

BOLETÍN DE LA
ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACION DE BALEARES

II

PALMA DE MALLORCA, 1992

BOLETÍN DE LA
ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACION DE BALEARES

II

PALMA DE MALLORCA, 1992

Impreso en IMPRENTA MALLORQUINA
Santo Cristo, 10 - Teléfono 72 22 51
07001 Palma de Mallorca
Depósito Legal: P.M. 108 - 1992

SUMARIO

- Académicos de Número de Jurisprudencia
y legislación de Baleares pág. 5

- «“Status” del Accionista minoritario
en la nueva Ley de Sociedades Anónimas»,
Discurso de Ingreso de
JOSÉ ZAFORTEZA CALVET pág. 7

- Contestación a cargo de
JOAN VIDAL PERELLÓ pág. 29

- «En torno al Derecho de Propiedad»,
Discurso de Ingreso de
RAIMUNDO CLAR GARAU pág. 35

- Contestación a cargo de
RAFAEL GIL pág. 53

- «Consideraciones en torno al Litisconsorcio
necesario y los vínculos de solidaridad pasiva»,
Discurso de Ingreso de
FRANCISCO JAVIER MUÑOZ JIMÉNEZ pág. 63

- Contestación a cargo de
BERNARDO CARDONA ESCANDELL pág. 91

- «Libertad dispositiva “Mortis Causa” y el Derecho Civil de Mallorca»,
Discurso de Ingreso de
JAIME FERRER PONS pág. 95

- Contestación a cargo de
MIGUEL MASOT MIQUEL pág. 111

- «El Código Civil y su aplicación en el Derecho Civil Balear»,
artículo de MIGUEL MASOT,
publicado en la obra
CENTENARIO DEL CÓDIGO CIVIL pág. 123

ACADEMICOS DE NUMERO DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION DE BALEARES

Excmo. Sr. Don Miguel Coll Carreras, Presidente
Ilmo. Sr. Don Andrés Rullán Castañer
Ilmo. Sr. Don Antonio Puerto Planas
Ilmo. Sr. Don Juan Blascos Serra
Ilmo. Sr. Don Bernardo Cardona Escandell
Ilmo. Sr. Don Francisco Noguera Roig
Ilmo. Sr. Don Gabriel Garcías Planas
Ilmo. Sr. Don Rafael Gil Mendoza
Ilmo. Sr. Don Miguel Masot Miquel, Censor
Ilmo. Sr. Don Juan Vidal Perelló, Secretario
Ilmo. Sr. Don Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
Ilmo. Sr. Don Tomás Mir de la Fuente
Ilmo. Sr. Don José Zaforteza Calvet
Ilmo. Sr. Don Raimundo Clar Garau
Ilmo. Sr. Don Francisco Javier Muñoz Jiménez
Ilmo. Sr. Don Jaime Ferrer Pons
Ilmo. Sr. Don Francisco Téllez Domínguez

«STATUS» DEL ACCIONISTA MINORITARIO EN LA NUEVA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

JOSÉ ZAFORTEZA CALVET
ABOGADO

El ingreso de España en el Mercado Común Europeo trajo aparejadas trascendentales consecuencias, fácilmente detectables en los ámbitos de la Política, de la Economía y del Derecho de nuestra nación.

En lo que concierne al Derecho, y más concretamente al Derecho Mercantil, la circunstancia de que el gobierno español en las negociaciones que precedieron a la firma del acta de adhesión no solicitara ni un sólo día de período transitorio —lo que provocó la perplejidad de los servicios jurídicos de la Comisión— implicaba que el 1 de Enero de 1986 debía haber entrado en vigor la adaptación de nuestro ordenamiento mercantil a lo prevenido en las directivas de la Comunidad Económica Europea números 1, 2, 3, 4, 6 y 7.

La compresión de las autoridades comunitarias, por un lado, y, por otro, el hecho de que en 1986 debían celebrarse elecciones generales en España, coadyuvaron a que quedara aplazada la ingente tarea legislativa que exigía la adaptación parcial de importantes cuerpos legales —fundamentalmente el Código de Comercio y las Leyes de S.A. y de S.L.— a las normas contenidas en las aludidas directivas comunitarias.

Mas a la inactividad del Parlamento no acompañó la de la Comisión General de Codificación, cuya Sección de Derecho Mercantil, en estrecha colaboración con un numeroso pero selecto grupo de catedráticos y profesores universitarios, redactó un Proyecto en el que se recogían las reformas que debían introducirse en nuestro vetusto Código de Comercio, así como en las Leyes de S.A., de S.L. y de Sociedades Anónimas Laborales.

El Proyecto fue presentado al Ministro de Justicia el 13 de Febrero de 1987. Una vez que la citada Sección de la Comisión de Codificación hubo estudiado las observaciones que le formuló el Ministerio, cuidó de redactar un texto reformado y definitivo que, con algunas modificaciones no sustanciales, pasó a ser el Proyecto de Ley que el Gobierno remitió a las Cortes, en cuyo Boletín apareció publicado el 2 de Abril de 1988.

En él encontramos el embrión ya fecundado de lo que, después de una larguísima e inexplicable singladura parlamentaria, se ha convertido en la Ley 19/1989, de 25 de Julio, que señorea su contenido con el extenso y no muy preciso título de «Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades».

El título de la Ley no es exacto, pues en ella se recogen también importantes innovaciones atinentes a los empresarios individuales. Pero lo que cuesta entender es que un texto legislativo llamado a tener un inmenso influjo en la vida jurídica nacional no haya merecido una, aunque fuera reducida, exposición de motivos. ¿Por qué?

El Sr. Presidente del Senado, en su escrito de fecha 21 de Junio último dirigido al Congreso de los Diputados, dice así: «La Exposición de motivos que acompañaba al texto del Proyecto de Ley enviado por el Congreso de los Diputados ha sido suprimida por el Senado considerando que al tratarse de una Ley que reforma parcialmente y adapta la Legislación Mercantil Española en materia de sociedades a las directivas de la Comunidad Económica Europea, no es oportuno incluir en ella un preámbulo que exponga los motivos por los que las Cortes Generales aprueban esta norma que, como se ha dicho, deriva del obligado cumplimiento del Derecho Comunitario».

En el acto de redactar las líneas transcritas, el acierto no acompañó al Sr. Presidente del Senado, ya que las directivas comunitarias, por su propio concepto, no aspiran a una identidad de las legislaciones de los Estados miembros, sino, simplemente, a que estos Estados «armonicen» sus cuerpos legales con las directrices, lo que permite un amplio margen de libertad a los respectivos Parlamentos, dentro, eso sí, de las opciones auspiciadas por ellas.

Ejemplo evidente lo hallaremos en la «armonización» legislativa lograda por la Segunda Directiva de la C.E.E., reguladora de la constitución de las Sociedades Anónimas, que exige un capital social fundacional no inferior a 25.000 ECUS, equivalentes aproximadamente —dada la fluctuación de los cambios de divisas— a unos 3'3 millones de pesetas.

Pues bien, respetando ese mínimo, el Parlamento de cada Estado miembro ha sido soberano para cuantificar la suma que ha juzgado más adecuada a las circunstancias socio-económicas del respectivo país.

Siguiendo este criterio, Portugal ha establecido el capital social en un mínimo de 5 millones de escudos —equivalentes a unos 3'7 millones de pesetas—, Italia en 200.000.000 de liras —lo que supone unos 17 millones de pesetas—, Gran Bretaña en 50.000 libras esterlinas —unos 9'8 millones de pesetas—, Alemania en 100.000 marcos —equivalentes a unos 6'3 millones de pesetas— y España en 10 millones de pesetas.

Vemos, pues, que en el caso expuesto, el Parlamento español, sin salirse del campo que permite la segunda directiva comunitaria, se ha movido con entera libertad —al igual que los parlamentos de los restantes Estados de la C.E.E.— y ha establecido el capital social fundacional de las Sociedades Anónimas de acuerdo con los criterios que, a su juicio, más convenían en estos momentos a nuestra realidad socio-económica.

No puede, pues, alegrarnos que el Senado no nos haya permitido conocer lo que la ciencia del derecho y más concretamente su Hermenéutica denomina la «mens legislatoris», siendo así, además, que el Congreso de los Diputados había redactado una Exposición de Motivos sumamente clarificadora, a pesar de su sencillez.

Con su proceder, la Cámara Alta no sólo nos ha privado de que una Ley tan trascendental contara con su preámbulo, sino que, además, ha quebrado una tradición patria que se enriqueció sobremanera en el siglo pasado, época en la que los legisladores —es decir, quienes aunaban a la ciencia jurídica el «arte» de hacer las leyes— se esmeraron sobre manera en la redacción de la exposición o preámbulo que precedió a los textos legislativos importantes.

Con el rompimiento de esta tradición se ha impedido también que en la que debiera haber sido la Exposición de Motivos de la Ley 19/1989 se haya podido rendir el homenaje que merecía la Ley de S.A. de 17 de Julio de 1951, bajo cuyo cobijo se han constituido en España cerca de 400.000 sociedades anónimas, lo que supone una ingente labor de Abogados, Notarios, Registradores Mercantiles, Jueces y Magistrados que han contribuido muy poderosamente a desarrollar y fortalecer el actual sistema financiero español.

Una vez publicado el texto legal y circunscribiéndonos al tema en torno al cual ha de desarrollarse el presente trabajo, debemos preguntarnos ¿Cuál es el «status» del accionista minoritario en la nueva Ley de Sociedades Anónimas?

Centraremos el estudio en tres etapas: la de constitución de la sociedad, la de su funcionamiento y la de su extinción.

CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD

La ley 19/1989 dedica los artículos 7 a 30 b) a la fundación de la sociedad, materia que viene desarrollada de modo extenso y prolijo. De ese conjunto de

preceptos, hay que destacar, en lo que interesa al tema del «status» del socio minoritario, los artículos 8-5.º 1), 9, 20-2, 24-3, 25 y 30 b), preceptos de los que se infiere que:

1) Deberán hacerse constar en los estatutos los derechos especiales que, en su caso, se reserven los fundadores o promotores de la sociedad;

2) los fundadores y promotores de la sociedad podrán reservarse derechos especiales de contenido económico, cuyo valor en conjunto, cualquiera que sea su naturaleza, no podrá exceder del diez por ciento de los beneficios netos obtenidos según balance, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal, y por un período máximo de diez años;

3) los promotores deberán depositar en el Registro Mercantil un ejemplar impreso del programa de fundación y del folleto informativo;

4) en la junta constituyente, en caso de fundación sucesiva, cada suscriptor tendrá derecho a los votos que le correspondan con arreglo a su aportación, los acuerdos se tomarán por mayoría integrada, al menos, por la cuarta parte de los suscriptores concurrentes a la Junta que representen, como mínimo, la cuarta parte del capital suscrito, y, sin embargo, en el caso de que pretendan reservarse derechos especiales para los promotores, o de que existan aportaciones no dinerarias, los interesados no podrán votar en los acuerdos que deban aprobarlas;

5) para modificar el contenido del programa de fundación sucesiva será necesario el voto unánime de todos los suscriptores concurrentes;

y 6) en todo caso, transcurrido un año desde el depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil sin haberse procedido a inscribir la escritura de constitución, los suscriptores podrán exigir la restitución de las aportaciones realizadas con los frutos que hubieran producido.

Las modificaciones introducidas en esta materia responden, en líneas generales, a la finalidad de adaptar la legislación española a las Directivas Comunitarias. Pero, como ha señalado de la Cámara Alvarez, no todos los cambios obedecen a ese designio, puesto que «se ha aprovechado la reforma parcial para limitar de un lado las ventajas que pueden reservarse a los fundadores y puntualizar, de otro, que esas ventajas han de ser exclusivamente de contenido económico».

Este conjunto de medidas deben ser calificadas como unas adecuadas y oportunas cautelas, de carácter positivo para la posición del socio minoritario desde el mismo momento de la gestación de la entidad. En contraste con la anterior normativa (artículos 11, 121, 17, 18, 23 y 30 Ley S.A.), se da un más correcto tratamiento y una mayor protección para el pequeño accionista, por cuanto, por ejemplo, antes ni se preveía como un dato que debía constar en los estatutos la concesión de privilegios, que, no obstante, eran admisibles en

la anterior legislación (artículos 12 y 30), ni se regulaba con detalle la celebración de la Junta constituyente, ni se concretaba el derecho de los suscriptores a reclamar la devolución de sus aportaciones.

A todo ello habría que añadir que el artículo 14 de la nueva L. S.A. establece que «verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio común, la restitución de sus aportaciones», lo cual viene a suponer una facultad más en favor del socio minoritario. En cuanto a este precepto, se observa que puede crear problemas de aplicación la verificación de la voluntad de no inscribir, lo que hace pensar que, en la práctica, tendrá mayor incidencia el plazo anual como requisito, sin más, para que los accionistas puedan hacer efectiva la facultad que se les concede.

Por otro lado el artículo 36 de la Nueva Ley fija los límites que afectan a las acciones privilegiadas, los cuales se centran en que para crearse deberán observarse las formalidades prescritas para la modificación de los estatutos, en que no será válida la creación de acciones con derecho a percibir un interés, cualquiera que sea su forma de determinación, ni la de aquellas que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto o el derecho de suscripción preferente.

Las novedades introducidas en relación con las acciones privilegiadas han sido acogidas favorablemente por la doctrina, e incluso, como ha afirmado Broseta, alguna de aquéllas —por ejemplo, la determinación de que no es lícita la creación de acciones con derecho a percibir un interés fijo— ha sido recogida a partir de recomendaciones de algún sector doctrinal crítico con el Anteproyecto.

Bajo este precepto subyace la encomiable voluntad del legislador de garantizar la posición de los accionistas con menos cuota de participación, garantías tendentes a evitar que éstos puedan verse perjudicados por la concesión de privilegios exorbitantes a otros socios más poderosos. El tenor del artículo es lo suficientemente determinado y a la vez flexible para afirmar que el mismo cumple esa función de garantizar un «status» mínimo a los accionistas minoritarios frente a las acciones privilegiadas, y desde luego contiene una regulación más completa y afortunada que la del derogado artículo 38, párrafo 1 de la L. S.A.

Con todo, el artículo 37 de la Ley objeto de comentario viene a apuntalar aún más ese sistema de defensa del pequeño socio, en claro paralelismo con lo que ya disponía el párrafo 2 del mencionado artículo 38 de la L. S.A. El legislador ha mantenido la posibilidad de que los Estatutos pueden fijar un número mínimo de votos para asistir a la Junta General —a cuyos efectos se permiten

las agrupaciones de acciones— así como la posibilidad de determinar el máximo de votos que puede emitir un solo accionista. Sin embargo, la nueva Ley favorece al accionista pequeño, al señalar que en ningún caso se podrá fijar en número superior al uno por mil del capital social el mínimo exigible en los Estatutos para asistir a la Junta General, límite imperativo que la anterior regulación ignoraba, dejando a las disposiciones estatutarias plena libertad para fijar un «mínimum» que podría redundar en perjuicio de los socios minoritarios.

Entre las disposiciones relativas a la constitución de la sociedad, el artículo 15 de la nueva L. S.A., recoge la responsabilidad de los fundadores en términos distintos de lo que establecía el artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas, diferenciación que redundaba en beneficio de los accionistas y, en especial, de los minoritarios, quienes mayor amparo precisan en relación con el proceso constituyente de la sociedad. Así, la anterior regulación preveía la responsabilidad solidaria de los fundadores sólo frente a la sociedad y frente a terceros, en tanto que la nueva Ley dispone que los fundadores podrán responder también solidariamente frente a los propios accionistas. Las causas que pueden originar esa responsabilidad no presentan especiales diferencias con respecto a las ya establecidas hasta ahora (realidad de las aportaciones dinerarias y valoración de las no dinerarias, adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución, inexactitud en las declaraciones contenidas en la escritura de constitución), pero, además, se añade expresamente que los fundadores responderán de la omisión de cualquier mención de la escritura fundacional exigida por la Ley, lo que implica una protección más para el socio minoritario, desde la génesis misma de la entidad.

En contraposición a esas novedades, los preceptos que regulan la responsabilidad de los promotores (artículos 30 y 30 a), les imponen una responsabilidad en supuestos determinados, pero la misma sólo se producirá frente a la sociedad y a terceros, nunca frente a los socios, por lo que ninguna novedad se introduce en relación con las normas contenidas en los artículos 28 y 29 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Sin embargo, el artículo 29 en relación con el artículo 28 prevé, de modo análogo a como hacía el anterior artículo 27 de la L. S.A., que los otorgantes de la escritura pública de fundación sucesiva responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados si hubiese retraso en el otorgamiento de la escritura de constitución o en su presentación a inscripción en el Registro Mercantil. No se especifica quién podrá exigir esa responsabilidad, por lo que hay que incluir a los socios entre los hipotéticos acreedores por los daños y perjuicios, lo que lleva a concluir que nos hallamos ante un instrumento más que puede ser utilizado por el socio minoritario, en supuestos de incumplimiento de sus obligaciones por parte de los otorgantes.

El texto legal ha omitido la disposición contenida en el artículo 16-3 del Anteproyecto, que exoneraba de responsabilidad a los fundadores que ignora-

sen los hechos o las circunstancias que la generan, cuando aquéllos probasen que no estaban obligados a conocerlos y que, no conociéndolos, obraron con la debida diligencia. La supresión de esa norma habrá satisfecho, sin duda, a los autores que criticaron su inclusión en el Anteproyecto. Así, de la Cámara Alvarez hizo notar que si ese precepto se interpretaba benévolamente podía hacer tabla rasa de la responsabilidad que se imponía, en principio, a los fundadores, porque es lógico pensar que en general éstos, salvo que sean personas versadas en Derecho, desconocerán muchos de los requisitos que deben cumplirse para que una sociedad anónima quede válida y regularmente constituida. Desde el prisma de la defensa del «status» del socio minoritario no cabe sino aplaudir también la supresión de un precepto exonerador de responsabilidad, al introducir una excepción que, como afirmó el propio de la Cámara Alvarez, resultaba inadecuada al principio recogido en el artículo 6-1 del Código Civil, que establece que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. Al eliminarse este supuesto de exoneración de responsabilidad se asegura mejor la posición de los accionistas, en especial de los menos poderosos, frente a un hipotético incumplimiento por parte de los fundadores.

Finalmente, es preciso referirse, en el marco del estudio de la constitución de la sociedad anónima, al nuevo artículo 31 de la L. S.A., que en su apartado 1 dispone que «una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por los siguientes casos:

1. Por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público.
2. Por no expresarse en la escritura de constitución o en los estatutos sociales la denominación de la sociedad, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital, el objeto social o, finalmente, por no respetarse el desembolso mínimo del capital legalmente preciso.
3. Por la incapacidad de todos los socios fundadores.
4. Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos».

El número 2 de este precepto indica que «fuera de los casos enunciados en el párrafo anterior no podrá declararse la inexistencia, ni la nulidad, ni la anulabilidad de la sociedad».

El artículo 31 que se acaba de transcribir, que limita taxativamente las causas de nulidad, tiene su razón de ser en la necesidad de acomodar el ordenamiento jurídico español a la normativa comunitaria. No es este trabajo el lugar adecuado para examinar a fondo el significado y las consecuencias de esta norma, tan extraña a nuestra tradición jurídica. Baste aquí señalar que la fijación taxativa de supuestos de nulidad, anulabilidad e inexistencia de la sociedad en modo alguno puede resultar positiva para aquellos socios que no hayan intervenido en la gestación de la entidad y se puedan ver perjudicados por irregularidades en esa constitución —por ejemplo, la incapacidad de al-

guno de los fundadores— que, sin embargo, no tendrán efectos de cara a anular la personalidad del ente social. En este sentido, la nueva regulación en esta materia puede implicar un cierto desamparo para los accionistas minoritarios.

FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD

Al enfocar el estudio del «status» del socio minoritario una vez constituida la sociedad, preciso se hace enumerar cuales son sus derechos, qué consecuencias conlleva una modificación de ese «status» y, finalmente, cuál es la intervención de ese socio en la administración de la sociedad.

DERECHOS DEL SOCIO MINORITARIO

Como ha señalado Girón Tena, generalmente se ha admitido que el accionista es titular del «poder» en la sociedad anónima, si bien, al fundamentar esa afirmación, hay divergencias entre quienes la basan en las facultades derivadas de la propiedad de una parte del capital social y quienes la sustentan en la atribución del poder económico al que arriesga sometiéndose al mercado. Esa adjudicación al socio de la titularidad del poder en la entidad fue ya recogida en la Exposición de Motivos del Real Decreto de 28 de octubre de 1868, atribuida a Ruíz Zorrilla, al afirmar que los accionistas debían regir la entidad «libremente, por la fuerza del Derecho y con la inteligencia y la energía que al hombre libre corresponde..., sin que el Estado haga otra cosa que respetar derechos y administrar justicia».

El pequeño socio es, por tanto, titular de una cuota de poder dentro de la sociedad, poder que viene definido, básicamente, por los derechos que se le concedan. En este sentido, el artículo 34 de la Ley de Sociedades Anónimas, en su nueva redacción, señala que «las acciones representan partes alicuotas del capital social», y el artículo 34 a) 1 establece que «la acción confiere a su titular legítimo la condición de socio y le atribuye los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos». El número 2 del propio artículo 34 a) especifica cuáles son los derechos que la legislación reconoce a todo socio, al disponer que «en los términos establecidos en esta Ley y salvo en los casos en ella previstos, el accionista tendrá como mínimo, los siguientes derechos:

- a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.
- b) El de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.

c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.

d) El de información».

El contraste de este precepto con el artículo 39 de la anterior Ley de Sociedades Anónimas, revela una nota de interés respecto al «status» del accionista minoritario, favorable a éste, por cuanto fortalece su posición. En efecto, la nueva regulación, que, al utilizar al igual que la anterior la expresión «como mínimo», concede carácter intangible a los derechos que enumera, añade el de información al rol de derechos de todo accionista.

