguientes.

consideramos en si mismo; conservar es mantener las cosas como están, lo que traducido a la práctica equivale a mantener las Compilaciones forales como están; ahora bien, relacionado con modificar adquiere un sentido nuevo y novísimo si lo relacionamos con desarrollar. Conservar, unido a modificar, implica conservar la sustancia, el fondo, cambiando, en más o en menos, la forma o modo de presentarse. Se trataría, en el mundo jurídico, de mantener las instituciones, alterando más o menos su forma, es decir, su regulación positiva concreta. Conservar, junto con desarrollar, supone conservar la sustancia, el fondo, ampliando la forma o el modo de presentarse; en el mundo jurídico supone que la institución susceptible de desarrollo, es decir, la incompleta, se completará, desarrollando los aspectos que ahora no lo están, completando la regulación de la institución, con más o menos detalle o perfeccionamiento...".¹

En cambio para algunos autores, como decíamos anteriormente el caso de LASARTE,² el desarrollo únicamente puede predicarse de los derechos civiles forales o especiales que se identifican con las Compilaciones de Derecho civil foral (con la única excepción, de relativa importancia, del Fuero del Baylio), y su desarrollo se circunscribe a las instituciones que sean objeto de algún tipo de regulación en las mencionadas Compilaciones. En este sentido, la competencia material de las Comunidades Autónomas no se llevaría al ámbito de los Estatutos de Autonomía sino, por el contrario, se desplazaría al ámbito de derecho preexistente, es decir a las Compilaciones forales propias de cada territorio.

¹.- GARCIA AMIGO, "La competencia legislativa...". op. cit. Página 439.

².- LASARTE, "Autonomías y Derecho foral..." op. cit. Páginas 90 y siguientes.

BERCOVITZ,¹ sostiene una tesis restrictiva, en favor de la limitación del concepto desarrollo de la legislación civil, mediante la aplicación del artículo 149.1.8 de la Constitución Española, considerando que el citado artículo atribuye competencia exclusiva al estado en tema de legislación civil, lo cual permite deslindar perfectamente y en cada momento el marco de competencia legislativa de cada Comunidad autónoma, limitando a su vez las posibilidades de desarrollo de este derecho civil a determinadas materias e instituciones concretas, restringiendo lo que considera una fuerza expansiva de estos derechos civiles.²

Los argumentos que esgrime el anterior autor, como luego veremos, son sencillamente inadmisibles pues los derechos civiles forales, especiales o propios de cada territorio histórico, son derecho común en sus respectivos territorios.

Por otra parte, no debemos olvidar que se han producido opiniones intermedias, menos beligerantes, en cuanto al desarrollo legislativo.³

1.- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, "Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil", en el Primer Congreso de Derecho vasco: Actualización del Derecho civil. Colección investigación para la autonomía. núm. 5. Oñati. 1.983. Páginas 82 y siguientes.

2.- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, op. cit. página 82.

"Primero. La interpretación en que se apoya encaja con el texto del artículo 149.1.8 así como en el de las Compilaciones. En efecto, permite que la atribución de competencia exclusiva al Estado sobre legislación civil tenga un sentido propio de carácter general, al margen de las materias reservadas "en todo caso" a aquel en la segunda parte del artículo 149.1.8.

Por otra parte, la identificación de los derechos civiles, forales o especiales, con las compilaciones se corresponde fielmente con la terminología de estas últimas, incluso en sus títulos y epígrafes, así como con las disposiciones derogatorias expresas o tácitas contenidas en las mismas con el respectivo Derecho foral.

Segundo. la tesis tiene la virtud de la claridad, ya que permite deslindar desde un principio cual será el marco de competencia legislativa de cada Comunidad Autónoma en materia civil y las competencias correlativas del Estado.

Tercero. Limita las posibilidades de desarrollo del mismo a determinadas materias o instituciones, en consonancia con la naturaleza de derecho especial, por contraposición al derecho común, cuya fuerza expansiva e integradora, y cuya eficacia supletoria, se compaginan bien con su atribución a las competencias del Estado..."

3.- Efectivamente SANCHO REBULLIDA diría al respecto que: "...los derechos forales no han de tener una limitación histórica preclusiva y que, por tanto, nada se opone a que puedan acoger en su regulación actual aquellas instituciones que, desconocidas en las fuentes históricas, lo eran por (continúa...)

En este sentido, la opinión de SANCHO REBULLIDA, viene admitiendo la posibilidad de incorporar figuras históricas al derecho civil autonómico por medio del desarrollo del mismo. En cambio, nada dice el autor respecto de aquellas materias que respondían a dichas directrices y que dada su evolución poco o nada tienen que ver con aquellas.

Frente a la anteriores teorías, tanto las más radicales como las menos, encontramos, cuanto menos, cuatro objeciones que fundamentalmente pueden realizarse a las mismas.

Civilmente, el concepto Derecho civil, foral o especial, tiene que equivaler a todo el derecho vigente en cada una de las Comunidades Autónomas prescindiendo del origen del mismo y, además, permitiendo que el legislador autonómico puede legislar sobre cualquier aspecto del Derecho civil con excepción hecha de los mencionados por el artículo 149.1.8 de la Constitución Española, atribuidos o reservados específicamente al Estado.

Efectivamente, en primer lugar, desde páginas anteriores hemos venido manteniendo, como una importante creación de la doctrina constitucional, que en la distribución de competencias el legislador constitucional había seguido el modelo de coherencia y plenitud. A tal efecto, partía de la atribución competencial de las Comunidades Autónomas por vía de los Estatutos de Autonomía. Pues bien, en las Comunidades Autónomas de Cataluña, Valencia y Aragón, sus respectivos Estatutos de Autonomía les atribuyen la competencia exclusiva para la "conservación, modificación y desarrollo del Derecho

³(...continuación)

cuanto determinadas circunstancias económicas, sociales, etc... de la época de su promulgación eran distintas de las que, posteriormente, las hicieron surgir. Pero si las Compilaciones han de ser Códigos abiertos, evolutivos, nada se opone a que vayan al compás de su tiempo e incorporen la regulación de las nuevas figuras, predicadas por circunstancias también nuevas... los derechos forales no son un elenco inconexo de particularismos más o menos pintorescos, sino algo completo y orgánico, con virtualidad interna para su evolución y desarrollo... esta evolución y desarrollo lo será de los propios principios informadores del Derecho foral de que se trate...".

Ver SANCHO REBULLIDA, "Autonomías..." op. cit. Páginas 104 y 105.

civil, ya sea el de Cataluña,¹ ya el valenciano² o en su caso el aragonés,³ respectivamente.

Mal puede combinarse esa reserva de exclusividad de competencias a las Comunidades Autónomas con una previa existencia o reconocimiento de la legislación civil al promulgarse la Constitución Española. Es decir, el Derecho civil al que hace referencia el artículo 149.1.8 de la Constitución Española tendría que identificarse con el Derecho civil de las Comunidades Autónomas.

En definitiva, el concepto desarrollo, en primer lugar, no puede entenderse sin su integración con el concepto de conservar y modificar. Además, en segundo lugar, los conceptos conservar, modificar y desarrollar no pueden ser entendidos sin observar el cuadro de reparto competencial del artículo 149.1 de la Constitución Española y, en concreto, del artículo 149.1.8 de la misma.

Por último, tampoco pueden entenderse los citados conceptos, sin tener en cuenta que están dirigidos a los Derechos civiles forales o especiales, es decir, que se refiere a las normas anteriores a la promulgación de la Constitución de 1.978. Con ello estamos diciendo que todo

¹.- En el de Cataluña, se recoge en el artículo 9.2 de su Estatuto de Autonomía, que dice lo siguiente: "La Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ...2. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán."

².- En la Comunidad Valenciana, su Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 5/1.982, de 1 de julio) lo recoge en su artículo 31, que dice lo siguiente: " La Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ...Dos. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano.". Ver, en relación a estas facultades, CLEMENTE MEORO y BLASCO GASCO, en "La sucesión intestada en favor de la Generalitat Valenciana y..." op. cit. Páginas 395 y siguientes.

³.- En Aragón, se recoge en el artículo 35 de su Estatuto de Autonomía, promulgado por la Ley Orgánica 8/1.982, de 10 de agosto, que dice lo siguiente: "Corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva en las siguientes materias: ... 4º. La conservación, modificación y desarrollo del derecho civil aragonés, sin perjuicio de las competencias exclusivas del estado, así como del procesal civil derivado de las peculiaridades de su derecho sustantivo."

Complementado el anterior precepto, y siempre en específica relación al Derecho Civil propio de Aragón, el mismo Estatuto autonómico establece en su artículo 9.2 que: "Las normas que integran el Derecho Civil de Aragón tendrán eficacia personal y serán de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial."

aquello que se contenga en estos Derechos civiles forales o especiales, el legislador autonómico al tener la misma competencia que el estado puede legislar sin ningún tipo de limitaciones.

Por el contrario, en cuanto a las materias contenidas en los derechos forales o especiales, el legislador autonómico se verá limitado por la conservación, modificación y el desarrollo que conservan aquí.

En segundo lugar, no consideramos que pueda entenderse que hay una contradicción con el tenor literal del artículo 149.1.8 in fine de la Constitución Española, pues las materias que especifica, aún siendo civiles, constituyen la excepción al criterio general de atribución competencial del Derecho civil a las Comunidades Autónomas. Esta excepción significaría que nos encontramos ante competencias exclusivas del Estado aún siendo materia civil. Una lectura de la propia Constitución deja clara la existencia de una serie de materias civiles cuya competencia en exclusiva, en cuanto a su regulación, sigue conservando el Estado.

En tercer lugar, por la propia coherencia del legislador constitucional que opta por un criterio de autonomía en las materias no expresamente reservadas al legislador estatal como es el caso de la legislación civil.

En favor de esta conclusión podemos citar a autores tan marcadamente autonomistas como ROCA TRIAS, PUIG FERRIOL¹ y,

¹.- Estos autores dicen al respecto: "... Per tant, la real competència exclusiva de l'Estat s'ha de limitar a les submatèries enumerades en la segona part de l'article 149.1.8 de la Constitució Espanyola; les altres submatèries civils podran correspondre a les Comunitats Autònomes si així ho assumeix l'Estatut d'Autonomia. Aquesta és la situació de Catalunya, en virtut de l'article 9.2 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya i per tant, per determinar l'abast material de les competències civils de la Generalitat no s'ha de prendre com a punt de partida la Compilació... Per tant, segons la nostra opinió, s'ha de partir de l'article 149 de la Constitució i distribuir la matèria civil en dos grans àmbits: El general, determinat de forma negativa, ja que inclou tot allò que no sigui atribuït expressament a l'Estat, i l'especial que inclou aquelles submatèries reservades en exclusiva a l'Estat en la segona part de l'article 149.1.8..."

Los citados autores, concluyen finalmente su tesis diciendo que: "En resum, s'ha de dir que l'ordenament civil espanyol derivat de l'estructura constitucional, té els següents elements:

1er. Els subordenaments que formen les legislacions civils de les Comunitats Autònomes i el
(continúa...)

especialmente, a DELGADO ECHEVARRIA, en lo que al Derecho Civil catalán se refiere.¹ Estos autores son contundentes en sus afirmaciones y conclusiones, admitiendo un derecho civil catalán propio, y distinto del resto de los ordenamientos jurídicos civiles existentes, extendiéndose este derecho civil catalán a un ámbito que va más allá de la mera Compilación vigente al momento de la entrada en vigor de la Constitución, atribuyendo competencias exclusivas en todo aquello que no haya sido atribuido expresamente al Estado, en virtud de lo expresamente establecido por la Constitución y por el Estatuto de Autonomía.

No obstante, insistimos, que no es opinión general en la doctrina estatal, aunque poco a poco se va abriendo camino, la admisión de este criterio o visiónm autonomista de las

¹(...continuación)

de l'Estat en aquelles matèries que no siguin de la seva competència exclusiva, (competències concurrents).

2on. Les normes estatals que desenvolupen les submatèries que l'article 149.1.8 de la Constitució Espanyola atribueix a la competència exclusiva de l'Estat, (Competències exclusives).

3er. Les normes bàsiques que l'Estat dicti per determinar les bases de les obligacions contractuals.

Per tant, l'àmbit del dret civil català ve determinat per les competències que l'Estatut d'Autonomia de Catalunya atribueix al legislador autonòmic en matèria civil de dret civil i que exclou aquelles atribuïdes a l'Estat en exclusiva..."

Ver ROCA I TRIAS y PUIG FERRIOL, "Institucions de Dret Civil de Catalunya". Vol. I. 4ª ed. Tirant lo Blanc. Valencia. 1.993. Páginas 35 y siguientes.

¹.- Nos dice en relación al Derecho catalán este autor: "Sus normas se encuentran, en primer lugar, en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, pero no entendidas, ni mucho menos, como el elenco de excepciones a otro cuerpo legal, sino como elementos de un sistema propio, animado por principios recibidos de la tradición jurídica o inferidos de los conocidos entre sus normas, de gran fuerza expansiva que, en ocasiones, excluyen la aplicación de preceptos incompatibles correspondientes a otro sistema, y en otras, asumen en el sistema propio normas con sede en cuerpos legales ajenos. En particular, muchos preceptos del Código Civil forman parte, también del derecho civil catalán, porque su aplicación procede en Cataluña, precisamente, por ser reclamados por los preceptos catalanes o para completarlos, en la forma adecuada a los principios catalanes. Esencialmente, con sentido distinto al que las mismas proposiciones normativas reciben como elementos de otros sistemas, en particular, el del mismo Código Civil. Este conjunto normativo, formado de elementos de procedencia heterogénea, pero sujetos a los principios del ordenamiento catalán, es lo que llamaremos el Derecho civil catalán actual. En él se incluyen, señaladamente, todos los temas de régimen patrimonial de la familia y de derecho sucesorio, pero no sólo ellos: hay preceptos de la Compilación sobre otras materias que deben entenderse como la punta emergente de un iceberg de mucho mayor calado. Y es que los preceptos forales vigentes son, en los casos principales, la reducida expresión actual de ordenamientos jurídicos históricos omnicomprendivos..."

competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil.¹

El criterio histórico que justifica para BERCOVITZ el criterio "restrictivo" del concepto Derecho civil, igualmente había sido asumido por un sector doctrinal encabezado por LASARTE² al subrayar precisamente la importancia del planteamiento histórico de los derechos forales por la Constitución. Según él, este "planteamiento constituye el punto de partida de la Constitución de 1.978, en cuanto que, precisamente la previa existencia o inexistencia de derechos forales en las diversas regiones o países que constituyen el estado, es el criterio determinante de la posible atribución a las respectivas Comunidades Autónomas de competencias sobre legislación, lo cual, en principio, es de competencia exclusiva del Estado".³

En suma, de lo anterior se desprende las siguientes puntualizaciones.

En primer lugar, un importante sector doctrinal manifiesta la existencia de una innegable y real penetración de criterios historicistas en nuestro ordenamiento

¹.- Efectivamente, y a modo de ejemplo, son especialmente significadas, y significativas, las críticas realizadas por BERCOVITZ quién entiende que en relación a lo anteriormente dicho, que: "La crítica fundamental que se puede hacer a esta interpretación del artículo 149.1.8 y de su desarrollo estatutario es que tergiversa el sentido de aquel. En efecto, implica tratar de volver a la opción autonomista en materia civil, propia de la Constitución de 1.931, así como del primer borrador de la Constitución, pero que fué abandonado ya en el texto definitivo de la Ponencia en el Congreso a favor de la opción foralista. En este caso se pretende equiparar las consecuencias de la mencionada opción constitucional de manera frontal y abierta. Ciertamente podría admitirse la compatibilidad de semejantes interpretaciones con el tenor literal del artículo 149.1.8, pero ello sería violentando el sentido de lo que normalmente se ha venido entendiendo por Derecho civil foral o especial, y vaciando de contenido, por lo que a las Comunidades con Derecho civil propio se refiere, el sentido de las primera fase del precepto...". "Las competencias..." op. cit. Página 84.

².- LASARTE, "Autonomías y Derecho foral..." op. cit. Páginas 100 y siguientes.

³.- El autor añade a lo anterior que: "... respecto a la legislación civil, al mantener en la Constitución de 1.978 el planteamiento histórico, ha de decirse que el sistema constitucional sigue estando asentado más que en un verdadero marco autonomista en el propio esquema tradicional de la cuestión foral"; y finaliza su exposición diciendo que "...por consiguiente, el desenvolvimiento de las relaciones entre el derecho común y los derechos forales y la innegable "vis atractiva" de aquel, en cuanto ordenamiento más desarrollado y completo, ha de entenderse que siguen planteados en similares términos a los que se daban con anterioridad a la Constitución...".

constitucional.

En segundo lugar, la preocupación e, incluso el recelo, cuando no rechazo, de lo que supone tal penetración por parte de los sectores más autonomistas que ven la contraposición entre el sistema constitucional y los llamados, erróneamente, fueros o derechos especiales como contrario a los derechos históricos subsistentes en algunas regiones o países españoles. Es decir, una incompatibilidad entre el sistema constitucional y los derechos forales que se centraría en su carácter constituyente continuado por la institución parlamentaria con su forma legislativa.¹

Llegados a este punto de la exposición creo oportuno buscar, y encontrar, algunos presupuestos que, desde nuestro punto de vista, sean indispensables a la hora de señalar el posible límite a la creación del Derecho civil por parte de las Comunidades Autónomas, o la inexistencia del mismo.

En primer lugar, la opción constitucional materia civil no es esencialmente finalista y, por ello, no puede conducirse a la limitación del ámbito del Derecho civil al estricto ámbito de la preexistencia del derecho foral.

En segundo lugar, que la interpretación anterior es perfectamente correcta y ajustada al texto del artículo 149.1.8 de la Constitución Española, si, a su vez, limita la existencia o preexistencia de Derechos forales o especiales en aquellas Comunidades Autónomas que así lo tenían al promulgarse la vigente Constitución.

Tercero, que la interpretación correcta del artículo

¹.- Ejemplo de esta contraposición lo observamos en las conclusiones obtenidas por CLAVERO AREVALO al decir que: "Las Constituciones no podían concebir la subsistencia de los derechos civiles históricos porque su propia función constituyente habla de proyectarse para la materia civil en la disposición de un código que fundara, frente a la historia, su propio sistema; código que, por supuesto, podría y debería aprovechar elementos históricos, comunes o particulares, pero asumidos estos expresamente sometidos a su propia posición. Incluso para los casos cuyo particularismo pudiese aceptarse, éste habría de determinarse por el mismo imperio de la ley y no por la vía foral o de reconocimiento de derechos históricos donde la misma ley sólo podía venir a ocupar una posición subordinada...".

Ver CLAVERO AREVALO, "El Código y el Fuero. De la discusión regional en la España contemporánea". Club siglo veintiuno de España. Madrid. 1.982. Páginas 26 y siguientes.

149.1.8 de la Constitución Española debe realizarse mediante el recurso a los Estatutos de Autonomía sin que pueda decirse que ello sea erróneo puesto que dicho precepto constitucional establece con carácter firme y uniforme, cuales serán las competencias exclusivas mínimas del Estado.

La interpretación resulta correcta con la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas realizado por la Constitución.

En definitiva, si la modificación y el desarrollo, como, pretenden algunos autores, sólo se refieren a materias reguladas sería imposible suplir las funciones actualizadoras respecto a la total materia civil asumida.¹

A nuestro entender, la interpretación de los conceptos conservación, modificación y desarrollo no puede realizarse sin la debida integración con el modelo que ofrece la Constitución Española. Hemos insistido en páginas anteriores que el artículo 149.1 de la Constitución Española parte de la concepción MATERIA sobre la cual tanto el Estado como las Comunidades Autónomas mantienen una competencia exclusiva en un nivel de igualdad que supone a fortiori, incluso la imposibilidad de la aplicación supletoria del Derecho estatal o común. En relación con la materias reguladas por el Derecho foral o especial, y que identifica el legislador constitucional con base en un criterio histórico y de vigencia territorial limitada, la conservación, modificación y desarrollo conservan su utilidad.

Si acudimos al criterio histórico de los derecho forales o especiales, criterio mantenido por la doctrina a nuestro entender, el concepto conservar impediría que el legislador estatal, por no ser competencia suya, pueda modificarlo, puede suprimirlo o derogarlo mientras se encuentre en una situación de prórroga jurídica, pues de lo contrario la competencia, que insistimos es exclusiva, de las Comunidades Autónomas, quedarían sin contenido alguno. Y es

¹.-En este sentido ver FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO, en "La materia civil..." op. cit. Página 193.

que, como apuntan MEILAN GIL y RODRIGUEZ ARANA, el concepto conservación supone un auténtico límite al legislador estatal.¹

Pero la idea de la conservación es apuntada por SALVADOR CODERCH² con gran acierto al establecer la relación existente entre Derecho civil catalán formalmente estatal y el Derecho estatal. Efectivamente, el autor reconoce expresamente que la conservación del Derecho autonómico, como en el caso del Derecho civil catalán, se produce mediante la compilación del ordenamiento autonómico. Ahora bien, desde el momento de su compilación el Derecho Civil catalán, balear, aragonés, etc... ha pasado a ser un Derecho civil foral y materialmente un Derecho civil autonómico del cual carece de competencia el Estado.

Pero si la conservación alcanza esencialmente a un efecto de límite en la actuación legislativa estatal, con mejor criterio podemos entender los términos modificar y desarrollar. Estas actuaciones son consecuencia del desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas de su competencia exclusiva en materia civil. Por lo tanto, lo mismo que puede hacer el legislador estatal podrá ser hecho por el autonómico lo que determina que también pueda innovar el ordenamiento jurídico autonómico.³

Ahora bien, aún manteniendo las conclusiones anteriores, que dicho sea de paso, difieren de las teorías mantenidas por BERCOVITZ y LASARTE, entre otros, y recientemente incluso de

¹.- Consideran estos autores que "...la conservación ha de entenderse desde la idea de la garantía constitucional: como seguridad de que su supervivencia, en términos que permitan su identificación como tal Derecho foral, no será amenazada por el derecho estatal común, para lo que constituya un límite. Y, por supuesto, que la Constitución no lo derogaba...".

Ver su obra Derechos forales..." op. cit. Página 31.

².- SALVADOR CODERCH, "El Derecho civil..." op. cit. Página 26.

³.- Por ello, y siguiendo la tesis que mantenemos, MUÑOZ MACHADO diría que: "...la referencia explícita al desarrollo es un reconocimiento de que las leyes territoriales podrán innovar el derecho foral recibido". Ver MUÑOZ MACHADO, "Derecho público..." op. cit. Tomo I. Página 631.

las teorías mantenidas por MEILAN GIL y RODRIGUEZ ARANA,¹ lo cierto es que el Tribunal Constitucional, como más adelante veremos con mayor detenimiento y extensión, ya ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto.

En el ámbito de la Doctrina Constitucional, la Sentencia Tribunal Constitucional, número 58/82, de 27 de julio,² declararía la inconstitucionalidad del artículo once de esta ley,³ en el que se atribuía a la Generalidad catalana la propiedad de los bienes mostrencos que se hallaren en su territorio.⁴

Se afirmaría en la citada Sentencia que el artículo 43.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña es una reserva de ley, al igual que el artículo 132.3 de la Constitución Española, pero no una atribución de competencia a la Generalidad.⁵

1.- MEILAN GIL y RODRIGUEZ-ARANA, "Derechos forales y competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas". A.D.C. Tomo XLII. Fasc. 1º. Enero-marzo. 1.989.

2.- Esta Sentencia fué dictada para resolver el Recurso de inconstitucionalidad número 74/1.982, promovido por el Presidente del Gobierno, en relación a ciertos artículos de la Ley 11 de 1.981, de 7 de diciembre, del Parlamento catalán, que regula el Patrimonio de la Generalitat de Cataluña. Fué ponente RUBIO LLORENTE.

3.- Artículo 11 de la ley del Parlamento de Cataluña de 7 de diciembre de 1.981, reguladora del Patrimonio de la Generalitat de Catalunya: "... la Generalitat puede reivindicar, de acuerdo con las leyes, los bienes inmuebles detentados o disfrutados sin título válido por entidades o por particulares."

4.- Esta Sentencia, es una de las principales sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, y además una de las primeras, en relación a los derechos de ciertos Parlamentos autonómicos para legislar en los derechos civiles históricos propios de los territorios sobre los que tenían jurisdicción.

Más adelante es objeto esta resolución de un estudio más detallado, al cual nos remitimos.

5.- Dice el Estatuto de Autonomía de Cataluña en su artículo 43:

"1. El patrimonio de la Generalidad estará integrado por:

- 1) El patrimonio de la Generalidad en el momento de aprobarse el Estatuto.
- 2) Los bienes afectos a los servicios traspasados a la Generalidad.
- 3). Los bienes adquiridos por la Generalidad por cualquier título jurídico válido.

2. El patrimonio de la Generalidad, su administración, defensa y conservación serán regulados por una ley de Cataluña."

Dice el artículo 44 del mismo Estatuto: "La hacienda de la Generalidad se constituye con: ...11. Ingresos de derecho privado, legados, donaciones; subvenciones."

El Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia, no mantiene las llamadas por nosotros en este trabajo autonomistas, sino que adoptando un criterio restrictivo, considera que la reserva del Estado, o en favor del Estado de la competencia legislativa sobre determinadas materias, supone un límite a la asunción de competencias legislativas por parte de los diferentes Parlamentos forales.

La precedente sentencia, pues, ponía de manifiesto que el Estado no únicamente podría legislar en aquello que no tienen competencias las Comunidades Autónomas, es decir, las segunda parte del artículo 149.1.8 de la Constitución, sino que, por el contrario, también podría legislar sobre el ámbito concreto de lo que es derecho propio de las Comunidades Autónomas.¹

¹.- Dice textualmente este Tribunal que: "Entendiendo éste (en referencia al artículo 43.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña), en efecto, como norma especial atributiva de competencia exclusiva e ilimitada sobre el patrimonio propio, sería forzoso considerarlo como derogatorio de otras normas de la misma materia que reservan a la competencia exclusiva del Estado, por ejemplo, la legislación civil (artículo 149.1.8 de la Constitución Española), dentro de la cual se halla, sin duda, el libro segundo, título I, capítulo III del Código Civil, en el que se establecen los conceptos fundamentales de bienes de dominio público y patrimoniales.

La imposibilidad jurídica de esta conclusión evidencia que es también imposible la interpretación que a ella conduce y que la norma en cuestión, en el Estatuto de Autonomía de Cataluña como en la propia Constitución Española, debe ser entendida fundamentalmente como una reserva de ley y no como una atribución de competencia...".

Pero donde se demuestra, con mayor intensidad y claridad, que el Tribunal Constitucional no asumía las, llamadas por nosotros en este trabajo, "tesis constitucionalistas", es cuando en la misma Sentencia dice que: "Así entendida, esta competencia tiene como límites generales los que impone la reserva del Estado de la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (artículo 149.1.18).

Dentro de ellas el Parlamento de Cataluña dispondrá de mayor o menor libertad, según la materia concreta que la ley regule. En unos casos (por ejemplo, al establecer la dicotomía entre bienes demaniales y patrimoniales como efectivamente ha hecho) deberá respetar la legislación civil que es competencia exclusiva del Estado.

La naturaleza atributiva del precepto es incuestionable, pues la implicación necesaria de su tenor literal es la de que "corresponden a la Generalitat los bienes inmuebles retenidos o disfrutados sin título válido". Como esta expresión, que deliberadamente entrecomillamos, es la que utiliza la ley de Patrimonio del Estado (artículo 22) para establecer el derecho de éste sobre los bienes de este género, lo que en este punto hace la ley catalana es subrogar el patrimonio del Estado y para esto, como es evidente, carece la Generalidad disponga de la competencia suficiente para legislar, dentro de los límites que hemos señalado, sobre su propio patrimonio y otra bien distinta que, en ejercicio de esta competencia, modifique también la legislación vigente sobre el Patrimonio del Estado, determinando que para el futuro no se incorporará a éste, sino a la Generalidad, los bienes inmuebles retenidos o disfrutados sin título válido por entidades o particulares...".

La sentencia anterior es especialmente significativa ya que se refiere al criterio restrictivo seguido por el Tribunal Constitucional en cuanto al concepto de "conservación, modificación y desarrollo..." de la legislación civil y, además, por ser directamente aplicable al tema que nos ocupa, mereció un muy interesante comentario por parte de RODRIGUEZ CARBAJO.¹

Pero la opinión vertida en la ya anteriormente reseñada Sentencia no ha sido fácilmente abandonada por el Tribunal Constitucional.

Efectivamente, la sentencia del Tribunal Constitucional número 88/93, de 12 de marzo, dictada en relación a un recurso de inconstitucionalidad promovido contra la ley 3/88, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón sobre la equiparación de hijos adoptivos la vendría manteniendo.²

¹.- Este autor considera que: "Debe observarse como el Tribunal Constitucional afirma que la dicotomía entre bienes demaniales y patrimoniales debe respetar la legislación civil que es competencia exclusiva del Estado, sin que realice ninguna salvedad en favor de las Comunidades Autónomas que tengan derecho foral, de lo cual se desprende que el establecimiento de la mencionada dicotomía no es materia que pueda ser regulada por las Comunidades Autónomas con derecho foral al amparo de la "conservación, modificación y desarrollo" de que habla el artículo 149.1.8 de la Constitución Española. Ello implica que el Tribunal Constitucional no acepte la tesis foralista conforme a la cual los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas con derecho foral pueden legislar sobre cualquier materia que no sea una de las expresamente exceptuadas por el artículo 149.1.8 de la Constitución y reglas concordantes del propio artículo 149.1..."

Ver RODRIGUEZ CARBAJO, "La competencia de las Comunidades Autónomas para legislar sobre su patrimonio y límites de la misma. Los inmuebles vacantes pertenecen al Estado y no a las Comunidades Autónomas". A.D.C. Tomo XXXVIII. (Fascículo 1º). Enero-abril. Páginas 179 y siguientes. Este trabajo es un comentario razonado a la Sentencia del Tribunal Constitucional número 58/1.982, de 27 de julio, dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 74/1.982, interpuesto por el gobierno de la nación contra la ley catalana 11/1.981, de siete de diciembre, de Patrimonio de la Generalidad.

².- "El concepto constitucional (artículo 149.1.8) y estatutario (artículo 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón) de DESARROLLO del propio Derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece aquel precepto de la norma fundamental. La Constitución permite, así, que los derechos civiles especiales o forales puedan ser objeto no ya de conservación y modificación, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales. Este crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualquier objeto, pues no cabe dudar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (artículo 137 de la Constitución Española) de la
(continúa...)

En suma, el criterio autonomista, podemos decir que, es actualmente asumido por el Tribunal Constitucional, identificándolo con la expresión "allí donde existan", es decir se ha convertido en un criterio de preexistencia de los derechos para su reconocimiento.¹

El Tribunal Constitucional parte, pues, de la exclusión de cualquier competencia civil de las Comunidades Autónomas en la segunda parte del artículo 149.1.8 de la Constitución, es decir, en los casos de la aplicación y eficacia de las normas jurídicas; las relaciones jurídico-civiles relativas a la forma de matrimonio; la ordenación de los Registros e instrumentos públicos; las bases de las obligaciones contractuales y normas para la resolución de los conflictos de ley.

La aplicación y eficacia de las normas jurídicas se refiere, como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/86, de 26 de junio, a los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación.²

²(...continuación)

Comunidades Autónomas, en cuanto a tales, sino en favor de garantizar, más bien, determinados derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término "allí donde existan" a que se refiere el artículo 149.1.8 de la Constitución, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas...".

El Tribunal Constitucional sigue diciendo que: "Lo que no significa, claro está, en consecuencia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada..., dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas...".

Sobre esta Sentencia nos extendemos ampliamente más adelante.

¹.- La propia sentencia del Tribunal Constitucional 88/93, entiende que: "El sentido de esta, por así decir -se refiere a la competencia del Estado en la legislación civil- segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podría estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno...".

².- Esta Sentencia diría que: "... (corresponde al Estado) en exclusiva establecer las reglas sobre la aplicación de las normas jurídicas lo que comprende por el propio significado del vocablo y por la interpretación sistemática del mismo en relación con el Capítulo II, del Título preliminar del Código Civil, las reglas sobre la interpretación de las normas...".

Esta resolución tiene una especial concordancia con los criterios mantenidos por el mismo Tribunal, en la sentencia 74/89, de 24 de abril, especialmente en los Fundamentos Jurídicos uno a cinco.

Las relaciones jurídico-civiles referentes a las formas del matrimonio supone la regulación del sistema matrimonial y el propio reconocimiento de eficacia civil de los diferentes tipos de matrimonio.¹

Con mayor contundencia, el Tribunal Constitucional, en diversas resoluciones, se refiere al tema de las bases de las obligaciones contractuales, en el sentido de que corresponde al Estado la determinación de aquellos principios que han de respetar los diferentes Parlamentos forales cuando sus respectivos Estatutos de Autonomía les atribuyan competencias para poder legislar en materia de obligaciones.²

¹.- En cuanto a la adecuación de los Registros e instrumentos públicos, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 74/89, de 24 de abril, decía expresamente al respecto que: "...la reserva al Estado de la ordenación de los instrumentos públicos tiende al aseguramiento de un tratamiento normativo unitario y común de los documentos públicos notarialmente autorizados y, por tanto, de las escrituras públicas, unificando a tal fin el régimen de su naturaleza y contenido, de sus requisitos internos y formales y, en general, de todos aquellos aspectos que comprometan la unidad de su disciplina jurídica...".

².- Hay múltiples Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional referidas a esta cuestión en concreto. Entre ellas cabe destacar como las más interesantes la Sentencia 1/82, de 28 de enero, a la cual nos hemos referido anteriormente; y la Sentencia 71/82, de 30 de noviembre, que con claridad meridiana estableció la inconstitucionalidad de ciertas normas sobre responsabilidad extracontractual que pretendía establecer la Ley de Protección del Consumidor, dictada por el Parlamento Vasco.

4.- ATRIBUCION E INDISPONIBILIDAD DE LAS MATERIAS COMPETENCIALES.

El artículo 147.2.d de la Constitución Española reserva a los Estatutos de Autonomía la función de determinar el concreto nivel de competencia que, dentro del marco constitucional general, asume cada Comunidad Autónoma. En este sentido, ya cuando con anterioridad hacíamos referencia al sistema de distribución de competencias y, en concreto, al sistema de que del legislador completo decíamos que el bloque de constitucionalidad presupone la perfecta delimitación de cada una de las competencias de las Comunidades Autónomas y del Estado estableciéndose, a su vez, la cláusula supletoria de competencia estatal aunque ello pudiera significar un criterio de atribución competencial.¹

La cláusula del derecho residual a favor del Estado está perfectamente recogida por el Tribunal Constitucional, en dos Sentencias especialmente destacadas y destacables.

Así, la Sentencia del citado Tribunal 82/84, de 20 de julio, nos dice que "Para resolver la cuestión planteada² hemos de situarla en el marco constitucional y, en concreto, en el que establece el artículo 149 de la Constitución, de acuerdo con el cual el Estado tiene competencia exclusiva sobre determinadas materias, pudiendo corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos, las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución, bien entendido que la competencia sobre las materias que no se hayan asumido en el Estatuto de Autonomía corresponderán al Estado.

El marco constitucional aparece así delimitado con

¹.- Artículo 149.3 de la Constitución Española.

².- La cuestión planteada se refiere al conflicto positivo de competencia número 552/1.983, planteado por el Gobierno Vasco en relación a la Resolución de 16 de mayo de 1.983, de la Dirección General de Registros y del Notariado, por la que se anuncian Registros de la Propiedad vacantes para su provisión en concurso ordinario, en lo que se refiere a las vacantes en el País Vasco.

nitidez. A las Comunidades Autónomas pueden corresponder las competencias no reservadas expresamente al Estado, con relación a cada materia, pero aquellas que no se hayan asumido en el Estatuto, dentro de las asumibles, corresponden al Estado".¹

En otra Sentencia, la número 123/84, de 18 de diciembre, que resolvía el conflicto de competencias en relación con el Decreto dictado por el gobierno del País Vasco sobre Centros de Coordinación Operativa, tantas veces mencionado, se pronunció el Tribunal Constitucional sobre el alcance de la aplicación de la cláusula del artículo 149.3 de la Constitución Española, diciendo que: "...Aunque es cierto que al enumerar las materias que sirven como criterios de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la Constitución y el Estatuto de Autonomía del País Vasco no utilizan de manera especial la expresión protección civil, ni de manera directa la idea, no puede extraerse de ello la conclusión de que tal materia no se encuentre incluida en el sistema competencial como tal, ni que haya que acudir a la cláusula del artículo 149.3 de la Constitución Española, de acuerdo con la cual le corresponden al Estado las materias no asumidas por los Estatutos de Autonomía. Es claro que las competencias de las Comunidades Autónomas están definidas por los Estatutos de Autonomía, pero si es cierto, asimismo, que el juego de la cláusula residual o supletoria del artículo 149.3 de la Constitución Española supone que no ha sido incluida en el correspondiente Estatuto de Autonomía una materia, entendida como conjunto de actividades, funciones e institutos públicos relativos al sector de la vida social, de manera que para que entre en

¹.- Continúa esta Sentencia diciendo que "En el supuesto planteado, como indica acertadamente la representación del Gobierno vasco, el artículo 149.1.8 de la Constitución Española reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la ordenación de los Registros e instrumentos públicos, por lo que tal competencia asumida por la Comunidad hay que situarla en el ámbito de la ejecución de las normas estatales, interpretando la referencias a las leyes contenidas en el artículo 10.22 del Estatuto de Autonomía Vasco, en sentido material..."

juego la llamada cláusula residual o supletoria es necesario que el problema no pueda quedar resuelto con los criterios interpretativos ordinarios ..."

Volviendo a la atribución de competencias por los Estatutos de Autonomía, la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/83, de 5 de agosto, la tantas veces mencionada Sentencia de la L.O.A.P.A., destaca expresamente por su profundidad a la hora de analizar la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas. Así nos dice que "La tercera cuestión que es preciso abordar, dentro de las consideraciones generales que venimos realizando, hace referencia a los límites intrínsecos de las potestad legislativa del Estado...

Se impone, por tanto, examinar la capacidad del legislador estatal para dictar normas relativas al ámbito competencial de las Comunidades Autónomas que precisen el alcance de los conceptos jurídicos utilizados en el texto constitucional o integren las determinaciones constitucionales e incidan directamente sobre el sistema de distribución de competencias previsto en la Constitución sin una atribución contenida en la misma de forma expresa.

... a) Por lo que se refiere a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.../...son los Estatutos de Autonomía las normas llamadas a fijar la competencia asumida dentro marco establecido en la Constitución Española, articulándose así el sistema competencial mediante la Constitución Española y los Estatutos de Autonomía en la que éstos ocupan una posición subordinada a aquella. Sin embargo, de ello no cabe deducir que toda ley estatal que pretenda delimitar competencias entre el estado y las Comunidades Autónomas sea inconstitucional por pretender ejercer una función reservada

al Estatuto...".¹

En suma, relación entre Estatutos de Autonomía y legislación estatal que se resuelve mediante el sistema de preferencia de la propia Constitución sobre los Estatutos de Autonomía.²

Igualmente, nada impide que el legislador estatal pueda legislar en aquellas materias que, en principio, tengan no atribuidas las Comunidades Autónomas por vía de sus respectivos Estatutos. El modelo de este sistema será el acudir, como veremos, a las Bases que es la forma jurídica utilizada por el legislador en las materias concurrentes.

A la vista de lo anterior deberemos determinar cual es la competencia de las competencia de las Comunidades Autónomas en la materia civil.

Intentaremos reconstruir lo que a lo largo de este trabajo hemos aportado sobre la competencia de las Comunidades Autónomas en "materia civil" por seguir la terminología de constitucional, y ello lo haremos refiriéndonos de una manera especial al caso catalán, que nos servirá a su vez de hilo conductor del tema, por cuanto lo dicho para Cataluña es aplicable también a todas aquellas Comunidades Autónomas, con un Derecho civil propio, y con la competencia legislativa asumida.³

Cierto es, como ya explicamos en la introducción, que nuestro estudio se destina especialmente al ámbito de la

¹.- Sobre esta importante Sentencia que resuelve los Recursos previos de inconstitucionalidad, acumulados, 311, 313, 314, 315 y 316/1.982, dirigidos contra el texto definitivo del proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, realizamos comentarios a lo largo de toda esta parte del trabajo, debido a la importancia que consideramos tiene la misma, en general para la implantación del sistema de Comunidades Autónomas en el territorio español, y en particular en lo referente al respeto de las fuentes del Derecho propias de las Comunidades que históricamente han tenido un derecho propio.

².- Se trata de aplicar aquí, en forma real, lo ya dicho doctrinalmente en cuanto a la teoría de la Pirámide legislativa.

³.- En relación a este tema ver las referencias realizadas a los autores anteriormente, y en concreto lo dicho para los autores autonomistas. En concreto BADOSA COLL, IURA. 1994. op. cit. página 17; DELGADO ECHEVERRÍA, IURA. 1994. op. cit. página 47 i siguientes.

competencia de la Generalidad de Cataluña en la materia civil, aplicando, en consecuencia, las conclusiones que se desprenden a partir de la Ley 13/84, de 20 de Marzo, sobre reforma de la Compilación de Cataluña.

Hemos venido reconociendo que tanto la Constitución Española como en los diferentes Estatutos de Autonomía de aquellos territorios denominados forales, con derecho civil propio, reconocen la competencia exclusiva en materia civil.¹

La doctrina administrativista, con MUÑOZ MACHADO, entiende que estamos ante una competencia exclusiva cuando es atribuida en plenitud o monopolio a un poder determinado.² Concepto que difiere de la competencia concurrente que es aquella que se comparten las funciones legislativas y ejecutiva.

La doctrina del Tribunal Constitucional, en cambio, no ha seguido el modelo que determina la doctrina mayoritaria en cuanto a la distribución competencial. Efectivamente, en algunas ocasiones, ha admitido la posibilidad de intervención estatal de carácter supra-autonómico y, en otras, admite una fuerza expansiva de las competencia exclusivas estatales afirmando que el ejercicio de las mismas no puede verse enervado por la existencia de otras competencias aunque igualmente exclusivas de otras Comunidades Autónomas.³

Lógicamente, la dificultad de que sea preciso el entender que hay competencias absolutamente exclusivas se hace más palpable en el ámbito de la legislación civil.

Tanto de la lectura del Artículo 149.1.8 como los Estatutos que hacen referencia a la competencia de las

¹.- Ver el tantas veces citado artículo 149.1 de la Constitución Española, y los distintos artículos de los diferentes Estatutos de Autonomía, que específicamente se recogen al inicio del Título primero de este trabajo.

².- Así lo entiende también un importante sector de la doctrina constitucionalista, ver voto particular de VIVER PI-SUNYER en la Sentencia del Tribunal Consitucional que se estudia posteriormente y la civilista en los términos ya expresados.

³.- Esta idea se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional 56/86, de 13 de mayo. Ver en especial el voto particular de RUBIO LLORENTE y DIEZ PICAZO.

Comunidades Autónomas en materia civil, se observa que existen referencias a una concurrencia de competencias. Efectivamente, el artículo 149.1 de la Constitución, en general, deja que ciertas materias sean legisladas por las Comunidades Autónomas, normalmente una legislación de desarrollo o, en su caso, divide la materia a los efectos del reparto competencial respecto de cada una de las partes se da la competencia exclusiva de los poderes en cuestión. En efecto, si el artículo 149.1.8 Constitución Española alude a la competencia exclusiva del Estado en materia civil se alude a la cláusula "sin perjuicio de..." con referencia a la actividad del legislativo de las Comunidades Autónomas. Igualmente, el artículo 9 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, se alude a la competencia exclusiva de la citada Comunidad "sin perjuicio de..." la competencia su titularidad estatal.

Y ello conduce a una premisa interpretativa del mayor orden. Cuando el artículo 149.1.8 alude a la competencia exclusiva en materia civil en realidad no es tal, sino como decíamos, nos encontramos ante una competencia compatible o concurrente.

Efectivamente, del artículo 149.1.8 se deduce, primero que hay una división de la materia civil. En segundo lugar, submaterias que gozan determinadas Comunidades Autónomas de competencia exclusiva ("sin perjuicio..."). En tercer lugar, hay submaterias en las que goza de competencia exclusiva al Estado ("en todo caso"), y finalmente en cuarto lugar, que en las Comunidades Autónomas de segundo grado, la competencia en materia civil se reserva de forma exclusiva al Estado y en este sentido carecen de competencia las citadas Comunidades.

En consonancia con lo anterior hay que destacar que determinadas Comunidades, que tienen una competencia concurrente en materia civil que hace que ambos ordenamientos coexistan si bien con el límite fijado por el Tribunal

Constitucional del territorio¹ y con el igualmente límite de que no sea una submateria reservada en exclusiva al Estado. Este planteamiento, es decir, considerar que las Comunidades Autónomas asuman auténtica competencia no ha sido admitido unánimemente por la doctrina.²

En cambio ROCA TRIAS, autora enmarcada en el ámbito de la concepción autonomista y extensiva de los derechos civiles propios existentes en el estado español, y cuya tesis compartimos, opina contrariamente que "...en materia civil (...) constitueix una competència separada, perquè sobre la mateixa matèria (la que no és exclusiva), recauen normes diferents dictades per Parlaments diferents; les normes dictades en virtut d'aquest tipus de competència formen un compartiment aïllant envers les normes dictades per altres ens, no s'influeixen mútuament i són l'expressió de dos ordenaments amb una dinàmica pròpia...".³

La interpretación de materia civil como exclusiva de las Comunidades Autónomas es, a la postre, la mantenida por el legislador catalán al entender, tanto en el artículo 9.2 como en el 25 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que "la Generalidad de Cataluña goza de competencia exclusiva en materia civil" y en el ejercicio de la misma le corresponde

¹.- Por ejemplo, se refieren a esta cuestión, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 72/83, de 29 de julio; 37/81, de 16 de noviembre; 49/88, de 22 de marzo, etc...

².- Efectivamente, LOPEZ JACOISTE diría que: "... se atribuye potestad a este efecto por las Comunidades Autónomas... pero tal potestad no asume el carácter formal de verdadera competencia ni se la incluye entre las que podrán asumir las Comunidades Autónomas según el artículo 148; aunque ello no obste, claro está, a que, en el orden práctico, dicha potestad conduce a resultados equivalentes...". Ver "Codificación..." op. cit. Página 602 y siguientes.

En términos similares, aunque atemperados por el paso del tiempo, se venía expresando el Tribunal Constitucional en sus primeras Sentencias, y Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO. "Competencias del Estado..." IURIS. op. cit. página 77 y siguientes.

³.- "L'estructura...". op. cit. Página 147. En la misma línea ver los trabajos de los autores autonomistas antes citados. Y lo mismo podríamos decir de la acertada posición mantenida por GARCIA DE ENTERRIA al decir que: "...la competencia autonómica no se articula en este caso como una participación en una competencia exclusiva del Estado, que como competencia exclusiva y completa de la Comunidad Autónoma... lo que sitúa el supuesto fuera de la técnica del artículo 149.1 de la Constitución Española...".

Recientemente, ver BADOSA COLL "La recent jurisprudencia..." op. cit. página 31.

"la potestad reglamentaria y la función ejecutiva...", sin olvidar el ser un derecho preferente a cualquier otro, a la luz del artículo 26.1 del Estatuto.

Por último, es imprescindible que realicemos una última precisión en cuanto a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia civil.

Hemos dicho que materia civil no se corresponde con derecho civil, ya que este es mucho más amplio que la materia. Al mismo tiempo, hemos advertido que la lectura que debe producirse del artículo 149.1.8 de la Constitución Española en que las Comunidades Autónomas tienen la competencia exclusiva en materia civil con exclusión del subsistema exclusivamente reservado al Estado.¹ Con ello se fundamenta que no es posible acudir al criterio de prevalencia en cuanto a la legislación competente, ya que no es posible acudir a este criterio para mantener la competencia del Estado en materia civil. Una primera línea argumental es la mantenida por ROCA TRIAS² y BADOSA COLL.³ Los citados autores defienden la idea de que cuando exista la competencia en materia civil exclusiva de las Comunidades Autónomas, no es posible que exista prevalencia del Derecho estatal al no ser competencias concurrentes.

Una segunda línea argumental pudiera ser que la posibilidad de acudir al criterio de la prevalencia sólo es posible en aquellos limitados supuestos de colisión normativa que se producen en las materias susceptibles de legislación concurrente entre el Estado y las Comunidades Autónomas.⁴ Es decir, la regla de prevalencia sólo puede operar cuando la ley estatal y la ley autonómica que entran en conflicto se

¹.- Artículo 149.1.8 in fine

².- "L'estructura...". op. cit. Páquina 147.

³.- "Las recents..." IURIS. Op. cit. página 35.

⁴.- Ver LASAGABASTER HERRARTE, "Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico". Ed. Civitas. Madrid. 1.991

ajusten al orden constitucional de distribución de competencias, es decir, cuando ambas normas son válidas pero incompatibles entre sí, lo que únicamente puede ocurrir en los escasos y marginales supuestos de concurrencia competencial que nuestro ordenamiento constitucional admite, puesto que, como advirtiera la doctrina¹, si la colisión normativa surgiera como consecuencia del ejercicio por una de las partes de una competencia que viola o infringe el orden competencial constitucionalmente establecido, es obvio que a la prevalencia ninguna función correspondería ya que una de las normas en colisión incurriría en inconstitucionalidad por vicio de incompetencia.

Con esta segunda interpretación queremos destacar que aun en el caso de la posible concurrencia de competencias en materia civil entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la cláusula de prevalencia del Derecho Estatal no puede alterar el orden constitucional de competencias ni juega en contra del principio de competencia sino sólo en su defecto, lo que impide que sea aplicable tanto en los casos de colisión normativa que se produzcan en el ejercicio de competencias legislativas compartidas, como a los supuestos de superposición o entrecruzamiento de títulos competenciales "ratione materiae", conflictos normativos todos ellos que deben resolverse sin excepción alguna mediante la aplicación del principio de competencia.²

En esta situación, ROCA TRIAS reconocerá que "... la col·lisió de normes per resoldre un conflicte concret té una tècnica molt especial i determinada: les normes de dret interregional que resolen els conflictes concrets. I, en aquest cas i per la determinació de les normes de conflicte sí es pot dir que preval el dret de l'Estat, perquè aquest

¹.- Especialmente puede consultarse a FERNANDEZ FARRERES, "Colisiones normativas y primacía del derecho estatal", en Estudios sobre la Constitución... op. cit. Tomo I. Página 541; y LEGUINA VILLA, "Notas sobre..." op. cit. Páginas 232 y 233.

².- LEGUINA VILLA, "Notas sobre..." op. cit. Página 233.

serà l'únic que té competència en estructura un sistema conflictual. A nivell concret per tant, i en matèria civil, serà l'Estat qui tingui competència, per mitjà de les normes de conflicte, per decidir quina de les normes (estatal o territorial) en presència tindrà capacitat reguladora de la problemàtica plantejada; l'Estat solament proporcionarà la norma de conflicte que es remetrà a una legislació o a una altra sense que en matèria civil sigui mai possible de parlar de prevalència de dret de l'Estat, donada la situació d'igualtat en que els diferents ordenaments es troben a les seves relacions".¹

Sin duda alguna, razón no le falta a la autora pues ya en el Título I ofrecemos argumentos suficientes a la hora de completar la imposible subsistencia del criterio de prevalencia del Derecho Común sobre los derechos territoriales civiles.

Ahora bien, ciertos autores, especialmente OTTO² y LASARTE³, han mantenido la prevalencia de la legislación estatal por vía del artículo 149.1.3 de la Constitución Española.

¹.- "L'estructura..." op. cit. Pàgines 168, 169 y 170.

².- Al respecto OTTO en concreto, manifestaría que: "... el ordenamiento general no está limitado materialmente -todo el derecho del Estado es válido cualquiera que sea la materia de la que se ocupa- sino que en aquellas materias que sean de la competencia de la Comunidad Autónoma, el ordenamiento general tiene una vigencia disminuida. La técnica utilizada no es la de limitar las materias que el Estado puede normar válidamente, sino la de determinadas materias en las que su derecho cederá ante el que hayan dictado las Comunidades Autónomas. La competencia normadora del Estado no tiene límites, es una competencia general. Los únicos límites se producen en la aplicación de esas normas allí donde tengan competencias las Comunidades Autónomas, la norma estatal -que es válida- tendrá una vigencia de segundo grado... el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas. Cuando el texto legal emplee la expresión "en todo caso" está afirmando, obviamente, que tal supletoriedad se dará también cuando el derecho del Estado se ocupe de materias que corresponden a la competencia de las Comunidades Autónomas. La regla de la competencia significa, por tanto, que cuando el derecho del Estado se ocupe de materias de la competencia de la Comunidad Autónoma no por ello será nulo -como ocurriría en un derecho federal- sino que será de aplicación supletoria, esto es, válido de aplicación de las Comunidades Autónomas".

Ver DE OTTO Y PARDO, "La prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho regional". R.E.D.C. 1.981. Pàgina 72.

³.- "Autonomías y Derecho privado...". op. cit. Pàgina 67.

Ahora bien, cabe preguntarse si el artículo 149.1.3 de la Constitución Española es una regla de supletoriedad del Derecho Estatal. Y, además, si es posible que el Derecho Estatal, como derecho supletorio, suponga una cláusula competencial que atribuya al Estado competencias en materias exclusivas de las Comunidades Autónomas. A nuestro entender no. Y ello, esencialmente, por el hecho de que la supletoriedad del Derecho Estatal del artículo 149.3 no actúa como un título competencial.

La regla prevista en el artículo 149.3, según la cual las normas del Estado "prevalecerán en caso de conflicto sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas", exige el que determinemos qué hay que entender por prevalencia o primacía.¹

GARCIA DE ENTERRIA definiría con claridad lo que significa la regla de prevalencia: "...no es, en efecto, una regla que distribuya competencias y que, en este sentido, faculte a la Federación para atribuirse las que juzgue oportuno. Por el contrario es una regla de colisión o conflicto, que presupone que cada una de las dos normas en concurso estén actuando en su propia esfera de competencia y que prima a una de ellas, (a la estatal), no porque pueda quebrantar la competencia autonómica y, por tanto, excluirla, sino porque en este concurso, en el que cada cual actúa en su ámbito legítimo, la norma privada se estima de mayor calidad, suprema, en la fórmula americana que es mucho menos equívoca".²

¹.- En la doctrina reciente sobre el artículo 149.3 de la Constitución Española puede consultarse a BALAGUER CALLEJON, "La cláusula de prevalencia del artículo 149.3 y los Estatutos de Autonomía". R.V.E.A. núm. 4. 1.986. Páginas 117 y siguientes.; MUÑOZ MACHADO, "Derecho público..." op. cit. Tomo I. Páginas 399 y siguientes.; SANTAMARIA PASTOR, "Fundamentos de Derecho administrativo". Tomo I. Madrid. Centro de Estudios Fundación Ramón Areces. 1.988. Páginas 238 y siguientes; AJA Y OTROS, "El sistema jurídico..." op. cit.. Página 126; GOMEZ-FERRER, "Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional" R.A.P. 1.987. Páginas 7 y siguientes.

².- GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." op. cit. Tomo I. Página 336. 4ª edición.

En primer lugar, la primacía presupone la necesidad de que exista una colisión de normas entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, además, que sea producto del ejercicio de una competencia propia.

Es decir, la regla de prevalencia requiere que cada una de las normas en concurso estén actuando en su propia competencia, razón por la cual la única forma de resolverlo sería acudiendo a esta supuesta prevalencia del Derecho Estatal.¹

Lo precedente, pues, muestra que la única posibilidad de que actúe la cláusula de prevalencia o primacía del derecho estatal es cuando en relación a un mismo objeto tanto el Estado como las Comunidades Autónomas disponen de competencias que por ser de idéntica calidad resultarán competencias concurrentes. La doctrina, como puede observarse en GARCIA DE ENTERRIA,² MUÑOZ MACHADO,³ LOPEZ RAMON,⁴ entre otras analiza que la consecuencia que reclama la aplicación de la cláusula de prevalencia se producirá cuando competencias de la misma calidad llegan a confluir o yuxtaponerse en relación a un objeto concreto que, sin embargo, es susceptible de ser reconducido indistintamente a cualquiera de esas materias⁵ o, dicho de otra forma,

¹.- En este sentido, LEGUINA VILLA diría que: "... la regla de prevalencia sólo puede operar cuando la ley estatal y la ley autonómica que entran en conflicto se ajustan al orden constitucional de distribución de competencias, es decir, cuando ambas normas son válidas pero incompatibles entre sí, lo que únicamente puede ocurrir en los escasos y marginales supuestos de concurrencia competencial que nuestro ordenamiento constitucional admite...". Y el propio FERNANDEZ FARRERES diría que: "...si la colisión normativa surgiese como consecuencia del ejercicio por una de las partes de una competencia que viola o infringe el orden competencial constitucionalmente establecido, es obvio que a la prevalencia ninguna función correspondería, ya que una de las normas en colisión incurriría en inconstitucionalidad por vicio de incompetencia".

Ver LEGUINA VILLA, "Notas sobre los principios..." op. cit. Página 233.

².- "Curso...". op. cit. Tomo I. Página 341.

³.- "Derecho público..." op. cit. Página 402.

⁴.- "Escritos sobre Autonomías territoriales". Madrid. Ed. Tecnos. 1.984. Páginas 188, 189 y 190.

⁵.- Ver FERNANDEZ FARRERES, "Colisión..." op. cit. Página 557.

aplicable a los supuestos en que un mismo objeto puede ser situado en diversos campos.¹ Es decir, que en definitiva se trata de supuestos en los que hay una superposición de títulos que pudiera exigir, como solución, la actuación de la cláusula de prevalencia.

La imposibilidad de precisar la exacta ubicación material del objeto en conflicto podría ser causa suficiente para la prevalencia de la legislación estatal. Así, es sorprendente como fue este el modelo que se siguió en la II República, como pone de manifiesto BASSOLS COMA.² Ciertamente, la manifestación más clara de este criterio lo constituye la sentencia de 8 de junio de 1.934, que resolvía la cuestión de competencia legislativa sobre la Ley del Parlamento de Cataluña, de 11 de Abril de 1.934 sobre Contratos de Cultivo.³

A nuestro entender, si bien es cierto que el sistema de acudir al criterio de preferencia o prevalencia del Derecho estatal puede ser un medio para resolver cuestiones referentes a la dificultad en concretar y precisar los contenidos mismos de cada una de las materias que la Constitución y los Estatutos de Autonomía han tomado en

¹.- Así entiende GARCIA DE ENTERRIA que "... es claro que en la distribución territorial del poder, la Constitución y los Estatutos no han podido operar de otra forma, y ello hace que sea totalmente normal que en los conflictos de competencia entre las dos esferas, cada parte título competencial distinto, pues si no el conflicto no hubiera tenido ocasión de surgir...". Ibidem. página 342.

².- BASSOLS COMA, "La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la IIª República Española". Op. cit. Páginas 70 y siguientes.

³.- El fundamento 10º diría que: "En la propia Constitución se contienen dos preceptos de carácter general que consagran la primacía del derecho del Estado y que son aplicables cuando las dudas suscitadas, hagan preciso emplear el método de las presunciones. Son los formulados en los artículos 18 y 21(...). Pero si el citado artículo 8 enjuicia el momento estático de las relaciones entre el Estado y las Regiones (el de distribución de competencia), el artículo 21 al establecer que "el derecho del Estado español prevalecerá sobre el de las regiones autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas en sus respectivos Estatutos", atiende al momento dinámico de la relación en el cual se hace necesario afirmar una primacía con ocasión de un conflicto que es preciso decidir. Así, cuando la duda surge acerca de si una materia ha sido o no atribuida a la exclusiva competencia regional la presunción jurídica a que en última instancia hay que apelar se muestra favorable al Estado...".

consideración, no es, en cambio, criterio para resolver concurrencias de competencias.¹

Sin embargo, como decíamos, la determinación del título de prevalencia no es tampoco el resultado de la automática primacía del título estatal.

En suma, el criterio de prevalencia del Derecho estatal no puede ser tenido en cuenta como criterio de distribución de competencias y menos aun por todo lo que hemos ido diciendo en la materia civil en los términos anteriormente atribuidos.

4.1.- Los Derechos históricos de los territorios forales. Su reconocimiento constitucional e incidencia en el ambito competencial.

Es communis opinio en la doctrina el hecho de que la Disposición Adicional Primera de la Constitución Española, supuso la recepción y reconocimiento del hecho diferencial histórico por nuestra Constitución.²

¹.- Ejemplo de lo anterior serían las Sentencia del Tribunal Constitucional 56 y 57/83, de 23 de Junio, que resolvieron sendos conflictos positivos de competencia promovidos por la Generalidad de Cataluña respecto a la autorización concedida por el Director General de Coordinación de las Haciendas Territoriales al Ayuntamiento de Sabadell para una operación de aval a favor de la entidad adjudicataria.

La posibilidad de otorgar el referido aval sería razonado por el Tribunal Constitucional diciendo que: "Que Cataluña ha asumido la competencia de listado financiero sobre las Rentas Locales, con el límite de la autonomía local y el respeto a las bases que dice el artículo 149.1.18 es algo innegable, por lo que a este título competencial no puede desposeerse de su contenido. Otra cuestión es si, por la concurrencia y prevalencia de otros títulos competenciales, la apelación al crédito ha de quedar sujeta al control estatal...".

La sentencia finalizará diciendo que: "...para solucionar las cuestiones que puedan plantearse hay que partir del contenido inherente a cada competencia y sólo si, aun aplicando ese criterio, sigue produciéndose un entrecruzamiento, habrá que determinar la competencia que cabe prevalecer...".

².- La Disposición Adicional Primera de la Constitución Española dice: "La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía".

En esta, se reconoce de manera expresa los llamados derechos forales. Dicho reconocimiento
(continúa...)

Tal recepción, fruto del compromiso histórico-político, supuso, a su vez, un aumento notable de las expectativas de aquellos territorios titulares de derechos históricos. Expectativas que se concentraban básicamente en el desarrollo paulatino de un derecho civil propio que pudiera convivir con un derecho estatal de carácter global.¹ Lo anterior no era baladí. La Constitución Española de 1.978 reconocía expresamente los regímenes forales de los territorios históricos aunque, y ello supone una de las mayores dificultades que se pueden destacar del complejo sistema competencial, no se fijaba con claridad el alcance y contenido de este reconocimiento, es decir, si es un mero gesto simbólico o por el contrario se trata de una consecuencia jurídica de gran importancia.²

Las dudas anteriores han tenido su propio pronunciamiento tanto en la doctrina como en la jurisprudencia elaborada con el paso del tiempo por el Tribunal Constitucional.³

²(...continuación)

se realiza no sólo en cuanto a su existencia, sino también fijando la posibilidad de actualización.

¹.- Esta idea, de reconocimiento constitucional del derecho histórico, no es innovadora de la Constitución de 1.978, por cuanto, como hemos visto anteriormente los textos constitucionales decimonónicos, ya recogían la posibilidad de la existencia de esa pluralidad, y la respetaban.

Ver lo dicho anteriormente en este trabajo, en los comentarios al artículo 258 de la Constitución de Cádiz de 1.812; al artículo 4 de la Constitución de 1.837; al artículo 4 de la Constitución de 1.845; al artículo 91 de la Constitución de 1.869 y al artículo 75 de la Constitución de 1.876.

Ver, entre otros autores, a MARTINEZ MARINA, "Juicio crítico de la Novísima Recopilación". Madrid. 1820; DURAN I BAS, "Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña". Barcelona. 1.883; DE CASTRO, "Derecho civil de España" Tomo I. Parte general. Madrid. 1.953; Jerónimo LOPEZ, "La conservación de los regímenes forales y las leyes anteriores al Código civil. (Nota sobre la discusión parlamentaria de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1.888). A.D.C. 1.951. Páginas 182 y siguientes.; ROCA I TRIAS, "La Codificación y el Derecho foral". R.D.P. 1.978. Páginas 596 y siguientes.

².- Era, y es, muy importante delimitar esta cuestión, tanto histórica como políticamente, ya que no quedaba clara. En concreto, como veremos a lo largo de este trabajo, hay dos posturas perfectamente diferenciadas al respecto, la de los autonomistas y la postura centralista.

³.- Entre la doctrina puede consultarse principalmente a Tomás Ramón FERNANDEZ, "Los derechos históricos de los territorios forales. Bases constitucionales y estatutarias de la Administración (continúa...)

Efectivamente, en una primera etapa la Doctrina del citado Tribunal vendría caracterizada, especialmente entre los años 1.980 y 1.987, por una gran confusión del mismo que, incluso, llegaría a suponer, por su parte, el desconocimiento del contenido sustancial de estos derechos históricos

Una segunda etapa, vendría caracterizada por la formalización de una doctrina general de reconocimiento del derecho foral.

Y por último, una tercera etapa vendría caracterizada por la aplicación al ámbito competencial del expreso reconocimiento de los derechos forales.¹

Se produjo, una consolidación gradual de ese reconocimiento inicialmente negado. Ahora bien, conviene no dejar pasar la expresa referencia que la Constitución Española efectúa al derecho foral en el ámbito competencial.

El artículo 149.1.8 de la Constitución se refiere a la "conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan". Más tampoco conviene dejar de lado el cambio introducido en la modificación del Título Preliminar del Código Civil, nos referimos al artículo 13, que fué expresamente subrayado en la Exposición de motivos del Decreto de 31 de mayo 1.974, en el que se habla de "pleno respeto" predicado de los derechos forales y la eliminación de la expresión "por ahora", alusivo a una transitoriedad injustificada sin necesidad de acudir a razones de fondo. Tal cambio, sobre el que posteriormente entraremos, ha sido

³(...continuación)

foral vasca". Ed. C.E.C. Madrid. 1.985; ASIAIN AYALA, "La Constitución y el régimen foral de Navarra", en R.J.N. núm. 1. 1.986; DEL BURGO TAJADURA, "Los derechos históricos de Navarra y la doctrina del Tribunal Constitucional" en R.E.D.A. núm. 61. 1.989; LOPERENA ROTA, "Autonomía foral y competencias sobre Administración municipal en Navarra". R.E.A.L y A. núm. 240. 1.988. Páginas 1654 y siguientes., entre otros autores.

¹.- En este sentido se pronuncia igualmente RAZQUIN LIZARRAGA, "La doctrina constitucional sobre los derechos históricos". R.A.P. núm. 124. Enero-abril. 1.991. Páginas 263 y siguientes.

calificado como giro copernicano por LASARTE.¹ Es decir, la opción constitucional, debería inicialmente ser calificada como coherente, tal y como igualmente la califican LOPEZ JACOISTE,² ROCA I TRIAS,³ CORCUERA ATIENZA,⁴ entre otros.

No es nuestro propósito analizar exhaustivamente la cuestión foral a la luz de la Constitución, pero si atraer la atención sobre algunos puntos que nos permitan apuntar ciertas ideas sobre el tema de la sucesión del Estado, es decir sobre la capacidad legislativa del estado o de las Comunidades Autónomas en materia de sucesión intestada.

4.2.- Los Derechos Forales o Especiales en el Estado de las Autonomías.

De entrada, ha de llamarse la atención sobre lo que a nuestro entender, con toda propiedad constituye un prius en el análisis del derecho foral y la Constitución Española. Este prius se corresponde con el citado artículo 149.1.8 que se refiere a los derechos forales con la expresión "allí donde se encuentren", es decir, que no son una creación ex novo de la Constitución, sino una realidad, preexistente, que se constitucionaliza con la promulgación de nuestra vigente carta magna.⁵

1.- LASARTE, "Autonomía y Derecho privado en la Constitución Española". Madrid. 1.980.

2.- LOPEZ JACOISTE, "Constitutionalismo y Codificación civil" en "Lecturas sobre la Constitución Española". U.N.E.D. Tomo II. Madrid. 1.978. Páginas 589 y siguientes.

3.- ROCA I TRIAS, "El Derecho civil catalán en la Constitución de 1.978". R.J.C. 1.979. Páginas 7 y siguientes.

4.- CORCUERA ATIENZA, "Notas sobre el debate de los Derechos históricos de los territorios forales". R.E.P. 1.985. Páginas 39 y siguientes.

5.- DIEZ PICAZO, "Sistema...". I. op. cit. página 85, en referencia a los derechos civiles propios de determinados territorios del Estado español que con carácter histórico han existido, considera que: "...no se autoriza por la Constitución la búsqueda y consiguiente plasmación articulada de un derecho foral en territorios que lo perdieron a lo largo de los años, porque la competencia de
(continúa...)

La mayoría de los autores que estudian el derecho foral y su relación con la normativa constitucional, suelen utilizar una terminología no del todo adecuada o, cuando menos, no pacífica en sus expresiones. Efectivamente, términos como codificación, derecho foral, código, apéndices forales, compilaciones civiles, autonomía, Estatutos de Autonomía, Comunidades Autónomas, potestad legislativa, etc... son cotidianas en sus escritos. En este sentido, ciertamente el término derecho foral, quizás por su antigüedad, ha acabado por imponerse entre la doctrina, especialmente en la propia Constitución, como se acredita con las aportaciones de UREÑA,¹ ROCA I TRIAS,² SANCHEZ AGESTA,³ GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ,⁴ GONZALEZ CASANOVA,⁵ etc...

De la misma forma, el tema de la potestad legislativa parece que debe encuadrarse, estructuralmente hablando, dentro del proceso de creación y formación de las leyes.⁶

⁵(...continuación)

la Comunidad Autónoma en estas materias se reconoce para la "conservación, modificación y desarrollo" de su derecho foral, y no se puede conservar lo que se ha perdido".

Las anteriores palabras refuerzan la teoría de que la Constitución se está refiriendo en su artículo 149.1.8 a aquellos Derechos civiles que estaban vigentes, o cuanto menos positivizados, a la entrada en vigor de la misma, excluyendo los demás.

Así ARCE JANARIZ, en su obra "Constitución..." op. cit. página 34, dice que: "La existencia de los derechos catalán, vasco, gallego, navarro, aragonés y balear, al margen de su mayor o menor volumen, queda fuera de duda, desde un punto de vista positivo, dadas las respectivas Compilaciones que respaldan su vigencia".

¹.- UREÑA. Voz "Derecho foral" en Enciclopedia Jurídica Española Seix. Tomo XI. Páginas 136 y siguientes.

².- ROCA I TRIAS, "La Codificación y el derecho foral". R.D.P. Julio-Agosto. 1.978. Páginas 596 y siguientes.

³.- SANCHEZ AGESTA, "Sistema político de la Constitución Española de 1.978". Editora Nacional. Madrid. 1.980. Páginas 348 y siguientes.

⁴.- GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, "Curso..." op. cit. Tomo I. Páginas 250 y siguientes.

⁵.- GONZALEZ CASANOVA, "Qué son los Estatutos de Autonomía". Ed. La Gaya ciencia. Barcelona. 1.977. Páginas 48 y siguientes.

⁶.- Ver, con carácter general la obra de DIEZ PICAZO y GULLON BALLESTEROS, "Sistema de Derecho Civil". Vol. I. Madrid. Ed. Tecnos 1.981. Páginas 115 y siguientes.; LACRUZ BERDEJO y otros, (continúa...)

Funcionalmente hablando parece que el término debe enmarcarse dentro del campo del Derecho administrativo. La potestad va intrínsecamente ligada al principio de legalidad y todas sus consecuencias.¹

Ahora bien, aún teniendo en cuenta las cuestiones semánticas, sin embargo no se acaban aquí los problemas. Continúan, por otra parte, con las consabidas distinciones y planteamientos conceptuales con que la doctrina, sea iuspublicista o iusprivatista, presenta sus tesis acerca de cada punto sometido al debate que a continuación analizamos.

Desde la perspectiva constitucional el análisis tradicional va girando en tono al conocido binomio Estado unitario-Estado federal.² Ciertamente este análisis de la realidad constitucional ha supuesto una dualidad de planteamientos.³

Por una parte, aquellos que entienden que del artículo segundo de la Constitución Española emerge claramente la idea de Estado federal cuyos criterios de articulación giran en torno a la autodeterminación. Y por otra parte, aquellos que consideran que las Comunidades Autónomas son el mismo Estado, es decir, que son parte del Estado con verdaderas funciones estatales, funciones que previamente les han sido

⁶(...continuación)

"Elementos de Derecho Civil". Parte General. Barcelona. 1.985. José María Bosch editor. Páginas 50 y siguientes; ALBALADEJO, "Derecho Civil". Tomo I. Vol. I. Introducción y parte general. Barcelona. 1.991. José María Bosch, editor. Páginas 60 y siguientes, etc...

¹.- Ver GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, "Curso..." op. cit. Tomo I. Página 265.

Ver igualmente el Capítulo segundo de la citada obra en cuanto a la relación de la potestad legislativa y el concepto materia.

².- Un análisis más detallado sobre esta materia puede obtenerse consultando la publicación "Derechos forales y competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas", en A.D.C. Enero-marzo. 1.989. Tomo XLII. Páginas 19 y siguientes.

³.-Ver SOLOZABAL ECHAVARRIA, "Nación, nacionalidades y autonomías en la Constitución de 1.978. Algunos problemas de organización territorial del Estado". Rev. Sistema. núm. 38-39. Octubre. 1.980. Páginas 257 y siguientes. Así como en "Sobre los supuestos jurídicos de la cobertura institucional del pluralismo territorial en el estado autonómico español". R.E.P. núm. 46-47. Julio-Octubre. 1.985. Página 11 y siguientes.

transferidas como consecuencia de dictarse una norma que desarrolla los principios constitucionales.¹ La norma a la que estamos haciendo referencia es el artículo segundo de la Constitución al reconocer el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española, una autonomía política que en ciertos supuestos, consecuencia o no de la historia, deviene una autonomía jurídica.

Si el análisis lo llevamos al ámbito del derecho histórico podemos comprobar, especialmente con TOMAS Y VALIENTE,² que pueden descomponerse en un doble ámbito las concepciones del derecho foral. Así, se puede encuadrar el tema dentro del sistema de fuentes; o, por el contrario, centrarse en el análisis del fenómeno de la codificación en España y, dentro de ella, en la codificación civil. Ahora bien, no es el caso de detenerse ahora en tan importante cuestión, que equivaldría, nada menos, que a una completa revisión de toda nuestra historia jurídico-política reciente. No obstante, la Constitución Española del año 1.978 indudablemente supone un reencuentro con la realidad histórica que no se agota en las formulaciones jurídico-formales de Constituciones anteriores. Y así, lo primero que puede afirmarse sobre los derechos históricos es que se han constitucionalizado. Y esta situación, que se produce por primera vez en la historia del Derecho español, encuentra en la misma Constitución Española un soporte y garantía.³ Se trata, como entiende CORCUERA ATIENZA de "dejar establecida la existencia misma de la foralidad como institución

¹.- En este sentido se expresa GONZALEZ CASANOVA, "El estado de las Comunidades Autónomas". Rev. Sistema. Núm. 38-39. Octubre, 1.980. Páginas 219 y siguientes.

².- TOMAS Y VALIENTE, "Manual de Historia del Derecho español". Ed. Tecnos. Madrid. 1.979. Páginas 417 y siguientes. Ver también el trabajo "Las relaciones entre el poder central y los poderes territoriales en la jurisprudencia constitucional". VI Conferencia de Tribunales Constitucionales. Informe Nacional, España. Madrid. 1.984.

³.- En este sentido puede consultarse a MEILAN GIL y RODRIGUEZ-ARANA, "Derechos forales y competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas". Páginas 126 y siguientes.

peculiar, como forma explícita y singular de autogobierno".¹

Lo anterior, pues, se concreta en la Disposición Adicional primera de la Constitución Española que reconoce los derechos históricos y que, a su vez, supone la vinculación de los poderes públicos, incluso el legislativo y el Tribunal Constitucional, al reconocimiento de la realidad jurídica foral.²

Dejando a un lado aspectos generales, razones nos sobran, no debemos olvidar que la Disposición adicional primera implica, como ya anticipábamos, una doble realidad:

Por un lado, el reconocimiento expreso del Derecho foral y de los Derechos históricos y, por otro lado, que este reconocimiento actúa en el ámbito de la propia Constitución, es decir con la garantía propia que aquella otorga.³

¹.- CORCUERA ATIENZA. op. cit. Página 85.