La vertebración de este derecho ofrece, por lo demás, unos perfiles más positivos para el accionista minoritario, puesto que el artículo 38 b) 3, sin precedentes hasta la reforma, preceptúa que «cualquier accionista que lo solicite podrá examinar el libro registro de acciones nominativas». En este mismo ámbito, y en lo que concierne a la información acerca de los acuerdos adoptados en Junta, la Ley 19/89 no ha modificado el artículo 65 de la Ley de Sociedades Anónimas —el cual dispone que los accionistas podrán solicitar por escrito antes de la Junta, o verbalmente durante la misma, cualquier informe o aclaración y que los Administradores deberán concedérsela, salvo en los casos en que, a juicio del Presidente, la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses sociales—, pero se ha alterado el contenido del artículo 66, sustituyendo el derecho de los socios de obtener certificación de los acuerdos adoptados, por la facultad, correspondiente a accionistas que representen al menos el 1 por 100 del capital social, de solicitar por escrito, con cinco días de antelación con respecto al de la celebración de la Junta, la presencia de un Notario que levante acta de la misma, en cuyo caso los administradores deberán acceder a esa petición y la sociedad vendrá obligada a abonar los honorarios notariales devengados por tal motivo.

La positiva crítica que merece la nueva redacción del artículo 66 sólo queda empañada por ese «quorum» que se establece para el ejercicio de la facultad concedida por el precepto, «quorum» que, aunque nimio, podría calificarse como supérfluo y perturbador para los accionistas minoritarios. La supresión de esa barrera no supondría, en definitiva, ningún riesgo ni perjuicio para los intereses de la sociedad y, en cambio, garantizaría la efectividad de los derechos concedidos a los pequeños socios.

Por otra parte, la disposición antes contenida en el artículo 66 de la Ley de Sociedades Anónimas, ha sido recogida por la Ley 19/89 en la nueva redacción dada al artículo 26-2 del Código de Comercio, el cual dispone que «cualquier socio y las personas que, en su caso, hubiesen asistido a la Junta General en representación de los socios asistentes, podrán obtener en cualquier momento certificación de los acuerdos y de las actas de las juntas generales».

Así, pues, la Nueva Ley ha establecido el derecho del socio a la información con unos perfiles más amplios, lo que resulta de sumo interés para el accionista minoritario, si bien el mantenimiento del artículo 65 de la Ley de Sociedades Anónimas implica que se sigue configurando al Presidente de la Junta General como, en palabras de Uria, un «intérprete del contenido del interés social», ejercitando la función de decidir cuándo procede facilitar la información interesada por los accionistas, cuestión en la que pueden entrar en conflicto el derecho individual del socio a la información y la defensa del interés social. La confrontación entre estos dos polos del conflicto se resuelve definiendo necesariamente lo que algunos autores italianos han calificado como la «esfera de reserva» de la sociedad que no debe ser objeto de difusión más allá del ámbito estrictamente societario.

MODIFICACIONES EN EL «STATUS» DEL SOCIO MINORITARIO

El «status» del socio minoritario, como el de cualquier otro accionista, puede verse alterado por aquellas modificaciones que se introduzcan en los estatutos de la entidad. De entre ellas, la Ley 19/89 dedica algunas especiales disposiciones a las que suponen una imposición de nuevas obligaciones a los socios, un cambio en el domicilio social o una modificación perjudicial para una clase específica de accionistas.

El nuevo artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas preceptúa, en su número 1, que «la modificación de los estatutos debe ser acordada por la junta general y exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Que los administradores o, en su caso, los accionistas autores de la propuesta, formulen un informe escrito con la justificación de la misma.
2. Que se expresen en la convocatoria, con la debida claridad, los extremos que hayan de modificarse.
3. Que en el anuncio de la convocatoria se haga constar el derecho que corresponde a todos los accionistas de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe sobre la misma y de pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos.
4. Que el acuerdo sea adoptado por la junta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58».

El número 2 del artículo 84 exige que, en todo caso, el acuerdo se haga constar en escritura pública que se inscriba en el Registro Mercantil y que se publique en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

El examen comparativo de estas disposiciones con las contenidas, sobre la misma materia, en el artículo 84 de la anterior Ley de Sociedades Anónimas, revela que la nueva regulación es claramente favorable al accionista minoritario, por las cautelas que se expresan para llevar a cambio un cambio estatutario. Así, en la convocatoria de los extremos cuya modificación se propone, se mantiene la exigencia de claridad en la expresión al igual que permanece el requisito de que el acuerdo se haga constar en escritura pública que deberá inscribirse en el Registro Mercantil. Pero, junto a estas medidas aseguradoras, la Novela establece otras, con un claro designio tuitivo de los intereses de los accionistas y, especialmente, de los menos poderosos. Las nuevas exigencias son la formulación de un informe escrito, elaborado por los administradores o, en su caso, los proponentes de la modificación, para justificar la propuesta, así como la facultad de «todos» los accionistas de examinar la modificación propuesta y el informe e incluso de poder disponer de los documentos gratuitamente. Cualquier socio, por pequeña que sea su participación en el capital, podrá conocer esa facultad porque la ley determina que la misma deberá constar expresamente en el anuncio de la convocatoria.

Comentario especial merece el 4.º requisito contenido en el artículo 84 en el sentido de rebajar los «quorums» precisos para que la Junta General pueda adoptar determinados acuerdos, de modo que, con las nuevas disposiciones, es suficiente que en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el 25% del capital social.

Entre los cambios que pueden afectar a los accionistas, un apartado de notable trascendencia para perfilar el «status» del socio minoritario es el relativo a los requisitos legalmente establecidos para proceder a la imposición de nuevas obligaciones a los accionistas, cuestión regulada en la anterior L. S.A., en su artículo 85 y que ahora viene determinada a través de las disposiciones contenidas en los artículos 55, 85 a) y 85 b).

La Ley 19/89 apenas ha introducido novedades dignas de mención en esta cuestión, puesto que se mantiene que «cualquier modificación de los estatutos que implique nuevas obligaciones para los accionistas deberá adoptarse con la aquiescencia de los interesados» y que «cuando la modificación de los estatutos sociales consista en la sustitución del objeto, los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo y los accionistas sin voto tendrán el derecho de separarse de la sociedad».

El artículo 87 de la L. S.A., según su nueva redacción marca los requisitos para que pueda producirse un cambio de domicilio social, salvo disposición contraria de los Estatutos, precisando que el traslado dentro del mismo término municipal no exigirá el acuerdo de la Junta General, sino que podrá ser acordado por los administradores de la sociedad. En este extremo se aprecia que el pequeño accionista podría verse absolutamente desamparado y sin margen alguno de actuación ante el cambio de domicilio social acordado por

un Consejo de Administración en el que en modo alguno estuviera aquél representado.

También prevé el precepto citado un cambio domiciliario al extranjero, siempre que un Convenio internacional vigente en España lo permita, con mantenimiento de su misma personalidad jurídica. En este caso, se concede un derecho de separación de los accionistas sin voto y a aquéllos que no hayan votado a favor del acuerdo. Supone esta facultad un contrapeso, para el pequeño accionista, que de alguna manera viene a compensar su falta de intervención en el cambio domiciliario. Una cuestión interesante, que se plantea al intentar interpretar el artículo 87, es la relativa a si el derecho de separación ya comentado es de aplicación a toda modificación domiciliaria o únicamente a la que implique una transferencia al extranjero: la dicción literal del texto parece avalar aquella conclusión, pero la opuesta viene refrendada por la interpretación sistemática de la norma, dado que el derecho de separación viene incluido en el párrafo segundo de precepto, referente al cambio domiciliario al exterior.

En lo referente a las modificaciones estatutarias que resulten perjudiciales a una clase de accionistas, el artículo 86, tras la nueva redacción, establece la exigencia de requisitos especiales para acordar una mutación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de una clase de acciones, extremo éste de interés para los accionistas minoritarios. Las cautelas exigidas en la Ley se centran en que será preciso que la modificación de Estatutos se apruebe, además de mediante los requisitos ordinarios, a través de un asentimiento de la mayoría de las acciones de la clase afectada. A estos efectos se determina que si son varias las clases afectadas, será necesario el acuerdo de cada una de ellas, y que si el cambio incide en sólo una parte de las acciones de una clase, se considerará que constituyen clases independientes las afectadas y las no afectadas.

El nuevo artículo 47 b) 3 aplica estas orientaciones al supuesto concreto de las acciones sin voto, al prevenir que toda modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de ese tipo de acciones, exigirá el acuerdo de la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada.

LA INTERVENCION DEL SOCIO MINORITARIO EN LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD

DESIGNACION DE LOS ADMINISTRADORES

La Novela no ha modificado la legislación anterior acerca del nombramiento de los administradores de la sociedad anónima, cuestión que venía regulada en el artículo 71 de la Ley de Sociedades Anónimas. En consecuencia,

se mantiene la facultad que se concede a la Junta General para decidir el número de administradores, las personas que deberán efectuar esa tarea y las garantías que, en su caso, tendrán que prestar. También siguen vigentes las disposiciones que indican que no será preciso ser accionista para ser nombrado administrador y que las agrupaciones de accionistas tendrán derecho a participar en el Consejo de Administración en la misma proporción en que lo hagan en el capital social.

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Los artículos 79 y 80 regulan minuciosamente los contornos de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores, de modo análogo —aunque más completo y técnicamente más acertado— a lo que se establecía en los derogados artículos 79 y 80 de la L. S.A. Así, se señala que los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y representante leal, y se prevé una responsabilidad solidaria entre los administradores, dejando a salvo a quien se hubiera opuesto al acuerdo lesivo o no hubiera intervenido en él.

Un comentario específico merece el párrafo 4 del artículo 80, que autoriza a los accionistas, en los términos previstos en el artículo 56, a solicitar la convocatoria de la Junta General para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad, así como a entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablase dentro del plazo de un mes contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo o bien cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de tal responsabilidad. Por su parte, el artículo 56 exige que el grupo de accionistas que solicite la convocatoria de Junta represente, al menos, un cinco por ciento del capital social, cuota que parece razonable y positiva para el «status» del pequeño accionista, y, en cualquier caso, claramente más favorable que las previsiones contenidas en el derogado artículo 80 de la L. S.A., que la fijaba en un 10%, regulación que, según Embid Irujo, conlleva «ciertas insuficiencias a la hora de servir de instrumento de tutela del socio minoritario».

No ha sido modificado el artículo 81 que preceptúa que, aparte de la acción concedida en el artículo precedente, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos. En este caso, la legitimación activa puede corresponder al socio minoritario individualmente considerado, en tanto que la exigencia para la pretensión deducida por acuerdo de la Junta General recae en la persona social, que, como ha señalado Garrigues, «se interpone entre los administradores y los socios», aunque, en definitiva, «todo daño del patrimonio social repercute sobre los socios».

En relación con las demandas de responsabilidad interpuestas por los socios contra los administradores del ente social se plantea una cuestión de sumo interés para el pequeño accionista. ¿Quién debe abonar las costas ocasionadas por el ejercicio de la acción conferida por el artículo 80 L. S.A.? La nueva Ley no resuelve expresamente el interrogante, por lo que se mantiene la vieja controversia al respecto, en la cual Garrigues ha sostenido que son los accionistas reclamantes quienes deben sufragar esas costas, mientras que Vicent Chuliá, por el contrario, ha afirmado que dado que el interés social se identifica con el de los accionistas que acuerdan en junta reclamar la responsabilidad, aunque sean minoría respecto al conjunto del capital social, es la personal social la que debe abonar las costas. Esta última es la postura más favorable para el «status» del socio minoritario, por cuanto, como ha señalado Embid, la imposición de las costas a los socios supondría un obstáculo más que facilitaría la postura inactiva de los accionistas minoritarios de cara a la exigencia de responsabilidades a los administradores.

Obviamente, si se acepta la tesis de Vicent Chuliá, deberá concederse acción a los socios obligados a pagar las costas causadas en el proceso de reclamación de responsabilidad a los administradores, a fin de que aquellos puedan repetir contra la persona jurídica, en relación con el importe de las costas cuyo pago se les haya impuesto en aquel litigio.

REGIMEN DE CUENTAS

Los autores patrios han convenido en admitir que la acomodación del ordenamiento jurídico español a las Directivas comunitarias conlleva, en el campo de la contabilidad, una modificación profunda y radical. Así, Girón Tena ha afirmado que «El Derecho de Balances de la Sociedad Anónima y el de los Balances consolidados, al recibirse las IV y VII Directivas, experimentan una innovación extensa y profunda en nuestro país» que se caracteriza por «una especie de innovación o irrupción de “lo” contable», mientras que Vicent Chuliá ha asegurado que «la cita del jurista con el Derecho Contable es ineludible tras la reforma». El fenómeno no ha sido exclusivo de nuestro país, porque, por ejemplo, algo semejante sucedió en Alemania, donde Grossfeld aseveró, con cierta ironía, que «el Derecho Contable es ahora Derecho Mercantil normal, de modo que nosotros los juristas podemos manejarlo con nuestras normales técnicas jurídicas».

La reforma introducida en el Derecho de Sociedad contiene, en los mismos artículos 102 y 110 b), algunas disposiciones de interés para el socio minoritario, en lo concerniente a la llevanza de las cuentas sociales, por cuanto el primero de los mencionados preceptos exige en concordancia con el nuevo artículo 34 del C. Com., que las cuentas anuales sean redactadas con claridad y que muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los

resultados de la sociedad, mientras que el artículo 110 b) establece que «a partir de la convocatoria de la junta general, cualquier accionista podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma y el informe de cuentas», y señala además que «en la convocatoria se hará mención de ese derecho», con lo que se garantiza para cualquier socio, por pequeña que sea su participación en el capital, una información completa y precisa acerca de los documentos que sirven de base para aprobar las cuentas sociales.

INTERVENCION Y CONTROL EN LA ADMINISTRACION

Arana Gondra ha advertido que en el control acerca del funcionamiento de la Sociedad y sobre la actuación de los administradores están interesados los socios, pero también los acreedores, los trabajadores e incluso el Estado. En esta misma línea, Embid Irujo, ha distinguido entre el control interno sobre la sociedad, obtenido como consecuencia de la adquisición de participaciones sociales, y el control externo, resultado de la conclusión de diversos contratos. Aquí nos interesa el estudio del control interno sobre la administración de la sociedad y, en particular, lo referente al control que pueda llevar a cabo el socio minoritario.

El nuevo artículo 32 d) establece que «las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro de los dos primeros años a partir de su constitución habrán de ser aprobadas por la junta general, siempre que el importe de aquéllas exceda de la décima parte del capital social. Con la convocatoria de la junta deberán ponerse a disposición de los accionistas un informe elaborado por los administradores y otro por uno o varios expertos designados conforme al procedimiento establecido en el artículo 32b)». Esta previsión legal guarda gran paralelismo con el derogado artículo 32L. S.A., pero contiene varias novedades, todas ellas favorables al pequeño accionista: el plazo se amplía de uno a dos años, y se requiere, además del informe de los administrados, otro elaborado por expertos independientes designados por el Registrador Mercantil conforme al procedimiento que reglamentariamente se disponga.

Por otra parte, los artículos 109 a) y 109 b) prevén que los auditores que deberán revisar las cuentas anuales y el informe de la gestión serán designados por la junta general, si bien los accionistas que representen al menos el 5% del capital social, en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, podrán solicitar del Registrador Mercantil del domicilio social que, con cargo a la Sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio, siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de su cierre. Además, cuando concurra justa causa, los adminis-

tradores de la sociedad y las personas legitimadas para solicitar el nombramiento del auditor podrán pedir al Juez de Primera Instancia del domicilio social la renovación del designado por la Junta General o por el Registrador Mercantil y el nombramiento de otro. La confrontación de esta regulación con la contenida en los derogadas artículos 108 y 109 muestra cómo, también en este campo, la nueva Ley favorece el «status» del accionista minoritario, por cuanto hasta ahora se exigía la titularidad de, por lo menos, la tercera parte del capital social desembolsado, para poder solicitar una investigación extraordinaria, con carácter excepcional acerca de algún extremo.

AUMENTO Y REDUCCION DEL CAPITAL SOCIAL

De entre las normas que, en la Nueva Ley, regulan esta cuestión destacan, en lo que afecta al tema que examinamos, las siguientes notas de interés: 1) El aumento y la reducción del capital social habrá de acordarse por la Junta General, con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales; 2) Se reconoce un derecho de suscripción preferente para los accionistas en caso de aumento de capital social, derecho que podrá suprimirse total o parcialmente en supuestos excepcionales y cumpliendo con unos requisitos establecidos en la Ley; y 3) Cuando la reducción de capital hubiera de realizarse mediante la compra de acciones de la sociedad para su amortización, la compra deberá ofrecerse a todos los accionistas.

Del conjunto de tales disposiciones se extrae la conclusión de que la nueva normativa es más favorable a los intereses del accionista minoritario que la anterior.

LA JUNTA GENERAL ORDINARIA

Esta materia viene articulada en torno a las siguientes notas características:

– Se formula un objeto para la Junta General ordinaria análogo al que ya se establecía hasta ahora (art. 50).

– Se exige, para la primera convocatoria, la presencia del 25% del capital suscrito, y no se marca un quorum mínimo para la segunda (art. 51).

– La Junta General deberá ser convocada por los administradores cuando lo solicite un número de socios titular de, al menos, un 5% del capital social (art. 56). Hasta ahora, se exigía la titularidad de un 10% del capital para pedir la convocatoria, por lo que se amplía la protección al pequeño accionista.

– Se mantiene la Junta General Universal (art. 55) y la convocatoria por el Juez de Primera Instancia (art. 57).

- Todo accionista tiene derecho a asistir a la junta (art. 60).
- Se suprime de la Ley de Sociedades Anónimas el derecho de todo accionista a obtener certificación de la Junta General (derogado art. 66), pero el nuevo art. 26 del Código de Comercio reconoce ese derecho del accionista a obtener certificación de los acuerdos y actas de las Juntas Generales. Por otra parte, se concede a los que representen al menos el 1% del capital social el derecho a requerir la presencia de Notario, a cargo de la sociedad, para que levante acta de la Junta.

La Ley 19/1989, al regular los requisitos de constitución de la Junta General, ha establecido una exigencia de una mayor y mejor información en la convocatoria y ha reducido notablemente los «quorum» precisos para la válida constitución de la junta, lo cual facilitará el funcionamiento de entidades con un amplio y disperso accionariado. La línea marcada por la reforma resulta, en cualquier caso, favorable para los intereses del pequeño accionista, siempre y cuando éste tenga un efectivo interés en la marcha de los asuntos sociales.

IMPUGNACION DE LOS ACUERDOS SOCIALES

Embid Irujo ha resaltado que «la impugnación de acuerdos sociales se ha revelado tradicionalmente como un eficaz medio de control de la actividad social, y, a la vez, como un adecuado instrumento de protección del socio minoritario» y que no obstante puede apreciarse una sensible pérdida de significado de la impugnación en las grandes sociedades anónimas, en las que la Junta General ha perdido relevancia en beneficio del protagonismo adquirido por el órgano de administración.

Del conjunto de preceptos que dedica la nueva Ley a esta materia (artículos 67 y siguientes) destacaremos que:

1) Pueden ser objeto de impugnación los acuerdos de las juntas de sociedades anónimas que sean nulos (contrarios a la Ley) o anulables (opuestos a los estatutos o que lesionen los intereses de la sociedad, en beneficio de uno o varios accionistas, o de un tercero).

2) Los plazos para ejercitar la acción serán de un año o 40 días, según se trate de acuerdos nulos o anulables, respectivamente.

3) La legitimación activa corresponderá, en caso de acuerdo nulo, a todos los accionistas, los administradores o cualquier tercero que acredite interés legítimo, mientras que, en caso de acuerdo anulable, estarían estrictamente legitimados los accionistas asistentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes, los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto y los administradores.

4) La legitimación pasiva recae en la sociedad, pero los accionistas que hubiesen votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener la validez de lo acordado.

5) Estas pretensiones impugnatorias se seguirán por los trámites dispuestos para el juicio declarativo de menor cuantía, que competirá conocer al Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio social, con exclusión de cualquier otro, de modo que el Juez deberá examinar de oficio su competencia territorial.

6) El demandante o demandantes que representen, al menos, un 5% del capital social podrán solicitar en su escrito de demanda la suspensión del acuerdo impugnado.

Son muchas las notas de esta regulación que fortalecen la posición del accionista minoritario. Entre ellas podemos resaltar la distinción entre acuerdos nulos y acuerdos anulables (con ampliación a un año del plazo para el ejercicio de la acción en el primer caso), las generosas disposiciones configuradoras de la legitimación activa (favorables al socio con pequeña participación, tanto si quiere impugnar un acuerdo como defender su validez), la fijación de un procedimiento declarativo ordinario sin limitación en los medios de prueba ni en los recursos admisibles (lo que contradice el procedimiento especial previsto en la L.S.A. de 1951 y ratifica la innovación introducida en la Ley Orgánica del Poder Judicial), el establecimiento de un fuero territorial indisponible para las partes (lo que implica una certeza absoluta para el socio minoritario acerca de la sede donde, en su caso, deberá litigar en este tipo de procesos) y la rebaja en el porcentaje preciso, sobre el total del capital social, para la solicitud de la suspensión cautelar del acuerdo impugnado (antes se fijaba ese porcentaje en el 20%).

Con todo, se aprecia un elemento que revela cómo la normativa descrita puede resultar insuficiente para garantizar los derechos del accionista minoritario, pues permanece la dificultad para definir, en concretos supuestos, lo que sea el interés social, por cuanto éste puede equipararse al interés de la mayoría y porque no parece factible que los órganos jurisdiccionales anulen un acuerdo en virtud de la aplicación de criterios empresariales, coincidentes con los de la minoría accionarial y opuestos a los de la mayoría; y ello porque los Tribunales no tienen entre sus funciones la adopción de resoluciones basadas en valoraciones relativas a la oportunidad o inoportunidad de proyectos de empresa.

A lo expuesto debe añadirse una novedad de suma trascendencia para el pequeño accionista dada la importancia que, como se ha señalado precedentemente, han alcanzado en las modernas sociedades anónimas los acuerdos del Consejo de Administración: el artículo 83 apartado a) de la nueva Ley establece que los accionistas que representen un cinco por ciento del capital

social podrán impugnar los acuerdos nulos y anulables del Consejo de Administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración (piénsese, por ejemplo, en una Comisión Ejecutiva), en el plazo de treinta días desde que tuvieron conocimiento de los mismos, siempre que no hubiera transcurrido un año desde su adopción. Este tipo de impugnaciones se tramitará conforme a lo establecido para la de los acuerdos de la Junta General.

EXTINCION DE LA SOCIEDAD

En los siguientes apartados distinguiremos las disposiciones que afectan al socio minoritario en lo concerniente a la transformación, fusión, escisión o disolución de la sociedad.

TRANSFORMACION

La nueva normativa no afecta, en las notas esenciales, al «status» del socio minoritario, puesto que se sigue estableciendo que el acuerdo de transformación de una sociedad anónima en una sociedad colectiva o comanditaria, simple o por acciones, sólo obligará a los socios que hayan votado a su favor, pero no a los disidentes o no asistentes a la junta general, quienes quedarán separados de la sociedad, siempre que, en el plazo de un mes, contado desde la fecha del último anuncio de la transformación, no se adhieran por escrito al acuerdo. Por consiguiente, se garantiza plenamente que los pequeños accionistas no se verán obligados a someterse al proceso de transformación social, salvo que voluntaria y expresamente se adhieran a él.

FUSION

La Novela establece para el supuesto de fusión entre sociedades, el principio de proporcionalidad en la participación en la nueva sociedad o en la absorbente según las participaciones en la fusionada o en la absorbida. Además, se determina que: 1) Al publicar la convocatoria de la junta que haya de aprobar la fusión se deberá poner a disposición de los accionistas, obligacionistas y titulares de derechos especiales distintos de las acciones, así como de los representantes de los trabajadores, para su examen en el domicilio social, una serie de documentos relativos a la fusión; 2) El acuerdo de fusión, cuando se trate de sociedades anónimas, deberá ser adoptado en junta general de accionistas por cada una de las sociedades, con los requisitos propios de un acuerdo de modificación de estatutos, y previa convocatoria publicada con un mes de antelación, como mínimo, a la fecha prevista para la celebración de la junta, en cuya convocatoria se hará constar expresamente el derecho, antes cita-

do, de examinar la documentación referente a la fusión e incluso obtener la entrega o envío gratuito de los documentos; 3) El acuerdo de fusión, una vez adoptado, se publicará tres veces consecutivas en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en dos periódicos de gran difusión en las provincias en la que cada una de las sociedades tenga sus domicilios; y 4) En el caso de que la sociedad absorbente o la nueva sociedad fuese colectiva o comanditaria, la fusión requerirá el consentimiento de todos los accionistas que, por virtud de la fusión, pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales.

Estas disposiciones merecen en conjunto una valoración claramente positiva, porque garantizan sobradamente la protección de los derechos e intereses del socio minoritario. Así, Bercovitz ha señalado que «la documentación que ha de ponerse a disposición de los accionistas es realmente significativa y expresa por sí sola el cambio frente a la situación actual» porque «se ofrece mucha más información, más fidedigna y más fácilmente accesible».

No obstante, sí cabe formular una crítica a la nueva legislación en materia de fusión, por cuanto se devalúa la anterior posición del accionista minoritario, al suprimir el derecho de separación que concedía el artículo 144 de la L.S.A. a los disidentes y no asistentes a la junta que adoptara el acuerdo de fusión. Como ha recordado Velasco Alonso, el derecho de separación del accionista fue una innovación introducida por vez primera en el Código de Comercio Italiano de 1882, de donde fue recogido por la L. S.A. española de 1951 y por algunas legislaciones latinoamericanas, pero dicho derecho es una institución prácticamente desconocida en la generalidad de los ordenamientos europeos. En la normativa comunitaria no se aprecia ninguna referencia al derecho de separación, por lo que algún sector doctrinal ha entendido que aquélla era contraria al mismo. Sin embargo, es lo cierto que, como ha señalado Segura Martín, las normas comunitarias en esta materia tienen su apoyo en el artículo 54, apartado 4, letra g) del Tratado de Roma, según el cual la coordinación de las garantías exigidas a las sociedades en los Estados miembros tiene por objeto «proteger los intereses de socios y terceros», finalidad que no sólo no es perjudicada por el derecho de separación, sino que incluso es favorecida por éste, máxime cuando un acuerdo del Consejo de Ministros de la CEE admite la compatibilidad del derecho de separación con lo dispuesto en la Tercera Directiva. Tan es así, que en el artículo 148 a) del Anteproyecto de Ley de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades, de 1986, se reconocía el derecho de separación a los accionistas disconformes con la fusión. Pese a ello, la Ley 19/1989 no ha mantenido el derecho de separación que, según Bercovitz, servía «para garantizar los intereses de los accionistas minoritarios».

ESCISION

La normativa reguladora de la escisión societaria resulta análoga a lo que se refiere a la fusión. En consecuencia, en esta materia cabría dar por reproducida la valoración que merece la reforma legislativa en relación con el «status» del socio minoritario, tanto en lo que respecta a la información que se facilita como en lo atinente a la supresión del derecho de separación.

DISOLUCION

La Novela mantiene las mismas líneas básicas que contenía la Ley de 1951. Así, en lo que se refiere al accionista minoritario, permanece la disposición que faculta a cualquier accionista para requerir a los administradores a fin de que convoquen la junta si, a juicio de aquél, existe causa legítima de disolución. Pero la reforma legal va más allá —en un sentido que debe ser aplaudido— introduciendo novedades trascendentales, porque, por un lado, se concede acción a cualquier interesado para solicitar la disolución judicial de la sociedad, en caso de que la junta solicitada no fuese convocada o no pudiese lograrse el acuerdo o éste fuese contrario a la disolución y, por otro lado, se determina que responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

CONCLUSION

En líneas generales, y como conclusión de lo expuesto, se puede afirmar que la Ley 19/89 ha introducido reformas en nuestro Derecho de Sociedades que favorecen el «status» del socio minoritario, pues los derechos e intereses de éste se protegen con mayores garantías que antes, sin que ello sea óbice para que, de manera equilibrada, se amparen también los intereses de las sociedades, a fin de evitar las trabas que supondrían para éstas una desmesurada protección de los accionistas. La nueva regulación debe ser, por tanto, valorada positivamente en cuanto a este aspecto, porque viene a plasmar una de las más elevadas funciones que puede cumplir el Derecho, cual es la de introducir un factor de equilibrio y racionalidad en las relaciones intersubjetivas, de modo que, lejos de regirse éstas por los principios de la selección natural que permiten al poderoso controlar al débil, quede garantizado el respeto de los derechos, facultades y expectativas de cualquier persona, por nimios

que puedan parecer. Y la vigencia de normas legales que defienden la posición de los pequeños accionistas permitirá que los Tribunales puedan otorgarles esa «tutela judicial efectiva» que, más allá de formalismos hueros, proclama la Constitución Española.

Me resta puntualizar que las precedentes consideraciones han sido redactadas en el mes de agosto de 1989, lo que equivale a decir que han transcurrido solamente unas semanas desde la publicación en el B.O.E. de la Ley 19/89, uno de cuyos posibles enfoques ha sido objeto de mi discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares.

No importa añadir que me habría satisfecho enormemente poder contrastar mis personales criterios con otros siempre mejor fundados, pero mi empeño ha sido vano, pues durante el periodo veraniego no he logrado dar con un solo comentario escrito sobre la Ley recientemente publicada. Sin embargo, la decisión de cumplir en el mes de septiembre el compromiso de entrega de esta aportación a la Academia, me ha impedido demorar la confección del presente trabajo que, estoy seguro de ello, no debe merecer otra consideración que la de un minúsculo grano de arena en lo que será el conjuntado edificio que, con el esfuerzo de Abogados, Abogados del Estado, Notarios, Registradores de la Propiedad y sobre todo los Registradores Mercantiles, Catedráticos y Profesores Universitarios, Jueces y Magistrados se construirá en torno a la Ley 19/89. Será ésta una labor colectiva, que nos incita a rememorar la máxima Homérica que podemos ver reproducida en el frontispicio de una vetusta torre de defensa emplazada en la orilla del litoral mallorquín: «Entre tots ho ferem tot». Sí, sólo con la denodada porfía de todos y el devenir del tiempo lograremos calibrar lo que para el «status» del accionista minoritario habrá significado la Ley 19/89 en el Derecho Mercantil español.

Palma de Mallorca, septiembre 1989.

CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE JOSE ZAFORTEZA CALVET

JOAN VIDAL PERELLÓ
REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

Ante todo deseo expresar mi agradecimiento a nuestro Presidente que me honra con el encargo de contestar al discurso de ingreso en esta Academia de D. JOSE ZAFORTEZA CALVET. Se trata de un discurso con grandes dotes de originalidad, tanto por el tema elegido (ya que apenas se hallan trabajos sobre el socio minoritario como objeto singular de estudio) como por su metodología.

En segundo lugar me parece necesario adelantar que este escrito no será de «contestación» —si se me permite el uso de este barbarismo anglosajón—. No tema, pues, el nuevo académico, ningún tipo de rapapolvo, para lo que me falta categoría y repugna a mi sentido de la amistad y, sobre todo y por encima de todo, porque básicamente simpatizo con sus posiciones teórico-doctrinales de aplaudir todos aquellos preceptos que protegen al pequeño accionista y criticar aquellos que le marginan. Y es lógico que sea así entre personas que han tenido una misma y vieja tradición cristiana. Sin embargo, séame permitido hacer algunas observaciones de matiz.

El discurso que acabamos de escuchar está montado sobre tres grandes bloques de problemas: la constitución, el funcionamiento y la extinción de las sociedades anónimas, al que, fundamentalmente, me voy a acomodar en aras de la claridad expositiva. Antes, no obstante, deseo analizar dos aspectos previos.

A) El primer aspecto se refiere a la inexistencia de una Exposición de Motivos, suprimida en el Senado con argumentos de que, por tratarse de un

mandato de la Comunidad, no precisa justificación. Este tipo de argumentación es absolutamente improcedente: **en primer lugar**, porque los límites impuestos por la Comunidad están orientados a conseguir una armonización básica, y no igualitaria, una armonización de mínimos, por lo que no hubiera estado de más explicar v.g., por qué el legislador español ha optado por un capital mínimo de 10 millones de Pts., pudiéndolo haber hecho por uno de cinco (!) y, **en segundo lugar**, por la consideración decisiva de que se trata de una Ley «bifronte». Dicho en otras palabras, es falso que se trate sólo de una Ley de adaptación a las Directivas de la Comunidad: se trata —y ello en primer lugar— de una Ley de reforma parcial de nuestra legislación mercantil vigente, lo que postula inexorablemente una Exposición de Motivos... El Profesor Quintana Carlo nos advierte que no nos dejemos engañar por la expresión «parcial», porque ello no excluye la profundidad de la reforma (piénsese en el Capítulo IV relativo a los órganos sociales que en principio no tenía por qué ser modificado en absoluto pero que, sin embargo, ha sufrido alteraciones en un tercio de su articulado).

B) El segundo aspecto que, con carácter previo, impone una reflexión es el relativo a la necesidad de precisar qué se entiende por socio minoritario, ya que la Ley no lo dice (ni, bien mirado, tiene por qué decirlo, en cuanto se trata de un concepto no jurídico, sino sociológico); pero tampoco resulta demasiado difícil: por tal hay que entender un titular de acciones cuyo paquete represente un porcentaje bajo del capital social. Se me puede objetar que este razonamiento es malo, de una parte porque implica una petición de principio: obsérvese que todo consiste en desplazar la oscuridad de la expresión «socio minoritario» a la oscuridad de la expresión «bajo porcentaje». Cosas así nos permiten tomar conciencia de por qué hoy en día la mayor y mejor parte de los esfuerzos de los especialistas en Filosofía del Derecho están centrados en problemas de lenguaje. De todos modos, la Ley soslaya con mucha frecuencia este tipo de problemas, al exigir distintas proporciones, según los casos.

Por otra parte, conviene no perder de vista en ningún momento que, aun tratándose de accionistas minoritarios, estamos hablando de sociedades anónimas, en las que lo esencial es el capital y no las personas, que la Sociedad Anónima irrumpe en la Historia como el instrumento técnico-jurídico por excelencia del fenómeno capitalista y que el minoritario es el accionista que menos se la juega. Digo esto porque, con frecuencia, una nueva perspectiva permite enriquecer la visión de una realidad ciertamente compleja.

Pasemos ya al análisis concreto de los distintos preceptos que, al parecer del nuevo Académico, inciden en el tratamiento del pequeño accionista. Les recuerdo que el discurso está plagado de valoraciones éticas, de aquello que en Sudamérica denominan, en pomposo castellano «la estimativa». La técnica

es lícita siempre que se deslinden debidamente los campos del «ser» y del «deber ser», técnica que, evidentemente, practica el Sr. Zaforteza Calvet.

En el tema relativo a la constitución —independientemente de otros supuestos citados en el discurso que protegen tanto al accionista minoritario como a los demás: regulación procedimental de la fundación sucesiva, acciones privilegiadas, verificación de la voluntad de no inscribir, etc., que se justifican por una voluntad omnicomprensiva de quien trata el tema— el precepto más llamativo es el 37 el cual, con dudosa técnica (ya que en un mismo párrafo habla de quorum de asistencia y de número máximo de votos a emitir) señala que el número mínimo de acciones para asistir a la Junta no podrá ser superior al uno por mil del capital social». Independientemente de la valoración que merezca este precepto, en aquellos casos en que los Estatutos se acojan a aquel límite serán muchos los pequeños accionistas que quedarán excluidos de las Juntas (piénsese en las grandes sociedades bancarias, eléctricas, etc.). Semejante situación abonará la aparición de aquel fenómeno conocido con el nombre de «PROPIEDAD FIDUCIARIA», formulado por el jurista noreamericano WALTER JONES: «Property must be sought in control» («El núcleo de la propiedad —de las acciones— no debe buscarse en sus titulares, sino en quienes la controlan») todo ello propiciado por la necesidad de agrupación de acciones que, en la práctica se realiza mediante el depósito de las mismas en un Banco, acompañado de un poder de representación. repito, es discutible el juicio de valor que merece esta norma; pero para mí es negativo.

Otro punto que llama poderosamente la atención en este capítulo es el relativo a la nulidad de la sociedad. Precepto absolutamente novedoso, el art. 31 contiene el elenco —«*numerus clausus*»— de posibles causas de nulidad que se han incrustado en la Ley como un tributo al sistema comunitario. A mí se me hace difícil imaginar que pueda darse en la práctica alguno de los supuestos, puesto que, al menos en España, el doble filtro de Notarios y Registradores Mercantiles hacen impensable la aplicación de este precepto. Y, además, adviértase:

– Solamente es causa de nulidad la ilicitud del objeto, no su indeterminación, que representa el motivo de discusión por excelencia.

– De nada sirve exigir tres socios fundadores y luego establecer como causa de nulidad la falta de voluntad efectiva de «al menos, dos socios fundadores».

– Es absurdo exigir como causa de nulidad «la incapacidad de todos los socios fundadores» ¿Por qué la de todos?

Respecto al grupo de preceptos relativos al funcionamiento de la sociedad y, en particular, a la posición del socio minoritario, llama la atención:

1.º El optimismo del nuevo académico respecto a la nueva regulación de la modificación de Estatutos, no me parece justificado (art. 84) porque, si bien

es cierto que el artículo 58 rebaja al 25% del capital suscrito el quorum de asistencia en segunda convocatoria, también lo es que, para adoptar válidamente acuerdos se requiere el voto favorable de los dos tercios (!) del capital presente o representado.

2.º No me parece admisible la afirmación de que el accionista minoritario «podría verse absolutamente desamparado» ante un cambio de domicilio social dentro del mismo término municipal decidido por los administradores de la sociedad. Téngase en cuenta que para tal cambio se requiere el correspondiente documento público, la inscripción en el Registro Mercantil y la publicación en dos de los periódicos más importantes de la provincia. Francamente, el desamparo del accionista minoritario queda reducido a verdaderos mínimos.

3.º En materia de Junta General Ordinaria, téngase presente que no siempre la reducción de los quorums para constitución de la Junta beneficia al pequeño accionista. La Legislación anterior caso de acciones normativas exigía en determinados acuerdos la asistencia de dos «quorums», uno de capital y otro de accionistas lo cual en algunos casos podía favorecer a los minoritarios, que sabían que con su no asistencia imposibilitaban la celebración de la Junta.

4.º La impugnación de acuerdos de las Juntas, regulada en los artículos 67 y siguientes sanciona la distinción, hoy deshauciada por los mejores juristas, entre acuerdos nulos (contrarios a la Ley) y anulables (contrarios a los Estatutos o lesivos a la sociedad)... esta regulación lleva al absurdo de que el Registrador, al calificar acuerdos de una Junta manifiestamente contrarios a los Estatutos, no podría denegar su acceso al Registro por requerirse una previa declaración judicial de nulidad. Y no se me diga que con esperar el transcurso del plazo para impugnar (cuarenta días), queda solucionado el proble, puesto que tal plazo se computa desde la publicación oficial en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Estas cosas ocurren cuando se trasplantan normativas de países basados en criterios de publicidad distintos.

Y ya, para acabar, un pequeño comentario sobre las acciones sin voto, previstas en el artículo 47. Estas acciones, que pueden alcanzar hasta el 50% del capital social, parecen pensadas para socios con poca participación que, si bien pueden ser muchos, no dejarán de ser minoritarios cada uno de ellos. Estos socios sí tienen una serie de nuevas ventajas, como son:

- Mínimo de un 5% de interés.
- Una vez deducido este 5%, derecho al mismo porcentaje sobre el resto de beneficios que todas las demás.
- Si no se puede llegar al cinco por ciento, éste es acumulativo durante cinco ejercicios.

– Mientras tengan pendiente el cobro de todo o parte de dicho 5%, tienen derecho a voto.

– Derecho al voto caso de modificación estatutaria que afecte a sus intereses.

O sea, que quedan únicamente privadas del derecho de voto —salvo la excepción citada— y el derecho a agruparse para nombrar administradores.

Finalmente procede hacer un especial énfasis sobre el hecho de que esta «respuesta» o «contestación» ha hecho referencia a los extremos más llamativos y brillantes del discurso de José Zaforteza —sin menoscabo de otros de igual o superior importancia: piénsese en toda la gama que ofrece la normativa contable— y que la limitación de tiempo disponible —viejo truco de viejos opositores— me prohíbe afrontar. Me sentiré colmado de satisfacción si alguna de mis matizaciones le sirve para posteriores estudios. En todo caso, a él se las brindo junto con mi felicitación más cálida, y mi agradecimiento a todos ustedes por su atención y respeto.

Muchas gracias.

EN TORNO AL DERECHO DE PROPIEDAD

RAIMUNDO CLAR GARAU
NOTARIO

I. MOTIVOS Y RIESGOS

Soy consciente del atrevimiento y osadía que representa intentar en tres cuartos de hora abordar un tema sobre el que se ha escrito tanto que podría formarse una biblioteca con los materiales existentes. Sólo en el Colegio Notarial de Baleares en estos dos últimos años se han pronunciado dos conferencias sobre la propiedad por dos Catedráticos de Madrid, D. Luis Díez-Picazo y D. Alejandro Nieto; en este mismo plazo se ha publicado —sin salir del ámbito de nuestra Comunidad Autónoma— el importante libro del Catedrático de D.º Civil de nuestra Universidad, D. Miguel Coca Payeras, «Tanteo y retracto. Función social de la propiedad y Competencia Autonómica» que aborda extensa y profundamente aspectos muy importantes sobre el tema.

Se han dado una serie de hechos que han despertado mi curiosidad e interés por la profundización sobre estas materias: 1.º el de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la expropiación de RUMASA, que me produjo, como, me imagino, a muchos de vosotros, gran perplejidad y asombro, cuando no «escalofríos jurídicos». 2.º Una sentencia de la Audiencia de Madrid de la que fue ponente nuestro amigo el ex-Juez y ex-Magistrado de nuestra Audiencia D. Ramón Montero Fernández Cid, de la que transcribo la parte que me llamó la atención, dice así: «Es preferible que haya abundantes delitos contra la propiedad a que el Estado haga operar un sistema antisocial en las relaciones de propiedad». Me pregunto: ¿Podemos deducir del constante aumento de delitos contra la propiedad reconocido, en la última memoria del Fiscal de nuestra Audiencia que el sistema vigente sobre propiedad es antisocial? 3.º

Otro aldabonazo fueron las manifestaciones de un Alcalde de un pueblo extremeño con ocasión de la muerte, al ahogarse en el río, de unos «supuestos» cazadores furtivos «supuestamente» acosados por la Guardia Civil. Dicha manifestación, a primera vista demagógica y motivada por el apasionamiento y la tristeza de la muerte de dos o tres vecinos de su pueblo, pero que no deja de ser reflejo de una postura frente al problema de la propiedad; dijo el Alcalde: «La función de la Guardia Civil no es la de proteger la propiedad y la caza de unos señores, sino la vida y la seguridad de los vecinos».