².- Dice la Disposición Adicional Primera de la Constitución Española vigente, que: "La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía".

Sin ánimo de ser exhaustivos, en el comentario de esta norma, no en vano se hace referencia a ella a lo largo de este trabajo, aquí y ahora querría resaltar la referencia que a la misma se hace en los Estatutos de Autonomía de los territorios españoles llamados históricos, y que además tienen un derecho civil propio, que podríamos llamar, creemos que equivocadamente, foral.

En todos estos Estatutos autonómicos se recoge y desarrolla esta norma, como luego más adelante veremos.

Ello, no obstante, nos gustaría llamar la atención sobre la utilización de dicha norma como una cuña, que ha permitido, y seguirá permitiendo, rescatar derechos históricos que van mucho más allá de la historia jurídica española reciente. Y con ello, me estoy refiriendo al derecho valenciano, que habiendo desaparecido del orbe positivado en el año 1.709, consecuencia del Decreto de Nueva Planta, que Felipe V dictó tras la batalla de Almansa, no sólo reaparece, sino que tiene un reconocimiento en el propio Estatuto de Autonomía del País Valenciano. Un ejemplo lo encontramos en el artículo 50.1.c del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, concordante con el artículo 22 de la Ley de la Generalidad Valenciana 3/1.986, de 24 de octubre, de Patrimonio de la Generalidad Valenciana, artículos en virtud de los cuales un cierto sector doctrinal articula la idea de la posible existencia de un derecho civil valenciano.

Ver Comunicación de CLEMENTE MEORO y BLASCO GASCO, "La sucesión intestada en favor de la Generalitat Valenciana y la condición jurídica de valenciano", en las V Jornadas de Dret catalá a Tossa. Cent anys de Codi Civil des de Catalunya. Tossa de Mar. 27/30 de septiembre de 1.988.

³.- Ver SANCHO REBULLIDA, "El derecho navarro tras el Amejoramiento del Fuero". EUNSA. Pamplona, 1.985.

Ver, como especialmente destacable, el trabajo de FERNANDEZ, "Los derechos históricos de los territorios forales. Bases ..." op. cit.

FERNANDEZ, partiendo de la dualidad anterior, configura los derechos históricos en un triple sentido.¹ Primero, dota a los derechos históricos de contenido material. En segundo lugar, supone el cierre de la configuración de los derechos históricos partiendo de una completa estructuración de los mismos. Y finalmente hace que la Constitución Española asuma de lleno la cuestión foral y el reconocimiento del derecho foral.

Si el reconocimiento y protección de los derechos forales hemos observado que se trata de la *communis opinio* en la doctrina, este reconocimiento no ha sido mantenido al mismo nivel por el Tribunal Constitucional. Efectivamente, el Tribunal Constitucional venía afirmando un criterio finalista manifestado, esencialmente, en la desconfianza al reconocimiento de la realidad jurídica foral.

Una de las primeras Sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional sería la número 11/84, de 2 de febrero.²

En esta Sentencia el Tribunal Constitucional partía de la imposibilidad de pretender basar las competencias en materia de emisión de deuda pública en el derecho histórico de los territorios forales.³

La sentencia anterior fué descalificada de forma enérgica por la doctrina y, especialmente, por T.R.

¹.- FERNANDEZ, T.R., "Los derechos históricos de los territorios forales..." op. cit. Página 15.

².- Esta Sentencia fué dictada para resolver el conflicto positivo de competencia, número 241/1.982, planteado por el Gobierno Vasco, en relación al acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autorizaba a la Comunidad Autónoma del País Vasco para emitir deuda pública. Fué ponente RUBIO LLORENTE.

³.- En concreto, diría que: "Tampoco puede ser objeto del presente proceso determinar la extensión de las facultades reconocidas a las Diputaciones Forales de Alava, Guipúzcoa y del Señorío de Vizcaya por el artículo 15 del Real Decreto de 13 de diciembre de 1.906, ni si entre tales facultades se incluían las referentes a su endeudamiento, ni tampoco si el contenido del régimen de concierto económico se extiende, en relación con los territorios históricos, en aspectos financieros no tributarios a la materia concreta de endeudamiento. Son todas ellas cuestiones de una legalidad, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria..."

En relación al tratamiento dado por la jurisdicción ordinaria, ver la recopilación realizada en este trabajo sobre Sentencias del Tribunal Supremo.

FERNANDEZ, como consecuencia de un desconocimiento de la importancia histórica de los derechos propios de ciertas Comunidades.¹

Sin duda alguna la crítica de FERNANDEZ es razonable a la vista de la situación jurídica actual, precisamente por ello, y reconociendo esa crítica, el propio Tribunal Constitucional, en Sentencia 94/85, de 14 de agosto de 1.985 al referirse a una Comunidad autónoma histórica como Navarra, enmienda parcialmente la tesis mantenida por la Sentencia de 1.984.² En esta Sentencia el reconocimiento, y posterior remisión, a los derechos forales históricos es contundente, contradiciendo en gran medida lo dicho por la Sentencia número 11/1.984.

Pero entre el reconocimiento de los derechos forales y su negación, como veíamos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/84, de 2 de febrero, surgía una nueva dicotomía, es decir, una diferencia entre el expreso reconocimiento del carácter competencial de los derechos forales y los Estatutos de Autonomía.

Lo anterior hace que tengamos que alcanzar el nivel de

¹.- Criticando este desconocimiento, FERNANDEZ, acertadamente, diría que: "... desconocer que es la propia Constitución Española la que finalmente proclama su amparo y respeto (se refiere a los derechos forales), y que esa declaración, si algo significa, es que, a partir de ahora, tales derechos, cualquiera que puedan ser de acuerdo con las fuentes históricas en las que tengan su origen y rango, existen porque la Constitución lo ha querido y tienen la fuerza de obligar que la Constitución los proteja".

Esta crítica del autor fundamenta la idea de obligatoriedad de aplicación directa de la Disposición Adicional Primera de la Constitución Española, viniendo obligado el Tribunal Constitucional, de manera única e ineludible, a proteger y amparar aquellos derechos históricos existentes, pronunciándose necesariamente sobre su existencia y aplicabilidad.

Ver FERNANDEZ, "Los derechos históricos..." op. cit. Página 86.

².- Dice en la misma que "El reconocimiento de los derechos históricos de los territorios forales, entre los que se encuentra indiscutiblemente Navarra, y de su régimen foral, contenidos en la disposición adicional primera de la Constitución; el mantenimiento, en el apartado segundo de la disposición derogatoria de la misma, de la vigencia en Navarra de la ley de 25 de octubre de 1.839 que confirmó sus Fueros, y la promulgación del Real Decreto 121/1979, de 26 de enero, sobre elecciones locales y ordenación de las instituciones forales de Navarra, que inicia el proceso de reintegración y mejoramiento de su régimen foral, avala suficientemente la previsión singular contenida en la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Por otra parte, la aplicación a Navarra del régimen propio de los entes preautonómicos o de los entes locales no encuentra fundamento alguno en la Constitución..."

los derechos forales por su expreso reconocimiento en la ya citada Disposición Adicional primera de la Constitución Española.¹

El resultado de tan acertada opinión sería el siguiente: Los derechos forales, para cuya investigación puede realizarse un análisis histórico, constituirían un título competencial de las Comunidades Autónomas.

Así, pues, la anterior dicotomía se resolvería mediante el expreso reconocimiento del derecho foral como competencia propia de las Comunidades Autónomas, claro está, de las Comunidades Autónomas con derecho foral propio. No obstante, el Tribunal Constitucional, como vimos, pasó a negar que los derechos históricos constituyeran un título competencial autónomo de competencias. Esta doctrina será seguida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/84, de 18 de diciembre,² así como por otras Sentencias del mismo Tribunal, destacando la número 94/85, de 29 de julio.³

¹.- Así, como acertadamente dice RAZQUIN LIZARRAGA, "...la competencia que históricamente han conservado los territorios forales sobre el régimen común, es reconocido por la adicional primera al amparar y reconocer los regímenes forales su contenido y naturaleza...". Ver RAZQUIN LIZARRAGA, "La doctrina constitucional..." op. cit. Páginas 274 y 275.

².- La Sentencia del Tribunal Constitucional 123/84, de 18 de diciembre, de la que fué ponente DIEZ PICAZO, nos diría que: "...Debemos, pues, situarnos en el marco del artículo 149.1.9 porque a lo largo del debate el tema se ha discutido ampliamente, que la idea de derechos históricos de las Comunidades Autónomas y territorios forales, no puede considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias, pues la propia Disposición adicional manifiesta con toda claridad que la actualización general de dicho régimen general se ha de llevar a cabo en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, por donde el problema retorna a su anterior planteamiento en torno al artículo 149.1.29 de la Constitución...".

Esta Sentencia fué dictada para resolver el conflicto positivo de competencia número 568/1.983, promovido por el Gobierno de la Nación frente al Gobierno Vasco, en relación al Decreto 34/1.983, de 8 de marzo, de creación de los Centros de Coordinación Operativa.

Es concordante entre otras con la número 94/85, de 29 de julio, y especialmente, en atención a su importancia, con la 133/90, de 19 de julio, en sus Fundamentos Jurídicos números 1 al 23.

Esta resolución del Tribunal Constitucional, ha sido estudiada en otros epígrafes de este trabajo debido a su excepcional importancia.

³.- Esta Sentencia diría: "...Pero, como ha señalado el Tribunal Constitucional en Sentencia de 18 de diciembre de 1.984, los derechos históricos de competencia de las Comunidades y Territorios forales a que alude la mencionada no pueden considerarse como un título autónomo del que pueden deducirse específicas competencias pues la propia Constitución establece que la actualización se llevará a cabo en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía...".

Más, realmente, la doctrina constitucional pretendía desustancializar los derechos históricos. De ahí, que nos encontráramos ante autores, como el caso de HERRERO Y RODRIGUEZ DE MIÑON,¹ que afirmarán que era una falsa polémica discutir si los derechos históricos eran o no un título competencial distinto de los previstos en el Título VIII de la Constitución Española.

La doctrina anterior, que había sido criticada por importantes sectores doctrinales, tenía que ser revisada. A este sentir de revisión doctrinal respondería la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/88, de 26 de abril, sobre la ley del gobierno vasco de Territorios Históricos. Curiosamente, y ello es un dato histórico relevante, la Sentencia del Tribunal Constitucional se pronuncia posteriormente sobre el trabajo del profesor Tomás Ramón FERNANDEZ, que anteriormente hemos señalado.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 76/88,² de la que posteriormente veremos su incidencia en el ámbito competencial, parte de una premisa de indudable valor doctrinal, como es el reconocimiento del dinamismo del derecho foral.³

Es decir, la Sentencia reconoce el dinamismo del derecho foral, su evolución temporal, unido ello al expreso reconocimiento de tal dinamismo por la Constitución Española. Precisamente el ubicar el derecho foral en la propia

¹.- HERRERO Y RODRIGUEZ DE MIÑON, "Concepto y función de los derechos históricos", en Revista de la Cortes Generales". núm. 1.988. Páginas 26 y siguientes.

².- Fué ponente de la misma LOPEZ GUERRA, siendo dictada para resolver el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 55 senadores contra determinados preceptos de la Ley 27/1.983, de 25 de noviembre, del Parlamento Vasco, sobre Relaciones entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de sus Territorios Históricos.

³.- Efectivamente, en el Fundamento Jurídico Tercero, la referida Sentencia nos dirá que: "...es evidente que esta precisión supone un complemento indisoluble del primer párrafo de la Disposición Adicional primera de la Constitución Española, que ha de ser considerada en su conjunto y no únicamente en cuanto a reconocimiento y respeto de derechos históricos, sin otra matización.

En efecto, la actualización que se prevé resulta consecuencia obligada del mismo carácter de norma suprema de la Constitución...".

Constitución sería resaltado por esta Sentencia, igualmente en su fundamento tercero.¹

Se expresaba de esta forma lo que posteriormente sería la general y mayoritaria doctrina, que no es otra cosa que el principio de constitucionalidad de los derechos forales; la primacía de la Constitución Española, ya que todo derecho foral contrario a la misma era insostenible.

Ahora bien, el silogismo que venimos analizando, Constitución Española versus Estatutos de Autonomía, sería igualmente mantenido por la Sentencia anterior. Así, si bien se parte de la constitucionalidad de los derechos forales, estos se circunscriben al marco de los Estatutos de Autonomía hasta el criterio de que son los Estatutos de Autonomía los que, en primer lugar, realizan la actualización de los derechos forales.² La capital aportación de la Sentencia que venimos comentando aparece, sin duda, en la categorización de la Disposición Adicional Primera de la Constitución Española como garantía institucional. El espíritu de esta disposición adicional ha sido recogido por la doctrina constitucional en

¹.- Este Fundamento dice que: "...Primeramente, desde la necesaria adaptación a los mandatos constitucionales de esos derechos históricos que se amparan y respetan. El carácter de norma suprema de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes del Estado (artículo 9), y que resulta del ejercicio del poder constitucional del pueblo español, titular de la soberanía nacional, y del que emanan todos los poderes del Estado (artículo 1.2 de la Constitución Española) imposibilitan el mantenimiento de situaciones jurídicas (aún con una probada tradición) que resultan incompatibles con los mandatos y principios constitucionales. La Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conservan unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones históricas anteriores. En este sentido, y desde luego, la actualización de los derechos históricos supone la supresión, o no reconocimiento, de aquellos que contradigan los principios constitucionales. Pues será la misma Disposición Adicional primera de la Constitución Española, y no de su legitimidad histórica, de donde los derechos históricos obtendrán o conservarán su validez y vigencia."

².- Corroborando esta idea, en el Fundamento Jurídico tercero de la citada resolución se sigue insistiendo en que: "La actualización, por tanto, como la Constitución Española dispone, ha de llevarse a cabo también en el marco de los Estatutos de Autonomía, y ello puede suponer que determinados derechos históricos incompatibles con el hecho autonómico deban suprimirse, o que deban atribuirse a unos sujetos, las Comunidades Autónomas, aquellos que resulten imprescindibles por su misma configuración o funcionamiento..."

Añadiendo a continuación, para resaltar con más fuerza si cabe, que: "...es el Estatuto de Autonomía el elemento más decisivo de actualización en lo que a regímenes forales se refiere."

múltiples Sentencias, siendo la más relevante la que aquí analizamos, junto con las Sentencias número 123/1.984, de 18 de diciembre y la 32/1.981, de 28 de julio, donde el proceso de actualización de los derechos propios de determinadas Comunidades Autónomas se contempla dentro de la dinámica de respeto, y de protección y garantía constitucional, de los llamados derechos forales históricos, consecuencia de las reminiscencias históricas pre-existentes.¹

La concepción, pues, de la Disposición Adicional primera de la Constitución Española como garantía de contenido y

¹.- Lo dicho se observa claramente en el Fundamento Jurídico cuarto de la Sentencia comentada, cuando nos dice que: "De la consideración de la Disposición adicional primera de la Constitución Española en su titularidad, en relación con los mandatos constitucionales y la nueva estructura territorial que la Constitución prevé, se deriva que la garantía o, literalmente, el amparo y respeto por parte de la Constitución de los derechos históricos de los territorios forales no puede estimarse como una garantía de toda competencia que pueda legítimamente calificarse de histórica; como este Tribunal declaraba en Sentencia 123/84, de 18 de diciembre, fundamento jurídico tercero, la idea de derechos históricos no puede considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias.

Lo que la Constitución ha venido a amparar y respetar no es una suma o agregado de potestades, facultades o privilegios, ejercidos históricamente, en forma de derechos subjetivos de corporaciones territoriales, susceptibles de ser traducidos en otras tantas competencias de titularidad o ejercicio respaldadas por la Historia.

Como resulta de la misma dicción del párrafo segundo de la Disposición adicional primera de la Constitución Española, lo que viene a garantizar es la existencia de un régimen foral, es decir, de un régimen propio de territorio histórico de autogobierno territorial, esto es, de su foralidad, pero no de todos y cada uno de los derechos que históricamente le hayan caracterizado. La garantía constitucional supone que el contenido de la foralidad debe preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder la imagen identificable de ese régimen foral tradicional. Es este núcleo identificable lo que se asegura, siendo, pues, a este último aplicables los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1.981, de 28 de julio, cuando declaraba que, por definición, la garantía constitucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Todo ello en el buen sentido que esa garantía referida a los Territorios Forales, si bien no especifica exhaustivamente las competencias concretas, si alcanza, como mínimo irreductible, a proteger un régimen de autogobierno territorial con el que quepa reconocer el régimen foral tradicional de los distintos territorios históricos. Son de nuevo aplicables, a este respecto, las palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/81, cuando afirmaba que la garantía institucional es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre.

Dentro de estos límites es al proceso de actualización previsto en la Disposición adicional primera de la Constitución Española, al que corresponde precisar cual es el contenido que, en el marco constitucional y estatutario, se da al régimen foral de cada uno de los territorios históricos, garantizado por la Constitución Española."

desarrollo de los derechos civiles territoriales, garantía institucional, es el gran avance de la doctrina constitucional en relación a la propia doctrina que al respecto también emana del Tribunal Constitucional aunque con un carácter anterior a la Sentencia reseñada.

Con la Sentencia del Tribunal Constitucional número 76/88, vista anteriormente, ya no se niega el contenido sustantivo y competencial propio de los regímenes forales. Al contrario, ahora se reconoce a los regímenes forales un contenido material para su desarrollo normativo, unido a una garantía institucional de su foralidad.

En suma, la interpretación de la Disposición Adicional primera de la Constitución Española puede y debe realizarse en un doble ámbito. En primer lugar como garantía de la existencia de un régimen foral. Y, en segundo lugar, como garantizadora de un contenido propio de este régimen foral.

Al hilo de este reconocimiento de los derechos forales, el Tribunal Constitucional tendría ocasión de profundizar en los mismos y también en sus precedentes históricos. Efectivamente, la Sentencia del citado Tribunal 86/1.988, de 3 de mayo, ratificaría posteriormente la doctrina general.¹

El Tribunal Constitucional, tras recurrir al estudio del ámbito competencial del Título VIII de la Constitución, consideraría la posible habilitación de la competencia foral de Navarra cuestionada en la disposición adicional primera, en la actualización foral llevada a cabo en el artículo 49.3 de la L.O.R.A.F.N.A. La Sentencia del Tribunal Constitucional 86/88, independientemente de recurrir al estudio del ámbito

¹.- La Sentencia del Tribunal Constitucional a la que nos hacemos referencia, es de un contenido prácticamente igual a la Sentencia 76/88 del mismo Tribunal, ratificando todos sus extremos, y confirmando, por tanto, la doctrina general en el sentido del reconocimiento constitucional de los derechos territoriales históricos.

Esta Sentencia, de la que fué ponente RODRIGUEZ-PIÑEIRO y BRAVO FERRER, fué dictada para resolver los conflictos positivos de competencia promovidos por el Gobierno de la Nación contra determinados preceptos de los Decretos Forales de Navarra 24/1.984, de 18 de abril y el 182/1.984, de 14 de agosto, ambos reguladores de las autorizaciones para el transporte público discrecional de personas y mercancías.

competencial, acudió al criterio histórico para comprobar si el régimen foral amparaba determinado ejercicio de competencias.¹

El expreso reconocimiento anterior igualmente encontraría un nuevo impulso doctrinal. Nos referimos a las consideraciones vertidas por el Tribunal Constitucional, en la importante Sentencia 214/89, de 21 de diciembre.²

La Sentencia se enfrenta con la cuestión recurrente de los derechos históricos y la legislación básica, pues los letrados que interpusieron el citado recurso de inconstitucionalidad se oponían al concepto de "carácter básico" de los artículos 98 y 99 de la citada ley, en razón a las previsiones contenidas en la Disposición Adicional segunda, apartados séptimo a décimo de la propia ley.³

¹.- A este respecto, la citada Sentencia diría que "...en el Estado de la Autonomías no se han reducido las competencias históricas de Navarra, aunque se hayan precisado con mayor rigor jurídico los ámbitos respectivos de competencias normativas, legales y reglamentarias...".

².- Esta Sentencia fué dictada para resolver los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 610/85, 613/85 y 617/85, contra determinados preceptos de la Ley 7/1.985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. Fué ponente de la misma José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS.

³.- El Tribunal Constitucional, en la Sentencia que declara la constitucionalidad de dicha Disposición Adicional segunda, diría que: "Sin embargo, el argumento utilizado por los recurrentes no puede ser acogido, porque aunque se pretende destacar que no pueden tener carácter básico normas que contemplan un régimen excepcional, como el amparado en la disposición adicional segunda, apartados séptimo a décimo, lo que sería contrario al propio concepto de bases (Sentencia del Tribunal Constitucional 1/82, de 28 de enero), hay que tener en cuenta que esa excepción, en el presente caso, está fundada en la Disposición adicional primera de la Constitución que ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales, añadiendo que la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

Por su parte, la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la Disposición adicional segunda, no ha hecho, pues, sino atender al propio mandato constitucional, preservando la singularidad misma de ese régimen local en los aspectos organizativos, en unos términos y con un alcance perfectamente compatible con la propia Constitución.

Por ello, no pueden pretender los recurrentes que los derechos reconocidos a los territorios sean extensibles a las Comunidades de Cataluña y Galicia por el simple hecho de haber asumido idénticas competencias que la Comunidad autónoma del País Vasco, en materia de régimen local, dado el carácter particular o excepcional de los derechos reconocidos a los derechos históricos, que tiene por objeto, como ha señalado la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/88, el garantizar "la existencia de un régimen foral, es decir, de un régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, esto es, de su foralidad...", de manera que la "garantía constitucional supone que el contenido de la foralidad debe preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su
(continúa...)

En la línea del análisis de la sentencia citada, la doctrina¹ identifica las siguientes consecuencias en cuanto al reconocimiento de los derechos históricos, pudiéndose detraer las conclusiones siguientes:

Primera, que los derechos históricos, dado el reconocimiento constitucional, pueden enervar la aplicación en el ámbito de los territorios forales de normas de carácter básico del estado que puedan suponer el desconocimiento del régimen foral.

Segunda, que el expreso reconocimiento constitucional admite la posibilidad de una actualización foral al margen de los Estatutos de Autonomía que no son los únicos instrumentos de actualización.

Tercera, que el expreso reconocimiento constitucional de los derechos forales puede implicar un tratamiento normativo singular para estos territorios.

En suma, la doctrina de la anterior Sentencia comportaría un importante avance, pues se reconoce la primacía del derecho foral y su reconocimiento incluso por encima de la legislación básica del Estado.

Si lo anterior ya sería por si solo muy importante, no podemos olvidar tampoco que el avance de la doctrina constitucional, avance constante, se plasmaría con mayor intensidad en la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/1.990, de 20 de septiembre.²

³(...continuación)

propio ámbito de poder la imagen identificable de ese régimen foral tradicional". Se comprende, de este modo, que esa garantía constitucional comporte un tratamiento normativo singular propio de este régimen foral y ello aún frente a los poderes centrales del Estado".

En esta Sentencia se marca claramente la línea del reconocimiento histórico, y por tanto respeto, sólo de las instituciones ya existentes a la entrada en vigor de la Constitución, reconociendo igualmente la normativa reguladora de las mismas preexistente a aquella.

¹.- Ver especialmente RAZQUIN LIZARRAGA, en "La doctrina..." op. cit. Página 287.

².- Esta Sentencia fué dictada para resolver el conflicto positivo de competencia número 192/1.985, promovido por el Gobierno de la nación frente al Gobierno de Navarra, en relación con el Decreto 236/1.984, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para la elección de Organos
(continúa...)

En esta Sentencia el conflicto competencial que se planteaba, aparecía formulado de la siguiente forma:

Por parte del Estado la norma impugnada debía ser calificada de básica y por ello resultaba una infracción competencial con respecto a los artículos 149.1.1 y 149.1.18 de la Constitución Española y doctrina concordante, ignorando el reparto de competencias que en materia de función pública establece este último artículo constitucional.¹

En cambio, por parte de la Comunidad Autónoma Navarra se partía de que la materia impugnada constituía el ejercicio de una competencia histórica incluida dentro de la garantía constitucional de los derechos históricos de la Disposición Adicional primera de la Constitución Española y los artículos 2.1, 39 y 49 de la L.O.R.A.F.N.A., atribuyendo un plus competencial al margen de límite que establece el artículo 149.1.19 de la Constitución Española.²

Para solucionar el conflicto competencial planteado, el Tribunal Constitucional iniciaría una revisión de su, hasta

²(...continuación)

de Representación de los Funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra. Fué ponente Alvaro RODRIGUEZ BEREIJO.

¹.- La posición del Abogado del Estado, la resume el Tribunal en el Fundamento Jurídico segundo, cuando dice que: "Para el Abogado del Estado, el artículo 49.1.b de la L.O.R.A.F.N.A., pese a su dicción literal, deja a salvo íntegramente la competencia estatal conferida por el artículo 149.1.18 de la Constitución Española de manera que la atribución de competencias en materia del régimen estatutario de los funcionarios en favor de Navarra no puede ir más allá del desarrollo de la legislación básica del Estado. Navarra no tendría así, una competencia singular específica que pudiese rebasar el límite que con carácter general establece el artículo 149.1.18 de Constitución".

².- Según se recoge en el Fundamento Jurídico segundo de la Sentencia, la posición de la Diputación Foral Navarra era la siguiente: "La representación de Navarra alega, por su parte, que el artículo 49.1.b de la L.O.R.A.F.N.A atribuye un plus competencial al margen del límite que establece el artículo 149.1.18 de la Constitución, basado en el reconocimiento de un derecho histórico amparado por la Disposición Adicional primera de la propia Constitución y los artículos 2.1, 39 y 49 de la L.O.R.A.F.N.A.

La competencia de Navarra respecto a la regulación del régimen estatutario de la función pública no tendría como límite la legislación básica del Estado, sino sólo el respeto de los derechos y obligaciones esenciales reconocidos por aquella."

Y en el mismo Fundamento concluiría que: "Resulta necesario, para resolver el presente conflicto, delimitar previamente cual sea el alcance de los derechos históricos invocados por Navarra y reconocidos por la LORAFNA respecto a la regulación de la representación y participación de los funcionarios."

entonces, doctrina sobre los derechos históricos.¹

1.- Así, siguiendo esta línea de reconocimiento de los precedentes legislativos históricos pre-constitucionales de los derechos forales, nos diría que: "Para acercarnos al tema de los derechos históricos de Navarra conviene empezar recordando lo manifestado por este Tribunal en anteriores resoluciones. En primer lugar, la consideración de Navarra como una Comunidad Autónoma de régimen específico que accedió a su autonomía en virtud de la Disposición Adicional primera de la Constitución (Sentencia Tribunal Constitucional 16/84). Dicha especificidad, en cuanto respecta a la asunción de competencias, ha sido interpretada por el Tribunal, en relación a los derechos históricos de los territorios forales del País Vasco, en el sentido de que estos pueden mantener competencias que les viniesen atribuidas por los derechos históricos al amparo de la Disposición Adicional primera de la Constitución y del Estatuto de Autonomía (Sentencias del Tribunal Constitucional 11/84; 123/84; 76/88; 94/86). Esto se concreta en que los dos párrafos de dicha Disposición Adicional primera requieren una lectura conjunta, de la que se deduce que la garantía institucional del régimen foral que se establece en el primer párrafo se vincula a la actualización de los derechos históricos que se ha efectuado por el estatuto de Autonomía en el marco de la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional 76/88). Por consiguiente, el respectivo Estatuto deviene el elemento decisivo de la actualización de los derechos históricos". La anterior Sentencia seguiría diciendo más adelante que: "No cabe duda que respecto a Navarra dicha actualización de los derechos históricos se ha llevado a cabo mediante la L.O.R.A.F.N.A. (artículos 2 y 39), de manera que las competencias que tengan su origen en un derecho histórico corresponderán a la Comunidad foral en los términos que haya precisado la L.O.R.A.F.N.A. dentro del marco de la Constitución. Ello significa, como ha recordado la Sentencia del Tribunal Constitucional 94/85 que la atribución por los Estatutos de Autonomía, en este caso, por la L.O.R.A.F.N.A., de una determinada competencia supone en ocasiones el reconocimiento y actualización de un derecho histórico...

El concepto derecho histórico empleado por la Disposición Adicional primera de la Constitución y la L.O.R.A.F.N.A. apela, entre otras cosas, a un cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la institución foral reconocida por el Estado."

El Tribunal Constitucional finaliza el Fundamento Jurídico tercero de la citada Sentencia reconociendo la competencia de la Comunidad Autónoma de Navarra diciendo lo siguiente: "El artículo 49.1.b de la L.O.R.A.F.N.A. se inserta claramente dentro de este último supuesto. Efectúa una atribución de competencia en favor de Navarra en virtud de su régimen foral, remitiendo dicha competencia a la categoría comprendida en el apartado a) del artículo 39.1 de la citada ley. Este precepto realiza una clasificación de todas las competencias que correspondan a Navarra dentro de la cual la referida encaja inequívocamente en su primer apartado ("todas aquellas facultades y competencias que actualmente ejerce, al amparo de lo establecido en la ley paccionada de 16 de agosto de 1.841 y disposiciones complementarias"), lo que remite a los denominados "derechos orgánicos e históricos" (artículo 2.1 de la L.O.R.A.F.N.A.). Nos hallamos, pues, frente a la atribución de una competencia en favor de la Comunidad Foral que entraña asimismo el reconocimiento de un derecho histórico."

Las Sentencias aquí citadas son también estudiadas en otros epígrafes de este trabajo, por cuanto que si esta Sentencia se refiere al derecho histórico de Navarra, las conclusiones que al respecto llega el Tribunal Constitucional, en relación a los derechos históricos y su vigencia post-constitucional, serán aplicables al resto de territorios en que existan esos derechos históricos pre-constitucionales, y que se reflejan en las Compilaciones forales preexistentes.

Del mismo modo las Sentencias concordantes a las que hace referencia esta resolución, se refieren a otras Comunidades Autónomas con derechos civiles históricos propios y en todas las considera el Tribunal Constitucional vigentes, debiendo tenerse en cuenta su existencia para considerar la capacidad legislativa de los Parlamentos autonómicos correspondientes. Para ello, bastará con ver el Fundamento Jurídico cuarto de la Sentencia 11/1.984, de 2 de febrero; el Fundamento Jurídico tercero de la Sentencia 123/1.984, de 18 de diciembre; el Fundamento Jurídico cuarto de la (continúa...)

En suma, la doctrina constitucional ha alcanzado un criterio respetuoso con el derecho foral histórico, admitiendo su reconocimiento constitucional.¹

Efectivamente, la relación de los derechos forales y el Estatuto de Autonomía aparece en la perfecta y clara constitucionalidad de los derechos históricos de los territorios forales y de su actualización constitucional.²

La necesidad y el reconocimiento de la actualización del derecho histórico como titularidad competencial autonómica supone la inclusión dentro de la competencia legislativa foral de lo que cada en cada momento deba entenderse como derecho propio.³

¹(...continuación)

Sentencia 76/1.988, de 26 de abril y el Fundamento Jurídico sexto de la Sentencia 94/1.985, de 29 de julio.

¹.- No obstante la claridad de la Sentencia citada en la nota anterior, algunos autores han discutido la supervivencia de la citada Ley paccionada, con la entrada en vigor de la Constitución. Es más, se ha cuestionado la constitucionalidad del acceso al proceso autonómico de Navarra, vía artículo 151, partiendo de un hecho diferencial otorgado o reconocido al amparo de la citada norma.

El Tribunal Constitucional en Sentencia 17/1.984, de seis de febrero, reconoció la plena cobertura constitucional de la vía peculiar de acceso de Navarra a la autonomía, mediante lo previsto en la Disposición Adicional primera de la Constitución, disipando cualquier duda al respecto, y equiparándose plenamente la L.O.R.A.F.N.A. a un estatuto de autonomía.

Ver SOLOZABAL ECHAVARRIA, "Sobre los supuestos ...". op. cit. página 25, nota del texto número 16.

².- Para un mejor entendimiento del término actualización constitucional, habrá que remitirse a lo dicho al examinar el artículo 149.1.8 en relación a la extensión de su terminología, y en concreto al alcance de las expresiones "conservación, modificación y desarrollo".

³.- Esta idea central es la recogida en la Sentencia que venimos estudiando en su Fundamento Jurídico cuarto cuando dice que: "El concepto de derecho histórico empleado por la disposición adicional primera de la Constitución y la L.O.R.A.F.N.A. apela, entre otras cosas, a un cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la Institución Foral y reconocido por el Estado. La determinación del contenido de un derecho histórico, como ha señalado el Tribunal en varias ocasiones, puede exigir una investigación histórica."

Sigue ahondando este fundamento en la idea citada al decir que: "La apelación al régimen estatutario de los funcionarios en el artículo 49.1 b) L.O.R.A.F.N.A. constituye, pues, una titularidad competencial derivada de un derecho histórico, pero cuya actualización supone la inclusión dentro de la competencia foral de lo que en cada momento haya de entenderse como incluido en el régimen estatutario de los funcionarios, dentro del cual, según ha tenido ya ocasión de afirmar este Tribunal debe incluirse también la regulación de los órganos electivos de representación de los mismos en las Administraciones Públicas, pues tales órganos, por su naturaleza, constituyen un aspecto esencial en dicho régimen estatutario y deben ordenarse también en condiciones de igualdad, como es
(continúa...)

4.2.1.- La identificación de estos derechos y su relación con las competencias en materia civil de las Comunidades Autónomas.

En páginas anteriores ya hicimos una referencia al Derecho foral o especial y su identificación con un planteamiento histórico, preconstitucional. Ahora bien, ya pusimos de manifiesto que, a nuestro entender, no era posible limitar el reconocimiento de estos derechos forales, especiales o autonómicos al derecho histórico, ya que ello iba en contra del propio artículo 149.1.8 de la Constitución Española.

Igualmente, y ello ya lo hemos apuntado en páginas precedentes, hemos hecho incapié en el hecho de que este Derecho civil especial no limita la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas a la hora de legislar con posterioridad de la entrada en vigor de la Constitución, es decir, que tras el artículo 149.1.8 de la vigente Constitución, las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva.

La Constitución Española, como pone de manifiesto LASARTE, parece identificar los Derechos civiles forales o especiales a Codificación del Derecho Civil por las respectivas Comunidades Autónomas o, en este caso, territorios históricos.¹ En este sentido, se considera que la norma constitucional parte de la distinción entre Derecho

³(...continuación)

el caso de la que se contiene en el Decreto Foral 236/1984 objeto del presente conflicto.

Por consiguiente ha de reconocerse que, dentro de la competencia reconocida a Navarra por el artículo 49.1 b) L.O.R.A.F.N.A., se incluye esta materia de la representación electiva de los funcionarios. Sin embargo, esta competencia, según el citado precepto, ha de ejercerse "respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos". Corresponde, pues, examinar si el Derecho Foral, aun siendo ejercicio de una competencia propia en virtud de su régimen foral, ha respetado el límite constituido por esos derechos y obligaciones esenciales reconocidos a los funcionarios públicos por la legislación básica del Estado, y singularmente, en el caso, el derecho de representación colectiva."

¹.- "Autonomías..." op. cit. Páginas 104 y 105.

común y Derecho foral aunque el primero no aparece expresamente mencionado en ella. Igualmente se parte de la idea de que el Derecho foral o especial es incompleto y asistemático por lo que precisa del Derecho común, que en palabras de LASARTE: "...ha conseguido una más alta cota de perfeccionamiento técnico por ser hic et nunc un sistema jurídico completo, circunstancia que no se puede predicar de ninguno de los derechos forales...".

La opinión anterior, que es en definitiva la mantenida por las más restrictivas opiniones referentes al desarrollo del Derecho civil por las Comunidades Autónomas, parte como ya manteníamos en páginas anteriores, de la distinción entre Derecho civil común y foral en sede del artículo 149.1.8 de la Constitución, cuestión esta que no puede ser admitida. Ciertamente es, no obstante, que la Constitución Española en su Disposición Adicional primera, dispone específicamente que ésta ampara y respeta los derechos históricos de los territorios históricos, admitiendo la posibilidad de su actualización. Ahora bien, este planteamiento no es posible reproducirlo al ámbito del artículo 149.1.8, pues hemos mantenido que el precepto parte de la base de la competencia y que hemos manifestado que sobre la materia civil se produce una coexistencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas con derecho propio.

Además, el modelo de relación entre ordenamientos jurídicos de la Constitución Española se predica no ya del Derecho común y el Derecho foral o especial, sino entre el Derecho estatal y el Derecho autonómico. Pero cabe preguntarse, que aún admitiendo la línea más restrictiva sobre esta materia, mantenida por LASARTE, si el Derecho foral o especial es exclusivamente el recogido, y representado, por las Compilaciones. LASARTE,¹ GARCIA

¹.- LASARTE, "Autonomías..." op. cit. Páginas 104 y 105. Este autor considera que: "...el desenvolvimiento de los Derechos forales ha de ceñirse a los supuestos institucionales tradicionalmente característicos de los respectivos territorios...".

AMIGO,¹ BERCOVITZ,² entre otros, así lo han entendido y expresado en repetidas manifestaciones al respecto.

GARCIA AMIGO, en la obra citada, limita el poder de desarrollo legislativo por parte de las Comunidades Autónomas, de su propio Derecho al ya existente, y estrictamente compilado anteriormente, al decir que "...desarrollar dichas compilaciones e instituciones conexas o colindantes con las actualmente reguladas en ellas siempre y cuando así lo requiera la actualización del sistema jurídico que represente cada Compilación...".

Por su parte BERCOVITZ, siguiendo la línea anteriormente expresada, llegaría a admitir el desarrollo, por parte de los Parlamentos forales de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, de las materias conexas, aunque limitado a lo estrictamente compilado con anterioridad. En este sentido hablaría expresamente de "desarrollar dichas compilaciones o instituciones conexas o colindantes...".