Imagino que en los tres casos, la clave del Tribunal Constitucional, del Magistrado y del Alcalde tenía mucho que ver con la «función social» de la propiedad; no me cabe la menor duda.

El dilema que se me plantea es el siguiente: Siendo yo Diputado por Unión de Centro Democrático, en el Pleno del Congreso, durante los debates relativos al artículo 33 de la actual Constitución Española que consagra el «Sentido Social de la Propiedad», me correspondió su defensa e hice hincapié en esta «función social» del derecho de propiedad. Pero me temo —y aquí está mi dilema— que el Tribunal Constitucional, el Magistrado, el Alcalde y yo tenemos un sentido distinto de esta misión que debe cumplir el propietario en ejercicio de sus titularidades y facultades y del grado de protección y tutela por parte del poder público al interés privado y al social.

Este cuestionamiento me espoleó a estudiar este tema.

Después se han producido otros fenómenos que me reafirmaron que estaba ante un asunto de plena actualidad: el derrumbamiento de los regímenes del Este europeo, las expropiaciones de fincas en Extremadura, etc.

Sé que la elección de un tema tan amplio y polémico conlleva un riesgo grande: el de que se vayan Vds. de aquí con las manos vacías de conocimientos, nuevos planteamientos y reflexiones sobre la propiedad; que no llegue a conseguir la síntesis de las ideas más importantes e interesantes y que me quede en la pura anécdota. Intentaré hacerlo, pero sólo a posteriori cada uno de Vds. sabrá si he logrado o no comunicarles estas ideas fundamentales sobre la propiedad.

Mi intención es intentar aclarar un poco las ideas sobre los temas planteados en torno a la propiedad, especialmente en nuestro derecho vigente actual, no sin antes hacer un repaso a la historia, para comprender este presente y ver algunos aspectos sobre la propiedad —algunos tipos de propiedad— futuros. Considero que es perfectamente lícito en un discurso —a diferencia de lo que ocurre en una conferencia o artículo especializado o monográfico— no defender ideas originales y nuevas —lo que sería de una presunción imperdonable en este caso— sino divulgar en forma sintética las posiciones defendidas por los autores que han estudiado más a fondo la materia, matizada por los principios de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

II. SITUACION ACTUAL DE REVISION DE «INSTITUCIONES» BASICAS

El marco general o las coordenadas en que hay que situar la cuestión de la propiedad es el de «CRISIS Y REVISION DE LAS GRANDES INSTITUCIONES» que han venido consideradas como básicas de la sociedad.

Basta citar algunos botones de muestra: la familia, el matrimonio y el aborto, de un lado; el mismo concepto de contrato que puede no ser un convenio o acuerdo entre partes sino que se le puede imponer a las partes un contenido contractual no convenido, según la legislación de protección a los consumidores. La letra de cambio, la acción de la S.A. pueden convertirse en simples impulsos eléctricos o electrónicos en la memoria de un ordenador.

ALVIN TOFFLER dice que éstos y muchos otros fenómenos, acontecimientos o tendencias, aparentemente inconexos, se hallan relacionados entre sí, son, de hecho, artes de un fenómeno mucho más amplio: la muerte del industrialismo y el nacimiento de una nueva civilización.

Esta «movida» ha alcanzado también a la propiedad: la llamada «propiedad estatal» de los países del Este ha entrado en crisis profunda. Quería haberles hablado sobre la nueva Ley de Propiedad y Herencia recientemente aprobada en la URSS, pero ni la Embajada Soviética en España, ni uno de los Secretarios de su Embajada —Sergei Sisoiev— que dio una conferencia en Palma hace unos días sobre la Perestroika, han podido facilitarme más información sobre la nueva Ley de Propiedad en Rusia que sea la que han publicado los periódicos españoles, que ya tenían fichadas y que no dan mucha luz; únicamente se refieren a la ampliación del derecho a la propiedad privada y a la consagración del derecho de herencia.

En la Comunidad Autónoma Andaluza se ha dictado una ley de Reforma Agraria que ha superado la siempre difícil prueba del Tribunal Constitucional. En la Comunidad Extremeña se ha seguido un camino diferente, el de la expropiación forzosa, con resultados menos positivos para su Junta, con el consiguiente enfrentamiento con los jueces, que, en el momento de redactar estas líneas, sigue en el ojo del huracán.

Repito que todo, absolutamente todo gira en torno a la «función social de la propiedad». La pregunta es obligada, ¿cómo, quién cuándo y cuáles son los límites y el alcance de la función social de la propiedad? En todo Estado social democrático de Derecho estas preguntas han de tener respuesta.

Pero, como ocurre con todos los grandes principios constitucionales, no hay una respuesta tajante. La Constitución que se elaboró bajo el vilipendiado «consenso» —para mí, providencial— que permite gobiernos de distintos signos sin necesidad de su modificación, consagra el principio pero no da, ni puede dar, unos límites precisos. Luego volveremos sobre este punto.

III. EVOLUCION HISTORICA

Cambiemos de tercio y dediquemos unos minutos al estudio de la evolución histórica de la propiedad. Seguiré, en un alto porcentaje, las investigaciones practicadas por el Politécnico francés JACQUES ATTALI en su «Historia de la Propiedad» cuya traducción se ha publicado en España en 1989. También el libro de Engels «El origen de la familia, la propiedad jurídica y el Estado», obra tan citada como poco leída.

El planteamiento histórico lo hace ATTALI de la siguiente forma y que transcribo literalmente: «Lo que menos cambia en el hombre son las preguntas que se hace acerca de sí mismo. En todas las épocas, en todas las latitudes, en todas las sociedades ha experimentado las mismas angustias, alimentado las mismas dudas, formulado las mismas preguntas sobre su identidad, sobre el sentido de su vida, sobre el dolor y la muerte, sobre las mejores maneras de ser, de tener, de permanecer, de transmitir.

En algunas épocas, ha logrado contestar a estas preguntas con respuestas naturales, coherentes, tranquilizadoras. Luego ha vuelto a plantearse la duda, han vacilado las certidumbres, han resurgido las interrogaciones, se han opuesto entre sí diversas convicciones, se han disuelto los diversos órdenes sociales.

Lo mismo ha ocurrido con la propiedad. En todas la épocas la humanidad se ha preguntado cuál era la mejor forma de organizarse, la más justa, la más libre. A veces, ha creído saberlo. Unos han sostenido que el hombre evolucionaba, al ritmo de un progreso irreversible, de la propiedad comunitaria a la propiedad individual. Otros han afirmado que la evolución y las luchas iban exactamente en sentido contrario. Hay, finalmente, quien ha soñado con una sociedad sin propiedad, ni privada ni colectiva.

Me ha parecido descubrir que, detrás de todas esas concepciones que se han sucedido y opuesto desde siempre, había como una señal siempre presente, como una obsesión insoslayable que yo resumiría así: Lo que oculta la propiedad es el miedo a la muerte.»

La verdad es que la historia de la propiedad ocupa un amplio porcentaje de la historia de la Humanidad y de la civilización. Se me ha ocurrido que una de las mejores formas de exponerla consiste en la cita de los textos, escritores y pensadores que han marcado hitos o huellas importantes en la cultura y estructura de la humanidad.

Arrancamos del año 2000 a.C. con los papiros del Libro de los Muertos, Egipto. Contiene referencia a los enterramientos y el acompañamiento de los objetos de su propiedad en relación a la vida futura. Es la idea que explica los hallazgos de objetos en las tumbas en todo el mundo.

Hacia 1800 a. de C., el Código de Hammurabi, rey de Babilonia que repartió todos los terrenos entre los soldados, esclavos libertos y Sacerdotes, en

principio, en precario, pero con posibilidad de larga duración. En dicho código se establece la primera clasificación de las diversas categorías de propiedad: bienes privados de los que se puede disponer libremente y los bienes «ilku» (tal como la tierra), propiedad del imperio delegadas por el rey, que no pueden ser vendidas, ni dadas en prenda, ni transmitidas por herencia, salvo a un hijo, que estará encargado de pagar las rentas al rey.

De 1500 antes de Cristo arrancan los libros sagrados de los judíos. Una de las características esenciales del pueblo judío, según el actual Embajador de Israel en España, radica en la relación vital y esencial con el suelo, con la tierra, incluso superior a un derecho de propiedad. Dos de los diez mandamientos de la Ley de Dios protegen la propiedad privada (8.º y 10.º). Numerosos textos de los libros sagrados se refieren al derecho de propiedad. El libro de Ruth (4, 7): Toda transacción debe ser hecha ante testigos; el derecho de propiedad mobiliaria se transmite por la recepción del objeto; la propiedad territorial, por una ceremonia de toma de posesión simbólica en la que al que cede le quita su zapato. Isaías, sin embargo, protesta contra la pobreza, la explotación y el acaparamiento de tierras. Los mitos de Adán y Eva, Caín y Abel, como después Rómulo y Remo han querido ser explicados desde la óptica de la propiedad.

En la antigua Grecia, Platón, Demóstenes, Aristóteles son defensores de la propiedad. Aristóteles llega a decir que «la propiedad de las tierras debe ser privada de manera que incite a cualquiera de ellos en interés de todos», subrayo «en interés de todos».

Creo que no hace falta insistir mucho sobre la gran trascendencia de la regulación de la propiedad en el D.º Romano y su evolución. Sólo citaré las XII Tablas, como texto significativo, básico e inicial: contiene una clasificación de los objetos y las reglas de la propiedad en la que se integra el disfrute y abuso (como consunción). Sólo recordar que a través de las relaciones de vecindad y los actos de emulación se van estableciendo límites al poder del propietario.

No creo que sea necesario repetir las numerosas referencias a la propiedad y a la pobreza contenidas en los Evangelios y Hechos y Cartas de los Apóstoles. Es clarísima la función social de la propiedad en dichos textos.

Entre los germanos fue defendida la propiedad colectiva en la Sippe o comunidad familiar amplia.

Según el Corán: Dios posee todas las cosas y todas las criaturas y el hombre es su «Kalifa» (o delegado). La vida sólo es tránsito y no propiedad; se parte sin nada. No obstante, la tierra, como todo objeto o todo hombre, salvo las cosas inútiles (como los animales salvajes) o prohibidos (como el cerdo y el estiércol) pueden llegar a ser propiedad privada. También pueden ser propiedad religiosa o del Estado.

Reconoce la propiedad privada como un derecho del hombre; pero le impone dos condiciones: que su adquisición sea «justa» y que no sea demasiado importante.

En el tránsito a la Epoca Moderna: es difícil citar algún texto especial de esta etapa, por otra parte, una de las más trascendentales. En ella aparecen las Compañías de Indias y los primeros bancos, la letra de cambio, etc. Se empieza a diferenciar en la empresa: la financiación, la gestión y el trabajo asalariado. Todo ello constituirá la base del capitalismo.

Podemos citar a tres pensadores importantes:

1. Hugo Grocio: hace de la propiedad privada el máximo fundamento del Derecho y del orden político, así como la justificación del Estado.

2. Hobbes: La propiedad es del Leviathan que puede delegarla en los hombres. Resultado: la dictadura es la figura inevitable del capitalismo.

3. Rousseau: El derecho de propiedad es el más sagrado de todos los derechos de los ciudadanos y más importante en ciertos aspectos que la libertad misma. Es fundamento de la sociedad civil. Debe ser multiplicada en número y limitada en superficie.

El Bill of Rights de Virginia de 1776, año de la Declaración de Independencia de USA, consagra como el primer derecho, el de la propiedad. En la Constitución USA también es pieza clave.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, consecuencia de la Revolución Francesa: la propiedad es declarada un d.º natural imprescriptible, inviolable y sagrado y nadie puede ser privado de él si no es por necesidad pública y mediante una indemnización previa y justa.

No es extraño que pasara al Código civil francés un concepto absoluto de la propiedad que se transmitió al resto de los códigos europeos.

Las encíclicas papales también se han ocupado de la Propiedad: «Sollicitudo rei socialis», que es la última, de 1987, dice en su párrafo 42: «Los bienes de este mundo están destinados, originariamente, a todos. El derecho a la propiedad privada es válido y necesario, pero no anula el principio anterior».

Ante los abusos del liberalismo y la industrialización tenía que venir una reacción que tiene su origen en autores como Proudhon y Engels, y que cristaliza en Marx y da lugar al Socialismo marxista, hoy en revisión crítica, después de haber pasado toda una serie de variantes y matizaciones.

Attali lo profetizó en un párrafo que transcribo literalmente: «Allí como en otras partes, tanto en el Este como en el Oeste, no se hará nada sin aumentar el ahorro y sin reducir estructuralmente los costes de organización, o dicho de otro modo, sin crear, en lo político, otra esperanza de libertad y, en lo económico, sin ofrecer otros objetos que consumir, otros valores que promover».

Para acabar, diría, de forma sintética, que, conforme a las investigaciones llevadas a cabo por autores como Engels, Attali y otros, la propiedad nació en su forma colectiva o de grupo y sobre la base de la familia matrilineal; a medida que las comunidades aumentan de tamaño y se pasa a una organización patrilienal va surgiendo la propiedad individual. Las dos vías por las que el poder establecido va perdiendo la propiedad colectiva son el arrendamiento o cesión en cualquier forma de la posesión a sus individuos a cambio de un canon o renta y en segundo lugar, cuando ese canon se convierte en un impuesto indirecto o «gabela», como ocurrió con la sal. El resto de la evolución hacia la propiedad privada, que se ha impuesto, no es sino una fijación de límites para evitar los abusos que se derivan de la propiedad privada absoluta, síntesis de las ideas de poder y libertad. Esto es lo que vamos a examinar a continuación.

IV. DERECHO ESPAÑOL ACTUALMENTE VIGENTE

Dos obras importantes y completas sobre esta materia y que me han servido de guía para esta parte son las de los Catedráticos Montés y Coca Payeras.

1. «PROPIEDAD» O «PROPIEDADES»

El planteamiento de la cuestión es claro y escueto: el artículo 348 del C.c. da un concepto descriptivo de la propiedad, completado por otros artículos de dicho código que regulan esta figura.

Al margen del Código civil han ido surgiendo una serie de leyes especiales. Algunas de ellas incluidas en el propio Código civil. Se han creado unos estatutos especiales para ciertos bienes, a veces sobre la base de principios diferentes, si bien con un común denominador que es la «función social». Como más significativas y actuales podemos citar la propiedad urbana, la agraria, la de costas, aguas, minas, intelectual, etc. De otro lado tenemos la Ley de Expropiación Forzosa, clave en esta materia. Y, finalmente, a partir del año 1978 el artículo 33 y concordantes de la C.E. complementan esta regulación del derecho de propiedad.

Ante este complejo de normas hay que preguntarse: ¿Subsiste el concepto unitario de propiedad como derecho subjetivo, aplicable a todos los supuestos de dominio?, ¿O, por el contrario, la diversificación de regímenes es tan fuerte que ha desaparecido el concepto unitario de dominio y ya no puede hablarse de «propiedad» sino de «propiedades»?

Lógicamente se dan las dos posiciones. Un sector de la doctrina opina que hoy resulta ya inútil e inaplicable el concepto general de propiedad del Código

civil y que cada propiedad especial tiene su régimen específico e incluso los principios básicos diferentes. Ultimamente esta posición ha sido defendida por el Catedrático Díez-Picazo y ha recibido el espaldarazo de la importante Sentencia del T.C. de 1978. Consideran irreconciliables los principios que informan la propiedad urbana o urbanística con los de la legislación agraria, los de aguas, minas, costas, etc., por lo tanto resulta inútil y falto de contenido el concepto liberal e individualista del artículo 348 del C.c.

Frente a esta postura está la de los otros autores que siguen pensando que el concepto de propiedad del C.c. aún es útil, si bien matizado por su «función social».

2. IMPORTANCIA DEL CONCEPTO UNITARIO DE PROPIEDAD

No es una cuestión puramente teórica como podría parecer a primera vista. Su trascendencia deriva de una doble consideración: a) De una parte, como ocurre con todas las instituciones o situaciones tipificadas en el mundo jurídico, se destaca lo que podríamos llamar fuerza expansiva de las normas para colmar las lagunas de ley mediante la analogía. Si calificamos una determinada situación como semejante a la tipificada le podremos aplicar sus normas reguladoras, aunque sólo sea en aspectos parciales. Son muy numerosos los ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico en que algunas instituciones insuficientemente reguladas completan su normativa por su analogía con otras figuras. Pensemos en la figura de albacea, pobremente regulada, que se ha completado con las normas del mandato, en algunos aspectos, por el citado mecanismo de la analogía. b) Pero hay otro motivo mucho más importante: si se puede deducir del C.c. y de la C.E. un «mínimo» de derecho o situación de propiedad más allá del cual ésta desaparece y nos encontramos en la no-propiedad habremos encontrado una barrera al intervencionismo creciente del Estado en materia de propiedad. O sea, si logramos establecer un «contenido mínimo» del d.º de propiedad, derivado del C.c., de la Constitución de los principios generales de las leyes que regulan propiedades especiales, tendremos unos límites a la intervención del Estado: lo que vaya en contra de este núcleo o será anticonstitucional o tendrá que ir por el camino de la expropiación forzosa y la indemnización.

3. ESTUDIO DEL ARTICULO 348 C.C. Y CONCORDANTES

Dice el art. 348 C.c.: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.- El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de una cosa para reivindicarla».

Y el 349, C.c.: «Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la

correspondiente indemnización.- Si no precediera este requisito los Jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado».

No hay ninguna duda en cuanto a los antecedentes liberales que inspiraron esta redacción, respondiendo a las ideologías imperantes en aquellos momentos en Europa que cristalizaron en el C.c. francés y de allí pasaron a los principales Códigos europeos. El C.c. francés construyó el sistema jurídico-civil sobre la libertad, y proyectó esta idea de libertad sobre dos aspectos fundamentales: la libertad de gozar de los bienes y la libertad de intercambio de bienes y servicios. Esto es, la propiedad y el contrato.

Las palancas de lanzamiento que necesitaban estas dos ideas básicas de libertad las encontraron, casi hechas a la medida, en los conceptos de «derecho subjetivo» y «negocio jurídico» elaborados por la pandektística alemana; el derecho subjetivo, como poder de la voluntad, y el negocio jurídico, como manifestación de la voluntad, con la que el individuo persigue fines tutelados por el ordenamiento jurídico, se convierten los medios técnicos adecuados para poner en movimiento este sistema liberal de «propiedad» como señorío, como poder, incardinado en la idea de personalidad individual.

No obstante de los dos sentidos que tiene la propiedad: el de «derecho fundamental de la persona», o sea, lo que nuestra Constitución protege que es el «derecho a la propiedad», de una parte, y el ejercicio concreto de este derecho, por otra, el C.c. no consagra este derecho fundamental —tampoco tiene por qué hacerlo siendo un Código y no una Constitución— sino que regula el ejercicio del derecho subjetivo de propiedad aunque preocupado por reforzar más la titularidad que el control de dicho ejercicio.

Se le ha asignado por la doctrina unas características que perfilan su naturaleza. Son las siguientes:

- a) La unidad: Hay un solo tipo de dominio.
- b) La perpetuidad: En el sentido de que tiende a durar tanto como su objeto.

La duración física de la cosa determina la duración del derecho. No podemos entrar en los dos problemas que giran a su alrededor: la posibilidad de la «propiedad revocable» y la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria.

- c) La exclusividad: en el sentido de que nadie puede obtener utilidad servicio o ventaja de la cosa, aunque con ello no se perjudicará al propietario. Es difícil aceptarlo en nuestro art. 348 C.c. Como máximo, se admitiría como «oponibilidad erga omnes».

- d) Ilimitación y abstracción de facultades: En el art. 348 se deriva de la expresión «Sin más limitaciones».

Concluye MONTES que «la idea liberal del dominio fundamentada en un axioma sobre el valor del individuo y apoyada en la relación entre persona y

libertad como valores fundamentales, podemos constatar que la propiedad, en cuanto derecho subjetivo paradigmático se halla sometido a una revisión profunda».

A lo largo de estos últimos años se ha criticado fuertemente la regulación que de la propiedad hace nuestro Código civil. Yo quiero, antes de pasar a estudiar la evolución posterior, romper una lanza a favor de nuestro viejo y sabio Código civil. Muchas veces nos olvidamos de un principio básico en el derecho que es el que la interpretación lógica y sistemática ha de primar sobre la literal, lo que puede representar —y estimo que es así en el caso de la propiedad— que unos determinados artículos pueden cambiar totalmente de sentido sin cambiar su redacción; el diverso sentido se produce por el cambio del entorno. Un ejemplo no los aclarará: no es posible interpretar de la misma forma el art. 348 bajo la antigua Ley de la propiedad de las aguas que bajo la actual. Los principios de una y otra son distintos o antitéticos; sin embargo el artículo 348 continúa igual de válido con la misma redacción aun cuando debamos interpretarlo de forma distinta. Todo el problema está en la expresión «Sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Aun cuando gramaticalmente y por su origen habría que darle este carácter inicialmente absoluto, lo cierto es que estimamos que ni siquiera inicialmente tuvo este carácter ilimitado aunque aún no estuviera clara la «función social» de la propiedad. Lo destaca el Profesor COCA en su obra, citando una serie de autores de la propia época de la codificación que ya admitían que la propiedad no tenía este carácter liberal e individualista que aparenta. Ya se incluían en su concepto las notas de «deber», «límite» y «función social», incluso en el propio año 1889 en que se publicó nuestro C.c.

Con todo ello no intento defender el sentido liberal-individualista de la propiedad; el Diario de Sesiones del Pleno del Congreso de los Diputados me avala como defensor de una propiedad moderna y solidaria, anclada en su «función social». Lo único que intento es afirmar que el texto de los artículos 348 y siguientes del C.c. son perfectamente válidos siempre que se interpreten a la luz de los principios derivados de la C.E. y de los principios generales derivados de las leyes especiales.

4. LA CONSTITUCION DE 1978 Y EL NUEVO CONCEPTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Además de los antecedentes dentro del D.º Comparado, nuestra Constitución de 1978 tiene dos claros antecedentes: el artículo 44 de la Constitución de 1931 y las Leyes Fundamentales del Estado Español bajo el régimen de Franco, el Fuero del Trabajo, el Fuero de los Españoles y los Principios del Movimiento Nacional, cuyo principio x decía: «Se reconoce a la propiedad privada en todas sus formas como derecho condicionado a su función social».

Las Constituciones españolas desde la de 1812 hasta la de 1931 se ocupan preferentemente de proteger al propietario. En 1931, después de un interesante debate parlamentario muy bien sintetizado por Miguel COCA, el artículo 44 de la Constitución quedó redactado de la siguiente forma: «Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afectada al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las Leyes.- La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una Ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes.- Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada.- Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija.- El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de Industrias y Empresas cuando así lo exigieran la nacionalización de la producción y los intereses de la economía nacional. En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes».

A pesar de los intensos debates parlamentarios, en el artículo no se recogen las expresiones «función social» o «función útil» de la propiedad.

Transcribo del libro del profesor COCA la síntesis de las dos posiciones: «Desde los bancos socialistas, se partía de la idea de “socialización” de la propiedad, admitiendo como “concesión” que la propiedad privada existiera en tanto implicara una función social. Desde los bancos del republicanismo burgués y de los conservadores, partiendo de la idea del respeto al d.º de propiedad en manos privadas se concedía el que sólo fuera garantizada dado que cumplía una función social».

En 1978 no se produjo un debate parlamentario tan intenso en relación al reconocimiento de la propiedad privada, porque todos los grupos parlamentarios admitían el condicionamiento de «la función social». El debate nació como consecuencia de un voto particular del actual Presidente de la Comunidad Autónoma de Aragón D. HIPOLITO GOMEZ DE LAS ROCES que pretendía introducir otro párrafo al final del art. 33 para constitucionalizar la expropiación-sanción, respecto de la cual el PSOE se abstuvo y de la que tanto uso hace en el nuevo texto de la Ley del Suelo aprobada a finales de abril por el Congreso de los Diputados.

Dice el artículo 33: «1.- Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2.- La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes. 3.- Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y conformidad con lo dispuesto por las leyes».

Este artículo está situado dentro del Capítulo 2.º de la C.E. cuyo epígrafe es «Derechos y libertades», subdividido en una Sección 1.ª que se titula: «De

los derechos fundamentales y de las libertades públicas» y una Sección 2.^a que bajo la denominación «De los derechos y deberes de los ciudadanos» regula una categoría inferior de derechos. Entre ellos se sitúa el d.^o a la propiedad. La importancia de esta diferenciación radica en su grado de protección como veremos después.

En el n.^o 1 del art. 33 se consagra el «d.^o a la propiedad». Lo que se quiso, primordialmente, en aquellos momentos fue hacer una declaración de tipo programático; el integrarse dentro de un sistema de organización socio-económica-política caracterizada por el reconocimiento y protección de la propiedad privada frente a otros sistemas que la habían negado de forma casi total o en relación a ciertos medios de producción.

El n.^o 2 ya se refiere al derecho subjetivo de propiedad. Lógicamente no da un concepto de propiedad porque presupone que las leyes inferiores y materiales lo dan; entre ellos el Código civil en su artículo 348. Se refiere al contenido y ejercicio del derecho de propiedad.

Establece el principio básico de que el contenido del derecho de propiedad vendrá delimitado por las leyes, o sea, que el contorno del dominio, sus delimitaciones y limitaciones, preceptivamente se han de hacer por ley.

Enseguida se nos plantean dos preguntas:

1.^a ¿Hay un contenido mínimo esencial a proteger? ¿El propietario tiene unos derechos mínimos? Por pura lógica parece evidente que ha de ser así porque, en caso contrario, si estas leyes delimitadoras del contenido del dominio lo suprimen del todo, ¿dónde está su reconocimiento y protección? Sería una burla.

2.^a ¿Qué criterio han de seguir estas leyes que delimitan la propiedad? Evidentemente han de guiarse por la «función social» de la propiedad.

Estos son los dos puntos de los que voy a tratar a continuación:

A. El contenido mínimo o esencial del d.^o de propiedad

El artículo 53 C.E. lo determina claramente, dice así: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo 2.^o del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161. 1 a).

De ello podemos decir que la propiedad privada constituye un «d.^o de los ciudadanos», no fundamental, que es objeto de tutela exclusivamente a través del recurso de inconstitucionalidad de una ley o disposición normativa con fuerza de ley, que no haya respetado el contenido esencial de la propiedad privada; no se podrá acudir al recurso de amparo ni al especial aludido en el n.^o 2 del art. 53 C.E.

Es importante insistir en que el contenido de la propiedad es «normal» (en el sentido de que está establecido por una norma) y hay que huir de la idea de «limitaciones» y su interpretación restrictiva.

Interesa determinar este contenido mínimo por dos razones: porque si se invade este contenido mínimo cabrá el recurso de inconstitucionalidad, si se hace con carácter general, especialmente en relación a determinados bienes como serían los urbanos, por ejemplo. Si se lesionan intereses particulares, sin afectar a este contenido mínimo ni hay inconstitucionalidad ni indemnización.

Cuando se lesiona individualmente este contenido mínimo surge la obligación de indemnizar por parte del poder público.

Se plantea la difícil cuestión de determinar qué es lo que hay que entender por «contenido esencial» del dominio, lo que envuelve el delicado problema de identificar la propiedad, esto es, encontrar los rasgos característicos de la situación jurídica de propiedad; ver si debajo de la pluralidad de tipos o figuras dominicales hay una única institución, un mínimo de propiedad, un máximo común divisor de todos ellos; hallar la facultad última del dominio, más allá de la cual ya no hay propiedad.

La respuesta requiere un análisis meditado en el que hay que ponderar factores y elementos de muy diversa índole, arrancando del «pluralismo de la propiedad», viendo la calidad del poder conferido en cada caso al propietario. La configuración de cada tipo de propiedad deberá hacerse mediante ley que, a su vez habrá de estar a la «función social» de aquel tipo de apropiación.

Para el profesor MONTES, el contenido mínimo o esencial de la propiedad está constituido por unos ciertos poderes de goce y disposición que constituyen en un momento dado y según la conciencia social, la forma natural y típica del ejercicio de este derecho. Por otra parte la imposición de vínculos y deberes o ablación de facultades, aun dando por descontado que es en beneficio de la comunidad, desembocarían en una verdadera expropiación por «disminución de la sustancia» de la propiedad, cuando se impida la utilización económica fundamental de un bien. Para la determinación de esta utilización fundamental habrá que hacer un juicio concreto en cada caso, pero basado en criterios objetivos fundados en la conciencia social en aquel momento, de acuerdo con lo que dispone el artículo 3.º del C.c. dejando, lógicamente, el margen necesario al arbitrio judicial.

Por ello no podemos dar respuesta concreta y completa al contenido esencial de la propiedad sin pasar al estudio de la otra cuestión: ¿Cuál es el papel de la «función social» como inspiradora de las leyes delimitadoras del contenido del derecho de propiedad?

B. La otra pregunta es: ¿En qué consiste y cómo juega «la función social» en relación al contenido de la propiedad?

Actualmente el concepto de propiedad es difícilmente encasillable en el concepto técnico estricto del «derecho subjetivo». Seguramente habría que colocarlo entre las llamadas «situaciones jurídicas» ya que se juntan situaciones de poder, juntamente con las de deber u obligación de actuar en un determinado sentido. A su vez, esta situación jurídica de propiedad está inmersa en un entramado de relaciones sociales lo que hace que haya dos intereses claramente diferenciados: el interés egoísta del propietario, tendente a la satisfacción de sus necesidades, con exclusión de los demás, y de otro lado, puede haber un interés de la sociedad en que una apropiación no perjudique al interés general o se ejercite de tal forma que, aunque se tenga que sacrificar el interés individual, redunde en beneficio de la mayoría o de una mayoría.

Los recortes derivados de la función social se pueden traducir en: la falta de atribución de determinadas facultades (del derecho de edificar, por ejemplo); establecer un complejo de condicionamientos para el ejercicio de las facultades atribuidas (por ejemplo, podrá edificar pero deberá obtener licencia y los proyectos deberán reunir una serie de requisitos) o establecer obligaciones o deberes derivados del ejercicio del derecho (por ejemplo, cesiones de terrenos para viales o para escuelas, zonas verdes, u otras dotaciones).

Esto nos lleva a preguntarnos de forma general y abstracta ¿cómo juega, qué representa la función social para el sujeto propietario y para su derecho?

Han sido muchas las posturas adoptadas desde antiguo; ya hemos hablado de la síntesis hecha por el profesor COCA de los debates parlamentarios previos a la aprobación de la Constitución de 1931. En relación a este problema ya se adoptaron tres posiciones: la función social es un algo añadido al derecho de propiedad que, por definición, es un derecho individual; fue la posición de Gil Robles; otros defendían que era como una barrera exterior al mismo derecho, que lo recortaba y, finalmente, otros estimaron que era como un último confin al que llega la garantía constitucional del derecho de propiedad.

Las mismas posiciones se han defendido actualmente:

1. La posición negativa, que no admite limitaciones porque la propiedad es un poder individual «sin más limitaciones que las establecidas por las leyes». Ha desaparecido totalmente después de la Constitución. Yo creo que ya antes; que sólo es una posición puramente de plantamiento.

2. También se ha defendido que no es más que una «regla moral». Según esta tesis la propiedad «tiene» no «es» una función social y en todo caso resulta indiferente para la estructura del derecho y ni siquiera incide en su definición formal. Del análisis de las diferentes manifestaciones del derecho de propiedad resulta evidente que es algo más profundo y que afecta a su contenido.

3. Otros dicen que la función social afecta a la «institución» no a las diferentes formas de propiedad. Es la institución y no cada derecho subjetivo el que debe cumplir esta función social. También es claro que no puede aceptarse esta posición después de la Constitución. O la función social impregna a todo derecho de propiedad o no significa nada. Además, tengamos en cuenta que la función social incide con alcances muy distintos según las diferentes formas de propiedad.

4. Posición actual defendida por MONTES y COCA. La idea de la función social se corresponde con la presencia de cada tipo de propiedad, junto al interés individual del propietario, de un interés de la colectividad o público que determina dos cosas: de un lado fija el contenido del dominio, imponiendo limitaciones, condicionamientos o deberes; de otro, justifica la tutela y protección por parte del poder público al titular del derecho de propiedad.

La función social no es un límite del dominio sino la razón y justificación de los límites y de los deberes de la propiedad y del propietario.

El factor determinante del interés público que motiva la intervención estatal en la delimitación del contenido de la propiedad no siempre es la naturaleza de los bienes objeto de la propiedad (viviendas, suelo urbano, explotaciones agrícolas, aguas, minas, etc.) sino que, en otros casos, puede venir determinado por el sujeto; importa proteger a personas de bajo nivel económico o que desarrollan un tipo de actividad específica.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, refiriéndose a la función social dice: «debe ser entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio sino como parte integrante del derecho mismo» y produce «la definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad o, si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido».

CONCLUSIONES

Creemos que del artículo 348 del C.c., que continúa siendo válido, complementado por la Constitución, no sólo en su artículo 33 y 53-I examinados sino también con los artículos: 38, que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado), el 128 (que subordina al interés general toda la riqueza del país), el 131 (relativo a la planificación económica) y el 132 (que regula los bienes de dominio público) y, a su vez, C.c. y C.E. puestos en relación con los diferentes estatutos de las diferentes formas de propiedad, nos darán un concepto actual de propiedad que podemos resumir de la siguiente forma:

a) Subsiste la «propiedad privada» bajo la forma de un derecho subjetivo o situación jurídica compleja y sus titulares son tenidos en cuenta como ciu-

dadanos libres, no como funcionarios ni como personas vinculadas a un orden jerárquico preestablecido.

b) El contenido de este derecho de propiedad viene conformado en cada caso por la función social. La ley, de acuerdo con esta función social ha de coordinar los dos intereses concurrentes: el individual y el general.

c) La intervención del poder público tiene como límites: el mantenimiento de un «contenido esencial» mínimo y el respeto a la libre empresa y la economía de mercado. Si el poder público se excede surgirá la inconstitucionalidad o la obligación de indemnización si es un caso particularizado.

Es evidente que todos estos conceptos de «función social», «contenido mínimo», «planificación», «libre empresa», «interés general», etc. son de difícil concreción o cuantificación y habrá que esperar a que el Tribunal Constitucional nos dé luz. Lógicamente también dependerá de la ideología o signo del Gobierno del Estado y de las Comunidades Autónomas que son las que deberán fijar el alcance de este «interés general o público» que encarna en la función social de la propiedad.

Queda una tarea muy larga a desarrollar —en contenido y en tiempo— que consiste en ir examinando las leyes posteriores a la Constitución que han ido configurando diferentes formas de propiedad y ver de extraer sus principios. Como ejemplos podemos citar la Ley de 1979 sobre fincas manifiestamente mejorables, la de Patrimonio Histórico Español, de 1985; la de Aguas; la Ley de Costas y su Reglamento; las diversas leyes dictadas por las Comunidades Autónomas, sobre reforma agraria, etc.

No olvidemos que también hay que meditar sobre las leyes anteriores a la Constitución con fuerte tinte social como ha sido la legislación sobre arrendamientos rústicos y urbanos y las reguladoras del contrato de trabajo que, al excederse en la protección pudieron producir una reacción de la propia sociedad que puede redundar en perjuicio del colectivo que intenta proteger. Incluso en algunas leyes posteriores se vislumbra su rechazo o la enorme dificultad en su aplicación, por ejemplo, la Ley de Aguas y la de Reforma de la Enseñanza Universitaria. Tal es el augurio del proyecto de Ley del Suelo recientemente aprobada, que crea una extraña propiedad con integración sucesiva de facultades con numerosos supuestos de tanteo, retracto, de expropiación y ventas forzosas, como telón de fondo que permite abrir un pesimista interrogante sobre la pervivencia de la propiedad urbanística. En resumen, no hay que olvidar la nota de equilibrio que debe imperar en su imposición, dentro de los márgenes de la ideología de cada gobierno.

Otra tarea muy interesante que también me había propuesto deberá quedar aparcada para otra ocasión; es la del estudio de formas nuevas de propiedad: por ejemplo, sobre la vida, que se inició con la patente de Pasteur sobre una levadura como ser vivo y que en 1980, en U.S.A. donde el T.S. ha atribuido

la propiedad de una especie viva producida artificialmente. Del organismo unicelular a multicelular, al clonaje, quimeras y demás manipulaciones genéticas ¿hasta dónde podrá llegar esta propiedad?

No hablo de utopías. Yo ya he autorizado un testamento a favor de una persona «clonizada», legalmente muerta, pero conservada en USA en una cámara especial en espera de la revitalización.

En otro terreno podríamos considerar el volumen edificable como conjunto de propiedad específica e independiente del solar y así muchos otros supuestos, pero... otra vez será. ¡Gracias!



CONTESTACION AL DISCURSO DE RAIMUNDO CLAR GARAU

RAFAEL GIL

NOTARIO

Es para mí un honor que se me haya encomendado la respuesta al Discurso de Raimundo Clar Garau de ingreso en la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Baleares, no sólo por sus méritos, que ha puesto de relieve nuestro Presidente Miguel Coll Carreras, sino por la entrañable amistad que nos une a Raimundo y a mí desde hace tantos años.

* * *

El primer mérito que hallo en el discurso del nuevo académico es su capacidad de síntesis. En efecto, el tema de la propiedad es tan amplio, ofrece tantas facetas y ha sido objeto de tantos estudios y comentarios, que resumir con claridad su evolución y problemática actual en tan breve espacio, ofreciendo, como hace este discurso, un claro análisis, exige unos amplios conocimientos y lecturas. El libro de Jacques Attali, citado por Raimundo Clar, tiene 448 páginas y en su bibliografía apunta 448 títulos. ¡Un libro por página! Esto da para mí la talla del discurso que nos ocupa.

Tras una breve introducción, se ocupa el nuevo académico de exponer la evolución histórica de la institución que inicia en el año 2000 antes de Cristo, en el mundo egipcio, y que se configura a partir de la antigua Grecia como un derecho absoluto que recoge Roma, si bien a partir del Cristianismo apunta ya numerosas referencias a la función social.

El reconocimiento de la propiedad privada como derecho esencial del hombre se sanciona en el Código Napoleónico y pasa a nuestro C.C. en el artículo 348, cuya declaración se mantiene vigente en nuestros días. Pero, como

señala el nuevo académico, surgen en torno de este concepto tantas y tantas limitaciones, graduaciones y reservas que cabe plantearse una doble pregunta:

- ¿Existe un derecho de propiedad unitario?
- ¿En el caso de que exista, cuál es su contenido mínimo?

En cuanto a lo primero no cabe duda de que la pregunta no es ociosa. Al lado de la idea tradicional de propiedad han surgido otros conceptos que justifican que un sector de la doctrina nos diga que no hay propiedad sino propiedades y que no es lo mismo la propiedad del suelo, de la tierra, de la empresa, que la propiedad del autor sobre su obra intelectual, del inventor sobre su invento, del consumidor sobre las cosas que consume o que utiliza de forma exclusiva.

Otro sector de la doctrina, a la que se apunta Raimundo Clar, considera que la naturaleza del derecho es la misma sin que obste a ello el hecho de que las facultades del propietario puedan ser limitadas, cercenadas y restringidas en aras de que la propiedad cumpla, en cada caso, la función social que le está encomendada. De esta forma en algunos casos las facultades de uso, goce y disposición que integran el dominio se mantienen plenamente en tanto que en otros estas facultades son limitadas hasta el punto que hacen difícil reconocer en aquel derecho a la propiedad.

Y aquí surge la segunda pregunta que se hace el nuevo académico: ¿Cuál ha de ser el contenido mínimo o esencial del derecho de propiedad? Y contesta: «El contenido mínimo de la propiedad está constituido por unos ciertos poderes de goce y disposición que constituyen en un momento dado y según LA CONCIENCIA SOCIAL, la forma natural y típica del ejercicio de este derecho».

O dicho de otra forma: La conciencia social de cada momento determina el contenido mínimo del derecho de propiedad y, en consecuencia, fija los límites que la configuran, justificando dichos límites en una llamada función social.

Al principio del discurso y al hilo del comentario de diversas sentencias, declaraciones y opiniones, indica Raimundo Clar la posible disparidad que existe entre por lo que función social entiende el propio autor del discurso y los de las sentencias y comentarios que apostilla.

Esta declaración me suscita la siguiente pregunta: ¿Existe también un concepto unitario de FUNCION SOCIAL o por el contrario habremos de estar al criterio, oportunidad o ideología de cada juzgador o legislador? ¿Dependerá así la función social, que delimita y condiciona el ejercicio de la propiedad, del criterio personal y variable de cada juzgador o legislador? Por el contrario el juzgador o el legislador ¿deben atender a un concepto unitario y abstracto de FUNCION SOCIAL extraído de la CONCIENCIA SOCIAL, de la opinión pública, con renuncia y sacrificio de la particular y propia opinión?

Entiendo que, si no se quiere caer en la arbitrariedad y la inseguridad, en la confusión permanente, habrá que intentar conectar con la realidad social del momento, habrá que profundizar en eso que Raimundo Clar llama CONCIENCIA SOCIAL, para extraer de ella un concepto abstracto y unitario de función social.

Porque tan legítimo puede ser atribuir a la propiedad privada un carácter absoluto, si la conciencia social del momento así lo permite, como negar su existencia si esa conciencia social lo rechaza. No se trata así de legitimidad sino de oportunidad: La conciencia social contemporánea rechaza y reprueba la esclavitud pero esa conciencia social no se escandalizaba ante ella en el siglo XVIII, sino que la admitía como algo normal y corriente.

Para mí y aquí inicio mi respuesta al magnífico discurso de Raimundo Clar, el problema que tiene que resolver el jurista es intentar averiguar cuál es la realidad social que le circunda, en qué consiste la conciencia social, qué ideas y principios la conforman, qué factores concurren en su configuración, cuál es, en definitiva, la preponderante opinión pública. Y a partir de aquí no será difícil averiguar hasta dónde esa conciencia social va a admitir el ejercicio de la propiedad o hasta dónde va a permitir que se le pongan límites.

Cierto que el jurista honesto puede encontrarse con un resultado que no le agrade, que los factores que han moldeado la conciencia social que ha descubierto, no siempre inocentes ni limpios, sino con frecuencia fruto de la manipulación o de la propaganda, dan como resultado una opinión pública extraña a la propia conciencia, a las propias convicciones, al propio sentido de la vida. Pero no menos cierto que si antepone esa propia convicción, aunque sea la más justa y racional, a la convicción mayoritaria, su acción, juicio o conducta no prevalecerá.

Dicho lo anterior pretendo a partir de este momento reflexionar sobre aquellos factores que, en mi opinión, concurren a la formación de la conciencia social contemporánea y, consiguientemente, en la elaboración de ese concepto un tanto gaseoso que se llama función social.

Esos factores que creo que moldean actualmente la conciencia social, la opinión pública, son: la socialización, el pensamiento cristiano-marxista, la masificación y la reflexión ecológica.

LA CONCIENCIA SOCIAL

En el año 1931 decía ORTEGA Y GASSET: «Desde hace sesenta años el más enérgico factor de la historia universal es el magnífico movimiento ascensional de las clases obreras. Se trata de una corriente tan profunda y sustancial que tiene la grandeza e incoercibilidad de los hechos geológicos. Toda política tendrá que ir, a la postre, inscrita dentro de ese formidable flujo, tiene

que contar con él y aceptarlo como se acepta el avance de nuestro sistema solar hacia la constelación de Hércules».