Si trasladamos la problemática al campo del Derecho Civil catalán, como ponen de manifiesto DELGADO ECHEVARRIA, SALVADOR CODERCH, ROCA I TRIAS, es cierto que cuando se redacta la Compilación, ya en su artículo 2, se alude al derecho local, escrito o consuetudinario peculiar de algunas poblaciones catalanas.³ Se añade, además, "en la part que aquesta Compilació el recull o s'hi remeti". Es decir que en atención a lo dicho, deberán conservarse las costumbres a las que se remiten determinados artículos del texto compilado y que, por consiguiente, no están expresamente recogidas en el mismo.

Ya DURAN I BAS, como precedente histórico de los autores autonomistas, y también maximalistas, actuales, en la memoria

¹.- GARCIA AMIGO, "La competencia legislativa...". Op. cit. Páginas 439.

².- BERCOVITZ, "Las competencias...". Página 94.

³.- Esta idea, literalmente, se sigue recogiendo en la Compilación vigente, así como en la mayoría de los autores autonomistas que la han acogido casi unánimemente.

que precedía al Proyecto, se refería a la llamada "iuris continuatio" mediante el cual la integración de excepción al Código Civil se hacía dentro del sistema tradicional de fuentes del propio Derecho catalán, lo que entendemos por autointegración normativa.¹ La posibilidad de autointegración, que desvanece cualquier criterio de superioridad del Derecho estatal, ya había sido una gran preocupación para el Derecho civil catalán, como lo demuestra las conclusiones del Congreso Jurídico de Cataluña.²

El dato histórico mantenido por nuestra Constitución, no puede negarse, ya que expresamente la Disposición Final primera viene a considerar esta realidad histórica. Ahora bien, el dato histórico, que aparentemente se recoge igualmente en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española, no puede limitarse a la materia a la que venimos refiriéndonos a lo largo de las páginas anteriores.³

Y, es que la realidad del problema de interpretación de la materia civil es precisamente reconocer que nos encontramos ante materia que está desprendida de cualquier idea histórica o de reconocimiento constitucional de los derechos históricos. Es decir, y siguiendo las teorías de SALVADOR CODERCH, aunque pueda pensarse que el dato histórico fuere el criterio o punto de partida, este es totalmente insuficiente para comprender el total significado del nuevo sistema instaurado por la Constitución Española por parte del aplicable principio de competencia.

La Constitución parte de la coexistencia de ordenamientos civiles. Ello es así, no sólo por lo dispuesto

¹.- En este sentido, DELGADO ECHEVARRIA diría que: "... (los derechos forales) no son una amalgama de preceptos singulares inconexos provisionalmente subsistentes, pero llamados a extinguirse; ni un elenco de excepciones a otro cuerpo legal, sino un conjunto de normas e instituciones de hechos de propia sistematización y concreción interna, informados por principios y valores peculiares, que les proporcionan posibilidad de autointegración.

².- En concreto la conclusión IV, número 21.

³.- No obstante, esta cuestión histórica, la entendemos limitada a la expresión "conservación, modificación y desarrollo".

por el artículo 149.1.8 de la misma, sino, además, por la propia Disposición Final primera, ya citada, que al reconocer el dato histórico de los derechos forales reconoce igualmente su coexistencia con el Derecho estatal. Es decir, nada impide, a nuestro entender, manifestar que la coexistencia reconocida por nuestra Constitución se plasme en un doble sentido: En primer lugar, con la coexistencia de los derechos forales, especiales o autonómicos previamente compilados a la aprobación de la vigente Constitución, y en segundo lugar, coexistencia con los derechos autonómicos que reconoce el artículo 149.1.8.

Ahora bien, cuando la Constitución Española, o en su caso los Estatutos de Autonomía, se refieren a la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas en materia civil, se trata de un derecho efectivo, real que es o son las Compilaciones entendidas, no obstante, como un derecho estatal, aunque su objeto sea propio del territorio en el que se aplica.

Esta situación, pues, es en la que se encuentra la Constitución Española en el momento de su promulgación. Y, por ende, parece lógico que el modelo constitucional sea la de generar una subrogación en las Comunidades Autónomas en la competencia del Estado para conservar, modificar y desarrollar lo previamente legislado al año 1.978. Siendo en consecuencia, competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Ahora bien, el resto de materias no identificadas con la legislación histórica no es aplicable la regla de subrogación, sino en cambio, la regla de materia y competencia coexistente.¹ Es decir, que las Comunidades Autónomas tendrán competencia exclusiva para legislar en todo lo que corresponde a la materia civil, pues el criterio de competencia procede del órgano de producción, en concreto del

¹.- Nos estamos refiriendo a aquellos supuestos en que la propia Constitución expresa los términos "sin perjuicio", "allí donde existen", etc...

autonómico.¹

4.3.- La excepción a la competencia otorgada en exclusiva al Estado en el artículo 149.1.8.

Siguiendo la línea argumental de este capítulo III, corresponde ahora analizar qué sentido debe ofrecer la cláusula general plasmada en el artículo 149.1.8 Constitución Española "sin perjuicio de...".

Esta claro, en primer lugar, que lingüísticamente quiere darse a entender la posibilidad de que exista otra instancia. Así se observa igualmente el recurso a esta cláusula en los Estatutos de Autonomía para referirse a la legislación básica que corresponde al Estado y a la legislación de desarrollo de pertenencia autonómica.²

Con lo anterior, se establece un modelo de remisión a la legislación estatal que puede encuadrarse en las bases, legislación básica y normas básicas.

Pero el modelo de reserva de competencias no se reproduce en los Estatutos de Autonomía de la misma forma que en otros supuestos en los que la Constitución emplea el término "sin perjuicio de...". Un ejemplo de ello sería el artículo 149.1.8 Constitución Española. Así, si bien la

¹.- Al respecto ver un curioso ensayo del autor italiano Mario COMPORTI, manifestado en la Conferencia de clausura a las "Jornadas internacionales sobre instituciones civiles vascas", celebradas en la Universidad de Deusto, del 20 al 23 de febrero de 1.991, en el que se establece y reafirma la facultad legislativa del Parlamento Foral Vasco en relación a su propio Derecho civil, así como respecto de otros derechos civiles existentes. Más concretamente hace esta referencia en relación a los pactos sucesorios, cuando dice que "I patti successori sopravvivono anche in Spagna in alcuni ordinamenti speciali, Aragona, Navarra, Catalogna, Baleari, Biscaglia".

Ver "Successine, comunità familiare, patrimonio. Principi generali europei ed istituzioni civili basche". Rassegna di Diritto civile. 4/91. Edizioni scientifiche italiane. Página 747.

².- Podemos apreciarlo en la redacción del artículo 9 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, al decir que: "La Generalitat de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8. Régimen local, sin perjuicio de lo que dispone el número 18 del apartado primero del artículo 149 de la Constitución. Alteraciones de los términos municipales y denominación oficial de los municipios y topónimos."

Constitución Española dice "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existen", correlativamente el artículo 9.2 del Estatuto autonómico catalán alude a la "conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil".

Esta misma situación se reproduce en el artículo 9.3 del mismo Estatuto, al referirse a las "normas procesales que se deriven de las particularidades del Derecho histórico de Cataluña" que correlativamente el artículo 149.1.6 Constitución Española dispone que corresponde al Estado la competencia exclusiva de la legislación procesal "sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas".

Así, pues, nos encontramos ante un diferente tratamiento de los Estatutos de Autonomía. ¿Quiere significar un error interpretativo de las Comunidades Autónomas de lo referente a la distribución de competencias? No creemos que pueda relacionarse atendiendo a un error de interpretación realizado por las Comunidades Autónomas.

A nuestro entender, la cláusula "sin perjuicio de ...", precedido de la competencia exclusiva del Estado en la legislación civil, supone la competencia exclusiva a favor de las Comunidades Autónomas de la legislación del Derecho civil propio. Viene pues, a reafirmar la idea que venimos manteniendo. Además, a nuestro entender, supone que el Estado no puede acudir a la cláusula de prevalencia o preferencia del artículo 149.3 de la Constitución Española.

Indiscutiblemente, la cláusula "sin perjuicio" deja a salvo la competencia autonómica en materia civil admitiendo a su vez la coexistencia de normas que pueden producirse sobre la materia civil sin que, como decíamos, pueda el Estado acudir a la cláusula de prevalencia. Tesis que se confirma pues en los supuestos en que tanto la Constitución Española como las Comunidades Autónomas correlativamente

permiten la aparición de la cláusula "sin perjuicio de ..." nos encontramos ante auténticas competencias concurrentes. Es decir, en el artículo 149.1.8 Constitución Española se produce una reserva doble de competencia exclusiva: el Estado tiene competencia exclusiva en materia civil y junto a éste y en un plano de igualdad también la tiene la Comunidad Autónoma, competencias que coexisten dentro del ordenamiento jurídico.

Pero, a nuestro entender, es esta admitida coexistencia de ordenamientos jurídicos lo que con mayor claridad demuestra la intención del legislador constitucional de no hacer posible la aplicación de la regla de prevalencia contenida en el artículo 149.1.3. de la Constitución Española y, a su vez, la no aplicación del artículo 149.1 de la misma Constitución.

La admisión de esta coexistencia de ordenamientos jurídicos permite recoger, mediante la admisión previa de la idea de defensa del interés general, las tesis de GALGANO admitiendo que corresponde, y se reserva el Estado, la función de estructuración de la sociedad civil.¹ Esta función no será incompatible con la admisión, por la propia Constitución Española de manera expresa, de un pluralismo en la existencia, vigencia y aplicación de los Derechos civiles existentes. Esta estructuración de la sociedad civil se realizará, bajo el mandato de los artículos 2 y 149 de la Constitución. Con ellos, se reconoce la coexistencia de diferentes ordenamientos civiles en el territorio español, así como la reserva, en favor del Estado, de determinadas materias o submaterias que ayudarán a consolidar la citada estructuración.²

¹.- GALGANO, "Il diritto...". op. cit. Página 57 y siguientes.

².- En esta línea, GARCIA DE ENTERRIA considera que los citados artículos constitucionales ayudan a: "...conservar, preservar y reforzar de manera permanente la unidad nacional y su cohesión última, por encima de los particularismos que las nacionalidades y regiones en que dicha unidad se descompone, particularismos que la Constitución protege...". Ver "La significación...". op. cit. página 75.

4.4.- Los más significativos casos de conflictividad competencial en materia civil.

Consecuencia de todo lo anterior, y en aras de una comprobación de los criterios seguidos por el Tribunal Constitucional hasta el momento, ver su lenta pero continua evolución respecto de la consideración de la capacidad normativa de determinadas Comunidades Autónomas, o lo que es lo mismo el acercamiento del mismo a las posturas autonomistas, sin abandonar todavía determinadas concepciones foralistas, pasamos a ver y a estudiar, la actual situación en que se encuentra la discusión teórica de la conflictividad competencial en el ámbito de la materia civil, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y en consonancia con la tesis que hasta ahora venimos manteniendo, podemos citar los siguientes significativos ejemplos de conflictividad competencial:

En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1.993¹, en la que se planteaba y resolvía el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Estado contra la ley 3/88, de 25 de abril, emanada de las Cortes de Aragón, sobre la equiparación los hijos adoptivos.

En segundo lugar, nos referiremos a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 1.993², en la que se planteaba y resolvía el Recurso de inconstitucionalidad presentado por el Estado contra el Texto refundido de la Compilación de Derecho Civil Balear, dictada por el Gobierno Balear mediante el Decreto legislativo 79/90, de 6 de septiembre.

En tercer lugar, y primero de los que todavía, ya sea

¹.- Publicada en el Boletín Oficial del Estado de 15 de abril de 1.993. Fué ponente de la misma Alvaro RODRIGUEZ BEREIJO.

².- Publicada en el Boletín Oficial del Estado, de 28 de mayo de 1.993. Fué ponente de la misma Vicente GIMENO SENDRA.

por haber sido retirado el recurso o por falta de Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, nos encontramos ante el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Estado contra la ley 7/1.991, de 27 de abril, de Filiaciones de Cataluña.

En cuarto lugar, haremos un estudio pormenorizado del recurso de inconstitucionalidad presentado por la Generalidad de Cataluña frente a la ley 8/90, de 25 de julio, sobre la Reforma del Régimen Urbanístico y valoraciones del Suelo.

Por último, en quinto lugar deberíamos referirnos al imponentísimo, en atención a la especificidad parcial del mismo, recurso de inconstitucionalidad planteado por el gobierno central, y luego retirado sin que el Tribunal Constitucional tuviera la oportunidad de pronunciarse, frente a la ley 9/87, de 25 de mayo, de Sucesión intestada, dictada por el Parlamento de Cataluña, por violación, esencialmente, del artículo 149.1.8 de la Constitución Española. Pero, precisamente debido a la importancia del mismo respecto de nuestro trabajo, lo trataremos expresa y detenidamente en epígrafe aparte al hablar de la regulación actual del llamamiento sucesorio de la Generalidad de Cataluña que se realiza en el Código de sucesiones que asumió plenamente, por no decir absorbió, el contenido de la Ley de Sucesión intestada de 1.987.

4.4.1.- La Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1.993.

Esta Sentencia resuelve el Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno de la nación contra la ley 3/1.988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, sobre equiparación de hijos adoptivos.

Para una mayor comprensión de esta Resolución, que pretendemos comentar aquí, es necesario que hagamos una previa introducción-recopilación de las pretensiones de las

partes enfrentadas en este recurso de inconstitucionalidad.

Por una parte, el Abogado del Estado, con remisión expresa al artículo 149.1.8 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación civil, dijo que la Constitución Española ha limitado el reconocimiento de la potestad normativa de las Comunidades Autónomas al condicionarla al dato histórico de la existencia efectiva de tales derechos forales o especiales al promulgarse la norma fundamental. El Derecho foral podrá ser modificado y desarrollado, pero siempre a costa de sus propios preceptos y nunca a costa del derecho común, porque ahí, precisamente, se encuentra el límite de esta competencia atribuida explícita y exclusivamente al Estado.

El derecho civil, continuaría diciendo el Abogado del Estado, no queda, con ello, condenado irremisiblemente a quedar anquilosado en fórmulas de Derecho no escrito, pero si se afirma que la vigencia efectiva de las instituciones forales marca la pauta de las propias competencias autonómicas.

La representación del Estado destacaría que hay una ausencia de toda norma sobre la adopción en los textos legales de Derecho foral aragonés, previos a la promulgación de la vigente Constitución.

Ni la Compilación de 1.925, ni la ley 15/67, de 8 de abril, ni la ley 3/85, de 21 de mayo, contienen disposición alguna en relación, o para la determinación, de la adopción. Las alusiones, sigue diciendo la Abogacía del Estado, al derecho histórico aragonés que se contienen en la exposición de motivos de ley recurrida, no revelan la existencia de ninguna particularidad legislativa, ni histórica, ni vigente.

En efecto, la concreción de los derechos familiares y sucesorios a los llamados hijos legítimos representa una regla de vigencia general en casi todos los derechos históricos y tampoco puede decirse que la exclusión o participación limitada de los hijos adoptivos en aquellos derechos tuviera su sede concreta en una norma foral

aragonesa.

Finalizaría la Abogacía del Estado su exposición, diciendo que la ley se incardinaba en la materia adopción, es decir, que no se trata de que la ley autonómica haya limitado su regulación a los preceptos necesarios de la adopción, adaptándolos a las particularidades forales de su propia legislación, sino que lo que se aborda, con carácter general, es la regulación íntegra de los derechos y obligaciones de los hijos adoptivos, invadiendo de esta forma una institución propia del Derecho civil común.

Como se desprende de lo anterior, la impugnación de la ley dictada por el Parlamento aragonés, nos referimos al punto 3.2, incide directamente en la polémica relativa al desarrollo legislativo de los derechos forales no contemplados al momento de aprobación de la Constitución Española.

Por otra parte, la representación de las Cortes de Aragón plantearía una contestación al recurso interpuesto por el gobierno central, mediante una diferente interpretación del discutido artículo 149.1.8 de la Constitución Española, afirmando que la interpretación que realiza la Abogacía del Estado del citado artículo, es unilateral y restrictiva.

Por lo que hace referencia al artículo 149.1.8 se dice que:

1.- Los ordenamientos jurídicos autonómicos constituyen auténticos sistemas jurídicos, con sus propios principios y capacidad de autointegración.¹

2.- Que el desarrollo de los derechos civiles forales y especiales podrá exceder de las materias contenidas actualmente en las Compilaciones, idea que se alcanzará mediante las excepciones realizadas en el párrafo segundo del artículo 149.1.8, y que se verá reforzada por la propia diferenciación entre "modificación" y "desarrollo", así como

¹.- No hay que olvidar que en la misma tesis mantenida por el representante de las Cortes aragonesas, nos pronunciábamos en el capítulo anterior.

el propio y sustancial concepto de legislar.

3.- En todo caso, las Comunidades Autónomas con Derecho foral propio podrían regular instituciones que, conexas con las ya reguladas, necesiten de una actualización global.

4.- Una materia tan compleja como la que nos ocupa, ha de ser interpretada a la luz del principio de historicidad,¹ recogido en la Disposición Adicional primera de la Constitución Española íntimamente ligada a la cuestión foral.

En un sentido parecido se expresaría la representación de la Diputación General de Aragón, que igualmente se personaría en el Recurso presentado.²

El planteamiento de la defensa de la ley impugnada coincide, en parte, con lo que nosotros anteriormente ya hemos comentado y defendido³. Efectivamente, las vigentes Compilaciones son la codificación, plasmación escrita, del Derecho foral aunque ello no puede significar en modo alguno una labor excluyente. Efectivamente cuando hacíamos la distinción entre laguna propia e impropia ya decíamos que norma no puede agotarse en el texto compilado. Además, el

¹.- Ver lo dicho anteriormente al respecto de esta tesis, y en especial a TOMAS Y VALIENTE.

².- En lo que respecta a la interpretación del artículo 149.1.8 nos diría que: "...así, frente al criterio de la Constitución de 1.931, se ha restringido la legislación autonómica civil dentro de los límites de su conservación, modificación y desarrollo, de modo que la preexistencia del Derecho foral cumple una única función Constitucional: La determinación de las Comunidades Autónomas que puede asumir en sus Estatutos de Autonomía competencias sobre la materia, sin que ello tenga carácter excluyente en cuanto al posible ámbito de desarrollo del Derecho civil. Una cosa es que el dato histórico de existencia de un Derecho foral o especial en el momento de promulgarse la Constitución condicione la posibilidad de la competencia autonómica y otra muy distinta, y en absoluta dispuesta por la norma fundamental, es que el Derecho foral pueda ser modificado o desarrollado pero siempre a costa de sus propios preceptos y nunca a costa del derecho común. El concepto histórico del Derecho foral es mucho amplio y excede de unas instituciones concretas que, en un momento dado de su evolución, hayan pasado a integrar parte del contenido de las Compilaciones de derecho foral...".

Continuaría la Sentencia diciendo que: "Parece claro que la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia civil no puede quedar circunscrita a los límites de la vigente Compilación. La expresión Derecho foral es fundamentalmente histórica y debe interpretarse en un sentido muy amplio, que pueda ir mucho más allá de los concretos preceptos actualmente vigentes en las Compilaciones...".

Referencias al carácter más expansivo de la Constitución Republicana de 1.931 las hemos hecho anteriormente y a ellas nos remitimos.

³.- Ver lo dicho anteriormente en este mismo Título, en el punto 3.2.

ordenamiento jurídico foral constituye un auténtico ordenamiento con autonomía interpretativa e integradora propia, es decir, con una posibilidad auténtica de autointegración. Ello sería contrario a la propia sistemática de todo ordenamiento jurídico. Más, lo anterior viene igualmente reforzado por la propia interpretación del proceso constitucional, y más concretamente del artículo 149.1.8 de la Constitución Española.

Efectivamente, la actual expresión constitucional "Derechos civiles forales o especiales" fue introducida para sustituir otra más restrictiva como es la expresión "Derecho foral", con el claro y decidido pensamiento de que no pudiera reducirse el posterior desarrollo de la legislación foral al derecho escrito. De ahí, pues, deriva la circunstancia de que se antepusiere la expresión Derecho civil, mucho más amplia, a la de Derecho foral, sin olvidar, además, que el concepto "desarrollo", como luego detenidamente analizaremos, significa etimológicamente expansión y nunca mantenimiento del "statu quo" anterior, con lo que queda desvirtuado el principio de una historicidad restrictiva.

No obstante, y con ello volvemos al ámbito de la doctrina Constitucional, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1.993 no otorgaría la inconstitucionalidad solicitada por el Estado, es decir, que consideró perfectamente Constitucional el artículo 19.1 de la ley 3/88, de 25 de abril, pues la igualación jurídica en Aragón de los derechos y obligaciones de los hijos adoptivos e hijos por naturaleza se entiende dentro del Derecho Civil aragonés.

El Tribunal Constitucional, que viene a reconocer que el recurso se enmarca en la invocación de la exclusiva competencia estatal en el orden de la legislación civil realiza una muy importante matización al respecto. Efectivamente, la sentencia dirá que: "El citado precepto constitucional, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la legislación civil, introduce una garantía de la

foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra, pues, en la intangibilidad o supralegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquellos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución Española puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su conservación, modificación y desarrollo.¹

El Tribunal Constitucional, una vez contestado el recurso en lo que al ámbito competencial se refiere, efectúa una elaborada doctrina acerca de los conceptos conservación, modificación y desarrollo, que utiliza el artículo 149.1.8 de la Constitución. Efectivamente, nos dirá "Que no estamos ante un supuesto de conservación de aquel Derecho es cosa bien patente. El concepto constitucional de conservación de los derechos civiles, forales o especiales permite, por lo que ahora importa, la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial (Sentencia del Tribunal Constitucional 121/92)... pero ninguna de estas operaciones normativas es aquí reconocible. La integración de la Compilación del Derecho Civil de Aragón en el ordenamiento de la Comunidad Autónoma la llevó ya a cabo la ley de las Cortes de Aragón 3/85, y en

¹.- Continúa la sentencia diciendo que: "Son estos los conceptos que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables y con arreglo a las que habrá que apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas en tal ámbito dictadas por el legislador autonómico. La ulterior reserva al Estado, por el mismo artículo 149.1.8, de determinadas regulaciones "en todo caso" sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquel la Constitución Española le atribuye ya la legislación civil, sin más posible excepción que la "conservación, modificación y desarrollo" autonómico del Derecho civil especial o foral. El sentido de ésta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible por tanto, de conservación, modificación o desarrollo... ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del artículo 149.1.8 se dispone en orden a la delimitación de las fuentes del Derecho...".

cuanto a la conservación en ley de un hipotético Derecho consuetudinario no cabe sino constatar que la ley 3/88 ... lo que la ley permite es la conservación, esto es el mantenimiento del Derecho civil propio, de modo que la mera invocación a los precedentes histórico, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por si sola de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española...".

Por lo que se refiere al concepto "modificación" el Tribunal Constitucional nos dirá que: "Tampoco la ley impugnada puede considerarse como modificadora del derecho especial aragonés preexistente, visto que en el mismo no se contenía regla alguna, directa y expresa, sobre la adopción y sus efectos, y ello pese a que la propia ley se presenta, en su título, como norma que modifica el artículo 19.1 de la Compilación, precepto este, sin embargo, vacío de contenido hasta la adopción del presente texto legal."

Pero, sin duda, lo más destacable de la Sentencia que estamos estudiando es la definición del concepto "desarrollo" que a la postre supone a justificación de la ley.

Efectivamente el Tribunal Constitucional nos dirá que: "El concepto constitucional... de desarrollo del propio Derecho civil debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece aquel precepto de la norma fundamental. La Constitución permite, así, que los derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de conservación y modificación, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales. Este crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención a una valoración general y

abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos... El término "allí donde existan..." ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas. Sin duda que la noción constitucional de desarrollo permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de modificación. El desarrollo de los Derechos civiles forales y especiales enuncia, pues, una competencia en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento...".¹

Prescindiendo, por el momento, de realizar valoraciones de la importantísima doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, y que tiene plena vigencia al tema que estamos analizando, hay que advertir que la citada sentencia recibió dos votos particulares.

El primero es el planteado por el Magistrado Carlos VIVER PI-SUNYER, que si bien coincide con el fallo, discrepa del ámbito material que la sentencia otorga al Estatuto de Autonomía de Aragón y, en definitiva, al carácter de derecho especial que quiere otorgarse al Derecho civil aragonés. Al respecto dicho Magistrado dirá en su voto particular que: "...con todo, la concepción de la que parte la mayoría que sustenta la Sentencia continúa perpetuando la configuración

¹.- El Tribunal Constitucional termina diciendo que: "...Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral...".

Del mismo puede desprenderse que el Tribunal Constitucional no habla de una historicidad restrictiva sino totalmente expansiva, sin necesidad de ceñirse a instituciones específicas, sino al concepto derecho civil en general.

Sin perjuicio de lo que anteriormente se ha dicho, ni de lo más adelante expondremos, es obvio que la situación que describe, y normaliza, el Tribunal Constitucional en relación a esta Sentencia, es de directa e inmediata vigencia y aplicación a la capacidad reguladora del Parlamento de Cataluña en cuanto a los llamamientos sucesorios, como así ha sido, y en especial al supuesto de llamamiento de la Generalidad catalana, como último llamado hereditario.

Destacamos esta Sentencia por su contundencia en cuanto a la concepción global de derecho foral o autonómico.

del Derecho Civil del Estado como Derecho común o general y los Derechos civiles de las Comunidades Autónomas como derechos especiales, formados por normas e instituciones aisladas y asistemáticas. A mi juicio esta concepción tiene menores apoyos en los textos constitucionales y estatutarios que la que defendí en el pleno y que de forma muy sistemática puede resumirse así: La competencia autonómica sobre el Derecho civil aragonés se extiende a toda la materia de Derecho civil, con excepción de los ámbitos materiales que el artículo 149.1.8 de la Constitución Española reserva al Estado de forma explícita. El Derecho civil aragonés no puede ser concebido como una serie más o menos residual de normas e instituciones aisladas y asistemáticas sino como un sistema normativo dotado de sistematización y conexión interna y de la amplitud propias de un ordenamiento reconocida la posibilidad de determinar fuentes de producción normativas...".

Por ahora nosotros no podemos más que celebrar la opinión expresada por VIVER PI-SUNYER ya que con anterioridad hemos sustentado y defendido la autointegración del derecho propio de las Comunidades Autónomas. No obstante, VIVER PI-SUNYER continúa su exposición diciendo que: "...si se parte como hace la Sentencia de la premisa de que las competencias de conservación, modificación y desarrollo de las Comunidades Autónomas se limitan a las normas del Derecho Civil propio preexistente al aprobarse la Constitución, mal puede entenderse el hecho de que algunas de las materias que el artículo 149.1.8 de la Constitución Española reserva "en todo caso" al Estado nunca han formado parte de ninguno de los Derechos forales o especiales de ninguna de las Comunidades Autónomas. Es contrario al principio interpretativo del legislador autonómico interpretar el precepto constitucional en el sentido de que en él se reservan al Estado instituciones que ya le correspondían porque no figuraban en los Derechos civiles, forales o especiales, a los que presuntamente se refiere la Constitución.

Ya en otro orden de consideraciones el hecho de limitar la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil autonómico al preexistente al entrar en vigor la Constitución, supone hacer depender el alcance de ese Derecho a datos perfectamente aleatorios, difícilmente justificables a la luz de los principios constitucionales, ligados a los avatares por los que pasaron esos derechos durante el régimen político preconstitucional. Por ejemplo, como es sabido, la mayor o menor extensión de las Compilaciones dependió del momento en que estas disposiciones fueron aprobadas. Así las de principio de los años sesenta tienen un alcance mucho menor que las probadas en los años setenta en las que se recoge la casi totalidad de las instituciones de Derecho civil..."¹

Es obvio que este voto particular, introduce una serie de criterios, y formula una teoría, que si bien coincide en la mayoría de los aspectos con las tesis mantenidas por la

¹.- VIVER PI-SUNYER finaliza diciendo que: "Estimo que cuando el artículo 149.1.8 de la Constitución Española reserva al Estado la "legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan", debe entenderse que esta última frase -allí donde existan- no es un criterio que limita la materia de la competencia autonómica a ese Derecho preexistente, sino que todo el inciso sirve para determinar cuales son las Comunidades Autónomas que puedan asumir competencias en la materia de Derecho Civil. Al Estado le corresponde todo el Derecho civil en las Comunidades Autónomas que no tengan ese Derecho y las materias que explícitamente le reserva este precepto constitucional en su segundo apartado. Así entendido, cobra pleno significado la competencia exclusiva sobre Derecho civil aragonés que reserva a la Comunidad Autónoma el artículo 35.1.4 de su Estatuto..."

Esta teoría que aquí expresa VIVER PI-SUNYER, en su voto particular, en cuanto a que la mayor o menor extensión dependa del año de publicación de cada Compilación, es a mi entender harto discutible, por cuanto la mayor o menor importancia de las citadas Compilaciones, no viene dada en cuanto a la extensión, o al número de instituciones propias o autóctonas en ellas recogidas, sino que son mucho más importante los llamamientos normativos que con carácter supletorio en ellas puedan hacerse. En especial nos estamos refiriendo al llamamiento que la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, publicada el año 1.960, hacía al Derecho romano, y al derecho canónico y medieval propio de Cataluña.

Este llamamiento, que después cristalizará en lo que actualmente se entiende como el llamamiento que el artículo primero de la vigente Compilación hace a la tradición jurídica catalana, deja abiertas de par en par las puertas, a una admisión de figuras jurídicas no expresamente, ni en toda su amplitud, recogidas en el texto positivizado.

Por otra parte, dice el Estatuto de Autonomía de Aragón, publicado por Ley Orgánica 8/1.982, de 10 de agosto, en su artículo 35, que: "1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva en las siguientes materias: ...4º. La conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado, ...".

Sentencia en su Fallo y en sus considerandos, y por ende con las posturas defendidas por nosotros en este trabajo, en otro aspecto, como es el referente a otorgar sustancialidad y existencia al Derecho civil aragonés, no coincide con las líneas generales de la Sentencia, siendo este un aspecto sobre el que no cabe pronunciarse en este trabajo, ya que no es materia ni competencia del mismo.

4.4.2.- La Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 1.993.

En esta Sentencia la controversia se fundamentaba igualmente en el análisis del artículo 149.1.8. de la Constitución Española en relación con el artículo 10.22 del Estatuto de Autonomía de Baleares.¹

El Tribunal Constitucional, si bien precisamente recuerda la doctrina sentada en la Sentencia de doce de marzo de 1.993, previamente analizada por nosotros en el anterior epígrafe, centra el problema competencial en la posible inconstitucionalidad del artículo 2.1 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares.²

La Abogacía del Estado, en este caso actuando como demandante, centraría la inconstitucionalidad por vulneración de la exclusiva competencia del estado para la adopción de "...las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas" (artículo 149.1.8 de la Constitución, toda vez que la norma impugnada viene a sustituir la vecindad

¹.- Dice este precepto que: "Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: ... 22. Conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles especiales de la Comunidad Autónoma."

².- Este precepto, que presenta grandes similitudes con el artículo primero de la Compilación de Cataluña, dice que: "De conformidad con lo establecido en el Código Civil, las disposiciones de esta Compilación regirán con preferencia a dicho Cuerpo legal. Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica balear encarnada en las antiguas Leyes, costumbres y doctrina de que aquellos se derivan."

civil¹ por la residencia administrativa como criterio para la aplicación de las normas del Código Civil o de los derechos civiles especiales o forales en las distintas partes del Estado español.

La defensa de la regla impugnada se articula, principalmente, en dos argumentos básicos: En primer lugar, que el artículo segundo admite una interpretación conforme a la norma fundamental constitucional. Y, en segundo lugar, que no existe vulneración del artículo 149.1.8 de la Constitución, pues el Estatuto de Autonomía ha sido aprobado, previamente, mediante una ley Orgánica estatal y en el mismo se establece, en su artículo siete, que "Las normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y su derecho civil especial tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que se hayan de regir por el estatuto personal o por las normas extraterritoriales".

Planteado de la forma anterior el conflicto competencial, dos son las cuestiones que nos interesa destacar.

En primer lugar, que la Sentencia del Tribunal Constitucional asume como doctrina consolidada la interpretación del artículo 149.1.8 de la Constitución y, en concreto, la interpretación de los conceptos "conservación, modificación y desarrollo" de los derechos civiles especiales y/o forales.²

¹.- El artículo 14 del Código Civil, en sus puntos primero y segundo establece que: " 1. La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil. 2. Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los derecho especial o foral, ...".

².- A tal efecto entiende que: "Esta última noción, la de desarrollo es como después se verá, lo que aquí más importa y sobre ella declarará el Tribunal que la Constitución Española permite, al emplearla, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, reconociendo así la norma fundamental no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos. Ese crecimiento con todo no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre
(continúa...)

Recordar, pues, la doctrina sentada por la Sentencia de doce de marzo de 1.993 supone un indiscutible avance en cuanto al problema de la interpretación de ciertos términos del artículo 149.1.8

Ahora bien, en segundo lugar, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el precepto de la Compilación Balear con base en el propio artículo 149.1.8.¹

Si bien la Sentencia se pronuncia sobre varios aspectos de la conflictividad competencial en materia de Derecho privado, especialmente sobre la competencia estatal para la regulación de los llamados instrumentos públicos, en concreto en la intervención notarial, lo que nos interesa destacar es que mantiene la doctrina de que el concepto "desarrollo" del artículo 149.1.8 de la Constitución supone, entre otras cuestiones, que el legislador autonómico no tenga forzosamente que acudir al concepto historicista, legislación ya contemplada, para poder legislar sobre una determinada materia correspondiente al Derecho Civil. Al mismo tiempo, destaca esta Sentencia por enfatizar en la exclusividad de la

²(...continuación)

cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución Española no en atención a una valoración general y abstracta... sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. Es claro, en todo caso, que la noción constitucional de desarrollo permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquellos derechos y así esta competencia no queda rígidamente vinculada al contenido actual de las Compilaciones o de otras normas de los ordenamientos civiles o especiales...".

¹.- Efectivamente, el Tribunal nos dirá, como premisa mayor, que: "...la Constitución reserva a la exclusiva competencia del Estado de las "normas para resolver los conflictos de leyes", atribución competencial cuyos contornos o límites no es preciso definir ahora de manera acabada, porque no hay duda alguna de que se integra en todo caso en ella la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos, entre los que se cuenta, y con mayor relevancia, la determinación de los puntos de conexión que lleven a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España. La norma fundamental optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto uniforme de Derecho civil interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general ya, entre otras hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión. Esta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el artículo 149.1.8 a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida "en todo caso" a la legislación del Estado."

competencia estatal en todo lo que haga referencia al conflicto de leyes, es decir, al conflicto entre las diferentes legislaciones especiales en materia civil.

4.4.3.- El Recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 7/1.991, de 27 de abril, de filiación del Parlamento de Cataluña.

En primer lugar hay que destacar que en este caso, será difícil saber cual habría sido la decisión de nuestro más alto tribunal, puesto que el citado Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno del Estado frente a esta ley, fue retirado, por cuestiones, hemos de suponer, meramente políticas, al igual que también fue retirado el Recurso de inconstitucionalidad planteado a Llei de Successió intestada de Catalunya. Ahora bien, a los efectos que aquí nos interesan cabe destacar la cuestión que la Abogacía del Estado plantea al decir en uno de los Fundamentos jurídicos del Recurso que: "En efecto, si la competencia pertenece al Estado con arreglo al artículo 149.1.8 de la Constitución Española, la Comunidad Autónoma de Cataluña carece de hipótesis de toda potestad para dictar normas de ningún tipo en una esfera constitucionalmente reservada al Estado".

En la misma línea hay que reseñar que varios son los argumentos utilizados por el representante del Estado, aunque pueden centrarse en el límite que separa la competencia estatal en materia de legislación civil, que recoge el artículo 149.1.8 de la Constitución y la competencia del Parlamento de Cataluña para conservar, modificar y desarrollar el derecho civil catalán, tal y como se establece

en el artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.¹

En primer lugar, pues, el recurso planteaba una de las cuestiones que ya anteriormente hemos analizado: La posibilidad, o en su caso imposibilidad, de la preexistencia de derecho foral, para que sobre el mismo se ejercite la función de conservación, modificación o desarrollo.

Por nuestra parte ya hemos insistido en que no es admisible el limitar la posibilidad de las Comunidades Autónomas, con un derecho civil propio, tengan competencia en materia civil, a la preexistencia del derecho foral o especial, y mucho menos a la preexistencia de una institución en concreto. Ahora bien, el Abogado del Estado, insiste en la idea de la preexistencia al decir que: "La técnica de la Constitución en este punto, declarando la vigencia del derecho foral allí donde existieron, no es nueva. Ya el Código Civil, en la ley de Bases de 11 de mayo de 1.888 reconocía en su artículo quinto el derecho de las provincias y territorios en donde existiera derecho foral, a conservarlo... El derecho foral podrá ser modificado y desarrollado, pero siempre a costa de sus propios preceptos y nunca con menoscabo del derecho común, porque ahí precisamente se encuentra el límite de otra competencia atribuida explícita y exclusivamente al Estado".

La tesis restrictiva utilizada en este Recurso de inconstitucionalidad se observa con mayor claridad a la hora de analizar el término desarrollo: "...sólo habilita a la Comunidad Autónoma a desarrollar un principio de su derecho foral. Es cierto que una elemental consideración de seguridad jurídica exige un canon de objetividad para interpretar la norma de competencia establecida por la Constitución.

...En suma, únicamente es admisible el desarrollo de un

¹.- En este asunto se diría que: "A) La existencia de derecho civil foral o especial es requisito de atribución de competencia a las Comunidades Autónomas en el sistema de reparto competencial que resulta del artículo 149.1.8 de la Constitución Española. ...De este modo, los derechos civiles forales o especiales vendrían a ser, en el artículo 149.1.8 de la Constitución, condición de atribución de competencia y objeto de la competencia atribuida...".

principio foral que haya sido recogido de hecho en la Compilación. Todo principio foral de posible anterior vigencia a la Compilación ha perdido por fuerza todo su valor, con independencia de su mayor o menor fundamentación y raigambre histórica, se ha desvinculado de nuestro ordenamiento jurídico y carece actualmente de todo valor como parámetro competencial...".

De seguirse el criterio expuesto en el párrafo anterior se crea un segundo criterio de carácter restrictivo al desarrollo de la legislación de Derecho civil con el que en absoluto podemos estar de acuerdo.

Aunque sea en forma sucinta, luego volveremos decididamente sobre ello, hay que decir, como ya anunciamos en el capítulo anterior, que la reforma de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, cuyo texto refundido fue aprobado por el Decreto Legislativo 1/1.984, de 19 de julio, no supuso una ruptura con la legislación anterior, es decir con la Compilación de Derecho Civil de Cataluña aprobada el año 1.960 que era, entonces, el texto compilado preexistente a la promulgación de la Constitución.¹

Igualmente nos dice este autor que: "...supletoriedad (se refiere al Código Civil) en último grado entre ordenamiento suplido y supletorio cabe interponer otras normativas u otras fuentes del derecho a considerar como vigentes... El criterio de supletoriedad en último grado fue el seguido por el originario artículo doce del Código Civil de 1.889. Pero era provisional ("por ahora") y se había planeado sustituirlo por un tercer criterio el supletoriedad inmediata e incondicionada (artículo 6 de la ley de Bases de 11 de mayo de 1.888) con la consiguiente derogación del propio derecho supletorio, es decir, se presentaba lo que era

¹.- Efectivamente, como entiende SALVADOR CODERCH, "...lo que no hay (se refiere a la actual Compilación catalana) es, a diferencia de lo que sucedía en el Proyecto de 1.955, una presunción de no innovación, un mandato indiscriminatorio de interpretación del nuevo derecho conforme al viejo. Para nada se ha privilegiado el quietismo interpretativo...". Ver "La Compilación..." op. cit. Página 358.

una supletoriedad (del Código Civil y de las leyes especiales) en último grado como si fuera una supletoriedad condicionada.

... Por su parte, la reforma de 1.984 ha reforzado de forma indudable el alcance de la cláusula de preferencia pero tanto en el nuevo artículo primero de la Disposición Final primera, tercera y cuarta de la Compilación parece haber establecido un mecanismo mucho más complejo...".¹

En suma, la supletoriedad en último grado del Derecho civil común, unido a la autointegración del Derecho civil catalán y, a su vez, unido a la no derogación de la tradición jurídica catalana, que en definitiva supone la no derogación de la Compilación de 1.960 en lo que no se oponga a la Compilación actual es lo que hace inadmisibile el criterio mantenido por el Recurso de inconstitucionalidad.²

Un segundo criterio se recoge en el Recurso que aquí comentamos para no admitir la constitucionalidad de la ley recurrida al decir en su argumentación el Abogado del Estado que: "La competencia del artículo 149.1.8 de la Constitución Española es de estructura compleja, porque trata de hacer compatible un cierto grado de unidad jurídico-civil en toda España, con los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. El deseo de una unidad jurídico-civil, recuérdese se remonta a la Constitución de Cádiz (artículo 258), aunque la polémica sobre los derechos forales haya acompañado a todo el proceso codificador. El artículo 149.1.8

¹.- "La Compilación..." op. cit. Página 357.

².- A nuestro entender al referirnos a la idea de "tradición jurídica catalana", nos estamos refiriendo a una tradición que parte del momento en que el derecho catalán se torna autóctono, vinculándose directamente esta idea con la creación de un reino independiente, lo que históricamente se conoce como el Reino de Aragón, que subsistía con otros reinos totalmente independientes dentro de la Península Ibérica.

Esta tradición no es necesario que se haya positivizado, sino que se incluirá en la misma la costumbre, y en su caso los principios generales informadores del Derecho civil catalán actual. Es por ello, que podemos considerar vigente, no sólo la Compilación de 1.960, sino todas aquellas leyes propias que no hubieran sido expresamente derogadas y cuyo contenido no sea contrario a las leyes actuales, están o no positivizadas y por tanto plasmadas en la vigente Compilación.

de la Constitución Española recoge en su primer inciso una competencia exclusiva estatal "sin perjuicio" de otra autonómica, que los correspondientes Estatutos han calificado asimismo de exclusiva. De este modo, el Estado es competente exclusivamente en la materia "legislación civil", pero las Comunidades Autónomas con derecho civiles forales o especiales lo son igualmente para su conservación, modificación o desarrollo. La competencia autonómica en materia de conservación, modificación y desarrollo de los derechos forales o especiales vuelve a convertirse así en un límite de la competencia exclusiva estatal sobre legislación civil...".¹

Tras realizar algunas consideraciones sobre lo anteriormente dicho que repiten las mismas ideas expresadas concluye el recurrente preguntándose: "...¿Cabría entender que el constituyente sólo reserva propiamente al legislador estatal las materias del inciso segundo y que en todas las materias jurídico-civiles, absolutamente en todas, la competencia del legislador civil estatal es sólo residual respecto a la de los legisladores de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, en cuanto que estos últimos podrían regular -a título, en su caso, de modificación o desarrollo del derecho civil- cualquier institución o materia jurídico-civil no incluida entre las expresamente determinadas en el inciso segundo?".

Esta pregunta, en parte, ya ha sido contestada por nosotros con anterioridad al entender que el sistema seguido por nuestro legislador constituyente es la plena

¹. El citado artículo 258, dice que: "El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes".

Este es presentado por un importante sector de la doctrina española, de carácter marcadamente centralista, como el precursor de la voluntad de unificar todas las legislaciones civiles existentes en España, dando para ello un mandato expreso al legislador. Mandato que será seguido después por todas la Comisiones legisladoras.

Por contra otros autores ven en la excepción final del precepto, el reconocimiento de los derechos especiales o territoriales.

constitucionalización de los derechos propios de las Comunidades Autónomas, es decir, con la consideración de una legislación civil constitucional que no puede ni debe identificarse con el derecho foral o especial previo a la Constitución.

En este sentido, el tan citado artículo 149.1.8, a nuestro entender, tiene que ser interpretado en el sentido del pleno reconocimiento del derecho propio de las Comunidades Autónomas, como competencia exclusiva, reservándose el Estado la competencia, igualmente exclusiva, del segundo inciso del artículo 149.1.8 de la Constitución.

En contra de esta nuestra opinión, se defiende en el Recurso que: "Un derecho civil foral o especial es, además de catalán, balear, aragonés o navarro, un Derecho civil español. Un derecho civil foral pertenece al ordenamiento civil español exactamente igual que los preceptos del Código Civil que se aplican en territorio de derecho común o, en su caso, a quienes tienen vecindad civil común. Los derechos civiles forales o especiales son, pues, subordinamientos o subsistemas del ordenamiento civil español "global" y éste expresa la unidad jurídica de España...

...Si ha de existir un ordenamiento civil español único, un derecho civil de España en sentido comprensivo, donde se integren como subsistemas diferenciados los derechos civiles especiales, entonces habremos de admitir que determinadas normas del Código Civil podrían pertenecer no a un ordenamiento parcial o subsistemático aplicable en ciertas partes del territorio español o a personas con cierta vecindad civil sino al orden jurídico-civil global, es decir, son normas del sistema global y no de uno de los subsistemas (incluido el subsistema del derecho civil llamado de Castilla)."

El ciertamente no afortunado recurrente concluye su teoría de la unidad estatal y supracomunitario del sistema jurídico español diciendo que "La noción de normas que pertenecen al sistema (global) no tendría porqué coincidir

con la lista de materias determinadas en el segundo inciso del artículo 149.1.8. En una visión del problema podría sostenerse que alguna de las rúbricas de este inciso, "reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas"; "normas para resolver los conflictos de leyes"; "determinación de las fuentes del derecho", no son normas sistemáticas del ordenamiento civil en sentido propio, porque alcanzan a todos los sectores del ordenamiento y no sólo al derecho civil, en donde se estudia por razones de tradición histórica; en cambio, cabría imaginar un único sistema global español del derecho civil en que la ordenación de los registros públicos pudiese variar en los diversos subsistemas. En otro enfoque más positivista del problema cabría defender que el contenido mínimo de la competencia del legislador estatal que enuncia el segundo inciso del artículo 149.1.8 de la Constitución Española constituye el núcleo mínimo de unidad jurídico-civil impuesto por el constituyente y, por lo tanto, elevando por decisión de este a elemento del sistema global "ordenamiento civil español", en el que por razones históricas se incluyen normas que se refieren al ordenamiento jurídico como un todo. De aquí, sin embargo, no se infiere que las normas que deban juzgarse adscritas al sistema global jurídico-civil, y no a ninguno de sus integrantes parciales, hayan de limitarse a las enunciadas expresamente dentro del segundo inciso del artículo 149.1.8, pues existen otras. Y aún más, el Código Civil contiene normas que pertenecen no ya al sistema global jurídico-civil, sino al ordenamiento jurídico español como un todo".

A la vista de lo expuesto por el recurrente no son pocas las cuestiones que plantea el, entendemos, desafortunado recurso de inconstitucionalidad. En una primera lectura, cuanto menos plantea, como más importantes y de indispensable tratamiento, las siguientes cuestiones:

Determinar la competencia de la Generalidad catalana en materia de Derecho civil, y con ello, consecuencia intrínseca, la competencia del resto de las Comunidades

Autónomas, en al ámbito del Derecho civil propio.

Determinar la competencia de la Generalidad catalana sobre el Derecho civil catalán o sobre el Derecho civil compilado.

Determinar la competencia para conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil de Cataluña.

Determinar el alcance del principio de igualdad y el artículo 149.1.1 de la Constitución Española.

4.4.3.1.- las competencias de la Generalidad de Cataluña sobre el Derecho Civil Catalán.

A lo largo de las páginas anteriores hemos manifestado reiteradamente que nuestra Constitución parte del sistema de distribución de competencias desde la vertiente inclusión/exclusión, sin olvidar, además, la cláusula de reserva en favor del Estado de todo aquello que pueda significar laguna legal. A este fin, pues, cumplen los artículos 148 y 149 de la Constitución como sistema de lista competencial.

Las Comunidades Autónomas asumen las competencias que la Constitución Española les atribuye en la medida que las mismas aparezcan contenidas en el Estatuto de Autonomía. En Cataluña, por ejemplo, la competencia de la Generalidad aparece por vía del artículo 9.2 del Estatuto autonómico que le atribuye, con carácter exclusivo, la competencia de "conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán". Al mismo tiempo, es evidente que la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía llevan a considerar como límite de la competencia autonómica en materia civil a las reglas señaladas en el inciso segundo del artículo 149.1.8 de aquella como competencia estatal "en todo caso" con el importante matiz recogido al final del párrafo de que para la determinación de las fuentes del Derecho deben respetarse las normas del derecho foral y especial.

Al margen de dichas reglas, se establece, en el inciso primero del citado precepto constitucional, la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, añadiendo "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan".

Con base en este inciso final la Generalidad de Cataluña, así como las Comunidades Autónomas de Aragón, Navarra, Baleares, etc..., asumió la competencia exclusiva sobre el Derecho Civil catalán, pues era en Cataluña donde existía un derecho civil propio y plenamente vigente en el momento de aprobarse la Constitución. A fortiori, y en el estricto campo del artículo 149.1.8 de la Constitución Española, la preexistencia de estos derechos forales o especiales cuanto menos actúa como condición de la atribución de competencias en favor de las Comunidades Autónomas.¹

La primera cuestión que se plantea en el Recurso es una cuestión terminológica en referencia a la denominación derechos civiles forales o especiales, expresión que no coincide con las recogidas en el Estatuto de Autonomía de Cataluña pues allí se menciona al Derecho civil catalán sin adjetivo de especial o foral. Pero esta no es una mera cuestión de denominación o terminología, sino que la misma conlleva precisar el objeto material o materia sobre la que actúa la competencia.

Si observamos los trabajos preparatorios de la redacción del texto constitucional veremos que el diputado Jordi SOLÉ TURA defendió una enmienda al texto del artículo 149.1.8 de la Constitución, aprobada por unanimidad.²

El texto literal de la enmienda decía que: "Esta enmienda tiene dos motivaciones, dos aspectos. Uno en el primer inciso. Donde se dice "legislación civil, sin

¹.- Este podría ser el ejemplo de Cataluña, Aragón o Navarra, cuyos derechos civiles propios proceden de la Edad Media.

².- Diario de sesiones núm. 90. Página 3318 del Congreso de los Diputados.

perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos forales", que diga "legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles especiales o forales..." y debiera añadirse "por las Comunidades Autónomas". Aunque parezca que va de por sí, sin embargo sería bueno también añadirlo. Creo que la motivación es clara y no necesita ninguna explicación, pero la idea es la siguiente: derechos civiles especiales y no sólo los forales. Porque si se citan sólo los forales, como dice ahora el texto, se utiliza de hecho un criterio restrictivo, puesto que si aceptamos que las Comunidades Autónomas van a tener en su nivel de desarrollo superior una legislación propia, hay que decir esto, para que no parezca que esta legislación sólo puede reducirse al desarrollo de las actuales legislaciones forales..."

La última frase es sumamente significativa y, que duda cabe, anteriormente asumida plenamente por nosotros en este trabajo al entender que no era posible limitar el concepto Derecho civil a las Compilaciones o legislaciones forales preexistentes a la promulgación de la Constitución, a pesar de la opinión contraria mantenida por BERCOVITZ y LASARTE, entre otros, y, además, por el recuso de inconstitucionalidad que estamos analizando.

Este es, y no otro, en definitiva el nudo gordiano de la conflictividad competencial en materia civil entre las Comunidades Autónomas y el Estado. A nuestro entender, pues, la Constitución otorgó plena competencia en materia civil a las Comunidades Autónomas, no sólo de la materia civil vigente en el momento de promulgarse la Constitución sino del sistema de derecho considerado en su globalidad.

La actual Constitución española supone un nuevo planteamiento de la pluralidad legislativa española en Derecho civil, en la línea de lo que en su día supuso la Constitución de 1.931 en relación con la regulación precedente y preexistente. Así, hay que recordar que con anterioridad a la Constitución, sólo el Estado tenía

competencia para legislar en materia de Derecho civil y que las Compilaciones nacieron como leyes estatales. En cambio, hoy por hoy las Comunidades Autónomas comparten con el Estado la competencia legislativa en materia civil.

La tesis, pues, defendida por el Recurso es jurídicamente insostenible en la medida en que se pretenda mantener, es decir, una tendencia unificadora en materia civil que carece de fundamento legal porque la Constitución actual acoge una posición autonomista con un pluralismo legislativo en materia civil.¹

En resumen de todo lo anteriormente expuesto en este epígrafe, podemos decir que la Constitución Española vigente sanciona una diversidad legislativa como forma normal de estructurarse el Derecho civil, esto es, sin imponer la promulgación de un Código Civil único.

4.4.3.2.- La competencia sobre el derecho civil catalán o sobre el derecho catalán compilado.

Una de las características fundamentales del recurso de inconstitucionalidad interpuesto es la continúa mención al Derecho catalán compilado como el único que puede ser objeto

¹.- En este sentido, TOMAS Y VALIENTE ya diría que "La pugna entre unificación y pluralidad del derecho civil parece haberse resuelto a favor de esta última. Por decirlo en palabras de un destacado civilista: EL horizonte de la unificación del Derecho civil ha desaparecido en la vigente Constitución, y esto es así, tanto si lo lamentamos como si lo celebramos...". "Manual de Historia..." op. cit. Página 556.

No hay que olvidar que entre las conclusiones del Congreso de Jurisconsultos sobre Derechos civiles territoriales celebrado en Zaragoza el año 1.981, se encontraban las siguientes:

"1ª. La Constitución garantiza la pluralidad de regímenes jurídicos civiles co-existentes en el territorio nacional, entendiéndolo no ya común problema, sino como un bien enriquecedor. La Constitución de 1.978, a diferencia de otras anteriores, no establece como un desideratum la unificación del Derecho civil.

2ª. la competencia legislativa no se restringe en modo alguno a la situación actual de las vigentes Compilaciones, lo que sería contradictorio con la idea misma de legislación: legislar significa innovar.

3ª. Las Comunidades Autónomas podrán desarrollar el derecho hoy vigente acomodándolo a las nuevas cambiantes maneras de la sociedad, con la misma libertad con la que las Cortes Generales pueden alterar y modificar el Código Civil".

de legislación por parte de las Comunidades Autónomas. Así, en el caso de Cataluña, sólo podría legislarse en el previsto y ya regulado por la Compilación de mil novecientos sesenta, en lugar de referirse a todo el derecho civil catalán.

Anteriormente hemos defendido que la interpretación restrictiva mantenida por un importante sector doctrinal y utilizada también por el Tribunal Constitucional, no es admisible, en atención a los argumentos ya expuestos. Así, cabe añadir que esta interpretación coincide con la propia Compilación de Derecho Civil de Cataluña, de mil novecientos sesenta. Efectivamente, en el Preámbulo de la misma se explica, entre otras cosas, que: "...para evitar constantes reiteraciones de preceptos del Código Civil, no se han recogido algunas normas vigentes en Cataluña que presentaban ligeras variantes...".¹

Es decir, de lo anterior se deduce que si hubiera optado por el criterio de reproducir en el texto de la Compilación catalana alguno de los preceptos del Código Civil, indiscutiblemente se habría de entender que esos mismos enunciados legales serían derecho civil catalán. Pero si por razones de política legislativa, ad exemplum el Decreto de 23 de mayo de 1.947, se optó por la tesis de evitar repeticiones, ello no obsta para que los citados preceptos del Código Civil, no reproducidos en la Compilación pero de

¹.- Este párrafo del Preámbulo a la Compilación catalana de mil novecientos sesenta, se enmarca dentro de otro más amplio que nos permitirá entender mejor su existencia. Ello no obstante, el Preámbulo en general de suficientemente clarificador de la voluntad del legislador en cuanto al recogimiento o no, así como su interpretación, de figuras jurídicas propias del derecho catalán.

El párrafo al que nos referimos dice: " El criterio general que inspiró la meritísima labor de esta Comisión ha sido francamente conservador, pues entendió que no debía proponer una prematura supresión de instituciones de antiguo abolengo, cuya compatibilidad o incompatibilidad con la coyuntura jurídica del momento la práctica misma se encargará de manifestar. Pese a ello, el Anteproyecto, para evitar constantes reiteraciones de preceptos del Código Civil, no ha recogido algunas normas vigentes en Cataluña que presentaban ligeras variantes, pero, en cambio, ha concedido la máxima importancia al Derecho patrimonial y familiar, y con el sucesorio, que es su consecuencia, desarrollando asimismo, y quizá por vez primera, una amplia regulación de las formas de sucesión contractual, especialísimas y típicas en dicha región."

Y sigue más adelante el Preámbulo diciendo que: "... En lo sucesivo, se conocerá cual sea el Derecho especial de Cataluña con sólo examinar la Compilación; y cuantas materias y cuestiones carezcan en ella de precepto aplicable deberán regirse por el Código Civil...".

imprescindible conexión, deban también considerarse como Derecho civil catalán a los efectos del artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, ya que, incluso, el preámbulo de la Compilación los califica de "normas vigentes en Cataluña".

Por todo ello, a nuestro entender, el Parlamento catalán puede modificar y desarrollar el Derecho civil catalán tanto si estaba literalmente comprendido en la Compilación, como si se trataba de aquellos preceptos del Código Civil que, conectados con ella, estaban vigentes en Cataluña al momento de aprobarse la vigente Constitución, porque dichos preceptos no hacían otra cosa que recoger el "ius commune" que de manera tradicional se había aplicado en todos los países europeos y, también, evidentemente en Cataluña. Todo ello es, pues Derecho civil catalán.

4.4.3.3.- La competencia para conservar, modificar y desarrollar el derecho civil catalán.

Al hilo de los argumentos anteriores, la legislación catalana en materia de filiación vendría a modificar y desarrollar la regulación de la filiación en el Derecho civil catalán. En orden a interpretar e integrar el significado de la expresión "conservación, modificación y desarrollo", es capital señalar la importancia de que entre las facultades de la Generalidad catalana sobre el Derecho civil catalán, figura el de su conservación. Porque, en el vigente orden Constitucional, la existencia de Asambleas legislativas en las Comunidades Autónomas, conduce a que al término "conservar" deba otorgársele una pluralidad de la que carecía en el Código Civil y que hace imposible su identificación con

el artículo 13.2 del Código.¹

Para el Código Civil, conservar los derechos forales o especiales equivalía a permitir que se siguieran aplicando tal como inicialmente fueron concebidos, lo que comportaba, en muchos casos, su progresivo desfase con la realidad social y se concretaba, algunas veces, en el mantenimiento de figuras anacrónicas y caducas de nula aplicación. En cambio, tras la Constitución, el término conservar, a nuestro entender, tiene que ser interpretado desde una perspectiva activa, lo que comportará la adopción de aquellas medidas necesarias para que tales instituciones mantengan su funcionalidad pese al paso inexorable del tiempo. La auténtica conservación del derecho enlaza con la facultad de su adaptación a la realidad social.

Nos parece evidente que es en este sentido, el de adoptar las decisiones necesarias para que las instituciones jurídicas catalanas se mantengan, como debe interpretarse el concepto "conservación" del artículo 9.2. del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

En cuanto a los conceptos "modificar y desarrollar" que aparecen tanto en la Constitución como en los Estatutos de Autonomía, el Recurso de inconstitucionalidad estudiado, y criticado, adopta una posición minimalista que no puede ser aceptada fácilmente, al afirmar que: "...el derecho foral puede ser modificado y desarrollado pero siempre a costa de sus propios preceptos y nunca con menoscabo del derecho común".

A la vista de esto, que sentido tendría el término desarrollo. Pensemos en un momento en la fecundación asistida objeto del tema de la filiación. Se trata, en efecto, de un

¹.- El contenido, y el espíritu de este artículo 13.2, que históricamente fue el artículo 12 de la redacción original del Código Civil, ya se recogía en el propio Preámbulo de la Compilación catalana de 1.960, cuando decía que: "... El primer problema a resolver en esta Compilación ha sido el de fijar las normas para la aplicación de la misma con holgura que no alterase los términos del artículo 12 del Código Civil que, aceptando la integridad del régimen jurídico escrito y consuetudinario, establece como último régimen supletorio el propio Código y las leyes complementarias."

supuesto de hecho que no existía en el momento histórico en que se compila el Derecho civil catalán. Si ante un hecho nuevo, indiscutiblemente vinculado a una materia tratada en la Compilación, no existiera la posibilidad de activar la competencia legislativa, entonces la referencia explícita de la Constitución Española y del Estatuto de Autonomía de Cataluña al "desarrollo" del Derecho civil quedaría vacía de contenido, se configuraría como la pasiva conservación de una reliquia histórica y nos retornaría, no ya al momento de la codificación, sino al propio Decreto de Nueva Planta.¹

No es tampoco aceptable este criterio que limita el desarrollo del Derecho civil catalán al desarrollo del principio, recogido en la Compilación, consistente en la admisión de la investigación de la paternidad no legítima con respecto a la verdad biológica y cuyo origen se sitúa en las Decretales de Gregorio IX. Además, esta pretensión del recurrente de limitar las facultades del legislador catalán al desarrollo de los principios preexistentes en la Compilación resulta totalmente opuesta a la indiscutida tarea que lleva a cabo el Parlamento de Cataluña al aprobar la ley 13/1.984, de 20 de marzo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, donde se establecieron una serie de modificaciones sobre el texto de la Compilación de Cataluña aprobada el año 1.960, precisamente para adaptarlo a los principios constitucionales vigentes.

Es evidente que los citados principios constitucionales no estaban reflejados en la Compilación y, en cambio, nadie objetó ni tuvo la menor duda en aceptar la competencia del legislador catalán para modificar la anterior Compilación al objeto de adaptarla a los principios de la Constitución de 1.978. En este sentido el ejecutivo estatal no recurrió ni la ley catalana 13/1.984, ni la ley foral de Navarra 5/1.987, de

¹.- El citado recurso mantiene que, en cuanto al concepto desarrollo, lo siguiente: "Únicamente es admisible el desarrollo de un principio foral que haya sido recogido de hecho en la Compilación...".

uno de abril, que modifica la Compilación de Derecho foral del territorio navarro en la que además de efectuarse la necesaria adaptación a los principios constitucionales de la Compilación navarra aprobada por ley 1/1.973, de uno de marzo, se contienen una serie de preceptos que superan con creces el contenido inicialmente compilado.

4.4.3.4.- La Ley catalana 7/1.991, no vulnera el artículo 149.1.1 de la Constitución Española.

El Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el ejecutivo estatal, se aparta de la argumentación hasta ahora conocida, para iniciar una nueva línea argumental de oposición, al recoger el principio de igualdad entre los españoles y la preferencia del derecho estatal como justificantes de la necesidad de una legislación común en materia de filiación.

En el punto quince del citado recurso, se mantiene que: "No tendríamos inconveniente en admitir la tesis (se refiere a que las Comunidades Autónomas con competencia en Derecho civil puedan regula, a título de modificación o desarrollo, cualquier institución o materia jurídico-civil no incluida entre las expresamente nombradas en el inciso segundo del artículo 149.1.8 de la Constitución Española), a condición de que se la encuadre en un debido marco del que vamos a ocuparnos...".

El referido marco, no es otro que una particularísima teoría de los sub-ordenamientos o subsistemas que componen el ordenamiento civil español.

Lo anterior es sencillamente inaceptable. Efectivamente a la pretendida unidad global y, a mayor abundamiento, la alegada subordinación del derecho civil catalán al ordenamiento civil español, cabe oponer que el derecho contenido en el Código Civil no se sitúa en ninguna relación de superioridad o de supremacía jerárquica sobre el derecho

civil que emana de las Comunidades Autónomas ya que se tratan de ordenamientos separados, informados cada uno de ellos por sus propios principios inspiradores, incluso, como veíamos, a los efectos de su integración. Así parece desprenderse de una primera lectura del artículo primero de la Compilación catalana.¹ Es más, ya explicamos anteriormente que los preceptos del Código Civil únicamente tienen carácter supletorio en Cataluña en lo que no prevé el Derecho civil catalán, y en cuanto que no se opongan a las normas y principios que forman e informan el ordenamiento jurídico catalán.²

El sistema de ordenamiento global y los subsistemas, ni encaja en el reparto competencial establecido en el artículo 149.1.8 de la Constitución y artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, ni tampoco encaja con la regulación positiva del ordenamiento civil en Cataluña. En este sentido, es el propio Tribunal Constitucional, por ejemplo en la Sentencia de 16 de noviembre de 1.981, el que establece que: "...la igualdad de derechos y obligaciones en todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional no puede ser entendida, en modo alguno, como una rigurosa y monolítica

1.- El artículo primero de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, dice en su párrafo segundo que: "Para interpretar e integrar esta Compilación y las otras normas, deberá tenerse en consideración las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana, de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña."

2.- Dando un soporte normativo a lo dicho, observamos que la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, dice en su artículo primero, párrafo primero que: "De conformidad con lo que establece la Constitución y el Estatuto de Autonomía, las disposiciones de Derecho civil de Cataluña se aplicarán con preferencia al Código Civil y a las otras disposiciones de igual aplicación general."

Este artículo primero está en íntima relación, y es clarificador de la disputa jurídica de la que nos venimos ocupando, con la Disposición Final cuarta del texto refundido de la Compilación, que dice: "De conformidad con lo dispuesto en el artículo uno de la presente Compilación, sin perjuicio de las normas de directa aplicación general, en aquello que no prevén las disposiciones de Derecho civil de Cataluña regirán supletoriamente los preceptos del Código Civil y de las demás leyes estatales de carácter civil, en la medida en que no se opongan a aquellas disposiciones o principios generales que informan el ordenamiento jurídico catalán".

Esta disposición, es la aplicación práctica y directa del espíritu que impera en el artículo 149.1.8, 149.3 y el artículo 26.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

uniformidad del ordenamiento, de la que resulte que, en igualdad de condiciones y circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional se tienen los mismos derechos y obligaciones...".

A la vista de lo anterior, a nuestro entender, la ley catalana en modo alguno vulnera la competencia estatal. En efecto, la ley catalana de filiación no se dicta con la pretensión de regular la filiación en todo el territorio del Estado, por el propio límite territorial de la competencia autonómica, sino que se limita su efectividad a los ciudadanos de vecindad civil catalana. Al mismo tiempo, no es correcto mantener la inconstitucionalidad de la ley por el hecho de que la misma reproduzca el contenido del Código Civil, pues si así fuera no resulta congruente denunciar la inconstitucionalidad de la ley por no respetar una hipotética necesaria igualdad de todos los españoles en cuanto al régimen civil de la filiación, ya que la regulación que de esta institución se establece en Cataluña resulta muy semejante a la que rige en el territorio de derecho común. Pues bien una afirmación se contradice frontalmente con la otra.

4.5.- El Recurso de inconstitucionalidad presentado frente a la Ley 8/90, de 25 de julio, reguladora de la reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo.¹

Al igual que ocurre con la ley catalana de filiación, nos encontramos ante el estudio de un recurso de inconstitucionalidad, en este caso interpuesto por parte de la Comunidad Autónoma, sobre el que todavía no ha recaído resolución alguna.

¹.- Un estudio detallado de la problemática competencial de la legislación autonómica en materia de urbanismo puede consultarse en BARBANCHO TOVILLAS en "Competencia de las Comunidades Autónomas en la regulación del régimen del suelo urbano". Derecho privado y Constitución. núm. 2. 1.994. Páginas 251 y siguientes.

La ley 8/1.990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoración del suelo, y el Decreto legislativo 1/90, de 12 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, contienen numerosas disposiciones contradictorias sin que pueda acudirse, en modo alguno, al criterio general de la temporalidad, ley posterior deroga a la ley anterior, pues las dos leyes pertenecen a ordenamientos jurídicos distintos que se relacionan por el criterio de la competencia.

En tema de urbanismo, a diferencia de la materia civil, la competencia de las Comunidades Autónomas es exclusiva. Tal afirmación aparece justificada por el artículo 148.3 de la Constitución Española y, por vía negativa, al no encontrarse referencia alguna a la materia urbanística en el artículo 149.1 de la Constitución, donde, como es sabido, se establece el listado de materias reservadas a la actuación exclusiva del Estado.¹

La exclusividad de la competencia de las Comunidades Autónomas ya había sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional, en Sentencia 56/86, de 13 de mayo, al decir que: "...el artículo 180.2 de la ley del Suelo establece una excepción al régimen urbanístico, que cabe interpretarse de acuerdo con la distribución competencial que establece la Constitución con posterioridad a la entrada en vigor a la ley del Suelo, que es una ley preconstitucional.

Enfocada así la cuestión es cierto, como dice la representación del Gobierno vasco, que todas las competencias urbanísticas incluida la excepcional reconocida por el artículo 180.2 de la ley del Suelo han sido asumidas por las Comunidades Autónomas...".

A pesar de lo anteriormente dicho, la ley estatal

¹.- Se establece en el artículo 148 de la Constitución Española, que: "1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 3º. Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda."

establece que: "...en el ámbito de las competencias constitucionales del Estado, modificar el régimen hasta ahora vigente sobre los derechos y deberes de los propietarios del suelo afectado por el proceso de urbanización y edificación, si bien no es su totalidad, sino limitándose a la fijación de las condiciones básicas que aseguran la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los mencionados derechos y deberes, al tiempo que delimita con el mismo carácter básico la función social de la propiedad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 149.1.1 en relación con el artículo 33 de la Constitución Española. Asimismo, se determina el contenido económico del derecho, valorando a efectos expropiatorios, las diferentes facultades que los integran...

La regulación de este conjunto de materias encuentran apoyo constitucional en las competencias que al Estado reserva el artículo 149.1 en sus reglas primera, octava, decimotercera, décimo-octava y vigésimo-octava, esta última en cuanto a los preceptos de la ley que se refieren al régimen del suelo no urbanizable..."

El problema es, pues, ciertamente interesante. Nos encontramos, a diferencia de la materia civil, en una legislación urbanística sobre la que el Estado no mantiene una reserva de competencia exclusiva pero que, en cambio, pretende legislar amparándose en el principio de legislación básica por vía del artículo 149.1.1 de la Constitución Española.

No debemos olvidar que este precepto es igualmente alegado por el legislador estatal en cuanto a la materia civil.¹

Igualmente es interesante el modelo legislativo recogido en la ley del Suelo, pues a la hora de justificar el Estado su capacidad legislativa acude a la legislación civil, a la

¹.- Artículo 149 de la Constitución Española: "1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1º. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales."

ordenación general de la economía, las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y a la legislación sobre expropiaciones y medio ambiente.

TOMAS RAMON FERNANDEZ¹, en un reciente trabajo doctrinal sostiene la idea de que le artículo 149.1 de la Constitución Española es habilitante de la competencia estatal en materia de urbanismo. En relación a esta aseveración, el autor que utiliza la expresión interpretación alternativa, considera que: "Por lo pronto el territorio nacional es algo más que la suma de sus distintas provincias. Constituye una unidad, susceptible de ser contemplada como tal por el Estado al que pertenece y necesitada también, en el orden de la realidad, de una visión global y una ordenación de conjunto...; No cabe, pues, hablar del territorio como una pertenencia exclusiva de la Comunidad Autónoma que se organice sobre él, porque idénticas razones y títulos avalarían una afirmación semejante por parte del Estado. Esta sola consideración justifica por si solo una interpretación de la Constitución de signo distinto a las que un tanto simplemente vino a aceptarse desde el primer momento...".

El recurso, pues, a una legislación o regulación uniforme de la legislación en materia de urbanismo es igualmente defendida por el autor con base en que la legislación de la ordenación urbanística empieza por ser ante todo una regulación del derecho de propiedad. Así, el mismo autor nos dirá que: "La propiedad es un derecho fundamental, cuyas condiciones básicas de ejercicio deben ser definidas en términos de igualdad, razón por la cual dicha definición se reserva en exclusiva al legislador estatal por el artículo 149.1.1 de la Constitución".²

¹.- FERNANDEZ, T.R., "El ordenamiento jurídico-urbanístico: Legislación estatal, legislación autonómica y planeamiento". En Cuadernos de Derecho judicial. Urbanismo. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1.993. Páginas 68 y siguientes.

².- Continua diciendo este autor que "El derecho de propiedad, cualquiera que sea la intervención que en él se reserva a la Administración en garantía del cumplimiento de su función social, es
(continúa...)

Observemos que el citado autor unifica la competencia del legislador estatal a una legislación que mantenga la unidad en todo el Estado, unido a la, según él, supuesta competencia exclusiva del Estado en materia civil.

La conclusión anterior, que en modo alguno es compartida por nosotros, y que ha sido igualmente mantenida por algún autor,¹ de alguna forma podría decirse que ya había sido desautorizada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/87, de 26 de marzo, que resolvía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley 8/84, del Parlamento andaluz, de reforma agraria andaluza, al entender, entre otras cosas, que: "La función social de la propiedad, determinada de acuerdo con las leyes presupone la identificación de los fines generales que, sin perjuicio de la utilidad individual de su titular, estarían llamados a satisfacer los bienes objeto de dominio privado. Por lo que conviene singularmente a la propiedad inmobiliaria, es evidente que esos fines de interés general pueden justificar el empleo de distintos instrumentos jurídicos en atención a la propia localización de los bienes o en razón a las cambiantes condiciones económicas, sociales e, incluso, de orden cultural en cada parte del territorio. Por otra parte,

²(...continuación)

básicamente una cuestión civil cuya regulación es también competencia del Estado según el artículo 149.1.8 de la norma fundamental...". Siguiendo esta línea argumental, en relación al carácter esencial y fundamental del derecho de propiedad, cabría también esgrimirse que cualquier regulación sobre el mismo debería estar extraída de la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas, para pasar a ser de competencia exclusiva del legislativo estatal, todo ello en aras del respeto del derecho de igualdad entre españoles, o los que lo mismo la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo o religión.

Al hilo de esta reflexión, y dentro del derecho civil catalán cabría hablar de una figura jurídica tan manifiestamente de derecho catalán como es la rescisión por *lessio ultra dimidium*. Siguiendo el razonamiento de FERNANDEZ, podríamos considerar que esta figura es inconstitucional, por cuanto establece, en relación al precio pagado para la adquisición de la propiedad, una discriminación evidente entre los distintos ciudadanos del Estado español, según residan en uno u otro territorio autonómico. Sencillamente un absurdo.

¹.- Este es el caso de RUIZ-RICO RUIZ, en su "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 1.987, sobre la ley de reforma agraria para Andalucía", en "Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas". Op. cit. Páginas 237 y siguientes.

la definición de la función social no es algo que derive sustancialmente de una regulación unitaria del derecho de propiedad ni es tampoco aconsejable que al socaire de una regulación uniforme de la propiedad privada puedan anularse las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entran en juego la propiedad y otros derecho de contenido patrimonial..."

La conclusión del Tribunal Constitucional es ciertamente contundente.

En primer lugar, se desprende de la anterior sentencia que el modelo de legislación uniforme planteado por el artículo 149.1.1 de la Constitución no puede ser un criterio competencial que haga inoperante el propio artículo 148 de la Constitución, es decir, las competencias reconocidas constitucionalmente a las Comunidades Autónomas.

En segundo lugar, que, como venimos manteniendo reiteradamente, la competencia "exclusiva" del Estado en materia civil no puede ser utilizada por el legislador estatal como criterio de atribución competencial con exclusión de toda legislación de las Comunidades Autónomas.

En apoyo de lo anterior, la doctrina del Tribunal Constitucional, y en concreto la Sentencia de 37/81, de 13 de febrero, ha venido especificando que el citado artículo 149.1.1 de la Constitución Española, aún siendo una regla competencial en favor del Estado, no puede ser utilizado al margen de otro título más específico.¹

Igualmente, la Sentencia anterior contiene además, una importante reflexión en relación a otorgar una mayor libertad a las Comunidades Autónomas. Efectivamente nos dirá que: "Aunque pudiera entenderse que el artículo 149.1.1 permite al

¹.- Así esta Sentencia diría en relación al artículo 149.1.1 que: "...este no impone un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio español... sería fundamental, incompatible con la autonomía... lo máximo que impone es una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles en cuanto a sus derechos y deberes fundamentales...".