Años antes TOCQUEVILLE había vaticinado que el mundo marchaba presionado por un gran principio dinámico consistente en una progresiva nivelación de las condiciones de vida. Es indudable que se está promoviendo un imparable proceso hacia la igualdad que pone de manifiesto el siguiente párrafo de la *Pacem in Terris*: «En nuestro tiempo resulta ya vieja aquella mentalidad secular según la cual unas determinadas clases de hombres ocupaban un lugar inferior, mientras otras postulaban el primer puesto en virtud de una privilegiada situación económica y social, o del sexo o de la posición política». Este proceso es lento, está lleno de obstáculos, de retrocesos, de reticencias pero como ha dicho NAVARRO RUBIO «En la reflexión serena se puede contemplar el fenómeno social con toda justeza; se puede ver la dirección de su marcha; se puede presentar un escorzo exacto de los problemas más inmediatos que tiene planteados... y ver con lucidez el horizonte». Y añade: «Esta corriente hizo saltar las estructuras económicas y sociales de la esclavitud. Ha sido la fuerza que, unas veces por caminos de evolución y otras de choque, ha logrado hacer realidad puntos decisivos de la justicia social y ha movido el reconocimiento general de un cuadro de derechos de la persona humana como tal, al mismo tiempo que reclamaba su participación en toda clase de bienes económicos, culturales, sociales y políticos».

Y continúa «se podrá decir y con razón que no todo es positivo en la marcha de la corriente social. Que existe una clara propensión a presentar los avances como derechos, sin conceder la misma importancia a los deberes, que habrían de ser correlativos. Que esos pruritos de libertad, independencia y espontaneidad no están suficientemente cotrarrestados por un claro sentido de la responsabilidad y que hay una especie de impaciencia revisionista que quiere llevar un ritmo superior al que permiten las circunstancias. Pero esto no altera el planteamiento: la corriente social se nos sigue presentando como un fenómeno insoslayable e irreversible que exige, frecuentemente, un esfuerzo de adaptación, de comprensión y de indudable sacrificio de valores muy legítimos».

Es indudable que esa corriente social hacia horizontes de igualdad y dignidad humana ha de encontrar y encuentra en su camino obstáculos y resistencias que la hacen parecer como paralizada o como acelerada hacia objetivos de resultado negativo. Ello es lógico por la acción de fuerzas conservadoras o por fuerzas revolucionarias que pretenden monopolizar el calificativo de sociales y que actúan en persecución de fines de poder y dominación. Y es también cierto que las fuerzas conservadoras de todos los países defenderán con firmeza el mantenimiento de sus viejas posiciones. Pero la corriente social está formada por un conjunto de aspiraciones que construyen un auténtico ambiente general, quizás no consciente ni organizado, pero que late en la con-

ciencia humana y frente al que nadie se atreve a manifestarse ya que ese espíritu se considera consubstancial con nuestro tiempo.

Todo ello conlleva a una progresiva participación en el ejercicio y disfrute de los derechos que impone su redefinición y su recorte, su restricción o incluso su expropiación para sus titulares tradicionales. Y entre ellos, lógicamente, como primero, el derecho de propiedad, de la tierra, de la vivienda, de la empresa, con la exigencia de un cambio de mentalidad abriendo el paso a la Historia.

EL PENSAMIENTO CRISTIANO-MARXISTA

Otro de los factores formadores de esa conciencia social es el que constituye la doctrina social de la Iglesia que, de forma directa o indirecta, consciente o inconscientemente, ha penetrado claramente en el Occidente europeo gobernado predominantemente por partidos cristiano demócratas.

El pensamiento social de la Iglesia se expresa claramente en sus inicios con la Encíclica RERUM NOVARUM de León XIII, continúa en la Cuadragésimo Anno de Pío XI, en los discursos de Pío XII, la Pacem in Terris de Juan XXIII y se profundiza radicalmente en la Populorum Progressio de Pablo VI, cuya rotundidad ha dado pie a numerosas críticas y análisis.

La Populorum Progressio constituye, no cabe duda, un severo ataque al capitalismo liberal, con una parcialidad que ha sido criticada por los economistas que ponen de manifiesto su superficialidad y su utopismo.

Su rotundidad no tiene paliativos: Entre los principales obstáculos para que sea realizable una paz justa, promovida a través del armónico desarrollo de todos los pueblos, se cita textualmente: «la propiedad privada de los medios de producción y el principio de libre concurrencia».

Ya Juan XXIII en su Encíclica subrayó fuertemente la dimensión social de la propiedad privada. Sin embargo Juan XXIII sigue sosteniendo el principio de que la propiedad privada es de derecho natural, si bien en el sentido de que todo hombre tiene un derecho natural a la propiedad privada. La doctrina de Juan XXIII se formula con mayor radicalidad en la Populorum Progressio de Pablo VI al poner como piedra clave el principio de destinación universal de todos los bienes para todos los hombres. Por ello el primer obstáculo que es preciso superar para que la Encíclica pueda ser eficaz —dice RUIZ JIMENEZ— es revisar a fondo toda la temática de la propiedad privada: hay que poner el acento en la socialización de los medios de producción y si bien no se niega la propiedad privada ni para los bienes de consumo ni para algunos bienes de producción, se propugna la socialización de las fuentes de energía natural, de las tierras cultivables y de las empresas y servicios que entrañen una importante concentración de poder económico-social.

No es de extrañar que estos postulados conecten fácilmente con proposiciones marxistas que informan a una gran parte de la intelectualidad de los últimos decenios. Así EDUARDO CIERCO en sus comentarios sobre la Encíclica de Pablo VI trae a colación a los Santos Padres:

San Ambrosio: La naturaleza da todo en común a todos. Dios ha creado los bienes de la tierra para que los hombres los disfruten en común y para que sean propiedad común de todos.

San Agustín: No por virtud del derecho divino sino por virtud del derecho de los emperadores pueden algunos decir: ésta es mi casa, este servidor es mío.

Y tras ello pregunta directamente: «¿No tienen estas frases un sabor marxista?» Y contesta: «Pues no son de Marx, son de Santos Padres de la Iglesia».

El pensamiento cristiano conecta así con los intelectuales marxistas de la Europa Occidental produciéndose el siguiente fenómeno que apunta Raymond Aron en su «Defensa de la Libertad»: «El marxismo desempeña un papel opuesto en Oriente y en Occidente. Allá sirve para justificar el poder, aquí para criticarlo. Los unos la emprenden con la doctrina en nombre de la cual son oprimidos, los otros aprovechan tales o cuales elementos de la misma doctrina porque les parece la mejor denuncia del régimen capitalista».

Indudablemente la realidad se ha encargado de poner de manifiesto que las utopías y los sistemas políticos que de ellas emanan, no hacen a los hombres ni más felices, ni más libres y que la alternativa a la propiedad privada y al mercado no puede ser el colectivismo y la planificación burocrática. Por eso dice ARON «si el marxismo puede pasar por algo vivo y Marx por contemporáneo nuestro ello es debido a Occidente», donde nunca se aplicó el sistema comunista, pero donde la labor de los intelectuales de izquierda, la gran mayoría en la Europa de los últimos treinta años, ha impregnado de doctrina marxista muchas de las instituciones que constituyen el soporte de la sociedad abierta y liberal donde viven. Esto lo escribía ARON en los años setenta. Cuál no hubiera sido su asombro si hubiera podido conocer la caída estentórea de los regímenes comunistas poniendo al descubierto los fracasos en la práctica de esas bellas utopías de igualdad y propiedad común, compartidas por los Santos Padres y los utópicos del marxismo.

Pero si la praxis ha resultado un fracaso y la apertura del Este hacia la propiedad privada y el mercado un revulsivo para las tesis colectivistas, es lo cierto que desde Occidente el reconocimiento de este hecho se hace siempre a regañadientes, a disgusto y que las ideas contrarias a la propiedad privada y al mercado palpitan fuertemente en diversos medios de opinión capaces de influir en la formación de la conciencia social. En definitiva parece que no queda más remedio que aceptar que la economía funciona mejor cuando se funda en principios liberales, pero se repugna de ello y no se desaprovecha

ocasión de postular lo contrario creando una idea confusa en la opinión pública que quiere vivir en el confort del capitalismo pero sin propiedad privada ni capitalistas.

LA MASIFICACION

Otro de los factores configuradores de la conciencia social es la masificación que puede entenderse en el sentido en que lo hace FERRATER MORA, es decir, como «el fenómeno de la elevación del mayor número de seres humanos a las posiciones que durante centurias habían sido reservadas a unos pocos» sin que esto signifique que esa sociedad sea un conglomerado amorfo. Pero existe además un concepto de masa que corresponde a «proceso de masificación» que produce, como dice RECASENS SICHES, «un nuevo tipo de hombre, el hombre masa, caracterizado por su apetencia de disfrute, unida a la falta de sentido de responsabilidad». Masa —dice ORTEGA Y GASSET— es el hombre medio... es la cualidad común, es lo mostrenco social, el hombre en cuanto no se diferencia de otro hombre, sino que repite en sí un tipo genérico».

JUAN VALLET DE GOYTISOLO estudia en su trabajo sobre el Derecho y la Sociedad de Masas, las causas de la masificación y señala como tales:

– EL DESARRAIGO RELIGIOSO, que BRUNNER considera como la causa más profunda de la masificación. Sucede —dice este escritor— que la apatridia religiosa arranca al hombre de la estructura metafísica. «El desarraigo religioso tiene lugar —dice VALLET— tanto o más que por la pérdida del sentido trascendente de la religión, por el paso del teocentrismo al antropocentrismo, mediante el cual el hombre se adora a sí mismo y al adorar su mediocridad, adora la masa amorfa, que en sentido abstracto denomina Humanidad, y sus obras, que llama Progreso».

– LA FORMACION DE LAS GRANDES CIUDADES INDUSTRIALES MODERNAS. Ya TOCQUEVILLE había dicho premonitoriamente, a mediados del siglo XIX: «Los hombres sienten en sociedades constituidas de esta forma, irresistible inclinación a no preocuparse sino de sus intereses particulares, a no pensar más que en sí mismos y a retraerse en un individualismo estrecho que mata las virtudes públicas». Y añade: «El deseo de enriquecerse a toda costa, la pasión por los negocios, el afán de lucro, el logro del bienestar y de los goces materiales, son las pasiones más comunes en estas sociedades».

– LA PROPAGANDA que no sólo es un instrumento del mercado sino que es aplicada también a la política. El universo político no es un universo real, sino psicológico creado a fuerza de «slogans» e imágenes en blanco y negro, de palabras clave como «pueblo», «proletariado», «trabajo», «concertación», «libertad», «lucha», «beneficio», «explotador», «alienación», «marginación», «consumo», etc., que cierran el paso a la aceptación de cualquier suge-

rencia, de cualquier matización. «El lector de un periódico —dice DE CORTE—, el oyente de la radio, el espectador de televisión, creen conservar su libertad de juicio, pero se engañan. No pueden discernir lo verdadero de lo falso en la masa de noticias que cada día surgen y cooperan, queriéndolo o no, con la civilización artificial que condenan». «El hombre —dice AYALA— pierde la libertad e independencia en el pensar, en el sentir, en el querer y recibe sus opiniones y juicios de fuera, de la prensa, de la radio, de los lemas y consignas que estos medios de propaganda le proporcionan.

Surge así la masa que, como ha dicho ORTEGA Y GASSET, «se encuentra con un paisaje lleno de posibilidades puesto a su disposición, sin depender de su propio esfuerzo, y que es lo suficientemente poco inteligente como para creer que esa organización material y social, puesta a su disposición, como el aire, le pertenece a cambio de nada. No le preocupa más que su bienestar y al mismo tiempo es insolidaria de las causas de ese bienestar».

De este fenómeno de la masificación deriva necesariamente un Derecho de Masas que —como observa Vallet— suele estar exento de una visión social plena y de una perspectiva orientada hacia el futuro, y partiendo de un ideal abstracto de igualdad sólo acaba intentando resolver empíricamente las necesidades urgentes y apremiantes. Por eso no es raro que al solucionar un problema nos cree otro nuevo. Este Derecho suele ser un Derecho coercitivo que obedece a un orden planificado. Lo característico del mismo es la publicación como medio de hacer el Derecho Social. La penetración del Derecho Público en la esfera privada. No es necesario insistir mucho para comprender de qué forma ese fenómeno masificador ha de influir en la configuración moderna de la propiedad privada.

LA REFLEXION ECOLOGICA

Un factor de creciente influencia en la conciencia social es el convencimiento de que el desarrollismo de los países industrializados está poniendo en peligro la supervivencia del hombre en un medio cada día más contaminado, más destruido. Como ha dicho Aurelio Pecei en su «Testimonio sobre el futuro», «los recursos vivos del planeta decrecen al mismo tiempo que la población aumenta. Las tierras cultivables y los bosques están disminuyendo a un ritmo acelerado. La diversidad genética de las plantas y de los animales disminuye, empobreciendo el patrimonio cultural de la humanidad».

Hasta 1950 las áreas cultivables aumentaron al mismo ritmo que la población mundial. De 1950 a 1975 el crecimiento de aquéllas fue inferior y las provisiones para el último cuarto de siglo señalan una progresiva disminución.

Los grandes mantos forestales están igualmente condenados o en peligro. La sustitución de la naturaleza por el cemento, la eclosión de las urbanizacio-

nes, la destrucción del paisaje y de los recursos está levantando un estado de opinión tanto desde la izquierda como desde la derecha. Empieza a formarse una conciencia social conservadora del medio ambiente y de la naturaleza que necesariamente ha de influir en la concepción de la propiedad privada y en el ejercicio de las facultades de los propietarios. Cada día que pasa las medidas proteccionistas, limitativas de los derechos de propiedad, cuentan con mayor apoyo social.

Como ha dicho RAMON TAMAMES, en su obra *Ecología y Desarrollo*: «Vivimos en el único planeta azul del sistema solar. El único en que hay atmósfera y agua, el único en el que hay vida. Un fenómeno tan singular como la vida depende de que se mantenga el conjunto de ecosistemas que le sirve de soporte, de que se conserven los equilibrios básicos de la naturaleza».

Las medidas que habrán de ser tomadas para evitar que sigan saqueándose hoy los recursos del mañana han de suponer, no cabe duda, una fuente constante y progresiva de limitaciones de la propiedad privada y de su ejercicio.

CONCLUSION

En fin y para concluir, estos cuatro agentes: socialización, pensamiento cristiano-marxista, masificación y ecología, configuran y moldean la conciencia social de la que deriva el espíritu que informa las Leyes y las decisiones de los juzgadores. El resultado a que se llega por la concurrencia de estos factores, frecuentemente confusos e incluso contradictorios, puede agradar o no. Yo me he limitado a una exposición aséptica para la que he utilizado con frecuencia voces ajenas de un valor muy superior a la mía.

Creo que el descubrimiento de esa conciencia social contemporánea ayudará a conocer cuál puede ser en cada momento el contenido de la propiedad privada. El alejamiento de aquélla, por exceso, en planteamientos «progresistas» impuestos a fortiori, o por defecto, en defensas conservadoras anacrónicas, nos puede llevar a un total divorcio entre el Derecho y la realidad social a la que debe servir.

Y con ello concluyo.

Querido Raimundo, gracias por tu discurso y bienvenido a la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Baleares.

CONSIDERACIONES EN TORNO AL LITISCONSORCIO NECESARIO Y LOS VINCULOS DE SOLIDARIDAD PASIVA

FRANCISCO JAVIER MUÑOZ JIMENEZ
MAGISTRADO

La postura poco favorable a la aplicación del régimen jurídico de la solidaridad a las obligaciones con pluralidad de sujetos que adopta nuestro Código Civil resulta harto conocida. Con ella se sitúa el Código en una línea de tradición histórica en el tratamiento de los supuestos de concurso de varios deudores en una misma obligación que, con importantes antecedentes en el Derecho Romano clásico, alcanzó consagración legislativa en el Digesto y, especialmente, en la Novela 99.1, «si pactum fuerit speciale, unumquemque teneri in solidum», de la que se ha dicho que constituye la más clara manifestación del criterio romano restrictivo de la solidaridad y que, en opinión de ALBERTARIO, representa un típico fruto de la época bizantina, en la cual la piedad por el deudor prevalece sobre los objetivos extrínsecos del crédito y del comercio. La referida postura se refleja en el artículo 1.137 del Código; precepto que dispone literalmente que «la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria».

El Código, por tanto, adscribe nuestro ordenamiento civil al grupo de los que establecen la mancomunidad, sea en la forma de parciariedad, sea en la de mancomunidad propiamente dicha, como régimen general u ordinario de las obligaciones en las que aparece una pluralidad de titulares pasivos —única faceta de las obligaciones plurales a que aquí se va hacer referencia— y arrincona la solidaridad al campo de la excepción. Esta circunstancia suele designarse

habitualmente, aludiendo a la vigencia de un «principio de no presunción de solidaridad». Frase acuñada por HERNÁNDEZ-GIL y que ha hecho fortuna, a pesar de que, como señala CRISTÓBAL MONTES, es doblemente incorrecta: de un lado porque incurre en el error dogmático que supone caracterizar jurídicamente una situación por su faceta negativa y no bajo su aspecto positivo; de otro, porque deforma la voluntad legal, dado que —dice este último autor— «por más que desde el ángulo lógico no puede haber duda de que, cuando el legislador establece la presunción de mancomunidad, al mismo tiempo está excluyendo la presunción de solidaridad, ya que no puede querer a la vez dos cosas contrapuestas y excluyentes, lo que no cabe es configurar ese estado de cosas como una situación de no presunción, porque no hay duda alguna de que la ley pretende establecer una genuina presunción».

A estas palabras de CRISTÓBAL MONTES, cabe añadir todavía, ahondando algo más, que aquella fórmula invertida no sirve para reflejar con fidelidad y en toda su dimensión la realidad del criterio normativo vigente, pues resulta incompleta y, por ello, equívoca. Y es que, bien mirado, frente a la afirmada inexistencia de presunción de solidaridad pueden darse uno u otro de los dos extremos de la siguiente alternativa: o que haya una presunción favorable a la mancomunidad, o que, simplemente, la ley haya prescindido de acudir a la técnica de la presunción, de manera que en cada caso deban los interesados probar cuál sea el régimen jurídico aplicable a sus relaciones concretas, de conformidad con las normas rectoras de la distribución de la carga de la prueba en el proceso. El interés de la cuestión, por otra parte, supera el mero prurito intelectual de hallar una expresión que describa sintéticamente y con exactitud una determinada realidad jurídica y puede revestir cierta trascendencia práctica. Pues, si se toma como punto de partida la premisa, tanto de inexistencia de presunción de solidaridad, como, incluso, de presunción de no solidaridad, se deja abierta la vía para argumentar que la ley excluye la solidaridad, ciertamente; pero que no se pronuncia en la disyuntiva entre la mancomunidad y otra categoría de obligaciones que se pretende autónoma y distinta de las solidarias: las obligaciones «in solidum».

La inclinación en pro de la mancomunidad se ha justificado históricamente, según explica DIEZ PICAZO, con el principio «favor debitoris» y con la idea de que quien consiente en obligarse, procura conservar el mayor ámbito posible de libertad, obligándose a lo menos. Hoy día, sin embargo, es objeto de críticas unánimes. Así, por ejemplo, asevera HERNÁNDEZ-GIL que el principio de no presunción de la solidaridad no goza de muy sólida consistencia, ni en orden histórico, ni en el económico, ni en el Derecho comparado, sin que, por otra parte, se trate de un postulado propiamente de Derecho natural que haya de mantenerse; terminando el referido autor por afirmar que «es muy clara y general la tendencia hacia su limitación y hasta su eliminación». Y enumera SOTO NIETO, como razones que abonan la instauración del prin-

cipio general de la solidaridad, las marcadas tendencias socializadoras del Derecho, la progresiva mercantilización y publicación del Derecho Civil, las exigencias de un tráfico jurídico cada vez más complejo e intenso y la instrumentación de una economía de grupo, alejada de viejos cánones individualistas. En fin, la más contundente demostración de que la mancomunidad no constituye mecanismo idóneo para afrontar la variada problemática que suscitan los modos de convivencia actuales, la suministra el elocuente dato de que los Códigos más perfeccionados y recientes, como son el suizo de las obligaciones, el alemán, el italiano de 1942, el austriaco y el portugués, rompen con la regla tradicional de la mancomunidad y la sustituyen por el principio de la vinculación solidaria entre los codeudores, a no ser que de la ley o del título resulte otra cosa, conforme precisa el artículo 1294 del Código italiano.

Nada de particular tiene, pues, que también en nuestro país se considere indispensable ampliar el radio de acción efectivo del régimen de la solidaridad pasiva. Un primer avance en tal dirección lo supuso la significación que se asigna al empleo del adverbio modal «expresamente», que utiliza el artículo 1137 del Código Civil. Autor hubo, como MUCIUS SCAEVOLA, que, con base en el mismo, entendió que el establecimiento de la solidaridad requería, con carácter inexcusable, el uso de la palabra «solidaridad» u otros equivalentes. Pero esta interpretación fue pronto desechada y hoy estima la doctrina con virtual unanimidad que la ley no exige que la solidaridad se instituya mediante una cláusula explícita, sino sólo que haya sido querida realmente por los interesados, sea cual fuere la forma en que su común intención se manifieste. Se trata, por tanto, de una cuestión a resolver mediante la aplicación de las reglas sobre hermenéutica de las declaraciones de voluntad negociales que dicta el Código, las cuales serán las que permitan averiguar, en cada situación concreta, el verdadero contenido del consentimiento prestado por los otorgantes, atendiendo, por lo que atañe a los contratos y entre los factores de mayor relevancia, al comportamiento de cada una de las partes que presente valor significativo.