Estado atraer a su ámbito competencial una potestad normativa en relación con la función social de la propiedad sobre cualquier tipo de bienes y en virtud de cualesquiera intereses de carácter público, aún aquellos cuya definición y gestión no les está encomendada, de ello no cabría concluir sino que el Estado podría regular las condiciones básicas que garanticen una igualdad de trato, asimismo básica o esencial, de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos de propiedad. Pero ello sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan dotarse de una legislación propia que respete la legislación básica estatal..., corresponde a quién tiene atribuida la tutela de tales intereses la competencia en relación con cada materia que puede incidir en el derecho de propiedad".

En definitiva, y a la vista de todo lo anteriormente expuesto, podemos decir que no es criterio suficiente irrogar la capacidad legislativa en favor del Estado la alusión al artículo 149.1.1 de la Constitución Española cuando no exista, sobre la materia que se proyecta la legislación, una competencia exclusiva del Estado y si, en cambio, una competencia atribuible a las Comunidades Autónomas.¹

¹.- Ver FERNANDEZ y su comentario a la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional sobre el Recurso interpuesto a la Ley de Costas.

5.- EL DERECHO PROPIO DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS Y LA APLICACION SUPLETORIA DEL DERECHO ESTATAL. BASES PARA UNA CRITICA AL SISTEMA DE INSUFICIENCIA DEL DERECHO PROPIO DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.

En la línea de las anteriores consideraciones, a nuestro entender tampoco es admisible el criterio de la insuficiencia del Derecho propio de las Comunidades Autónomas como criterio, subsidiario, de atribución de competencias en favor del Estado. Efectivamente, existe el normal entendimiento, que el derecho estatal suple al derecho autonómico cuando se manifiesta una ausencia de normativa específica sobre determinada materia. Más aún, cuando el criterio de supletoriedad es utilizado como forma de asumir competencias por parte del Estado ante cualquier vacío normativo del legislador autonómico, convirtiéndose en un cajón de sastre al cual acudir, atribuyéndole una posibilidad de aplicación expansiva al derecho estatal.

Ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/81, de 13 de febrero¹, con contundencia establecía el criterio de supletoriedad del derecho estatal ante las lagunas normativas de los ordenamientos autonómicos. Así, en primer lugar era de aplicación el Derecho autonómico y, en su defecto, era aplicable el derecho estatal por referencia directa del artículo 149.3 de la Constitución.²

¹.- Esta Sentencia se dictó para resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra varios preceptos de la Ley Orgánica 5/1.980, de 19 de junio. En ella, son especialmente significativos, al caso que nos ocupa, los Motivos cuarto y quinto de la misma, y los dos votos particulares formulados por una parte por TOMAS Y VALIENTE, por LATORRE SEGURA, por DIEZ DE VELASCO y por FERNANDEZ VIAGAS. Y, por otra, por AROZAMENA SIERRA y por RUBIO LLORENTE.

².- Independientemente de la cuestión que nos ocupa, hay que dejar claro que aquellas Comunidades Autónomas con derechos históricos, o forales propios, han ido, poco a poco con el transcurso del tiempo, llenando las lagunas existentes, intentando evitar, en la medida de lo posible las remisiones, e intromisiones, al derecho estatal.

Ello es así, no como consecuencia de una vocación histórica de carácter legislativo, sino que parece más bien, en la mayoría de los casos, como consecuencia de un afán político diferenciador, confundiendo el hecho diferencial autonómico, en algunos casos, en las Comunidades históricas, la
(continúa...)

Ahora bien, nosotros vamos a defender que entre el Derecho propio de las Comunidades Autónomas y el Derecho estatal aplicable subsidiariamente, artículo 149.3 de la Constitución Española, debe haber un amplio espacio en el que se encuentren desde la propia inexistencia de lagunas, hasta la autointegración del Derecho autonómico, supuestos, todos ellos, en los que el derecho estatal no será supletorio.

Esta es la tesis que viene manteniendo la doctrina que conocemos como autonomista, como ponen continuamente de manifiesto en sus escritos ROCA TRIAS, PUIG FERRIOL,¹ BADOSA COLL,² SALVADOR CODERCH,³ etc...

Una cuestión que debe actuar como premisa es la referencia al concepto ordenamiento estatal y autonómico. De la misma forma hay que precisar que la capacidad de autointegración normativa viene reconocida como tal posibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, con carácter general, por el artículo 4.1 del Código Civil.⁴

Así, la regla de autointegración, no debe presuponer que en defecto de ley aplicable tenga que cobrar vigencia inmediata el derecho estatal. Es cierto, no obstante, que en

²(...continuación)

existencia de un hecho diferencial histórico-territorial, con un voluntad de diferenciación a toda costa, utilizando, e incluso explotando, esa facultad legislativa otorgada, yendo más allá de lo que una beligerante doctrina foralista podría admitir.

¹.- ROCA I TRIAS y PUIG I FERRIOL, en su obra "Institucions..." op. cit. Vol. I. Página 39, al decir que: "A més, l'ordenament Dret civil català està integrat per aquelles disposicions dictades per desenvolupar competències d'un altre tipus: es tracta de les matèries conexas. El Tribunal Constitucional ha assenyalat que la necessitat d'una regulació de caràcter general no es pot deslligar de la regulació dels interessos generals concrets que imposen una delimitació específica del seu contingut; en especial, en la Sentència del Tribunal Constitucional 37/87, de 26 de març i pel que fa referència a la competència per determinar la funció social de la propietat..."

².- "Las recents..." op. cit. página 11.

³.- En este mismo sentido se expresa SALVADOR CODERCH, en su trabajo "la Compilación y su historia. (Estudio sobre la codificación y la interpretación de las leyes)". Barcelona. 1.985. Bosch editorial. Páginas 352 y siguientes.

⁴.- Artículo 4.1 del Código Civil: "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón".

la Constitución Española no se utiliza la expresión ordenamiento al hacer hincapié en la relación supletoria del derecho estatal, ahora bien, no entendemos que haya de existir problema alguno en definir como ordenamiento al conjunto de normas e instituciones correspondientes a una Comunidad Autónoma, habida cuenta la amplitud que de dicho concepto ofrece la doctrina, de lo que son claro exponente las ideas de BALAGUER CALLEJON.¹

Lo dicho anteriormente, se observa con mayor claridad, en principio, si lo remitimos al ordenamiento jurídico privado y, en concreto, al Derecho civil.²

Dicho de otro modo, ni el Código Civil ni las leyes generales son objeto de una consideración homogénea por parte de la Compilación a efectos de su aplicabilidad directa o supletoria o de su vigencia con carácter absoluto. En este aspecto, el mismo artículo primero de la Compilación catalana viene a reforzar lo que ya constituía doctrina establecida desde la publicación de la primera Compilación de Cataluña: El Código Civil y las leyes generales rigen supletoriamente praeter compilationem pero sólo secundum principia.

El supuesto es especialmente interesante para conocer la relación, en este caso, Compilación de Derecho Civil y Derecho civil. Ahora bien, al supuesto que nos estamos enfrentando es a la posible aplicación supletoria del Derecho estatal ante la laguna normativa del Derecho autonómico, por ejemplo, la falta de regulación o de normativa propia de las Comunidades Autónomas. Pues bien, en este sentido, y con carácter prioritario, otra cuestión que deberá resolverse es

¹.- BALAGUER CALLEJON, "La integración..." op. cit. Página 100.

².- Efectivamente, al respecto dice SALVADOR CODERCH que: "La cláusula de supletoriedad (se refiere al Derecho civil común) carece de alcance general... hay casos en los que los textos legales citados no rigen ni directa ni supletoriamente, como se encarga ahora explícitamente la propia Disposición Final 4ª de la Compilación al decir: "... en allò que no preveuen les disposicions de Dret civil de Catalunya regeixen supletoriament els preceptes del Codi Civil i de les altres lleis estatals de caràcter civil en la mesura en que no s'oposin a aquelles disposicions o als principis generals que informen l'ordenament jurídic català...". Ver SALVADOR CODERCH, "La Compilación..." op. cit. Página 357.

la delimitación del concepto laguna legal, y cuando se produce ésta en relación a la posible aplicación en el ordenamiento autonómico. ¹

No obstante lo anterior, el concepto laguna legal ha sido recogido y definido con una mayor precisión por la doctrina. Así debemos a BOBBIO,² la distinción entre lagunas propias e impropias, y a CARNELUTTI³ la distinción entre las voluntarias e involuntarias.

Las lagunas propias serían aquellas que se producen dentro del propio sistema jurídico; en cambio las impropias serían las que se derivan confrontación del sistema jurídico con el sistema ideal. estas únicamente son completables a través de la acción legislativa, mientras que las anteriores pueden ser completadas mediante la labor del intérprete. Las lagunas voluntarias son aquellas en que el vacío normativo ha sido querido por el legislador; mientras que las involuntarias no.

Con las ideas anteriormente expuestas parece perfectamente posible realizar una precisa definición de laguna, a los efectos que nos puedan interesar.

Partiendo de una concepción negatoria, cuando hablamos de lagunas legales en los ordenamientos autonómicos, no nos podemos referir a las voluntarias, ya que no hay un auténtico vacío normativo; ni nos podemos referir lagunas impropias.

Por último, quedan por analizar dos bloques de conceptos jurídicos que tenemos que usar inexcusablemente, que son, por

¹.- Respecto a que debe ser considerado laguna legal, es LARENZ quién con mayor claridad la define, diciendo que: "... (hay una laguna legal) donde la ley, medida con su propio propósito y con su tecnología inmanente, sea incompleta, es decir, esté necesitada de complemento y donde su complemento no contradiga una ley".

Ver LARENZ, "Metodología de la ciencia del Derecho". Barcelona. 1.966. Ed. Ariel. Páginas 299 y siguientes.

En la misma línea se expresa BOBBIO, en su "Teoría dell'ordenamento giuridico". Giappichelli editore. Torino. 1.960. Páginas 156 y 157.

².- BOBBIO, "Teoría..." op. cit. Página 157.

³.- CARNELUTTI, "Teoría general del Derecho". Madrid. 1.941. Ed. Revista de Derecho privado. Páginas 115 y siguientes.

una parte, los conceptos autointegración y heterointegración, y por otra, los conceptos de analogía legis y de analogía iuris.

Siguiendo las teorías de CARNELUTTI,¹ mediante la autointegración se colman las lagunas legales existentes acudiendo a la misma fuente, y mediante la heterointegración la laguna se rellena acudiendo a una fuente distinta dentro del mismo ordenamiento jurídico.

Por último, analogía puede ser diferenciada según hablemos de analogía legis, analogía iuris o hablemos de interpretación extensiva.²

La definición legal de analogía ha sido establecido por el artículo cuarto del Código Civil. Frente a la analogía, se encuentra la llamada interpretación extensiva de las normas que en realidad no produce auténtica integración, no genera una nueva norma, sino que se limita a extender el contenido de una norma jurídica a casos no previstos en la misma.

Realizado este excursus interpretativo de los conceptos jurídicos que pretendemos analizar a posteriori, hay que admitir que el fundamento último de la regla de supletoriedad es que nuestra actual Constitución parte del principio de complitud o, como hemos indicado con anterioridad, parte del dogma del legislador completo.³

Esta complitud, no únicamente es una exigencia constitucional de carácter competencial, sino que, además, aparece como imprescindible en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que el propio Código Civil establece, en primer lugar, la obligación del juez de dar respuesta a cualquier

¹.- CARNELUTTI, "Teoría general..." op. cit. Páginas 123 y siguientes.

².- Ver BOBBIO, "Teoría dell'ordenamento..." op. cit. Páginas 157 y siguientes.

En nuestra doctrina, muchos son los autores que, afortunada o desafortunadamente, han tratado el tema de la analogía y de la interpretación extensiva, podemos citar especialmente, a: DIEZ PICAZO y GULLON BALLESTEROS, "Sistema..." op. cit. Vol. I. Página 179; BATLLE VAZQUEZ, "Comentario al artículo 4 del Código Civil", en Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, dirigidos por ALBALADEJO. Tomo I. Páginas 89, 90 y 91.

³.- Ver lo dicho al respecto en este Título, en el Capítulo segundo, punto tercero.

controversia jurídica que se plantee y, en segundo lugar, que la respuesta otorgada por el juez tiene que ser con carácter y fundamento jurídico, esto es, que debe darse utilizando normas enmarcadas dentro del ordenamiento jurídico.¹

Ahora bien, si plenitud es predicable del ordenamiento jurídico en general, también debe serlo del ordenamiento jurídico autonómico.²

Precisamente por ello, la remisión que realiza el legislador constitucional al ordenamiento jurídico estatal no puede ser precisamente porque este sea completo y el autonómico no, a lo sumo, pues, puede decirse que el ordenamiento estatal sea más extenso, más amplio, pero en modo alguno a la presunción de que el autonómico no sea completo.³

Debemos hacer hincapié en la expresión "en todo caso", pues debe ponerse en relación con los preceptos contenidos en

¹.- En esta línea se mueve nuestro ordenamiento al decir en el artículo 1.7 del Código Civil, que: "Los jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todos los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido."

En la misma línea se expresa el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando establece que: "Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivo formales cuando el defecto fuere insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes."

Completando lo dicho, y como norma no solamente informadora, sino también como disposición directamente aplicable, establece la Constitución Española, en su artículo 24.1 que: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."

A su vez, este precepto, está en íntima relación con el capítulo II, Título I, de la propia Constitución que se refiere a los derechos y libertades; y también con el artículo 53.2 de la misma Constitución, cuando dice que: "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional...".

Finalmente, para cerrar el círculo de la idea del legislador completo, deberá acudir a la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, donde se contempla explícitamente la obligación de los jueces de resolver los conflictos que se les planteen con la normativa existente en el ordenamiento jurídico español.

².- "La integración..." op. cit. Página 115.

³.- El artículo 149.3 de la Constitución, establece una presunción al establecer que "El derecho estatal será en todo caso supletorio de las Comunidades Autónomas".

párrafos anteriores, en virtud de los cuales las normas del Estado prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas "en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estas".¹

La expresión "en todo caso", como acertadamente entiende BALAGUER CALLEJON, viene a definir el ámbito de aplicación de la regla de supletoriedad que quiere darnos a entender, que no sólo se dirige a las normas competenciales compartidas y concurrentes sino, además, a las exclusivas de cada una de las Comunidades Autónomas.²

Si observamos el Anteproyecto de la Constitución Española de enero de 1.978, en él se establecía en el artículo 140.3 que: "El derecho del Estado prevalecerá sobre los de los Territorios Autónomos en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estos. Será en todo caso supletorio del derecho propio de los Territorios Autónomos". Redacción esta que fué igualmente aceptada por el Dictamen emitido por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, del día uno de julio, pasando al dictamen de la Comisión de Constitución del Senado, del seis de octubre de 1.978.

La extensión de la supletoriedad del derecho estatal acabaría siendo justificada, también, por la doctrina emanada de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional que lo confirmarían plenamente, como veremos a lo largo de este trabajo.³

¹.- Establece el artículo 149.3 de la Constitución que: "Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas.

El derecho estatal será en todo caso supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas."

².- A nuestro entender la interpretación no puede ser otra que la apuntada por este autor. Ver "La integración..." op. cit. Página 116.

³.- Ver las Sentencias 5/81, de 13 de febrero; 179/85, de 19 de diciembre; 186/88, de 17 de octubre; 227/88, de 29 de noviembre; 56/89, de 16 de marzo; 64/89, de 6 de abril, entre otras. De
(continúa...)

Ahora bien, sea cual sea el criterio, amplio o restringido, seguido por el Tribunal Constitucional a la hora de analizar la supletoriedad del derecho estatal cabe preguntarse si no es posible la autointegración del ordenamiento autonómico.

En el ámbito del Derecho civil la discusión parecería baladí, pues el Código Civil o, en su caso, las Compilaciones forales, incluyen un procedimiento analógico como técnica de integración previa que evita cualquier discusión respecto a su aplicación.

Si trasladamos la cuestión al ámbito del Derecho Civil catalán, siguiendo a ROCA I TRIAS y PUIG FERRIOL¹, la analogía aparece en el artículo 1.2 de la Compilación, que permite recurrir a la misma, como sistema de integración, ya que prevé la posibilidad de que sea la tradición catalana la que tenga que tomarse para interpretar e integrar la propia Compilación y otras normas.²

Es decir, que para integrar el Derecho civil catalán hay que acudir por tanto al propio derecho compilado, a la tradición catalana como, por último, a otras normas que no pueden ser otras que el Derecho civil catalán extracompilado.³

³(...continuación)

todas estas Sentencias, así como de las concordantes con ellas, hablaremos, y en su caso, según su importancia analizaremos, a lo largo de éste trabajo.

¹.- ROCA TRIAS y PUIG FERRIOL, "Institucions..." op. cit. Pàgina 65.

².- Dice la Compilación de Derecho Civil de Cataluña en su artículo primero que: "De conformitat amb el que estableixen la Constitució i l'Estatut d'Autonomia, les disposicions del Dret Civil de Catalunya regiran amb preferència al Codi Civil i a les altres disposicions d'igual aplicació general. Per tal d'interpretar i integrar aquesta Compilació i les altres normes hom prendrà en consideració les lleis, els costums, la jurisprudència i la doctrina que constitueixen la tradició jurídica catalana, d'acord amb els principis generals que inspiren l'ordenament jurídic de Catalunya".

³.- Aquí nos referimos al reconocimiento que la Compilación vigente en Cataluña otorga al derecho consuetudinario de carácter local, y en algunos sitios comarcal: Campo de Tarragona, antiguo Obispado de Girona, Tortosa, la comarca de la Segarra, el perímetro de la antigua ciudad de Barcelona, etc... Ver SALVADOR CODERCH. "La Compilación..." op. cit. Pàgina 383. Igualmente deberemos añadir aquí, la opinión de los autores históricos catalanes: CANCER, FONTANELLA, etc...

Siguiendo a ROCA TRIAS y a PUIG FERRIOL,¹ podemos reseñar que la mención a la tradición jurídica catalana tiene una doble finalidad: Interpretar e integrar. Precisamente por ello, la tradición jurídica catalana servirá para llenar lagunas que puedan observarse en el ordenamiento jurídico catalán.

Pero, además, interesa destacar que el recurso a la tradición jurídica catalana es, en definitiva, el recurso al derecho histórico que constituye hoy por hoy el criterio natural, y más extendido, de interpretación e integración del texto legal, la Compilación vigente.²

A la vista de lo anteriormente dicho, cabría preguntarse si es posible, en consecuencia, hablar de laguna legal en el ordenamiento jurídico catalán. La respuesta ha de ser no. Difícilmente puede ser admitida la existencia de lagunas legales, puesto que la integración del Derecho civil catalán unido a la no vigencia del Código Civil, ni las leyes generales como derecho supletorio y, por último, a la reserva de la competencia exclusiva de la materia civil a la Comunidad Autónoma de Cataluña, según se observa en el artículo noveno del Estatuto de Autonomía de Cataluña, hace, a nuestro entender, inadmisibles la aplicación supletoria del Derecho estatal salvo, como dijimos, en la última parte del artículo 149.1.8 de la Constitución, que hace que en estos casos no pueda hablarse de una aplicación supletoria del Derecho estatal, sino de una aplicación exclusiva del mismo.³

En suma, la concepción dominante de la regla de supletoriedad del artículo 149.3 de la Constitución, no responde a un sentido técnico sino, por el contrario, como regla de colisión entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Pero no sólo lo anterior es plenamente destacable,

¹.- "Institucions..." op. cit. Tomo I. Página 65.

².- SALVADOR CODERCH, "La Compilación..." op. cit. Página 386.

³.- En este tema ver SALVADOR CODERCH, "La Compilación..." op. cit. Páginas 357 y siguientes.

sino que por el contrario, el legislador estatal no respeta que tanto el ordenamiento del Estado como el de las Comunidades Autónomas se sitúan en una relación paritaria, teniendo una validez y existencia únicamente condicionada por la legitimidad de la competencia.

6.- LA INTEGRACION Y REGULACION DEL PATRIMONIO POR LAS COMUNIDADES AUTONOMAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD AUTONOMA DE CATALUÑA.

Previamente a la determinación del como, por qué y con que bienes se integra y forma el patrimonio del Estado y de la Comunidades Autónomas, especialmente desde la publicación de la vigente Constitución, es importante determinar el concepto de patrimonio, para posteriormente distinguir, como hacemos más adelante, entre los distintos tipos de patrimonios que tiene la administración en general, así como determinar los bienes que integran el patrimonio de las mismas. Esta son las cuestiones que vamos a desarrollar en los siguientes puntos de este capítulo, teniendo como norte el alcanzar la idea de que los bienes que pueda adquirir el Estado, o las Comunidades Autónomas, en virtud de un llamamiento sucesorio intestado, lo son concepto de financiación privada, distinta de la adquisición de bienes vacantes, o sin dueño conocido, cuya titularidad se adquirirá por la vía del derecho público. Pero para ello determinaremos en primer lugar que se entiende por patrimonio, y más concretamente patrimonio de las Comunidades Autónomas.

A la vista de lo anteriormente dicho, y antes de entrar a analizar la financiación privada de las Comunidades Autónomas, financiación en la cual incluiremos lo adquirido por vía sucesoria en el llamamiento intestado, deberemos determinar que se entiende por patrimonio, y más concretamente que se entiende, y como se integra el patrimonio de las Comunidades Autónomas. El artículo 956 del Código Civil proclama categóricamente el derecho del Estado a suceder ab intestato.¹ Así, la adquisición de los bienes

¹.- Este precepto, como ya hemos estudiado anteriormente, recoge la doctrina mantenida ya en el proyecto de Código Civil de 1.851 (artículos 386, 742, 783, 784 y 785), que a su vez venían a recoger las doctrina del artículo 539 y concordantes del Code francés. Si contrastamos los preceptos del Proyecto de 1.851 y la redacción del Code vemos que la similitud de contenido, e incluso de redacción, entre los mismos es realmente destacable.

por parte del Estado aparece siempre como consecuencia lógica de una previa reacción en cascada, es decir, la previa inexistencia de los posibles herederos o legitimarios que lleva a la consecuente adquisición de los citados bienes por el Estado. Ahora bien, de los textos legales, y en ello coinciden nuestro Código Civil con el Code francés, no se desprende en virtud de qué título es llamado el Estado a la sucesión,¹ pero tampoco aparece justificado, al menos legislativamente, el propio concepto de patrimonio del Estado.

Pues bien, de los problemas anteriormente planteados nos interesa en estos momentos dedicarnos más detalladamente al estudio del concepto patrimonio como una premisa necesaria a los efectos de alcanzar una mayor comprensión de lo que a fortiori serán nuestras conclusiones en lo referente a la titularidad de los bienes vacantes. DE LOS MOZOS, ya nos diría que el concepto patrimonio se hace muy difícil más aún cuando se pretende que el mismo se aplicable a todas las situaciones, es decir, capaz de comprender las diversas perspectivas con que el ordenamiento jurídico lo tiene en consideración.² La dificultad expresada por DE LOS MOZOS, en la línea de otros destacados juristas como ATARD,³ DE COSSIO,⁴ ROCA SASTRE,⁵ entre otros, no es menor si lo que pretendemos es conocer el concepto de PATRIMONIO DEL ESTADO, pues curiosamente no ha merecido especial tratamiento por

¹.- Ver la parte primera de este trabajo en el análisis del derecho histórico.

².- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, en la redacción de la voz "Patrimonio", en la Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XIX. Páginas 165 y siguientes. Ed. Seix. Barcelona. 1.989.

³.- ATARD, "Notas críticas a la teoría clásica del patrimonio". R.D.P. 1.934. Páginas 305 y siguientes.

⁴.- DE COSSIO, "La teoría del patrimonio", en el libro Homenaje al profesor SERRANO. Tomo I. Valladolid. 1.965. Páginas 125 y siguientes.

⁵.- ROCA SASTRE, "Patrimonio", en R.C.D.I. 1.927. Páginas 506 y siguientes.

parte de la doctrina patria.¹

Es la doctrina italiana, como pone de manifiesto MUÑOZ DEL CASTILLO, la que con mayor énfasis se enfrenta al estudio de dicho concepto.² En este sentido BUSCEMA vendría a considerar el patrimonio público como el resultado de la suma de los patrimonios de todos los entes públicos, es decir, partiendo de un concepto amplio del mismo. Pero este autor no sólo admite, o reconoce, un concepto amplio de Patrimonio estatal, sino que también interpreta de una manera amplia lo que se entiende como entes públicos.³ En cambio autores como INGROSSO,⁴ SANDULLI,⁵ DI RENZO,⁶ entre otros, de alguna manera restringen el concepto de patrimonio del Estado.

Ahora bien, aunque nos encontremos con una doctrina amplia y otra más restringida, ambas coinciden en admitir que el patrimonio del Estado se configura con el conjunto de bienes pertenecientes al Estado, bienes muebles e inmuebles, que tienen como finalidad la actividad concreta de su destino, es decir el servicio público, aunque para ello tenga que acudir a unos planteamientos propios del derecho privado sin olvidar, en cambio, las propias limitaciones y excepciones propias de la genuinidad del patrimonio del

¹.- Excepcionalmente aparece el estudio del concepto de patrimonio de Estado en obras genéricas de Derecho público.

Este es el caso de GARRIDO FALLA, en su "Tratado de Derecho Administrativo". 6ª edición. Madrid. 1.983. Vol. II; así como ha ocurrido últimamente con GARCIA DE ENTERRIA "Derecho Administrativo.." op. cit.

².- Ver voz "Patrimonio del Estado", en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Tomo XIX. op. cit. Páginas 180 y siguientes.

³.- BUSCEMA, "Patrimonio pubblico". Milán. 1.976. Páginas 14 y siguientes.

⁴.- Ver voz "Patrimonio dello Stato e degli enti pubblici" en Novísimo Digesto Italiano. Vol. XII. Torino. 1.957. Página 666.

⁵.- Ver vos "Beni pubblici" en Enciclopedia del Diritto. Vol. V. Milano. 1.959. Página 278.

⁶.- DI RENZO, "Contributo alla determinazione del concetto di Patrimonio dello Stato". Napoli. 1.957. Páginas 37 y siguientes.

Estado.¹

No de forma diferente, al menos aparentemente, nuestra doctrina patria, esencialmente vinculada al derecho financiero, ha tratado la definición de patrimonio del Estado. Además, como acertadamente plantea MUÑOZ DEL CASTILLO, igualmente se observa una línea extensiva y otra restrictiva del citado concepto. SAINZ DE BUJANDA es posiblemente el máximo exponente de la doctrina financiera española, en cuanto al tema que nos ocupa.² Este autor, vinculado a la corriente doctrinal que identifica el concepto patrimonio del Estado con la concepción más amplia posible y admisible doctrinalmente.³

En obvio que con lo anterior el citado autor acoge de una manera amplia y genérica, la concepción de patrimonio del Estado enmarcándose dentro de lo que llamábamos línea extensiva. La referencia y la vinculación del concepto patrimonio de Estado al Derecho financiero patrimonial, tesis también asumida por SIMON ACOSTA⁴ y por FERREIRO LAPATZA,⁵ no ha sido, en cambio, asumida con la misma simpatía por los autores y demás estudiosos del Derecho Administrativo, ya que

1.- DI RENZO, "Contributo...". Op. cit. Página 103.

2.- SAINZ DE BUJANDA, "Sistema de Derecho Financiero". Madrid. 1.985. Tomo I. vol. 2º. Páginas 274 y siguientes.

3.- Entiende este autor que: "Por patrimonio del Estado no ha de entenderse tan sólo el régimen público que, en el ordenamiento jurídico español, corresponde a una determinada categoría de bienes, los llamados patrimoniales, ni siquiera a la totalidad de los bienes de pertenencia pública, incluidos los demaniales, sino al núcleo de normas y principios que integran los recursos financieros patrimoniales concebidos como fuente generadora de ingresos públicos a través de relaciones jurídico-personales surgidas en el ámbito del derecho privado y asumidas actualmente en el ámbito del Derecho público, como instrumentos puestos al servicio del interés general. La referencia al patrimonio del Estado aparece justificada para aludir, en nuestro ordenamiento, a un determinado sector de bienes y relaciones jurídico-reales que constituyen un componente del recurso financiero patrimonial, sin que, por tanto, sea posible confundir el todo con la parte...".

Op. cit. página 241.

4.- SIMON ACOSTA, "Apuntes sobre el Patrimonio regional", en Presupuesto y Gasto Público. Núm. 1. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1.979. Páginas 235 y siguientes.

5.- FERREIRO LAPATZA, "Legislación del patrimonio, del Tesoro y de la Deuda Pública" en "Hacienda y Constitución". Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1.979. Páginas 620 y siguientes.

estos suelen, por norma general, acoger lo que denominaríamos una tesis restrictiva del concepto patrimonio del Estado. Es decir, entienden que el citado patrimonio está integrado por los bienes patrimoniales cuya titularidad corresponde a la administración del Estado, como es el caso de GARCIA DE ENTERRIA.¹

La tesis restrictiva, por tanto, coincide, en esencia, con la mantenida por nuestro legislador.² Por una parte el Código civil, en su artículo 340, establece que, con exclusión de los bienes de dominio público relacionados en el artículo 339, todos los demás bienes pertenecientes al Estado tienen el carácter de propiedad privada, no otorgándoles carácter de demanialidad a los citados bienes.³

Por otra parte, que el artículo primero de la ley de

1.- GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." op. cit., cuando nos dice que:

"Los bienes pertenecientes al Estado se vienen distinguiendo en dos categorías: Demanio o dominio público por un lado y patrimonio, bienes patrimoniales o patrimonio privado de la Administración por otro..."

El patrimonio privado suele definirse por vía negativa diciendo que lo constituye aquellos bienes que pertenecen al Estado y no están sometidos o afectados a una utilidad pública ni a un régimen especial de protección. Es como si se dijera que el patrimonio del Estado lo componen aquellos bienes que le pertenecen y no son de dominio público..."

2.- Efectivamente, lo anterior se desprende del artículo 340 del Código Civil, en relación con el artículo 339, y del artículo 1 del texto articulado de la ley de Bases del Patrimonio del Estado aprobado por Decreto 1022/1.964, de 15 de abril.

3.- Dice el artículo 340 del Código Civil que:

"Todos los demás bienes pertenecientes al Estado, en que no concurren las circunstancias expresadas en el artículo anterior, tienen el carácter de propiedad privada."

Completando el artículo anterior, previamente dice al artículo 339 que:

"Son bienes de dominio público:

1º Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos.

2º. Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio y las minas mientras que no se otorgue su concesión."

No hay que olvidar tampoco, para determinar los bienes que integran el patrimonio del Estado, lo dispuesto en los artículos 343 y 344 del Código Civil, sobre los bienes de las provincias y de los pueblos.

Patrimonio del Estado,¹ si recoge el carácter de integración dentro del patrimonio estatal, tanto de los bienes demaniales como los patrimoniales.²

Y, por último, que el artículo 341 del Código Civil entiende que: "Los bienes de dominio público cuando dejen de estar destinados al uso general o a las necesidades de defensa del territorio, pasan a forma parte de los bienes propiedad del Estado".

Este texto coincide con los artículos 120 a 123 del texto articulado de la ley de Bases del Patrimonio del Estado³ y los artículos 221 a 224 del Reglamento;⁴ sin olvidar, igualmente, que es el criterio mantenido por los artículos 17 a 19 de la ley 22/1.988, de 28 de julio, de Costas, y los artículos 36 a 38 del Reglamento de la ley de Costas, aprobado por el Real Decreto 1471/1.989, de uno de diciembre. En todos estos preceptos, que aquí no

¹.- Dice este artículo que: "Constituye el patrimonio del Estado:

Primero.- Los bienes que, siendo propiedad del Estado, no se hallen afectos al uso general o a los servicios públicos a menos que una ley les confiera expresamente carácter de demaniales. Los edificios propiedad del Estado en los que se alojen órganos del mismo tendrán la consideración de demaniales.

Segundo.- Los derechos reales y de arrendamiento del que el estado sea titular, así como aquellos de cualquier otra naturaleza que deriven del dominio de los bienes patrimoniales.

Tercero.- Los derechos de propiedad incorporal que pertenezcan al Estado."

².- Cuestión discutida en nuestra doctrina es si el dinero puede considerarse o no patrimonio del Estado.

En un principio se hace difícil considerar como tal al dinero o la "masa monetaria" que se mueve cotidianamente, y que está en poder de los ciudadanos.

Históricamente sólo se consideraba patrimonio del Estado aquel pecunio que se integraba dentro del Tesoro, y que por tanto no estaba en manos de los ciudadanos, sino sólo a disposición de los jefes.

Para una mejor comprensión de este tema, tanto actual como histórica, me remito a lo dicho en la primera parte de este trabajo.

³.- En estos preceptos se establece el uso de aquellos bienes que pertenecientes al Estado hayan sido desafectados.

De entre todos, el más interesante al tema que no ocupa es el artículo 125, al decir:

"La incorporación al Patrimonio del estado de los bienes desafectados, incluso cuando procedan del deslinde del dominio público, no se entenderá efectuada hasta la recepción formal por el Ministerio de Hacienda de los bienes de que se trate, y en tanto la misma no tenga lugar seguirán teniendo aquellos el carácter de dominio público".

⁴.- Decreto 3588/1.984, de 5 de noviembre.

reproducimos, se repite la idea mantenida en el reproducido artículo 123, de los bienes demaniales son propios del Estado, y a él le pertenecen, en tanto que no se produzca su desafectación de una manera expresa.

En última instancia deberemos concluir que la tesis restrictiva se impone en nuestra legislación al diferenciar los bienes de uso público de aquellos bienes que sean calificados como bienes patrimoniales.¹

Hasta aquí hemos analizado el distinto criterio seguido por nuestra doctrina a la hora de identificar el concepto doctrinal de patrimonio del Estado. Seguidamente es necesario que traslademos nuestra atención al concepto que del patrimonio del Estado nos ofrece nuestro vigente ordenamiento, recordando que no únicamente podemos detenernos en el patrimonio del Estado, sino que nos referiremos también al patrimonio de las Comunidades Autónomas y a las entidades locales.²

Tanto si nos referimos al elemento patrimonial y hacendístico como si lo hacemos, como luego veremos, al ámbito sucesorio, es recurrente hablar de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 58/1.982, de 27 de julio, que resolvía un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley catalana 11/1.981, de 7 de diciembre de Patrimonio de la Generalidad. En esta Sentencia, establece un límite a la facultad que tienen las Comunidades Autónomas para legislar sobre su propio patrimonio, en atención a sus propios Estatutos de Autonomía. El único problema es que el citado Tribunal, parece confundir, el ámbito legislativo

¹.- Para un ejemplo gráfico, bastará ver lo el artículo 343 del Código civil, cuando dice que:
"Los bienes de las provincias y de los pueblos se dividen en bienes de uso público y bienes patrimoniales".

².- No hay que olvidar que los municipios, bien directamente, bien a través de instituciones de ellos dependientes o directamente a ellos vinculados, también resultarán beneficiados por los llamamientos sucesorios. Bastará con ver las referencias contenidas en distintos cuerpos legales como el Código Civil, tanto en los artículos referidos a los bienes, como en el artículo 958; el Codi de Successions de Cataluña, artículo 324 y siguientes; o, ya en sede administrativa, la ley de Régimen Local y el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales.

patrimonial, y el ámbito legislativo de la legislación civil atribuyendo literalmente una competencia exclusiva al Estado al respecto.

A la vista de lo anterior, y en concurrencia con lo anteriormente dicho, concluiremos que:

En primer lugar, existe un elemento de convergencia entre la legislación estatal y la legislación que regula el patrimonio de las Comunidades Autónomas, es decir, la Ley Orgánica 8/80, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, especialmente en el contenido de su artículo 5.¹ La convergencia a la que hacíamos alusión es clara. En la legislación estatal, así como en la legislación autonómica, se identifica el concepto de patrimonio con la tesis restrictiva de tal forma que por patrimonio del Estado, y en su caso también de las Comunidades Autónomas, hay que entender el llamado dominio privado de estos entes, en contraposición a los denominados bienes demaniales.²

¹.- Dice el artículo 5.2 del citado texto legal que:

"A estos efectos se considerará patrimonio de las Comunidades Autónomas el constituido por los bienes de su propiedad, así como por los derechos reales o personales de que sea titular, susceptible de valoración económica, siempre que unos u otros no se hallen afectos al uso o al servicio público."

No hay que olvidar que la ley Orgánica 8/80, de 22 de septiembre, para la financiación de las Comunidades Autónomas, es la ley que establece las fuentes de financiación de las Comunidades Autónomas, como así se desprende de todo su articulado. Ello no obstante, en el artículo quinto, en su punto primero establece que:

"Constituyen los ingresos de Derecho privado de las Comunidades Autónomas los rendimientos o productos de cualquier naturaleza derivados de su patrimonio, así como las adquisiciones a título de herencia, legado o donación."

Sin perjuicio de posterior estudio, queda claro que en este artículo se observa como una fuente de ingresos lo que las Comunidades Autónomas, y por tanto también el Estado, puedan adquirir consecuencia de su acceso al relictum del causante, ya por llamamiento testamentario, ya como consecuencia de un llamamiento legítimo.

².- FERREIRO LAPATZA, J.J. en su obra "La Hacienda de las Comunidades Autónomas en los diecisiete Estatutos de Autonomía". Barcelona. 1.985. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Página 74, siguiendo esta idea expuesta por nosotros, es contundente:

"El artículo cinco de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (L.O.F.C.A.), no ofrece, por lo demás, más punto de interés que el reconocimiento expreso, dentro de los bienes de titularidad autónoma, de dominio público, afectos al uso o servicio público, y de dominio privado (los bienes y derechos de contenido patrimonial-económico). Diferenciación formulada de manera demasiado tajante para su integración sin problemas en un ordenamiento donde las categorías intermedias no son desconocidas...".

Pero si el tratamiento del concepto patrimonio del Estado/Comunidades Autónomas es básicamente coincidente, salvando, claro está, el límite territorial, el precepto anterior debe ser integrado con lo dispuesto por el artículo 17.d de la misma ley que atribuye a las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus respectivos estatutos, la competencia para regular el régimen jurídico del patrimonio en el marco de la legislación básica del Estado.¹ Por ello, diferentes Estatutos de Autonomía han recogido la idea que emana del citado precepto y la han plasmado en su propio articulado, asumiendo plenamente estas competencias.

En suma, como venimos anticipando, el patrimonio de las personas jurídico-públicas, el Estado, las Comunidades Autónomas, y como luego veremos los entes locales, se clasifica tradicionalmente en dos grandes categorías. Una primera, el llamado demanio, formada por bienes demaniales o de dominio público y la segunda, el patrimonio, formado por bienes patrimoniales o patrimonio privado de la Administración.

El patrimonio privado al que hace expresamente referencia la doctrina,² se define, por exclusión, diciendo que lo constituyen aquellos bienes que, perteneciendo a la Administración, no se encuentran afectos a una utilidad pública como se deduce del artículo 340 del Código Civil y

¹.- Dice el artículo diecisiete de la citada ley que:

"Las Comunidades Autónomas regularán por sus órganos competentes, de acuerdo con sus Estatutos, las siguientes materias:

.../...

b) El establecimiento y la modificación de sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales...

c) El establecimiento y la modificación de los recargos sobre los impuestos del Estado.

.../...

e) El régimen jurídico del patrimonio de las Comunidades Autónomas en el marco de la legislación básica del Estado.

².- Recientemente puede consultarse la obra de SANTAMARIA PASTOR y PAREJO ALFONSO: "Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo". Reimpresión. 1.992. Madrid. Páginas 500 y siguientes.

Ver también la obra de PARADA: "Derecho Administrativo" 5ª ed. Madrid . 1.993. Tomo III: Bienes públicos. Derecho urbanístico. Páginas 10 y siguientes.

del artículo 1 de la ley de Patrimonio del Estado.¹

Es, por tanto, el concepto patrimonio del Estado un concepto residual, lo constituyen los bienes pertenecientes a las administraciones públicas que no son de dominio público.

El criterio anterior es mantenido, sin discordancia alguna, por la escasa jurisprudencia recaída en los últimos años sobre bienes patrimoniales. Efectivamente, ya sea para la adquisición de bienes patrimoniales,² la enajenación de éstos³ o la explotación de los mismos bienes,⁴ la doctrina jurisprudencial ha seguido fielmente las consecuencias extraídas por los autores. Más, si la relación entre el Código Civil y la Ley de Patrimonio del Estado hace que obtengamos la definición del patrimonio de las Administraciones públicas, lo mismo podemos obtener si acudimos al análisis de los bienes de las entidades locales. Superada y derogada la legislación desamortizadora,⁵ las entidades locales tienen plena capacidad para adquirir y poseer bienes de toda clase e, incluso, proceder en defensa

1.- El artículo 340 del Código Civil, ya ha sido reseñado anteriormente.

Dice el artículo primero de la ley de Patrimonio del Estado que:

"Constituyen el Patrimonio del Estado:

1º. Los bienes que, siendo propiedad del Estado, no se hallen afectos al uso general o a los servicios públicos, a menos que una ley les confiera expresamente el carácter de demaniales."

2.- Sentencia del Tribunal Supremo, de tres de octubre de 1.977 (Ar. 3699).

3.- Ver las distintas Sentencias del Tribunal Supremo que así lo confirman: 15 de octubre de 1.976. (Ar. 4228); 20 de enero de 1.977. (Ar. 158); 4 de octubre de 1.977. (Ar. 3817); 10 de abril de 1.980 (Ar. 2484); 22 de febrero de 1.982. (Ar. 478) y de 10 de mayo de 1.982. (Ar. 2760).

4.- Recogido en las Sentencias del Tribunal Supremo, de 22 de marzo de 1.984. (Ar. 1739) y de 13 de abril de 1.985 (Ar. 2863).

5.- El artículo cinco del Estatuto Municipal, aprobado por Real Decreto de 8 de marzo de 1.924, diría que:

"Quedan derogadas las leyes desamortizadoras en cuanto se refieran a los bienes de los Municipios y de las entidades locales menores".

Juntamente con ello, no hay que olvidar que la ley de Patrimonio del Estado establece entre las disposiciones por ella derogadas, la ley de uno de mayo de 1.955, en cuanto se trate de la desamortización de los bienes del Estado.

de los mismos.¹

La ley 7/1.985, en su artículo 79, establece que el patrimonio de los entes locales lo constituyen "...el conjunto de bienes, derechos y acciones que les pertenecen". Ahora bien, es la propia ley la que establece una referencia entre los conceptos del patrimonio y la hacienda de las entidades locales, en los artículos 178 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local.²

La distinción es clarificadora y, a nuestro entender, aplicable tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas. Es decir, la Hacienda del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los entes locales debe quedar restringida al ámbito del concepto de ingresos que perciben tanto si tienen la naturaleza de ingresos de derecho privado como de derecho público, tanto si provienen de bienes demaniales como patrimoniales. Así, al menos, opinan autores de la talla hacendística de SAINZ DE BUJANDA,³ SAINZ MORENO⁴ y,

¹.- En esta línea, bastará con observar, y contrastar, el contenido de los artículos 140 y 141 de la Constitución Española, con el artículo noveno del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

Dice el citado artículo 140 que: "La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena...".

Dice el artículo 141, que: "1. La provincia es una entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado...

2. El gobierno y la administración autónoma de las provincias estarán encomendados a Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo...".

Por su parte, y en consonancia con lo anteriormente dicho en los preceptos constitucionales, el artículo 9 del Reglamento de Bienes Entidades Locales, que dice que:

"Las entidades locales tendrán capacidad jurídica plena para adquirir y poseer bienes de todas clases y ejercitar las acciones y recursos procedentes en defensa de su patrimonio."

Este precepto, a su vez, está íntimamente ligado con los artículos 6, 370, 371 y 404 de la Ley de Régimen Local de 1.955; y con los artículos 338 y siguientes del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de 17 de mayo de 1.952.

².- Entienden estos preceptos que la Hacienda de las entidades locales estará formada por el "producto de los recursos reconocidos por las leyes", es decir, "el conjunto de ingresos que perciben".

³.- SAINZ DE BUJANDA. "Sistema de Derecho Financiero". op. cit. vol. 2º. Páginas 274 y 275.

⁴.- SAINZ MORENO, "Bienes de las entidades locales", en el Tratado de Derecho Municipal. Tomo II. Madrid. 1.988. Páginas 1.591 y siguientes.

recientemente PARADA.¹

Ahondando en esta idea de distinción entre el Patrimonio de las Administraciones públicas y la Hacienda pública, es interesante que recojamos al efecto, la excelente explicación de la misma ofrecida por FERREIRO, distinguiendo entre sentido subjetivo y objetivo.²

Aparece claro, pues, que los bienes de dominio público y los bienes patrimoniales se encuentran deslindados y no es posible, prima facie, utilizar como recurso de reserva legislativa el acudir al concepto de Hacienda pública.

Efectivamente también encontramos otro argumento para su distinción en el artículo segundo de la ley General Presupuestaria, de cuatro de enero de 1.977 que responde, como diría FERREIRO, a una concepción monetarista en la que quedarían incluidos los tributos y los productos de las operaciones de la deuda pública, los rendimientos procedentes del patrimonio y los demás recursos financieros y hacendísticos a obtener,³ distinción que está igualmente establecida para las Comunidades Autónomas.

En suma, el patrimonio puede producir rentas o tasas para la Hacienda, ahora bien, no forma parte de ella. Así, SAINZ DE BUJANDA llegaría a diferenciar entre patrimonio

¹.- PARADA, "Derecho Administrativo..." op. cit. Tomo III. Página 11.

².- FERREIRO LAPATZA, "Curso de Derecho Financiero español". 15ª edición. Madrid. 1.993. Páginas 18 y 19. Este autor nos dirá al respecto que:

"En sentido subjetivo hace referencia al Estado y los demás entes públicos en cuanto desarrollan la actividad financiera. La Hacienda pública, en este sentido, es el Estado y los demás entes públicos en cuanto obtienen ingresos y realizan gastos..."

En sentido objetivo la expresión Hacienda pública se identifica en este sentido con la actividad de los entes públicos dirigida a obtener ingresos y a realizar gastos... También en sentido objetivo, estático y patrimonial, la expresión Hacienda Pública puede y suele referirse al conjunto de bienes, derechos y obligaciones de titularidad estatal..."

Ver en el mismo sentido, a CORONA, COSTAS y DIAZ en "Introducción a la Hacienda Pública". Barcelona. 1.988. Páginas 5 y siguientes.

³.- Ver en "Curso...". op. cit. Páginas 18 y 19.

público, patrimonio privado y patrimonio financiero.¹

La anterior distinción nos parece de especial significación pues, como luego veremos, uno de los principales recursos jurídicos para justificar la adquisición de bienes vacantes por parte del Estado ha sido siempre el afectar los citados bienes, o bien considerar la Hacienda pública en un sentido general.² La autonomía financiera de las Comunidades Autónomas aparece recogida, de forma general, en el artículo 156 de la Constitución Española, según el cual se establece, como principio programático, en favor de las Comunidades Autónomas un criterio generalizado de autonomía financiera, sujeta a las competencias asumidas y dentro del marco de coordinación y cooperación estatal.³ Este principio programático, de carácter generalizante y teórico, se ha convertido, tras una aplicación práctica del mismo, en una serie de artículos de los distintos Estatutos de Autonomía de aquellas Comunidades que así lo han establecido.⁴ Este principio constitucional recogido en los correspondientes Estatutos autonómicos, dará paso después a una plasmación del

¹.- "Sistema...". Op. cit. vol. 2º. Páginas 274 y 275.

².- A este respecto, el artículo 137 de la Constitución Española, al establecer de manera programática la organización del territorio estatal es concluyente al decir que:

"El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses."

³.- Dice el artículo 156 de la Constitución Española, que:

"1. Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles.

2. Las Comunidades Autónomas podrán actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquel, de acuerdo con las leyes y los Estatutos."

⁴.- Todo ello, sin perjuicio del sistema de Concierto económico que rige para Navarra y el País Vasco.

Ver para Cataluña el Título III de su Estatuto de Autonomía; el Título IV del Estatuto de Autonomía de Galicia; el Título IV del de Andalucía; el Título IV del de Asturias; el Título V del de Cantabria, etc...

En todos ellos se recoge y se asume, de manera expresa, el principio programático constitucional expresado.

mismo en las distintas leyes reguladoras del patrimonio de las distintas Comunidades.¹

Del mismo modo, y en el ámbito local, la Constitución Española reconoce igualmente la autonomía financiera de las Corporaciones locales cuyas haciendas, y siempre según la propia Constitución, deberán disponer de los medios suficientes para desempeñar las funciones que les son propias, creando para ello los mecanismos tributarios necesarios.² La norma constitucional, en este aspecto, no es nueva, por cuanto que preceptos de contenido similar, ya se recogían en normas pre-constitucionales como la Ley de Bases de Régimen Local de 1.955, así como los diferentes Reglamentos que la desarrollan.

La Constitución Española declara, pues, que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas, como los entes locales, son titulares de un poder financiero. Poder financiero que ella misma se encarga de garantizar, sentando las bases para un desarrollo posterior, su propia subsistencia, tanto jurídica como económica.

Por último, en relación al concepto patrimonio del Estado, hay que destacar la concepción amplia del mismo por

¹.- Artículo 22, de la ley reguladora del Patrimonio de la Generalidad Valenciana; artículo 12.2 de la ley de Patrimonio de la Generalitat de Cataluña; artículo 51 de la ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón; artículo 13 de la ley foral de Patrimonio de Navarra; artículos 39 y 52 de la ley de Patrimonio de Euskadi.

².- En esta línea, creemos suficientemente explícitos, a nivel programático general, no sólo los artículos 137 y 138 de la Constitución Española, que se establecen un marco para el desarrollo hacendístico de los entes públicos españoles, sino que también son clarificadores los artículos 140 y 142, al establecer el primero de ellos que:

"La Constitución garantiza la autonomía de los Municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena..."

Y al decir el artículo 142 que:

"Las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas."

una ley estatal como es la ley General Presupuestaria.¹

Ciertamente, a la vista del citado precepto, y en contra de la opinión que nosotros venimos manteniendo, autores de la importancia de GARRIDO FALLA,² han entendido que "...esta expresión, evidentemente amplia incluye, de un parte, los llamados derechos fiscales (consecuencia del ejercicio de la potestad tributaria), de otra, el dominio en sentido estricto o titularidad de cosas corporales o incorporales."³

Ahora bien, las definiciones vistas hasta ahora chocan con el propio precepto, es decir, con su propio argumento definidor. El citado artículo al decir "...a los efectos de esta ley...", parece estar indicándonos que más allá de la propia Ley General Presupuestaria no se puede sustentar la noción amplia de patrimonio del Estado. Además, es de destacar, que dicha noción amplia, no se corresponde con la proporcionada por la ley de Patrimonio del Estado, que centra exclusivamente su atención en los elementos que lo componen.⁴

En definitiva, podemos discutir si la concepción del patrimonio debe ser amplia, incluyendo la Hacienda pública o, por el contrario, debe entenderse en forma restrictiva, es decir, con la única inclusión de los elementos que configuran el patrimonio, los bienes. Optemos por una o por otra

¹.- Dice el artículo segundo de la ley General Presupuestaria, que:

"La Hacienda pública, a los efectos de esta ley, esta constituida por el conjunto de derechos y de obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde al Estado o a sus organismos autónomos."

².- GARRIDO FALLA, "Comentario al artículo 342 del Código Civil y Compilaciones Forales". Dirigido por ALBALADEJO. Tomo V. vol. 1º. Página 67.

³.- En el mismo sentido, VICENTE-ARCHE, diría que:

"La Hacienda pública es... una organización de recursos y medios destinados de modo permanente a un fin determinado... Esta definición legal refleja sin duda la configuración jurídica de la Hacienda pública, o derecho financiero, como el sistema de relaciones patrimoniales que se refieren al Estado..."

Ver "Hacienda Pública y Administración Pública", en H.P.E. núm. 16. 1.974. Página 103.

⁴.- En este sentido se refiere el artículo primero de la Ley del Patrimonio del Estado, que establece un concepto amplio de patrimonio estatal, al incorporar dentro del mismo cualquier tipo de bien, susceptible de ser adquirido o titularizado por la Administración.

definición, es indudable, y no podemos negarlo, que las Comunidades Autónomas también poseen su propia Hacienda pública, dentro del marco constitucional, totalmente independiente de lo que calificaríamos Hacienda pública estatal.¹ Así, el pretender acudir al criterio de que el Estado en su patrimonio incluye, e incluso, se identifica con Hacienda pública para evitar que las Comunidades Autónomas accedan a sus propios recursos, independientes de cualquier otro ente estatal, no es posible. Y ello es así, a la vista de los artículos 138, 156 y 158, entre otros, de la Constitución Española, que establecen de manera programática y terminante el poder y la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas. Además, redundando en esta teoría, y desarrollando los principios constitucionales, encontramos la ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, que como sabemos siguió la ley Orgánica 4/1.979, de 18 de diciembre, sobre financiación de Cataluña. Todo ello, evidentemente, sin perjuicio de que el Estado pueda regular los ingresos de las Comunidades Autónomas; fijar normas reguladoras de los conflictos que puedan surgir en materia de financiación;² establecer la armonización de las disposiciones de las Comunidades Autónomas;³ controlar por

¹.- Lo mismo podría decirse de las corporaciones locales, y quizás también de otros entes encuadrados dentro de la organización estatal.

².- Tanto para la regulación de ingresos, como para solventar los conflictos que puedan surgir, la Constitución Española, en su artículo 157, establece que:

"3. Mediante ley orgánica podrá regularse el ejercicio de las competencias financieras enumeradas en el precedente apartado 1, las normas para resolver los conflictos que puedan surgir y las posibles formas de colaboración financiera entre las Comunidades Autónomas y el Estado."

Este precepto constitucional, ha sido desarrollado por la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, donde de manera específica, y a través de todo el articulado de la ley, se determina la autonomía financiera general, y no restrictiva, de las Comunidades Autónomas, pero siempre dentro de lo establecido por normas superiores como son no sólo la Constitución que desarrolla, sino también los respectivos Estatutos de autonomía, y las leyes financieras que con carácter estatal puedan existir.

³.- Para obtener esta armonización, establece el artículo 150 de la Constitución Española, que:
"3. El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las
(continúa...)

medio del Tribunal de Cuentas los presupuestos de las Comunidades Autónomas;¹ y, por último, incluso planificar la actividad económica general.²

6.1.- La autonomía financiera de la Comunidades Autónomas respecto de la Hacienda estatal.

En el artículo 157.1 de la Constitución Española se incluyen entre los recursos de las que están dotadas las Comunidades Autónomas, los rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado. En concordancia, y desarrollando el anterior precepto constitucional, la L.O.F.C.A. incluye dentro de dichos recursos económicos propios, y de manera textual, los citados ingresos.³

³(...continuación)

disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aún en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad."

¹.- En relación a este control a ejercitar por el Tribunal de Cuentas, establece el artículo 153, que:

"El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá:
d) Por el Tribunal de Cuentas, el económico y presupuestario."

El desarrollo legislativo de este precepto se plasma en la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, recogiendo en el Título Primero, en su Capítulo primero, al hablar de sus competencias y funciones; y específicamente en el Capítulo segundo, artículo 12, 13 y 14, al referirse a la función fiscalizadora del citado Tribunal.

².- Esta función planificadora, la recoge la Constitución Española, en su artículo 131, al decir 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 de su más justa distribución."

³.- La L.O.F.C.A. desarrolla el citado precepto constitucional en su texto articulado, y especialmente en los artículos números 4.1.a y 5, al decir en el primero que: "De conformidad con el apartado 1 del artículo 157 de la Constitución, y sin perjuicio de lo establecido en el resto del articulado, los recursos de las Comunidades Autónomas estarán constituidos por:

a) Los ingresos procedentes de su patrimonio y demás de derecho privado."

Y en el segundo, el quinto, que considera como ingresos de Derecho privado "los rendimientos o productos de cualquier naturaleza derivados de su patrimonio, así como las adquisiciones a título
(continúa...)

Consecuencia de lo anterior es imprescindible, para llegar a unas más completas y certeras conclusiones sobre el tema que nos ocupa, conocer y estudiar a fondo el tema de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, como criterio básico que nos permitirá más adelante determinar ciertos aspectos de la adquisición de bienes por parte las mismas, bien en vía de llamamiento sucesorio, bien como bienes vacantes. Ahora bien, la autonomía financiera, como criterio justificativo de la sucesión de determinadas Comunidades Autónomas, colisiona con la competencia económica del Estado y, concretamente con la expresión constitucional "ordenación general de la economía" como síntesis de las competencias estatales.

Lo anterior refleja la nueva y nutrida dimensión que otorgamos a nuestro trabajo, al considerar de importancia capital, estudiar la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas como uno de los criterios básicos para determinar el llamamiento sucesorio de las Haciendas de las Comunidades Autónomas en determinados bienes, vía vacancia, vía llamamiento hereditario.

Ahora bien, la autonomía financiera, como criterio de justificación para la adquisición de bienes hereditarios por parte de las Comunidades Autónomas, colisiona con la competencia económica del Estado y, concretamente, con "la ordenación general de la economía" como síntesis de las competencias estatales. Precisamente lo anterior nos conduce a estudiar y desarrollar el modelo articulado por nuestra Constitución en cuanto a la competencia económica compete.¹

³(...continuación)
de herencia, legado o donación".

En esta línea, y siempre siguiendo lo establecido en el mandato constitucional, los distintos Estatutos de Autonomía se han apresurado a recoger normas similares, y de desarrollo, de los preceptos de la citada ley, en cuanto al tema de financiación por medio de la adquisición hereditaria, de la forma y manera que ya hemos visto anteriormente.

¹.- Recordemos que la "MATERIA" en este caso materia económica, se exige en una de las líneas principales del criterio competencial, como así parece entenderlo la doctrina constitucional.

(continúa...)

Si acudimos a la reiterada doctrina emanada por el Tribunal Constitucional en el ámbito de las competencias económicas,¹ demuestra que en la inmensa mayoría de las sentencias del mismo recurren a una regla de distribución de competencias, cual es la atribución al Estado de la formulación de las bases.²

A la vista de la anterior interpretación del Tribunal Constitucional, cabría preguntarse si lo dicho significa que la unidad del orden económico es un título competencial a favor del Estado que impide cualquier legislación autonómica que perjudique o afecte en cualquier sentido dicha unidad. Debiendo responderse al mismo tiempo, si implica la unidad en

¹(...continuación)

Como ejemplo de lo anterior puede citarse en el ámbito doctrinal a VIVER PI-SUNYER, en "Materiales..." op. cit., y en el ámbito Jurisprudencial la Sentencia del Tribunal Constitucional, número 39/82, de 30 de Junio.

1.- Con gran claridad la Sentencia del Tribunal Constitucional, número 11/1.982 diría que: "Por la Constitución Española de 1.978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en las recientes Constituciones Europeas, existían varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todos ellos compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse, con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo preámbulo garantiza la existencia de un orden económico y social justo", y cuyo artículo 2 establece un principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el artículo 128, extendido en la totalidad: el artículo 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros (...). La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzcan a resultados disfuncionales y desintegrables".

2.- No puede desconocerse que el Tribunal Constitucional ha aludido, como recoge Elisenda MALARET, en su trabajo "Aplicación de las previsiones constitucionales y estatutarias en materia de competencia económica" en Estudios sobre la Constitución Española" op.cit. páginas 4.045 y siguientes, de forma recurrente a la POLITICA MONETARIA como competencia estatal (sistema monetario, artículo 149.1.11 de la Constitución). Más concretamente, tendríamos que asumir que la política económica o monetaria constituye sólidamente un instrumento central de regulación de la actividad económica. La centralización de la emisión de dinero es muy característica del Estado contemporáneo y el control de la cantidad de dinero en circulación es una potestad designada de lo primero. El control de la circulación de la moneda y la emisión de títulos de deuda pública son competencias propias del Estado central.

Quizás por ello es por lo que los Estatutos de Autonomía, especialmente el Catalán, el del País Vasco y el Gallego, asumen expresamente y explican que corresponde al Estado la competencia exclusiva del Estado, condicionando el ejercicio de dicha competencia o la política monetaria general.

el orden económico la imposibilidad de subrogación de las Comunidades Autónomas en los derechos patrimoniales del Estado en lo que se corresponde con su territorio propio.

No creemos que lo anterior sea posible, y ni tan siquiera admisible desde el punto de vista competencial actual. La posibilidad de instrumentar una política económica unitaria tiene que respetar la distribución territorial del poder Estatal que la Constitución diseña para la totalidad del territorio nacional.

Parece más que discutible que a propósito de la unidad económica se puede construir un título competencial de carácter general a favor del Estado.¹

Son difícilmente compatibles los criterios de unidad y conformidad. La compatibilidad entre la unidad económica del Estado y la diversidad derivada de la autonomía es el criterio que preside o que debe presidir toda relación. Esta compatibilidad queda patente en la L.O.F.C.A. ya que en su artículo primero menciona el principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas tal y como se establece en el artículo 156 de la Constitución Española.²

La autonomía financiera que no únicamente se observa desde la vertiente de los gastos, sino también desde la posibilidad de una autonomía de ingresos, elaboración presupuestaria, claro está, con el límite o limitación de carácter formal que la propia ley establece, siendo este un

¹.- Puede observarse en el mismo sentido a MALARET, op. cit. Páginas 4.054 y 4.055; TORNOS, "El proceso de distribución de las competencias económicas y la necesaria unidad de la política económica".R.E.D.A. núm. 29. 1.981.

².- Dice este artículo primero que:

"1. Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de las competencias que, acuerdo con la Constitución, les atribuyan las leyes y sus respectivos Estatutos".

Este precepto no es más que el enunciado de una ley que se dictó para desarrollar el mandato constitucional que en el mismo sentido se recoge en el expresado artículo 156 y concordantes en materia financiera de la Constitución Española.

sistema mixto.¹

El concepto de ordenación económica es la designación abreviada de un conjunto, pero no una nueva y sustantiva competencia estatal que se añade sin más a los que la Constitución atribuye al Estado.² No obstante, el uso de dicho concepto tiene la ventaja de permitir exponer de forma completa la intervención estatal en la economía que de forma dispersa se recogen en los artículos 40.1, 131 y 138 de la Constitución. Este concepto explica, igualmente, que el Estado exige para sí la reserva de todas aquellas competencias que afectan a determinados aspectos del sistema económico. Asimismo, el Estado se reserva las bases como mínimo denominadas normativas.

Ahora bien, cabría preguntarse si el Estado, en el tema que nos ocupa impide o desplaza absolutamente a las Comunidades Autónomas, a lo que el Tribunal Constitucional ha respondido que no justificando que unidad no significa uniformidad.³

Pero lo realmente destacable y en lo que queremos centrarnos a continuación es en la expresa noción constitucional de la existencia de rendimientos propios del patrimonio e ingresos de derecho financiero en favor de las Comunidades Autónomas y, además, como el artículo 5 de la L.O.F.C.A., que ingresos de derecho privado son los rendimientos o productos de cualquier naturaleza derivados de un patrimonio, así como las adquisiciones a título de herencia, legado o donación.

¹.- Así lo manifiesta el profesor PERULLES, al decir que "...el sistema de financiación establecido por la LOFCA debemos considerarlo como un sistema mixto, en el que predomine, como básico, el sistema de unión".

Ver la obra conjunta "El sistema jurídico de ..." op. cit. páginas 352 y 353.

².- Siguiendo a MALARET, op. cit. página 4.060.

³.- Dice la Sentencia del Tribunal Constitucional número 88/1.986, que "La unidad no significa uniformidad. La compatibilidad entre la unidad económica única de la nación y la diversidad jurídica que deriva de la controversia ha de buscarse en un equilibrio, que al menos admite una finalidad y diversidad de intervenciones de poderes públicos en el ámbito económico".

Fijémonos que el Estatuto de Autonomía de Cataluña en la Disposición Adicional séptima se remite expresamente al texto constitucional, y en consecuencia a la legislación financiera que a aquel desarrolla posteriormente.¹

Y, obviamente, lo contemplado en el artículo 157 de la Constitución Española, al que se remite el Estatuto de Autonomía, es la posibilidad de legislar sobre la posible financiación de las Comunidades Autónomas mediante ley orgánica y de tal naturaleza en la L.O.F.C.A. en lo que, insistimos, se recoge que las Comunidades Autónomas pueden obtener ingresos de derecho privado (artículo 4.1, a) y de tal naturaleza son las que proceden de adquisición hereditaria.

En definitiva, la cuestión se concreta en determinar si la posibilidad de financiación de las Comunidades Autónomas queda limitada por la potestad exclusiva del Estado de coordinar la actividad económica, y en concreto, determinar si puede el Estado limitar la adquisición por las Comunidades Autónomas de ingresos de derecho privado expresamente reconocidos en la L.O.F.C.A. Veremos que la financiación de las Comunidades Autónomas, en el marco de la citada ley se divide en ingresos públicos e ingresos privados.

Los ingresos de carácter público se conforman específicamente por los tributos de cualquier tipo que sean.²

¹.- Se establece en la Disposición Adicional Séptima que: "El ejercicio de las competencias financieras reconocidas por este Estatuto a la Generalidad se ajustará a lo que establezca la Ley Orgánica a que se refiere el apartado 3 del artículo 157 de la Constitución".

².- De la amplísima doctrina que analiza la capacidad financiera de las Comunidades Autónomas, cabe destacar, entre otros, a: FERREIRO LAPATZA en "Curso de Derecho Financiero Español". 15ª ed. Marcial Pons. Madrid 1.993. Seminario sobre el papel de los tributos cedidos en la financiación autonómica: un balance. Quaderns de Treball. núm. 41. Institut d'Estudis Autònoms; ALIGA ARGULLO, "Competencias de las Comunidades Autónomas en la ordenación legal de las Haciendas Locales (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de Diciembre de 1.985)"; CAZORLA PRIETO, "El esquema constitucional de la Hacienda de las Administraciones Públicas españolas". HPE. núm. 59. 1.979, CRUZ VILLALON, "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre autonomías territoriales". Revista Jurídica de Castilla-La Mancha. 3-4. 1.988; MARTINEZ LAFUENTE, "La cesión de tributos a las Comunidades Autónomas". Ed. Civitas. Madrid 1.983; FERNANDEZ, "Los derechos históricos de los territorios forales. Bases constitucionales y estatutarias de la Administración foral vasca". Ed. (continúa...)

A este tipo de ingresos públicos se refiere específicamente el artículo 157.1 de la Constitución.¹ Esta actividad financiera, entendida como competencia financiera se encuentra sometida al control del Estado ya sea por medio de leyes ordinarias u orgánicas e incluso por el Tribunal de Cuentas.²

Si analizamos el desarrollo constitucional del poder financiero de las Comunidades Autónomas observaremos que, en primer lugar, fué el Estatuto de Cataluña quien reguló la actividad financiera de dicha Comunidad, siendo seguida en el tiempo por la Ley Orgánica 8/1.980, de 22 de Septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas y, por mediación de la misma, por el resto de los Estatutos de Autonomía.³

Adentrándonos en el régimen general, hay que destacar que el Estado se reserva los tres grandes impuestos cuantitativamente hablando, cuales son el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Tras los anteriores, la financiación de las Comunidades Autónomas necesariamente se ubica en la participación en los fondos recaudados por el Estado como persona jurídica e integrantes del mismo, pues, dichas cantidades en su Hacienda

²(...continuación)

Civitas. Madrid 1.985; MARTIN GUERRET, "Jurisprudencia financiera y tributaria de Tribunal Constitucional". Ed. Civitas. Madrid 1.984; VIVER I PI-SUNYER, "Materiales Competenciales...". ob. cit.; LASARTE y otros, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional a materia financiera y tributaria". Ed. Tecnos. Madrid 1.990.

¹.- Dice este precepto que: "Los recursos de las Comunidades Autónomas están constituidas por:

- a) Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado, recursos sobre los impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado.
- b) Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales...".

².- Ver artículos 150.3; 153, d y 157.3.

³.- Así se observa también, en el Estatuto de la Comunidad Foral Navarra. Ver Ley Orgánica 13/1.982, 10 de Agosto de Reintegración y Amejoramiento del Régimen foral de Navarra.

Pública.¹ No olvidemos, que el propio artículo 11 de la L.O.F.C.A. establece, sin ningún género de dudas, la reserva al Estado de dichos impuestos al excluir de la cesión de tributos los anteriormente citados. Es decir que tanto en los impuestos cedidos como en los no cedidos se establece una relación entre dos tipos de Haciendas, la autonómica y la estatal, regida esta por el principio de competencia del Estado para dictar disposiciones de coordinación de ambas Haciendas y que anteriormente mencionábamos como orden económico.

6.2.- Los ingresos privados de las Comunidades Autónomas.

No obstante lo anterior, lo más importante, a los efectos de nuestro estudio, es analizar la financiación de las Comunidades Autónomas de tipo privada, es decir, lo que

¹.- Nos detenemos en el concepto de Hacienda Pública aunque posteriormente volveremos sobre el mismo.

Cuando el Estado o, en su caso, las Comunidades Autónomas obtienen y utilizan medios dinerarios para realizar las tareas que la colectividad les encomienda están desarrollando una actividad que tradicionalmente se conoce con el nombre de actividad financiera.

FERREIRO menciona que Hacienda Pública puede ser entendida desde el punto de vista objetivo y subjetivo.

Desde el punto de vista subjetivo hace referencia al Estado y las demás Entes Públicas en cuanto desarrollan la actividad financiera. La Hacienda Pública, en este sentido, es el Estado y las demás entes públicos en cuanto obtienen ingresos y realizan gastos. Es aquella parte del aparato estatal que tiene normalmente encomendado la realización de ingreso y gastos.

En sentido objetivo la expresión Hacienda Pública se refiere a la actividad financiera en sí misma considerada. La Hacienda Pública se identifica en ese sentido con la actividad de los entes públicos dirigida a obtener y a realizar gastos. Al mismo tiempo, en sentido objetivo la expresión Hacienda pública puede y ha de referirse al campo de bienes, derechos y obligaciones de titularidad estatal.

FUENTES QUINTANA, en "Hacienda Pública. Introducción y presupuesto". páginas 67 y siguientes y, especialmente, SAINZ DE BUJANDA, Emilio ALBI y otros, en su obra "Teoría de la Hacienda Pública". 2ª ed. Ariel Economía. Barcelona 1.994, donde analizan los citados autores la teoría de la Hacienda Pública desde el ámbito positivo y normativo.

En el ámbito positivo se intenta explicar teóricamente y con su investigación empírica el funcionamiento del sector público. En el ámbito narrativo ofrecerá recomendaciones para poder elegir las políticas públicas más adecuadas que se puedan adaptar en una situación desde o, en otras palabras, analizará los objetivos previstos y propondrá los medios para alcanzarlos en el contexto de unas restricciones existentes.

la LOFCA denomina e identifica en el artículo 5 como "ingresos de derecho privado", que no son otros que los rendimientos o productos de cualquier naturaleza derivado de un patrimonio, así como las adquisiciones a título de herencia, legado o donación.

El estudio de dichos ingresos tiene un máximo interés por cuanto refuerza una línea de investigación que venimos manteniendo: La posibilidad que tienen las Comunidades Autónomas de regular en materia de bienes vacantes, aunque lo sea en este caso desde el punto de vista hacendista.¹

Anteriormente hemos dicho que ingresos de Derecho privado son aquellos que el Estado o las Comunidades Autónomas realizan actuando como particular, sometidos en los vínculos y relaciones con los administrados que posibilitan la realización de estos ingresos, principal y normalmente a normas de derecho privado. Aunque expresamente no se diga en la ley, no lo menciona ni la LOFCA ni la propia Constitución, no puede existir duda alguna en mantener que con excepción de los bienes de dominio público del Estado, se predica en la Constitución Española, y, por consiguiente, en las normas financieras y fiscales que la desarrollan, una sustitución por las Comunidades Autónomas en lo que anteriormente era conocido genéricamente como el Estado, se ha modificado el llamamiento.

Así pues, si por Hacienda Pública o Fisco en un sentido más amplio identificado por FERREIRO, se refiere al conjunto

¹.- La posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan establecer impuestos, tributos, contribuciones especiales, tasas, etc... viene expresamente reconocido en los artículos 6, 7, 8, 9 de la L.O.F.C.A.

En el artículo 9, no obstante, se parte del criterio territorial al manifestar que: "No podrán gravarse, como tales, negocios, actos o hechos celebrados o realizados fuera del territorio de la comunidad impositora, ni la transmisión o ejercicio de bienes, derechos y obligaciones que no hayan nacido ni hubieran de cumplirse en dicho territorio o cuyo adquirente no resida en el mismo".

Es importante detenerse en el criterio territorial pues es un criterio recurrente que, si bien no se menciona, en cuanto a los ingresos de derecho privado hay que entenderlo igualmente aplicable. Así, el patrimonio de las Comunidades Autónomas que, según el artículo 5.2 L.O.F.C.A., "lo constituye los bienes de propiedad de las Comunidades Autónomas, así como los derechos reales o personales", "a priori" se predice del territorio propio de cada un de las Comunidades Autónomas.

de todos los bienes y derechos de contenido económico de que son titulares el Estado y los demás entes públicas; Hacienda pública de las Comunidades Autónomas será, igualmente, el conjunto de bienes y derechos de contenido económico cuya titularidad sea de las Comunidades Autónomas ya procedan o se destinen directamente a la satisfacción de necesidades públicas o, en su caso, puedan servir como fuentes de ingresos, como instrumentos para lograr estos ingresos, y que constituyan en una primera aproximación al dominio privado de la Administración.¹

De esta forma, los bienes patrimoniales de las Comunidades Autónomas los constituyen los bienes que integran el dominio privado de la misma. El artículo 344 del Código Civil expresamente, después de referirse a los bienes de dominio público, menciona que todos los demás bienes son patrimoniales,² haciendo una mayor concreción de los mismos el artículo 11 de la ley del Patrimonio del Estado.³ Definición que igualmente es mantenida por el artículo 76 del Texto refundido de la Ley de Régimen Local.⁴ Siendo este el criterio que en definitiva regirá la L.O.F.C.A. y la Ley de Patrimonio que algunas Comunidades Autónomas han elaborado.

En suma, es innegable que en lo referente a los ingresos

1.- "Curso...". Op. cit. Página 149.

2.- La falta de mención a las Comunidades Autónomas se comprende ya sea en el momento de la elaboración del Código Civil ni por asomo podía hablarse o reconocerse derechos patrimoniales a las Comunidades Autónomas que no existían como realidad pública.

3.- Dice este artículo que: "Constituye el patrimonio del Estado:

1º. Los bienes que siendo propiedad del Estado no se hallen afectados al uso general o a los servicios públicos, a menos que una ley los confiera expresamente el carácter demaniales. Los edificios propiedad del Estado en los que se alojen órganos del mismo tendrán la consideración de demaniales.

2º. Los derechos reales y de arrendamientos de que el Estado sea titular, así como de aquellos de cualquier naturaleza que deriven del dominio de los bienes patrimoniales.

3º. Los derechos de propiedad incorporal que pertenezcan al Estado".

4.- El artículo 76 Texto Refundido de la Ley de Régimen Local se corresponde con el artículo 79 de la ley 7/1.985 del 2 de Abril, reguladora de las Bases del Régimen Local que dice: "1.- El patrimonio de los Estatutos locales esta constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que la pertenecen. 2.- Los bienes de los Estatutos locales van de dominio público o patrimoniales."

de derecho privado hay un auténtica igualdad de las Comunidades Autónomas en el Estado en el ámbito territorial de la misma. Es decir, que una vez admitido y consolidado la organización administrativa del Estado en las Comunidades Autónomas, estas adquieren la posibilidad de obtener bienes patrimoniales que constituyan y configuren su propia Hacienda Pública.¹ Prueba de ello es, en concreto, la Ley reguladora

¹.- Lógicamente en el ámbito local, independientemente de la Ley de Patrimonio del Estado, es donde con mayor énfasis la doctrina analiza lo que cabe entenderse como empresa de Derecho Privado.