De esta opinión participa, asimismo, la jurisprudencia; la cual ha apreciado la existencia de esa voluntad interna en supuestos —a título de ejemplos extraídos de la casuística—, de préstamo recibido por cónyuges que ofrecieron su devolución de manera conjunta (S. 26-abril-1985); de aceptación conjunta de letras libradas para el pago del precio reclamado (S. 14-abril-1986); de actuación de los deudores en forma indistinta durante el desenvolvimiento de la relación contractual (S. 20-octubre-1986); de cotitularidad de una cuenta corriente bancaria (S. 12-marzo-1987); de adquisiciones a terceros verificadas por miembros de una sociedad irregular (S. 12-mayo-1987); y, muy destacadamente, respecto de la obligación de pagar el precio correspondiente a obras o servicios encargados de manera conjunta, sin especificar distribución de la pres-

tación pecuniaria entre los comitentes y arrendatarios (Ss. 2-marzo-1981, 15-marzo-1982, 7-octubre-1982, 7-abril-1983, 7-enero-1984, 19-julio-1989).

Claro que todo ello es predicable de las obligaciones que encuentran su fuente en el negocio jurídico. Muchas más dificultades plantean, en cambio, las obligaciones que provienen directamente de la ley, toda vez que, en principio, no siempre será factible deducir la existencia de una voluntad legal instituidora de la solidaridad que no se muestre reconocible de inmediato a través de una interpretación gramatical y lógica de la propia norma.

Los casos que los Códigos Civil y de Comercio, al menos en sus versiones primitivas, sometían al régimen de la solidaridad eran pocos y, más bien, de escasa significación. La jurisprudencia, no obstante, ha ido incrementando gradualmente —pero no sin levantar polémica— ese elenco, haciendo extensiva la solidaridad a muchos supuestos, algunos de gran trascendencia por la frecuencia con que se presentan en la práctica. Un resumen de esta doctrina la efectúa la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1981. Indica esta sentencia que la regla general de mancomunidad se limita a las obligaciones nacidas de negocio jurídico, pero no cuando se trata de responsabilidades derivadas de cobro de lo indebido o de enriquecimiento injusto; o en caso de pluralidad de responsables por culpa extracontractual; en la esfera del artículo 1591 del Código Civil; en el caso de compra de géneros para un establecimiento mercantil llevado en copropiedad y en situaciones en que, si bien los sujetos aparecen ligados por contratos diferentes, todos responden a una misma causa con interdependencia y comunidad de intereses. El Tribunal Supremo también declara con reiteración que existen vínculos de solidaridad pasiva entre el asegurado responsable de un daño y la compañía aseguradora con la que tienen concertado un seguro de responsabilidad civil, en cuanto atañe al cumplimiento del deber de indemnizar a la víctima (Ss. 31-mayo-1982, 28-marzo-1983, 30-mayo-1983, 30-mayo-1985, 5-julio-1989).

De todos modos, el régimen de la solidaridad pasiva, sea más amplio o más reducido el ámbito donde encuentra efectividad, comporta siempre para el acreedor una notable ventaja característica: la de que, hallándose por definición obligado cada deudor a realizar íntegramente la prestación debida, puede aquél escoger uno cualquiera de ellos para reclamarle el total pago. Es la facultad del acreedor que se conoce como «*ius electionis*»; facultad que le concede el artículo 1144 del Código Civil al disponer en su inciso primero que el acreedor puede dirigir su reclamación contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Lo cual, trasladado al proceso, se traduce en que el acreedor que persigue el cobro de su crédito, no está constreñido a enderezar su pretensión contra todos los codeudores; o, lo que es igual, que la solidaridad pasiva excluye por sistema la situación de litisconsorcio pasivo necesaria; y así lo tiene manifestado la jurisprudencia en multitud de veces.

No siempre, sin embargo. La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1980 consideró que no puede postularse «la aplicación del artículo 1144 del Código Civil a una esfera distinta de la contractual antes de que haya recaído decisión afirmativa de la concurrencia de todos los elementos exigidos para que surja la obligación de reparar, marginando de la controversia a pretendidos coautores a los que, sin embargo, alcanzará el posterior deber de reembolso en la parte correspondiente, resultando de esta suerte prácticamente condenados sin su previa audiencia y vencimiento». Este criterio, que ha sido desconocido, cuando no francamente contradicho, en numerosas sentencias posteriores y cuya generalización obligaría a apreciar situaciones litisconsorciales de índole necesario, perturbadoras para la satisfacción del derecho del demandante, en gran parte de los litigios que versan sobre responsabilidad extracontractual, ha vuelto a reaparecer, no obstante, en la sentencia de 26 de junio de 1989; la cual declara que la doctrina acerca de la solidaridad entre los varios intervinientes en la producción de un resultado dañoso, sin que existan elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno, y que excluye el litisconsorcio pasivo necesario, presupone la necesaria individualización o conocimiento de los diversos causantes del daño en su conducta comisiva u omisiva; por lo que —concluye—, cuando esto no ocurre, hay que demandar a todos los posibles responsables, conjuntamente.

Tal discrepancia entre resoluciones jurisprudenciales, con su inevitable secuela de inseguridad jurídica, invita a indagar, no ya sólo cuál de las dos resoluciones contrapuestas es la más acertada, sino incluso, con una perspectiva de mayor alcance, si existe alguna razón jurídica que posibilite el mantenimiento de la precitada regla del artículo 1144 del Código Civil y la consiguiente ausencia de litisconsorcio pasivo necesario entre quienes aparecen ligados por vínculos de solidaridad pasiva, sin quebrantamiento del derecho que, con rango de fundamental, reconoce el artículo 24 de la Constitución a toda persona de no sufrir indefensión de clase alguna en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Pero, antes de acometer esta tarea, resulta aconsejable examinar, siquiera brevemente, los fines a que sirve la figura del litisconsorcio pasivo necesario y la valía de los fundamentos que la práctica judicial acostumbra a señalar para justificar las decisiones en que la estima aplicable: materia que está demandando de la doctrina, como pocas, un estilo serio y riguroso que clarifique conceptos y que ayude a poner coto a la desorientación y al uso desviado de dicha figura que proliferan en el cotidiano actuar forense.

El litisconsorcio pasivo, como se sabe, merece conceptuarse de necesario cuando —en palabras de MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ— «el Derecho exige al actor que dirija la demanda simultáneamente frente a dos o más personas». Nuestro ordenamiento no lo regula, a diferencia de otros extranjeros, como el alemán, el austriaco, el francés de 1975 y el italiano, y, por ello, su configura-

ción jurídica es obra de la jurisprudencia. Circunstancia que ha contribuido, en no pequeña medida, a difuminar los verdaderos perfiles de la institución y a entorpecer la delimitación de las ocasiones en que concurre, propiciando un alarmante abuso de su empleo —que se ve favorecido por su cualidad de presupuesto controlable de oficio—, del cual, muy probablemente, ningún órgano jurisdiccional español del orden civil ha conseguido librarse siempre.

Mínimos problemas plantean, como es natural, los casos en que son las mismas leyes las que crean el litisconsorcio pasivo. Sin pretensión ninguna de ofrecer una relación exhaustiva, tal sucede con el artículo 1139 del Código Civil, en materia de obligaciones mancomunadas con prestación indivisible; el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que obliga al arrendador a demandar conjuntamente al inquilino y al cesionario para resolver el contrato de inquilinato por causa de cesión in consentida; los artículos 38 y 40 de la Ley Hipotecaria, sobre ejercicio de acciones que entrañen rectificación de inexactitudes registrales; los artículos 113 y 127.5 de la Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986, en cuanto a la acción de nulidad de patentes registradas; y el artículo 1539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de interposición de tercerías. Virtualmente, pueden incluirse también dentro de este grupo los pleitos sobre partición de la herencia y —por virtud de la remisión que efectúan a las reglas de esta última los artículos 406 y 1708 del Código Civil— los que recaen sobre división de la comunidad entre partícipes y sobre distribución de los bienes sociales entre los socios, en vista de o que ordenan los artículos 1055, 1068 y 1086 y concordantes de la precitada Ley de Enjuiciamiento.

Las dificultades surgen, por el contrario, con el denominado por la doctrina «litisconsorcio pasivo necesario impropio»; esto es, aquella especie de litisconsorcio pasivo que, sin haber precepto legal que lo disponga, estima el Tribunal Supremo que debe ser respetado forzosamente. Las motivaciones a que obedece la exigencia por la jurisprudencia, en este segundo grupo de casos, de la presencia de una pluralidad de partes en el proceso son variadas. No todas, sin embargo, merecen idéntico juicio favorable.

El litisconsorcio necesario atiende, en primer lugar, a la idea, casi intuitiva, de proteger la posición jurídica de las personas no llamadas al proceso. Se funda, entonces, en la necesidad de preservar el principio de audiencia bilateral, prohibitivo de que nadie pueda ser condenado sin antes haber gozado de la oportunidad de ser oído en juicio —«nemo debet inaudita damnari»—, y de evitar la indefensión. Aquí estriba el fundamento más claro y sólido del litisconsorcio necesario y este es el que más repetidamente se consigna en las sentencias. Lo que quizás no se acierta a distinguir con tanta claridad en la práctica son los supuestos de hecho donde realmente es operativa esta «ratio» justificadora de una situación de litisconsorcio necesario, de los que no. Pues, si lo que se procura es precaver una eventual lesión del derecho de defensa de

los no demandados —la indefensión de las partes procesales es tema por completo diferente—, ese peligro sólo aparece, cuando los efectos jurídicos que declara existentes o inexistentes el pronunciamiento judicial, son susceptibles de imponerse, de manera coactiva e inatacable, a quienes no han litigado.

Ahora bien, estos efectos que trascienden fuera del ámbito subjetivo en el que se ha desenvuelto el proceso, no pueden ser, ante todo, los ejecutivos. En esto hay coincidencia de pareceres. CHIOVENDA y REDENTI advierten que las sentencias de condena sólo afectan al sujeto contra el que se dirigen. MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ, por su lado, indica también que, de conformidad con el apotegma «nulla executio sine titulo», no cabe hacer efectiva una sentencia en el patrimonio de quien no ha sido demandado, porque ello supondría ejecutar una responsabilidad no declarada. Y, del mismo modo, el Tribunal Supremo, en casos en que los bienes litigiosos están legítimamente en poder de terceros no demandados, basa la imposibilidad de que se proceda a su entrega al vencedor en el pleito, en el argumento de que la sentencia recaída en un proceso no puede hacerse ejecutiva respecto de personas que no han sido parte en él (Ss. 3-febrero-1987, 6-junio-1988, 23-mayo-1989).

Se ha apuntado que, excepcionalmente, puede ocurrir que, de modo fraudulento o simplemente fortuito, resulten condenadas «de facto» personas que no han tenido ocasión de litigar. Para conjurar este riesgo, sin embargo, no es menester introducir un litisconsorcio necesario. Ya que si bien nuestro Derecho —y dejando de lado el caso particular de las tercerías de dominio— no regula con carácter general un cauce para sustanciar la oposición de un tercero a que se culmine la ejecución de una sentencia, cauce procesal que únicamente prevé el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria sobre efectividad de derechos reales inscritos —artículo 137, regla 11.^a, del Reglamento—, el vacío lo ha cubierto la práctica, instrumentando esa oposición mediante simple comparecencia del tercero en la fase ejecutiva, lo cual basta, normalmente, para paralizar la ejecución de la sentencia hasta tanto se decida en la vía oportuna acerca de los derechos sobre la cosa, incompatibles con los del ejecutante, que ese tercero invoca.

La propagación, por decirlo así, del contenido del fallo más allá del estricto círculo de los litigantes es de otra índole y se verifica por otro conducto distinto del de un ensanchamiento subjetivo del proceso de ejecución. Se produce por la vía de la extensión a terceros del efecto de cosa juzgada material inherente a las sentencias que resuelven la cuestión de fondo.

La cosa juzgada material —dice GÓMEZ ORBANEJA— es efecto de las sentencias definitivas de fondo firmes y consiste en la vinculación que produce en otro proceso la parte dispositiva de la sentencia, o sea, la declaración de existencia o inexistencia del efecto jurídico pretendido. Vinculación que obliga a los órganos jurisdiccionales y que se proyecta en dos formas diversas, cumpliendo dos funciones diferentes: la negativa o preclusiva, tendente a im-

pedir que se falle sobre el fondo de un segundo proceso promovido sobre el mismo objeto que ya fue resuelto en firme en un proceso anterior; y la positiva o prejudicial, que opera cuando la relación jurídica objeto de la primera sentencia es sólo un elemento prejudicial o condicionante del objeto del segundo litigio, sustrayendo aquella relación del poder de conocimiento del juez del segundo proceso, a quien fuerza a tomar dicha relación como punto de partida de su pronunciamiento exactamente de la manera en que quedó definida en el anterior pleito, sin posibilidad de desconocerla, ni de discutirla, ni de contradecirla; con lo cual, entonces, la indefensión para el demandado en el posterior proceso proviene que de la sentencia dictada en su contra se apoya en un elemento prefijado en proceso precedente, en el que no fue parte, y que ahora tiene vedado rebatir. Es obvio, por lo demás, que si el objeto del segundo proceso consiste en una acción de condena, la cosa juzgada material únicamente perjudica al tercero en su faceta positiva, ya que la negativa le beneficia en la medida en que, al excluir todo ulterior litigio, imposibilita al acreedor de proveerse del título judicial de ejecución indispensable para hacer efectivo su derecho a cargo de ese tercero.

En una primera aproximación cabría concluir, por consiguiente, que el principio de audiencia bilateral puede padecer, dando lugar, en tal caso, a una situación de litisconsorcio pasivo necesario, en los supuestos en que el efecto de cosa juzgada se extiende a personas distintas de las partes litigantes. Esto acaece en nuestro Derecho, a tenor de lo que preceptúa el artículo 1252 del Código Civil, respecto de las cuestiones relativas al estado civil de las personas y a la validez o nulidad de las disposiciones testamentarias y respecto de los causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigir las u obligación de satisfacerlas. El tema, no obstante, requiere todavía algunas delimitaciones.

En lo que atañe a los causahabientes, la sucesión traslativa, sea universal o singular, no engendra problemas de litisconsorcio necesario. La determinación de las personas contra las cuales el actor ha de formular forzosamente su demanda sólo puede realizarse, como es natural, contemplando la situación que se daba al tiempo de iniciarse el proceso; y llano resulta que no cabrá hablar de existencia de causahabientes ni de preterición de litisconsortes, sí, para entonces, la transmisión aún no se había producido. Y si, en cambio, la transmisión ya se había verificado antes de constituirse la litispendencia, lo que sucede es que el adquirente no se ve afectado por la cosa juzgada dimanante del litigio entablado entre su causante y un tercero. El motivo de ello radica, según explica SERRA DOMÍNGUEZ, en que, al haberse tramitado el primer proceso entre personas que no eran, respecto del adquirente, los legítimos contradictores, el adquirente no puede considerarse, respecto de dicho proceso, causahabiente de su causante.

La sucesión constitutiva, por su parte —aquella en que el adquirente recibe, no el mismo derecho que tenía el transmitente, sino otro de contenido más reducido y basado en él—, tampoco debe mover a apreciar un litisconsorcio de carácter necesario; por cuanto que el derecho del adquirente, en tanto que su subsistencia propia depende de la subsistencia del otro, al cual está subordinado, se halla institucionalmente sometido a sufrir las vicisitudes que experimente el derecho-matriz que le presta sustento; sin perjuicio, claro está, de la facultad que asiste al adquirente de personarse en calidad de litisconsorte voluntario para coadyuvar con su causante en el proceso que contra éste sigue un tercero. Ha declarado en este sentido el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de febrero de 1979, que el principio de contradicción procesal no significa que el subarrendatario tenga que ser oído en litigio sobre extinción del arrendamiento, pues, aunque la sentencia firme de desalojo decretada contra el arrendatario impone en su ejecución el lanzamiento de todo el que se halle en posesión material de la cosa arrendada por título que dimane del primitivo contrato, los derechos derivativos no han de tener contenido de mayor extensión que el correspondiente al derecho originario. Doctrina que, en sus líneas generales, ha sido ratificada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de abril de 1988, pero introduciendo la importante salvedad de exigir la presencia del titular derivativo, cuando su situación jurídica misma es objeto de discusión en el proceso; lo que lleva a dicho Tribunal a prescribir que, en los procesos arrendaticios, si el motivo de resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio es la discusión sobre el carácter consentido o no del subarriendo o cesión del local, el subarrendatario ha de ser necesariamente oído.

Otro caso de extensión de la cosa juzgada material a quienes no han sido partes, es el de legitimación por sustitución, aunque el artículo 1252 del Código Civil no lo mencione. Estima así la doctrina científica que también afecta directamente al sustituido la cosa juzgada inherente a la sentencia que ponga término al pleito promovido por su sustituto procesal. Ello no obstante, la peculiar naturaleza del fenómeno, en el cual el ordenamiento jurídico atribuye al sustituto el poder especial de actuar en el proceso, en nombre e interés propios, un derecho ajeno, elimina la necesidad de tener que demandar al sustituido, bien que, si éste lo desea, pueda intervenir en el litigio con carácter puramente voluntario.

Alguna particularidad revisten, igualmente, las sentencias que deciden acerca de cuestiones relativas al estado civil de las personas. Con arreglo a la opinión de la mayoría de los autores (GOMEZ ORBANEJA, DE LA OLIVA, PRIETO CASTRO, etc.), que se apoya en el texto literal del artículo 1.252, párrafo 2.º, del Código, a tenor del cual en estas cuestiones «la cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado», tales sentencias poseen fuerza de cosa juzgada «erga omnes». Más de ahí no cabe inferir, empero, que

la preservación del principio de audiencia exija demandar a todos; cosa, por lo demás, absolutamente irrealizable. En estos procesos de estado, y como indica GOMEZ ORBANEJA, el interés público queda protegido merced a la imperativa intervención del Ministerio Fiscal —prescrita hoy por el apartado sexto del artículo 3.º de su Estatuto Orgánico, aprobado por Ley de 30 de diciembre de 1981— y a la limitación de la disposición de las partes en la fijación de los hechos. Llama, por ello, la atención la incoherencia sistemática en que incurre la Disposición Adicional Octava de la Ley de 7 de julio de 1981, reguladora de los procedimientos a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio matrimoniales, al restringir la presencia del Ministerio Fiscal a los solos procesos en que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes; lo cual parece responder a una concepción privatista del matrimonio por parte del moderno legislador, en la que prevalece la consideración de la institución como un asunto de estricta índole particular entre los esposos, por sobre la de tratarse de materia de trascendencia social regida por normas de orden público.

Pero si los procesos sobre cuestiones de estado no requieren la participación de cualquiera, sí reclaman, por necesidad, que intervengan en ellos cuantas personas estén legitimadas por ser titulares de la relación jurídica debatida. La razón estriba en que en estos procesos se ejercitan —por lo general— acciones y, correlativamente, se dictan sentencias de naturaleza constitutiva y es condición «sine qua non» para que dichas resoluciones originen efectos de cosa juzgada «erga omnes» que el proceso se haya sustanciado entre las partes legítimas.

A las cuestiones sobre estado civil de las personas se asimilan, por especial deseo de la ley, las concernientes a la validez o nulidad de disposiciones testamentarias. También en estos pleitos, por consiguiente, será preciso convocar a todos quienes ostentan interés directo en defender o combatir la validez y eficacia del testamento, al ser determinante el mantenimiento de dicho negocio jurídico de la adquisición o pérdida de algún derecho propio. Y, por cierto, que en el número de estos interesados la jurisprudencia no comprende al Notario autorizante del testamento abierto que se impugna por falta de solemnidades esenciales, conforme señala la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1979.

Conviene reseñar, no obstante, que hay algún autor, como SERRA DOMINGUEZ, que discrepa del parecer mayoritario en la interpretación del párrafo 2.º del artículo 1.252 del Código. Partiendo SERRA de la presunción de que los terceros que no participen en la relación familiar o no reciban o no puedan recibir bienes de la herencia, carecen de legitimación para entablar el proceso y aún de interés en formularlo, entiende que el mencionado precepto no regula una extensión de los efectos de la cosa juzgada, sino que simplemente obliga a los terceros a reconocer la situación jurídica declarada en la sen-

tencia como «res iudicata inter partes». Únicamente respecto de las personas legitimadas para ejercitar y soportar la acción se extenderían los efectos de cosa juzgada de la sentencia.

Los vínculos de solidaridad, por último, son incompatibles con el litisconsorcio pasivo necesario, en aplicación del artículo 1.114 del Código Civil.

Así pues y de conformidad con cuanto acaba de exponerse, cabe afirmar que el principio constitucional de audiencia funda en rigor una situación de litisconsorcio necesario en los supuestos en que los efectos de cosa juzgada material de la sentencia pueden trascender a personas no llamadas al proceso, dentro de los términos indicados. En los restantes, una observancia cuidadosa de la regla general, sentada por el artículo 1.252, párrafo 1.º, del Código, que ciñe la eficacia de la cosa juzgada, desde el punto de vista subjetivo, a las personas de los litigantes y siempre que, además, conserven la misma cualidad con que lo fueron, es suficiente para proteger a quienes no han sido parte del peligro de ser condenados sin antes haber sido oídos y vencidos en juicio.

Existe otro fundamento del litisconsorcio pasivo necesario que se superpone parcialmente al de salvaguarda del principio de audiencia: la inescindibilidad jurídica de la relación sustantiva traída al proceso. Este motivo justificador de que haya de demandarse a una pluralidad de personas se manifiesta cuando dicha relación sustantiva es de tal naturaleza que resulta de todo punto inadmisibles que pueda recibir respuestas judiciales dispares. Pero esto ocurre, únicamente, con el ejercicio de acciones constitutivas, es decir, «aquéllas —en definición de GOMEZ ORBANEJA— por medio de las cuales se hace valer un derecho del demandante al cambio jurídico (creación, modificación o extinción de una relación jurídica) tal, que sólo sea susceptible de ejercicio judicial». En consecuencia, —continúa diciendo el mismo autor— la sentencia estimatoria, «al declarar el derecho, produce el cambio, que, sin ella, pese al derecho, no podría producirse y, por tanto, incide en la relación jurídica material».