Los bienes patrimoniales de las Corporaciones locales han constituido históricamente la principal fuente de financiación. En el siglo XIX (como destacaría GARZON PAREJA. Historia de la Hacienda de España. Vol.I. Institutos de Estudios Fiscales. Madrid 1.984. Página 681 y siguientes), a pesar de los intentos de finales del siglo XVIII de detraer dinero de los bienes municipales para hacer frente al pago de la creciente deuda, dados los avatares políticos de la primera mitad del siglo XIX.

Las ideas desamortizadoras de Cádiz no pasan de intentar, y hasta que se inicia la desamortización de Pascual Madoz de 1 de Mayo de 1.855 no cabe duda alguna sobre el carácter patrimonial de la Hacienda municipal.

La desamortización de 1.855, cuya pretensión inicial era la transformación y no la destrucción del patrimonio de los municipios, es aplicada de forma que desmantelaría las Haciendas municipales, y supusiera la aparición de una Hacienda local suficiente e injusta con un amplio desarrollo de la conflictividad informacion sobre el consumo. No obstante, los rendimientos de los bienes patrimoniales continuarían teniendo la consideración de ingresos básicos, ordinarios y prioritarios. Ver MATO RODRIGUEZ, "Ingresos no tributarios de las Corporaciones locales" en Tratado de Derecho Municipal. T.II... op. cit. Página 2.211 y siguientes.

La Ley Municipal de 1.868 diferenciaría entre ingresos ordinarios y esenciales, incluyendo entre los primeros los procedentes de rentas de propias y cualesquiera otros rendimientos de bienes o créditos o favor del municipio. No obstante, la evolución posterior supondrán que los ingresos patrimoniales perderán paulatinamente importancia respecto al conjunto de los Entes locales.

La Ley de Bases de 1.885, en su artículo 80.2, dispone que los bienes patrimoniales se rigen por su legislación específica y, en su defecto, por las demás del Derecho privado.

Al mismo tiempo, el artículo 344 del Código Civil decía que los bienes patrimoniales de los Entes locales "se regirán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto de leyes especiales". Es decir, se remite el Código Civil a la legislación especial que puede llevar el régimen general de distinción entre bienes de dominio público.

Los ingresos patrimoniales de la llamadas locales refleja con claridad la clásica distinción hacendística entre los ingresos ordinarios e ingresos extraordinarios. Así, el anterior artículo 198.3 del Texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales diría que: "los ingresos derivados de la enajenación o gravamen de bienes y derechos que tengan la condición de patrimoniales no podrán destinarse a la financiación de faltas corrientes, salvo que se trate de parcelas sobrantes de vías públicas no edificables o de efectos no utilizables en servicios municipales", y en idéntico sentido se referiría el artículo 397.3 respecto a las provincias.

En definitiva, la tradicional distinción entre la propiedad pública sometida al Derecho privado y la propiedad pública sometida al Derecho público, distinción entre dominio privado o bienes patrimoniales y dominio público o bienes demaniales, sigue siendo la realidad de nuestra Hacienda Pública ya sea Estatal, Autonómica o Local como en el caso que analizamos. Así, ingresos de Derecho Privado de un Ente Local es todo aquel que venga o este derivado de una obligación de Derecho Privado,
(continúa...)

del Patrimonio de la Generalidad.¹

No es de extrañar que esta ley de Patrimonio de 1.981, viniera a recoger el espíritu que anteriormente tenía la regulación de la Hacienda Pública en la Constitución Española de 1.931,² cuando respectivamente reservaba al Estado la competencia exclusiva en la deuda del Estado y la Hacienda en general.³ Ahora bien, la regulación específica de la Hacienda Pública se realizaba en el título VIII y, a su vez, se regulaban las propiedades del Estado en el artículo 117, es decir, se ubicaba el patrimonio del Estado en el ámbito de la

¹(...continuación)

desde la perspectiva de nuestro Derecho positivo, sólo cabe la existencia de tal tipo de ingresos fuera del ámbito del dominio público. Afirmación que es de indudable transcendencia a nuestros estudios ya que, aunque luego volveremos sobre ello, se efectúa una clara identificación entre ingreso patrimonial con el Derecho privado. Es, pues, el Derecho privado el que regulará la forma de obtención de dichos ingresos que tienen el carácter, claro está, de "Hacienda".

En la doctrina, por último, pueden consultarse a De ROVIRA I MOLA, "Subvenciones y participaciones" en "Manual de Derecho Tributario Local". Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Barcelona 1.987; GARRIDO FALLA, "El dominio privado de la Administración", en estudios en homenaje a JORDANA DE POZAS, Vol.I, IEP, Madrid 1.961; GARCIA ESCUDERO y PENDAS, "El nuevo régimen local especial". Ed. Praxis. Barcelona 1.985; CALVO ORTEGA, "Medio siglo de Hacienda municipal: de los Estatutos al proyecto de 1.974" en Hacienda Pública Española 1.975.

¹.- Así lo establece la ley 11/81, de 7 de Diciembre, cuando en su artículo 2 dice que: "Los bienes de la Generalidad de Cataluña se califican en bienes de dominio público o demaniales y bienes de dominio privado o patrimoniales".

El anterior precepto esta desarrollado más ampliamente en el artículo 4 de la misma ley al decir que:

"...Integran los bienes patrimoniales de la Generalidad:

a) Los bienes que son propiedad de la Generalidad y no están afectos directamente a un uso general o a un servicio público.

b) Los derechos derivados de la titularidad de los bienes patrimoniales de la Generalidad.

c) Los derechos reales y de arrendamientos que le pertenecen y cualquier otro derecho sobre cosa ajena.

d) Los derechos de propiedad inmaterial que pertenecen a la Generalidad ...".

Respecto de las Haciendas de las demás Comunidades Autónomas nos hemos referido anteriormente a su normativa, ello no obstante, lo dicho para el patrimonio de la Generalitat catalana es aplicable respecto de las otras.

².- Este espíritu que rompe con todo lo anterior en determinados aspectos de la regulación jurídica básica del Estado español lo encontramos reproducido en la regulación referente al otorgamiento a ciertas Comunidades Autónomas, Cataluña y el País Vasco, de potestad legislativa en el ámbito civil, cuestión, que como vemos en este trabajo, conllevó la posibilidad de que la Llei de Sucesió intestada, permitiera sustituir el llamamiento al Estado por un llamamiento en la sucesión intestada en favor de la Generalidad catalana.

³.- Artículos 14 y 17.

Hacienda Pública, como veíamos, un ingreso más de la misma un ingreso de carácter patrimonial. Al considerarse aquel como un ingreso patrimonial del Estado, nada impedía que las Comunidades Autónomas, la Generalidad en el caso que nos ocupa, pudiera adquirir para sí los rendimientos de los bienes patrimoniales. Y de hecho, así lo reconocía el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1.932, en su articulado.¹

Si bien es cierto, que en la actual Ley del Patrimonio de Cataluña no se hace una referencia tan amplia como la de aquí planteada, hay una subrogación de la Generalidad en la posición jurídica del Estado, lo cierto es que el propio Estatuto de Autonomía planteaba las bases a la posible regulación de la Generalidad de los derechos "iure hereditario" como fuente de financiación de la misma. En este sentido, el caudal relicto adquirido por la Generalidad formaría parte de su Patrimonio.² Ello, no obstante, consecuencia precisamente de esa idea subrogadora el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 11 de la Ley catalana de Patrimonio de la Generalidad de Cataluña, como consecuencia de atribuirse derechos que exclusivamente pertenecen al Estado en el ámbito de la regulación del patrimonio del mismo, aclarando que patrimonio del Estado no es lo mismo que patrimonio de la Generalidad.³ Esta tesis

¹.- Artículo 17 del Estatuto.

².- La tesis mantenida por la Generalidad de Cataluña era la misma que la que el propio Estatuto utiliza a los efectos de la Ley de Patrimonio del Estado. Es decir, el Estado heredero como manifestación del poder de la hacienda pública estatal y, en concreto, como manifestación de ingresos de Derecho privado.

En este sentido, el artículo 2 de la Ley General Presupuestaria diría: "La Hacienda Pública, a los efectos de esta ley, está constituida por el computo de derechos y de obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde al Estado o a sus organismos autonómicos".

Es decir, la noción de patrimonio se entiende hasta coincidir con la de Hacienda Pública.

³.- Dice el Tribunal Constitucional en la Sentencia que resolvió el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el gobierno central contra la ley catalana de Patrimonio de la Generalitat de Cataluña que en relación a los bienes sin dueño conocido o vacantes, "...lo que en este punto hace la ley catalana es subrogar el patrimonio de la Generalidad en el lugar del patrimonio del
(continúa...)

sirvió, erróneamente, para fundamentar parcialmente el importante recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley de sucesión intestada catalana de 1.987, por cuanto que el Tribunal Constitucional, en aquella Sentencia consideró que a competencia sobre la legislación civil era exclusiva del Estado, tesis que más tarde rectificaría.¹

Ello no obstante, nosotros consideramos que realmente lo que se produce es una diferencia entre lo que la regulación de patrimonio del Estado, normativa de derecho público, y la

³(...continuación)

estado y para esto, como es evidente, carece la Generalidad toda competencia.../... porque una cosa es que la Generalidad disponga de la competencia suficiente para legislar, dentro de los límites que ya hemos señalado, sobre su propio patrimonio, y otra bien distinta que, en ejercicio de esta competencia, modifique también la ley vigente sobre patrimonio de Estado...", para justificar, más adelante, la atribución al Estado de los bienes vacantes por la ley de 1.835, al decir que estos "...podrían, en principio, ser atribuidos a entes distintos de la administración central, pero sólo el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado, y no una de sus partes, puede modificar la actual atribución...".

¹.- No obstante, las cuestiones de carácter patrimonial, el Tribunal Constitucional las consideró dentro del ámbito de la legislación básica y por tanto de exclusiva competencia estatal, y en concreto la legislación atributiva de los bienes vacantes y sin dueño conocido a persona distinta del Estado central. Así decía el citado Tribunal que la Generalidad catalana no puede modificar, consecuencia de una norma autonómica, la legislación vigente sobre el patrimonio del Estado, "...determinando que para el futuro no se incorporarán a éste, sino al de la Generalidad, los inmuebles retenidos y disfrutados sin título válido por entidades o particulares...", continúa diciendo que "En cuanto a la titularidad de la soberanía corresponde al estado en su conjunto y no a ninguna de sus instituciones en concreto, los bienes vacantes podrían, en principio, ser admitidos a entes distintos de la Administración central, pero el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado y no de una de sus partes puede modificar las actual atribución". En atención a lo dicho por el Tribunal Constitucional, tanto ELIZALDE Y AYMERICH, como RODRIGUEZ CARBAJO, consideran que distinta es la regulación que existe en el ámbito administrativo de la recogida en el derecho civil, en relación a la adquisición de bienes sin dueño conocido, no considerándose esta adquisición como un modo de adquirir la propiedad sujeto a la normativa civil, por cuanto que de ser así la competencia legislativa correspondería a los distintos Parlamentos forales, cosa que explícitamente excluye el Tribunal Constitucional en la citada resolución. Consecuencia de ello, la idea de adquisición por el Estado de los inmuebles vacantes, se considera como un modo de adquirir legalmente establecido, derivado de una antigua regalía feudal como hemos visto cuando nos referíamos al derecho francés, idea vinculada al concepto de soberanía cuya titularidad corresponde única y exclusivamente al Estado. Esta idea, y modo de adquirir la vacancia, hay que desligarla completamente de la adquisición de bienes o del patrimonio del causante difunto consecuencia de un llamamiento iure hereditario, como se recoge en la Compilación catalana y en la recurrida, y más adelante estudiada detalladamente, ley de sucesión intestada catalana.

Ver ELIZALDE Y AYMERICH, P., "La Constitución española y las fuentes del Derecho". Instituto de Estudios Fiscales. Vol. II, página 756; RODRIGUEZ CARBAJO, J.R., "La competencia de las Comunidades Autónomas para legislar sobre su patrimonio y límites de la misma". A.D.C. 1.985, página 179 y siguientes, en concreto la página 183.

regulación del llamamiento y adquisición de bienes en la herencia intestada, ubicada su regulación en el ámbito del derecho civil.¹ Pero esta dualidad de Haciendas Públicas, aparece claramente reconocida por la doctrina del Tribunal Constitucional.

En la Sentencia número 14/1.986, de 31 de Enero, la Abogacía del Estado planteaba la inconstitucionalidad de la ley 12/83 de 22 de Junio, del Parlamento Vasco, el recurrente otorgaba al concepto Hacienda General un alcance que englobaría tanto a la Hacienda Estatal, como a la Hacienda de las Comunidades Autónomas, argumentando que la Hacienda General no podía equivaler, reducirse, a Hacienda del Estado, es decir, negando que las Comunidades Autónomas pudieran legislar sobre dicha materia. El argumento, como puede observarse, era restringir, incluso, la posibilidad de legislar por las Comunidades Autónomas sobre elementos de la Hacienda Pública que hacían referencia a los recursos privados, es decir, a los bienes patrimoniales.

El letrado del Parlamento Vasco opondría que el concepto Hacienda General no puede extenderse más allá de los límites de la Hacienda del Estado, reconociendo competencia a las Comunidades Autónomas para regular su propia Hacienda sobre la base del artículo 156 de la Constitución y su propio reconocimiento estatutario.

Lo realmente importante de esta Sentencia es que el Tribunal Constitucional se inclina por esta segunda tesis considerando que el concepto Hacienda General puede tener el significado absoluto del que partía la Abogacía del Estado. Y, aún más, diría que la llamada privativa de las Comunidades Autónomas en materia propia de cada una de ellas, conclusión que obtendría el Tribunal por aplicación de los artículos

¹.- Así el artículo 24 de la Ley de Patrimonio del Estado excluye expresamente del ámbito de la misma la materia relativa a la sucesión intestada en favor del Estado, que se regirá por la normativa ius privatista de cada uno de los territorios forales o en su caso por las disposiciones del Código Civil.

156, 157. 3º y 149.3 de la Constitución Española.¹

En la Sentencia del Tribunal Constitucional número 179/85, de 19 de Diciembre, en cambio, se realiza una interpretación restrictiva de la competencia de las Comunidades Autónomas en relación a la Hacienda General por lo que, siguiendo a MARTINEZ GOMEZ,² hay que concluir que no se ha producido una jurisprudencia que permita delimitar de una manera genérica el contenido exacto de concepto Hacienda General del que si puede decirse, en cambio, que no puede identificarse exclusivamente con la Hacienda del Estado.

Efectivamente, y volviendo a la Sentencia del Tribunal Constitucional número 179/85, lo cierto es que hay una coincidencia en reconocer una relación entre la Hacienda General y la Hacienda de las Comunidades Autónomas.³

¹.- El Tribunal Constitucional diría en su Fundamento Jurídico segundo de la citada Sentencia, diría que: "2. Los planteamientos generales de la cuestión que entraría este recurso, a los que acabamos de referirnos, vienen a requerir que, del modo mismo, con carácter general, se abordan algunas consideraciones con el propósito y finalidad de establecer lo que en definitiva en el objeto de la pretensión aquí ejercitada (...) y en tal sentido cabría decir que es difícil sostener que la norma del artículo 149.1.14º de la Constitución Española, atributivo de competencia exclusiva estatal en materia de Hacienda General vede toda posibilidad a las Comunidades Autónomas para emitir disposiciones de la índole y sobre la materia de la que deriva este proceso, y ello incluso el propio Abogado del Estado lo viene a admitir al potestar la declaración de inconstitucionalidad, con la consiguiente invalidación de alguna de los preceptos que la ley incluye, en respecto por la de todas las demás, éstos superiores grandemente en número y sectores, en general, de materias cuya naturaleza, en este aspecto en que nos hallamos, en nada difiere de los que son objeto de concreta impugnación (...). Nuestra doctrina científica ha tratado con cierta profusión la cuestión que nos ocupa y puede decirse que es concorde en seriales que atribuido al Estado la competencia exclusiva en materia de Hacienda General (artículo 149.1.14º. Constitución Española), sin que figure en ningún momento entre las que pueden atribuirse a las Comunidades Autónomas la "Hacienda Regional" o cualquier otra locución similar que induzca a subsumir las cuestiones de tal índole en el ámbito propio de las funciones a desarrollar por las Comunidades Autónomas (artículo 148. Constitución Española), ello no es obstáculo a que debe admitirse que una hacienda privativa es materia propia de dichas comunidades, bien para alcanzar esta conclusión las opiniones tienen que en preceptos diversos, como pueden ser el artículo 156 de la Constitución Española, que le atribuye autonomía financiera, el 157.3 Constitución Española. referente al ejercicio de las competencias financieras (...) o incluso por más de lo admitido en el artículo 149.3 Constitución Española, por tratarse en una materia no atribuida expresamente al Estado por la Constitución Española....".

².- "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...". Op.cit. Páginas 424 y 425.

³.- En concreto la citada Sentencia diría que: "...es cierto, sin duda, que cuando usando su competencia en materia de Hacienda General, el Estado regula cuestiones referentes a la Administración local, no puede desconocer la delimitación competencial que respecto de ella existen entre el propio (continúa...)

En suma, hay que concretar si podría admitirse que la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas ese argumento a favor de la adquisición por los mismos bienes vacantes. Entendemos que si. Esta rotunda afirmación encuentra su mejor argumento en la propia legislación que desarrolla la capacidad hacendista de las Comunidades Autónomas, es decir, la L.O.F.C.A. en cuanto a su regulación de los ingresos patrimoniales de derecho privado. Y aún más, significaría la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en legislar sobre: Ingresos procedentes de su patrimonio y demás de Derecho privado; sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales; tributos cedidos, total o parcialmente por el Estado; recargos que pudieran establecerse sobre impuestos estatales; participación e ingresos del Estado; producto de operaciones de créditos; producto de multas y sanciones en el ámbito de su competencia¹.

Sin olvidar, insistimos, que son ingresos de derecho

³(...continuación)

Estado y algunas Comunidades Autónomas".

Entre la doctrina que estudia la relación entre la Hacienda estatal y la autonómica cabe citar, entre otros a MENDIZABAL ALLENDE, "El Tribunal de Cuentas y su encuadramiento Constitucional", en Estudios sobre el Proyecto de Constitución. C.E.C. Madrid 1.978; VICENTE-ARCHE DOMINGO, "El Tribunal de Cuentas y las Comunidades Autónomas" en Tribunal de Cuentas de España, I.E.F. Madrid. 1.982.

¹.- En cuanto a las operaciones de crédito la doctrina constitucional ha sido especialmente relevante.

El argumento básico de la posibilidad de las Comunidades Autónomas para concertar operaciones de crédito es el reconocimiento de autonomía financiera para el propio desarrollo y ejecución de sus competencias, es decir, el artículo 156.1 de la Constitución Española y, a su vez, el artículo 157.1, e al señalar que los recursos de las Comunidades Autónomas están constituidos por "...el producto de operaciones de crédito".

Con mayor claridad, el artículo 14.1 de la LOFCA establece que las Comunidades Autónomas ".. podrán realizar operaciones de créditos por plazo inferior a un año, con objeto de cubrir sus necesidades transitorias de tesorería (...)".

Entre la doctrina cabe destacar a MARTIN QUERALT, "Jurisprudencia tributaria del Tribunal Constitucional". T.3. Civitas. Madrid. 1.983. páginas 147 y siguientes; FUENTES SUAREZ, "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del crédito y la banca" en estudios de Derecho público bancario. Madrid 1.987; FERREIRO LAPATZA, "Análisis jurídico de la deuda pública de las Comunidades Autónomas". Civitas. R.E.D.P. núm. 23. 1.979. páginas 455 y siguientes; SAINZ DE BUJANDA, "Lecciones de Derecho financiero". Universidad Complutense. Madrid. 1.987. páginas 375 y siguientes.; entre otras muchas aportaciones doctrinales.

privado de las Comunidades Autónomas "...los rendimientos o productos de cualquier naturaleza derivadas de su patrimonio, así como las adquisiciones a título de herencia, legado o donación".¹

En suma, los artículos 156.1 y 157.1 de la Constitución Española, en relación con la L.O.F.C.A., serían argumentos definitivos para asumir que las Comunidades Autónomas por mor de su autonomía financiera puedan legislar sobre los ingresos de Derecho privado y, en consecuencia, legislar sobre sucesión intestados.

Ahora bien, es sabido que la autonomía financiera de las Comunidades Autonómicas y su facultad constitucionalmente reconocida, se encuentra limitada por la propia Constitución.²

Igualmente, el principio de unidad del orden económico, ya mencionado en páginas anteriores y, por último, la posibilidad de que el Estado dicte Bases como límite a la legislación de las Comunidades Autónomas. Puede ello significar que el Estado, utilizando alguna de los argumentos básicos puede limitar la legislación autonómica en materia financiera y, en concreto en cuanto a los recursos de derecho privado.

Ciertamente, no existe en la doctrina del Tribunal Constitucional ningún pronunciamiento referente a la formalidad de limitación del Estado en los ingresos de Derecho privado. En cambio, existen importantes pronunciamientos en lo referente al resto de ingresos de las Comunidades Autónomas.

Quizás como uno de estos pronunciamientos puede considerarse la Sentencia del citado Tribunal número 1/1.982, de 28 de Enero, sobre el conflicto positivo de competencias acumuladas; el primero planteado por el Gobierno Vasco en

¹.- Ver el artículo 5 de la L.O.F.C.A.

².- Así, el artículo 156 de la Constitución Española proclama que "... con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles".

relación al Decreto 2.869/80, de 30 de Diciembre, el segundo promovido por la Abogacía del Estado frente al Decreto del Gobierno Vasco 95/81, 16 de Marzo.

La Abogacía del Estado planteaba como principales argumentos públicos los siguientes:

Que las competencias que el artículo 149 establece a favor del Estado no son competencias de atribución y, por ende, de identificación restrictivos, por el contrario, tales competencias serían por excelencia las de "derecho común" por constituir el mínimo insuprimible para el Estado español sigue siendo un Estado.

Que los apartados 11 y 13 del artículo 149.1 de la Constitución Española aseguran el principio de unidad económica nacional como objetivo que debe conseguirse en una estructura constitucional autonómica del Estado.

Que los apartados 11 y 13 del artículo 149.1 de la Constitución Española al referirse al término "Bases" no puede recibir una interpretación más restrictiva que el Estado quede limitado a ser un marco legislador de principios.

La Sentencia, que merece un estudio concreto ya que analiza como y cada uno de los argumentos de la Abogacía del Estado que en definitiva son los posibles impedimentos a un desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas en una autonomía financiera, comienza analizando el concepto de unidad económica.

Mantiene el Tribunal Constitucional que la Constitución fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecuencia exige la adopción de medidas de política económica aplicables, con carácter general, a todo el territorio nacional.¹ El argumento, que es desde luego válido

¹.- En este sentido diría el Tribunal Constitucional que: "...la Constitución fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecuencia exige la adopción de medidas de política económica aplicables, con carácter general, a todo el territorio nacional (ar. 40.1; 130.1; 131.1 y 138.1 CE).

Esta exigencia de que el orden económico nacional sea no en todo el ámbito del Estado es más
(continúa...)

en el ámbito de los recursos de derecho público en favor de las Comunidades Autónomas, no es aplicable en cuanto a los recursos de derecho privado de las mismas.¹

¹(...continuación)

imperiosa en aquellos casos como el nuestro, que tiene una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de su organización territorial. La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario par que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materia económica no conduzca a resultados disfuncionales y desintegrables".

Siguiendo con lo anteriormente dicho, y en relación a las bases, el Tribunal Constitucional en la citada sentencia mantendría: "...dado su carácter general y fundamental respecto al resto de la ordenación de la materia, la bases de la misma deben tener estabilidad, pues con ellas se atiende a aspecto más estructurales que coyunturales. Ahora bien, ciñéndonos, en concreto, a la ordenación de sectores económicos como el crédito la consecución de aquellos intereses generales perseguidos por la regulación estatal de las bases del crédito exigirá que, atendiendo a circunstancias coyunturales y a objetivos de política monetaria y financiera, el Gobierno de la Nación preceda a la concreción e incluso a la cuantificación de medidas contenidas en la regulación básica del crédito, pues al Gobierno de la Nación le corresponden tanto la dirección de la política financiera nacional y de la política monetaria general (artículo 10.26 E. Vasco)..."

En sentido parecido, aunque se plantea entre el conflicto de las Comunidades Autónomas y las Entidades locales, se pronuncian las sentencias del Tribunal Constitucional números 187/88 y 214/89.

En la primera, el Tribunal mantenía que existe y hay que reconocer la competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña en que la Sindicatura de cuentas de ellas dependiente pueda controlar la actividad financiera local.

En la segunda el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del artículo 5 de la ley de Bases de Régimen local que establecía el orden de prelación de normas aplicables en el ámbito local, cuyo apartado e) se refleja específicamente en las Haciendas locales considerando aplicables a las mismas, y por este orden, la legislación estatal, las leyes de las Comunidades Autónomas y las ordenanzas fiscales de la correspondiente Entidad local.

La Generalidad de Cataluña impugnó esta disposición por entender que debe haber lugar a una modificación o reasignación de competencias estatales y regionales en la materia, negando el carácter de básica o la norma. El Tribunal Constitucional aceptó esta interpretación.

Por otra parte la doctrina que analiza la relación entre las Haciendas locales y las Comunidades Autónomas puede citarse, sin ánimo de ser excluyente, de otras importantes aportaciones a: FERREIRO LAPATZA, "La financiación de las Comunidades Autónomas". R.E.D.F. núm. 45. 1.985; LOZANO, "La Hacienda local en la Constitución" H.P.E. núm. 60. 1.979; MARTIN QUERALT, "La autonomía municipal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". R.E.D.F. núm. 55. 1.982; RUIZ GARCIA, "Algunas consideraciones sobre la autonomía tributaria local". R.E.D.F. núm. 46. 1.985; ALIAGA ARGULLO, "Reserva de jurisprudencia: Competencias de las Comunidades Autónomas en la ordenación legal de las Haciendas locales". R.V.H.P. núm. 4. 1.988.

¹.- Cuestionable, incluso, resulta en el ámbito de los recursos de derecho público o tributarios.

Efectivamente, y en parte ya lo hemos analizado en páginas anteriores, BASSOLS criticaría el recurso reincidente de la Administración central en la utilización de las Bases como criterio unificador o predominante de la legislación estatal.

Con acierto MALARET, op. cit. página 4.056, diría que: "... la especificidad de lo económico impide trasladar de forma mimética, el esquema de relación competencial bases desarrollo. Este modelo despliega su eficacia cuando los ámbitos materiales están íntimamente delimitados. Dicha distinción permite una desmarcación de responsabilidades claras, cada nivel ejerce sus respectivas funciones de
(continúa...)

Sigue de esta forma la conexión entre la actividad financiera de las Comunidades Autónomas y la legislación de derecho privado que la misma puede realizar en el marco de su competencia propia. Es decir, tanto la autonomía financiera, como la capacidad legislativa en el ámbito o materia del Derecho civil, convergen para afirmar que las Comunidades Autónomas pueden legislar y, por ende, obtener económicamente recursos que vienen justificados por una legislación "ius Civile", son las dos vías a las que antes hacíamos referencia.

Dos son, pues, las bases sobre las que se asienta este razonamiento. El primero, es el expreso reconocimiento de la capacidad financiera de las Comunidades Autónomas por parte de la L.O.F.C.A., en el ámbito de los recursos privados o de derecho privado. Ello significa que, sin duda, cualquier Comunidad Autónoma puede adquirir en propiedad y, a su vez, obtener rendimientos de dicha propiedad como si de un particular se tratará. Al mismo tiempo, que cualquier Comunidad Autónoma puede constituir derechos reales sobre sus bienes. Y, por último, que cualquier Comunidad Autónoma puede obtener rendimientos económicos e ingresos en su hacienda autonómica procedentes de su actividad como empresario.

El segundo es el expreso reconocimiento de la capacidad legislativa en el ámbito del Derecho Civil y, concretamente, en materia de sucesión intestada. Si la L.O.F.C.A. manifiesta que sus ingresos de Derecho privado los procedentes, entre

¹(...continuación)

forma independiente, separada. Pero de intervención pública en la economía requiere, en múltiples circunstancias, una concurrencia de las diferentes instancias en el desempeño de las funciones públicas, concurrencia derivada de la imbricación e inalineación de los respectivos ámbitos competenciales....en algunas materias las Comunidades Autónomas se disponen de poder alguno, concretándose todas las funciones en el Estado. Pero al mismo tiempo, la reserva competencial constitucional permite la emisión de responsabilidades por parte de las Comunidades Autónomas en áreas relevantes de la economía, sobre todo en relación a los distintos sectores de la actividad económica".

La autora termina la anterior argumentación diciendo que: "En consecuencia, parece difícilmente encajable en el sistema autonómico la utilización del concepto unidad del orden económico para constituir un título competencial de carácter general u horizontal a favor del Estado.... como el propio Tribunal Constitucional ha señalado, la unidad no significa conformidad..".

otros, de una posible herencia en favor de las Comunidades Autónomas, esta, herencia, puede ser intestada en aquellas Comunidades Autónomas en las que su legislación en materia civil permite legislar de conformidad a la norma contenida en el artículo 149.1.8º de la Constitución.

El criterio histórico de que la sucesión intestada ya se encontraba regulada no puede ser entendido ni como posibilidad para legislar, ni como hecho diferenciable entre las Comunidades Autónomas. El llamamiento a las Comunidades Autónomas en la sucesión intestada se justifica, esencialmente, en el ámbito de la L.O.F.C.A. y en la necesidad de proporcionar a las Comunidades Autónomas los medios necesarios para realizar aquello a lo que han venido configuradas.

En suma, hay una sustitución de la Hacienda de Estado por la Hacienda de las Comunidades Autónomas en materia de sucesión intestada, ello tanto desde el punto de vista hacendístico como en el ámbito del Derecho civil.

Cierto es, que en lo anterior hay una confirmación de lo que la doctrina dedicada al derecho público viene haciéndose eco: La huida del derecho público por la Administración y un acercamiento cada vez más importante al derecho privado. Es decir, se produce un efecto inverso a lo que en nuestra doctrina venimos denunciando con relación al derecho civil.¹

La sustitución del Estado por las Comunidades Autónomas, sobre la base de un reconocimiento histórico, en relación a los recursos del derecho privado es la solución propuesta por nosotros. Esta tesis tiene, sin duda, un importante integrante histórico, pues no en vano el concepto de Estado como sucesor, tanto en la legislación anterior a la Ley de Patrimonio del Estado, como en la misma ley, siempre ha sido en la misma, la identificación de la sucesión intestada del Estado como manifestación de hacienda pública parcial o

¹.- Puede consultarse el reciente trabajo de LAGUNA DE PAZ, "La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo", en RAP (136) Enero-Abril de 1.995. Página 201 y siguientes.

estatal.¹

Pero, y sin detenernos en las peculiaridades de este Decreto, posteriormente se elaborarían la ley del 3 de Mayo de 1.823 en la que en su artículo 2 se establecería la obligación de los señores de presentar los títulos de adquisición y si del inhalases de dicho título no se justificaba la propiedad quedaban incorporados a la nación.

Posteriormente se dictaría la ley del 26 de Agosto de 1.837 en lo que si bien se parte del principio de presentación de títulos, se permitían otros medios de prueba.²

Puede observarse, pues, que el conjunto de leyes y Decretos tenían como finalidad esencial la abolición del régimen señorial que vendrían complementados por la narrativa supresora de vínculos y mayorazgos.³

Será en este siglo XVIII y principios del siglo XIX cuando se publicaría la ley de 9 de Mayor de 1.835 de adquisición a nombre del Estado, fijándose por esta ley, el

¹.- Efectivamente, la primera disposición tendente a la disolución del régimen señorial se obtiene en 1.811 mediante el Decreto de 6 de Agosto en el que en su artículo 5 diría: "Los señoríos territoriales y solariegos quedan desde ahora en la clase de los demás derechos de propiedad particular, si no son de aquellos, por su naturaleza, deben incorporarse a la nación, o de los en que no se hayan cumplido las condiciones en que se concedieron, lo que resultará de los títulos de adquisición".

Ver lo dicho anteriormente al respecto en este trabajo.

².- Ver los artículos 3 y 9 de la citada ley.

En la misma línea se enmarca la ley de Mostrencos, en su artículo primero, ya nos, diría: "pertenecen al Estado los bienes corrientes, muebles e inmuebles, derechos y pertenencias,D): los que estuvieren vacantes y sin dueño concreto que no posee los individuo ni corporación alguna"

En su artículo tercero diría: ".. también corresponden al Estado los bienes detestados o poseídos sin título legítimo, los cuales podrán ser reinmunizados con arreglo a las leyes comunes".

³.- La ley de supresión de abolición de los mayorazgos de 11 de Octubre de 1.820 supondría un nuevo intento de terminar perpetuidad de los bienes raíces.

El artículo 1 de dicha ley diría: "...quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, pisos, foros o de cualquier otra naturaleza, los cuales se restituyen desde a la clase absolutamente libres".

orden de suceder ab intestato.¹

Por tanto podemos considerar que nuestra tesis tiene un fundamento histórico al ponerse de manifiesto la idea de identificar la sucesión del Estado como una adquisición de bienes patrimoniales para la Hacienda General o Estatal. Esta identificación seguiría hasta llegar a la ley de Patrimonio del Estado y se quiebra con la aparición de la estructura autonómica y, sobre todo, la expresa regulación y título de las haciendas autonómicas hasta el extremo de que la L.O.F.C.A. reconoce que las mismas tienen competencia para regular sus ingresos de derecho privado. Y estos, indudablemente, se corresponden con las adquisiciones a título de heredero. Y en que, en definitiva, quien hereda no es tanto el Estado como forma jurídica identificable y diferenciado dentro de la Administración territorial, sino quien hereda es el "Fisco" o Hacienda.

También colaciona a lo anterior el hecho de que la ley de 22 de Marzo de 1.932 diferenciara definitivamente entre el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional.² Distinción que se repite en la ley del Patrimonio Nacional de 7 de Enero de 1.940 en la que se establece los bienes que lo componen que son siempre de utilidad pública de los bienes del Patrimonio del Estado que no se encuentran afectos al "uso y servicio del Rey de los miembros de la Real Familia para el ejercicio de la alta representación que la Constitución y las leyes les atribuyen".³

¹.- Establece en su artículo segundo el llamamiento sucesorio por el siguiente orden y de la siguiente forma: a) descendientes legítimos y legitimados; b) ascendientes; c) colaterales hasta el cuarto grado; d) hijos naturales legalmente reconocidos; e) cónyuge; f) colaterales desde el quinto hasta el décimo grado; g) Estado.

².- De las citadas normas nos hemos ocupado anteriormente, así como del tratamiento jurisprudencial, tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, por lo que a lo dicho nos remitimos.

³.- Especial importancia tiene el concepto histórico de la teoría de la Hacienda Pública pues se encuentra íntimamente relacionada con la sucesión del Estado.

Efectivamente cuando se aplica el recorrido histórico del pensamiento financiero puede
(continúa...)

Finalmente, no podemos dejar de referirnos a la importante Sentencia, ya citada, del Tribunal Constitucional, número 58/1.982, de 27 de julio, dictada el recurso de inconstitucionalidad número 74/1.982, interpuesto por el gobierno central contra el ya visto artículo 11 de la Ley 11/1.981 de Patrimonio de la Generalidad catalana.

³(...continuación)

obtenerse una triple formulación de pensamientos financieros o hacendista.

Por una parte, la Hacienda del Generalismo, como nacimiento de la Hacienda Pública. La relación entre el Estado y la Hacienda Pública se produce ante la necesidad de consolidar el Estado que procede desde la Edad Media y que triunfa definitivamente en el liberalismo.

Ninguna nación europea, con excepción de Alemania y Austria, se preocupó por el Estado y su organización. El Estado fue el objetivo de las meditaciones de una serie de escritos y al mismo tiempo significó el que hacer del conjunto de funcionarios.

FUENTES QUINTANA, "Hacienda Pública. Introducción y Presupuesto". Madrid 1.987. Páginas 72 y siguientes. Destacaría que el nombre adoptado procede del latín CAMARA que significa TESORO REAL, PROPIEDAD REAL e INGRESOS DEL PRINCIPE. Es decir, la relación entre recursos económicos y Hacienda Pública era incuestionable.

Posteriormente, aparecerían los Fisiócratas, escuela francesa, se preocuparía igualmente del desarrollo de la economía. La inadecuación en la explotación de suelo constituía en la Francia Fisiócrata el principal problema.

Por último, la Hacienda Pública clásica constituiría la aproximación - normativa - a los problemas de ingresos y gastos públicos.

En suma, y con independencia de la nutrida bibliografía al respecto, el "excursus" que pretendemos traer a esta nota es sencillamente la clara y constante identificación del Estado con la Hacienda Pública. Cuanto mayor en la perfección que se intenta conseguir de un Estado, mayor es la preocupación que se tiene por la realidad de una Hacienda Pública narrativa o narrada. No en vano, SAINZ DE BUJANZA, en "Lecciones..." ob.cit. Páginas 129 y siguientes, realiza un estricto comparado de la realidad española en contraposición con el resto de países europeos. Así, el Estado Hispano vendría diferenciado entre bienes del Rey y los bienes del Estado. Los primeros seguirían existiendo en la actualidad mediante la ley del Patrimonio Nacional (puede consultarse un último y reciente estudio sobre el patrimonio nacional de ARCENEGUI, "El patrimonio nacional. Naturaleza y régimen público". En Estudios de la Constitución Española. Op.cit. Página 3.906, mientras que el Patrimonio del Estado estará siempre reconocido por la Hacienda Pública. Precisamente por ello, cuando se redacta el Código Civil se sigue diferenciado entre dominio público y patrimonio del Estado.