La sentencia que acoge la acción constitutiva, pues, conforma, por su propia virtud y directamente, una nueva realidad jurídica material. De consiguiente, la eficacia peculiar de que están dotadas las resoluciones judiciales pertenecientes a esta categoría, convierte en imposible la coexistencia de dos sentencias de signo contrapuesto sobre el mismo objeto. Ontológicamente una cosa no puede ser y no ser a la vez. Un mismo vínculo matrimonial no cabe que esté disuelto por causa de divorcio para uno solo de los esposos, mas no para el otro. Justamente por esta circunstancia, y como antes se adelantó, la producción del efecto de cosa juzgada de estas sentencias —que es efecto distinto y más amplio que el efecto constitutivo, propio de las sentencias estimatorias exclusivamente— se halla condicionado a la convocatoria al proceso de todas las partes legítimas.

No sucede igual con las sentencias meramente declarativas y con las de condena. Y ello porque, según la teoría procesalista, dominante entre las que intentan explicar la naturaleza jurídica de la cosa juzgada, las sentencias firmes de fondo —excepción hecha de las constitutivas— no modifican ni afectan la realidad jurídica material sobre la que se pronuncian, limitándose a crear —como dice DE LA OLIVA— una necesidad de vinculación de otros Tribunales que, posteriormente, pudieran encontrarse en relación con la materia del primer proceso en el que recayó la sentencia. De este sometimiento de ulteriores jueces a lo fallado en el primer litigio deriva, a su vez, la indiscutibilidad de la sentencia para las partes y demás personas a quienes alcanza el efecto de cosa juzgada. Luego, si estas sentencias no tocan para nada la realidad material, que continúa siendo lo que era, y circunscriben sus efectos vinculantes a sólo las personas comprendidas dentro del ámbito subjetivo al que se extiende la cosa juzgada, no existen razones de estricta lógica jurídica impositivas de que una misma situación sea contemplada de manera diferente por varias sentencias, con tal de que, —se insiste— provengan de procesos entre los que no juegue la cosa juzgada.

Esto se ve claro respecto de las sentencias de condena, por cuanto que son sentencias que dan vida a un título de ejecución subjetivamente individualizado. Si el condenado a restituir un bien a consecuencia del triunfo de una acción reivindicatoria no puede devolverlo por hallarse el mismo en poder de otro poseedor contra el cual no se ha formulado la demanda o que ha sido absuelto en otro proceso, no se origina un problema de inescindibilidad jurídica, sino un problema que concierne a la eficacia de la sentencia: lo cual es muy diferente. En tal sentido, afirma SERRA que la propia índole de la sentencia de condena y su obligada proyección intersubjetiva impide que puedan producirse hipótesis de litisconsorcio necesario.

La cuestión es más discutida en lo que atañe a los pronunciamientos meramente declarativos. Estos pronunciamientos responden a la pretensión del actor de obtener certeza y seguridad acerca de la existencia o inexistencia de una relación jurídica que se presenta dudosa o controvertida frente a determinadas personas; finalidad práctica para cuya satisfacción basta con que se produzca el efecto de cosa juzgada material, en la medida en que éste veda, de por sí, todo debate ulterior entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, aún cuando no resulta infrecuente que este tipo de pronunciamientos se postule como base para el ejercicio de pretensiones de condena. Pues bien, se ha sostenido en orden a demostrar la necesidad del litisconsorcio en estos casos, que esa finalidad de certeza no se logra, si los interesados pueden desconocer la declaración judicial. Lo cual es verdad, indudablemente, en aquellos supuestos en que la declaración se ha solicitado frente a algunos, no todos, los implicados en la relación litigiosa, dado que a los ausentes del proceso no les vinculará la cosa juzgada. Pero el problema torna a ser, entonces, de eficacia

de la sentencia e, inclusive, de peligro de contrariedad entre resoluciones judiciales, mas no de que la lógica del Derecho inadmita cualquier decisión que no sea unitaria. Puede resultar chocante, pero no hay obstáculo insalvable en que quien ha impugnado con éxito la validez de un contrato por causa de simulación ante sólo algunas de las partes contratantes, haya de soportar que las demás le reclamen y, acaso, consigan judicialmente, que tenga que cumplir las obligaciones a su cargo provenientes del mismo contrato. Por otro lado, y sobre todo en el campo de los derechos absolutos, no siempre será dable conocer anticipadamente y en un determinado momento, contra cuantas personas habrá el actor de deducir su pretensión declarativa para alcanzar protección completa y definitiva de su interés. El riesgo de que aparezca un nuevo contradictor no es descartable en aquel campo y, con él, hay que aceptar la posibilidad de sentencias opuestas. Nadie pone en duda que la acción declarativa de dominio ganada frente a uno, no es óbice a la existencia de un pronunciamiento jurisdiccional posterior que reconozca que ese mismo derecho pertenece a un tercero que no fue parte en el primer proceso.

Por lo tanto, en propiedad, únicamente las sentencias constitutivas deberían dar lugar a situaciones liticonsorciales de carácter necesario. Opinión que cuenta con valedores del prestigio de CHIOVENDA Y GOLDSCHMIDT a quienes cita DAVILA MILLAN; el primero de los cuales afirma que una sentencia declarativa de obligaciones es jurídicamente posible frente a un solo de los varios partícipes en una relación, porque la obligación es por su naturaleza individualizable por la persona del obligado y, como tal, es susceptible de una declaración judicial individual.

Nuestro Tribunal Supremo, no obstante, viene apreciando la existencia de litisconsorcio necesario en supuestos no justificables con base en los dos fundamentos comentados: la defensa del principio de audiencia y la inescindibilidad jurídica del objeto litigioso. Y considera, así, que hay necesidad de litisconsorcio en las acciones relativas al nacimiento, vicisitudes y extinción de los contratos sin parar mientes en la índole de su contenido obligacional (SS, 23-enero-1986, 22-octubre-1988); cuando se pretende la nulidad de un acto o contrato en el que han intervenido varias personas (SS. 29-mayo-1981, 9-marzo-1985, 22-junio-1987, 26-octubre-1988); en las demandas concernientes a derechos de titularidad múltiple (SS. 12-marzo-1977, 22-diciembre-1978); en la reclamación del cumplimiento de obligaciones contraídas por representante con facultades representativas dudosas (S. 3-diciembre-1984); en casos de doble venta (S. 15-abril-1982); para el retracto de finca que ha sido retransmitida (SS. 22-abril-1953, 24-mayo-1986); en supuestos de coaseguro (S. 18-diciembre-1986); en acciones declarativas de servidumbres de luces y vistas (S. 24-julio-1989) y en muchos otros casos. Casos para los cuales la jurisprudencia se ha visto obligada a buscar otros fundamentos en que apoyar su exigencia del

litisconsorcio; fundamentos que ya no parecen ni tan seguros ni convincentes como los son aquéllos.

En primer término, hay numerosas sentencias, incluso recientes (SS. 11-febrero-1985, 10-diciembre-1986, 22-junio-1987, 22-octubre-1988, 24-julio-1989, etc.) que conectan el litisconsorcio con la necesidad de proteger «el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada». Sorprende que se continúe utilizando este argumento —cuya pervivencia quizás obedezca sólo a una repetición mecánica de frases extraídas de sentencias más antiguas—, por cuanto que, si en algo coincide la doctrina procesalista actual, es en rechazar que la cosa juzgada tenga nada que ver con una presunción legal de verdad. Ni la sentencia es un auténtico silogismo lógico, ni su parte dispositiva se impone porque la valoración probatoria y los razonamientos jurídicos sean más o menos acertados, sino porque es una declaración de voluntad que, con la firmeza, deviene inatacable por mandato expreso de la ley. Y, desde luego, la ficción de verdad no se compadece con la limitación subjetiva de los efectos de la cosa juzgada.

Muy frecuentemente, el Supremo liga el litisconsorcio con la finalidad de garantizar la eficacia de la sentencia. Ha hablado de esta suerte, de «evitar sentencias de imposible ejecución» (S. 8-noviembre-1983); de asegurar «la consecución de los efectos pretendidos en el proceso» (S. 11-febrero-1985); de «evitar resoluciones carentes de eficacia frente a quien, debiendo haber sido demandado, no lo ha sido, o de imposible ejecución por afectar a personas no oídas y vencidas en juicio» (S. 31-octubre-1985); de impedir «sentencias incompletas» (S. 25-septiembre-1987) y frases parecidas.

Este argumento, a poco que se analice, tiene que ocasionar extrañeza, toda vez que, a sus resultas, el litisconsorcio necesario, de ser una institución inicialmente concebida en función de la defensa de la posición jurídica de los no litigantes, pasa ahora a convertirse en un instrumento de amparo de los intereses del actor; con olvido de que el proceso se articula sobre un sistema de cargas y que incumbe al demandante pechar con la de crear cuantas condiciones sean precisas para que su pretensión obtenga el fin que persigue. Y, siendo ello así, no se comprende por qué motivo ha de prestarse trato más desfavorable y duro al actor que pierde el pleito, de manera irremediable, con sentencia de fondo, a causa de haber incumplido las cargas de alegar y probar los hechos constitutivos de su pretensión —lo cual a veces sucede por la interferencia de circunstancias ajenas a su voluntad—, que a quien deja de demandar a todos los posibles litisconsortes pasivos; demandante al que, inmerecidamente, se le concede la oportunidad de reproducir su pretensión, enmendando equivocaciones.

Por otro lado, el ordenamiento procesal no desconoce el fenómeno de las sentencias de fondo ineficaces, como lo son las recaídas en pleitos tramitados entre partes no legítimas. Además, la sentencia ineficaz es menos escandalosa

que la injusta o la errónea y, bien mirado, no tan inútil como aparenta. Por de pronto posee la virtud actual de zanjar definitivamente la controversia entre los litigantes, dejando determinada de manera inalterable la relación que les une. Puede, también, estimular la satisfacción extraprocesal del derecho del demandante, ejerciendo influjo persuasivo sobre los ausentes del proceso. Y puede, especialmente, ser completada mediante nueva sentencia obtenida en litigio promovido después contra quienes no fueron llamados al primer pleito. En suma, no anda descaminado SATTÁ, cuando piensa que deducir la necesidad del litisconsorcio de la inutilidad de la sentencia es imposible, porque de la utilidad de la sentencia no puede ser juez más que la parte. Criterio que acepta la novedosa sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1989, la cual razona que el actor es libre de traer al proceso a quien entienda que niega, desconoce, contraría sus derechos o incumple sus deberes, y si una vez dictada la sentencia no pudiera ser ejecutable por exigir actuaciones dentro de la esfera patrimonial de personas no vocadas al proceso y que no las consientan, la sentencia podrá devenir inútil, pero es común sentir de la doctrina procesal que la inutilidad de una sentencia no es fundamento del litisconsorcio pasivo necesario, ni se corrige exigiéndolo en el proceso.

Todavía cabe añadir sobre este punto una última observación, aunque no de menor peso que las otras. Antes de apreciar —incluso de oficio— una situación de litisconsorcio necesario en función exclusiva de la presunta ineficacia de que adolecería la sentencia, convendría meditar que se está impulsando al actor —quien verosímilmente, ya habrá procurado orientar su pretensión contra todos aquéllos a quienes reputa dotados de la aptitud y capacidad suficientes para satisfacerla en su integridad— a formular nueva demanda contra persona hasta ese momento no inquietada y cuyos intereses estaban resguardados merced a la limitación a las partes de los efectos del proceso; la cual persona, en el futuro, va a tener que soportar las perturbaciones y gastos que cualquier pleito conlleva. Con lo que, en tales hipótesis, acaba por ocurrir que la figura del litisconsorcio necesario, no ya no tutela al tercero, sino que puede que aún lo perjudique. Y no parece tampoco que sea misión de los órganos jurisdiccionales, en el orden civil contencioso, asesorar a los justiciables, ni, menos, fomentar la litigiosidad.

La jurisprudencia basa, asimismo, la necesidad del litisconsorcio pasivo en la finalidad de evitar fallos contradictorios. Este argumento complementa el de la ineficacia, dado que nadie promueve un segundo proceso, si con el primero ya alcanzó la totalidad de las consecuencias apetecidas, y hasta puede decirse que constituye otro modo de expresar la idea, puesto que sólo la contradicción es fuente de verdadera ineficacia irreparable. Pero es un argumento tan digno de censura como aquél. El Derecho no se opone a cualquier contradicción entre sentencias, toda vez que, a la larga, la labor de aplicación de las normas se reconduce a definir poderes y deberes de cada sujero individual

frente a otro sujeto individual; y lo que rige en una determinada relación —personal, real— entre unos, cabe que no rija en la de otros. La disparidad de pronunciamientos no es, por sí sola, ilícita ni repudiable, conforme ha reconocido el Tribunal Constitucional, fijando la doctrina de que el principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución), se cumple siempre que, dentro del ámbito de la independencia de los Tribunales en su función específica, se exteriorice y razone la aplicación del Derecho que en cada caso se efectúe y que, supuesta la no sujeción al propio precedente («stare decisis»), se explicita en la decisión innovadora, o se deduzca con claridad, la razón del distinto fallo, bien porque los hechos y circunstancias no sean parejos, bien porque sea otra la realidad social del tiempo en que se apliquen las normas (artículo 3.1. del Código Civil), bien porque, en fin, se considere preciso corregir interpretaciones erróneas de las precedentes (S. 30-noviembre-1989, por todas).

En definitiva, el único espacio donde el ordenamiento jurídico no tolera resoluciones judiciales contradictorias es el de las materias ya cubiertas por la fuerza de cosa juzgada. Extender la prohibición a otros carece de justificación atendible, pues en absoluto merece tal valor el propósito de ahorrar desprestigio a los Tribunales; pobre motivación que en ocasiones se ha empleado y cuya debilidad resulta palmaria. De nuevo es el magisterio de CHIOVENDA —cuya opinión aquí comparte SERRA DOMINGUEZ— el que avisa de que para determinar la existencia del litisconsorcio no es guía segura la necesidad de evitar fallos contradictorios.

Todo lo expuesto no ignora que la ineficacia de la sentencia y la coexistencia de resoluciones contradictorias son males. Lo son, sin género de duda. Pero sí pretende resaltar que la utilización del litisconsorcio necesario a título de remedio para prevenirlas, tergiversa el significado originario de la institución, en la medida en que ya no protege los intereses de terceros y sirve, a lo más, para liberar al demandante de las consecuencias nocivas que normalmente acarrea el incumplimiento de una carga al gravado con ella y que, de otra suerte, habría de sobrellevar. Por otra parte, esta deficiente comprensión de la figura facilita que, en la práctica forense, se esté produciendo un auténtico abuso de la excepción litisconsorcial, la cual se aduce, no para defender derechos del ausente, sino con la única intención de aplazar de manera indefinida la sentencia sobre el fondo; lo que autoriza a preguntarse si la generalización del empleo de la figura más allá del conjunto de casos en que encuentra justificación jurídica estricta, no ocasiona daños más graves que los que procura eludir. Daños que acrecienta la circunstancia de que la infracción del litisconsorcio necesario ha de apreciarse en trámite de sentencia definitiva, salvo, acaso, en el juicio de menor cuantía siempre que se haga uso de la comparecencia previa regulada en el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento para tal objeto; de donde se sigue, entonces, que toda la actividad procesal de los

litigantes y del aparato público de la Administración de Justicia se habrá desperdiciado —ésta sí— inútilmente. Probablemente por ello, el Tribunal Supremo ha ido mitigando las consecuencias severas a que conduce la aplicación de su propia doctrina y declara que no es menester demandar a quien, extraprocesalmente, tiene manifestada su voluntad en el sentido que se postula en la demanda (SS. 16-octubre-1978, 26-febrero-1981); manifestación que, por cierto, ni garantiza la ejecución de la sentencia, ni suprime de plano la eventualidad de un segundo litigio; que tampoco hay que demandar a los terceros a quienes los efectos de la cosa juzgada sólo alcanzan con carácter reflejo (SS. 16-diciembre-1986, 22-abril 1987, 9-marzo y 4-octubre-1989); y que la falta de litisconsorcio se subsana con la acumulación de autos (S. 24-mayo-1986) o si el ausente se incorpora al proceso, inclusive en fase de apelación (S. 25-marzo-1988).

En último extremo y mientras la doctrina jurisprudencial continúe afrontando el problema de la pluralidad de partes en el proceso desde los parámetros de eficacia y no contrariedad entre sentencias, quizás no resultara impertinente proponer que la valoración de la cuestión se reserve para el estudio final de la motivación de la sentencia; o, expresado de otro modo, que se aprecie la falta o no de litisconsorcio necesario en los supuestos en que no son razones de técnica jurídica estricta las que lo imponen, «secundum eventum litis». Pues absolver en la instancia —máxime si se procede de oficio—, cuando la decisión iba a ser desestimatoria en el fondo de las pretensiones del actor, a la par que confiere a éste ocasión de corregir sus yerros procesales —y no sólo en lo referente a las personas que deben ser demandadas, también en otros aspectos de alegaciones y de pruebas—, lesiona un derecho del demandado al que la Constitución alude: el derecho a la seguridad jurídica, que conlleva el de no ser molestado en el futuro con el replanteamiento del mismo conflicto.

Centrando de nuevo la atención en el tema de la solidaridad pasiva, parece claro, en rigurosa aplicación de los criterios que acaban de apuntarse, que el respecto al principio de audiencia bilateral, hoy consagrado por la Constitución en su artículo 24, debería llevar aparejado la consecuencia de tenerse que convocar al proceso donde se ventilan responsabilidades, contractuales o extracontractuales, de naturaleza solidaria, a todos los codeudores, puesto que a todos abarca el efecto de cosa juzgada material, de conformidad con el artículo 1.252, párrafo 3.º, del Código Civil. Y, sin embargo, como ya se ha dicho, es el propio Código el que suprime la necesidad del litisconsorcio, al establecer en su artículo 1.144 que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores o contra todos ellos simultáneamente; añadiendo el párrafo 2.º del artículo 1.141 que las acciones ejercitadas contra uno de los deudores solidarios perjudican a todos. La cuestión que plantean estos preceptos, es la de si existe posibilidad de armonizarlos con la exigencia constitucional de que

nadie sufra indefensión. La búsqueda de la respuesta a este problema debe comenzar por la averiguación de la manera y medida en que la sentencia ganada por el acreedor frente a uno de los deudores llega a afectar a los demás.

Ante todo y como se ha adelantado, esa sentencia carece de virtualidad ejecutiva frente al deudor contra el que no se pronunció la condena. Cualquier título de ejecución contrae el despliegue de su fuerza coactiva a la persona o personas que designa como obligadas a realizar la prestación debida. Entenderlo de otro modo —escribe MIGUEL ANGEL FERNANDEZ— supondría la más flagrante violación del principio de audiencia, entraría en colisión con las normas que regulan el despacho de ejecución y abriría una ancha brecha al fraude.

Por lo que atañe a la cosa juzgada material, la sentencia estimatoria de la demanda no produce el efecto negativo y no hace inviables los procesos ulteriores que el acreedor pueda promover contra los demás deudores hasta obtener el cobro total de su crédito. Si así no fuera, se imposibilitaría el ejercicio del «ius variandi» que el artículo 1.144 del Código Civil, inciso último, atribuye al acreedor, cuando establece que las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra las demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo. Pero si la cosa juzgada no excluye procesos sucesivos, sí debe operar, en cambio, la litispendencia. Hasta tanto el primer proceso no haya concluido en firme, el acreedor tiene vedado demandar a otros codeudores, dado que la tramitación paralela de tales litigios genera el riesgo de que se pronuncien sentencias contrarias que entre sí producirían efecto de cosa juzgada. Por razones de otro género, GARCIA GOYENA ya había advertido que era exorbitante que el acreedor, antes de feneceer el juicio iniciado contra uno de los deudores por el todo, pudiera entablar la misma demanda contra los restantes. PUIG y FERRIOL también entiende que el principio de la buena fé y la prohibición del abuso de derecho deben suponer un serio límite al ejercicio del «ius variandi». Aún más lejos va MIGUEL ANGEL FERNANDEZ, para quien son presupuestos de actuación de la referida facultad, no sólo que la deuda no haya resultado cobrada, si que también que el demandado sea insolvente, lo cual sólo puede determinarse mediante el agotamiento de la ejecución forzosa con resultado infructuoso. Lo cierto, en cualquier caso, es que el Tribunal Supremo ha reconocido en su sentencia de 2 de mayo de 1983 que existe litispendencia entre procesos incoados contra obligados solidariamente.

La sentencia desestimatoria de la demanda, a la inversa, sí posee eficacia excluyente de posteriores procesos, siempre que la absolución se funde en circunstancias comunes a todos los codeudores. Mas si se basa en circunstancias personales del demandado, el acreedor conserva todavía la posibilidad de dirigirse contra otros, conforme se detallará después.

El efecto de cosa juzgada material de la sentencia que admite la pretensión del acreedor es, por lo tanto, el prejudicial o positivo. Ello quiere decir que dicha sentencia penetra en los eventuales procesos ulteriores que se susciten entre los sujetos involucrados en la situación jurídica donde median los vínculos de solidaridad pasiva, prefigurando de manera inmutable alguno o algunos de los elementos determinantes del fallo que les ponga fin.

Estos procesos pueden desenvolverse en dos líneas distintas. De un lado están los que el acreedor promueva, al amparo del inciso final del artículo 1.144 del Código Civil, contra otros o los demás deudores solidarios a fin de obtener la completa satisfacción de su crédito, que no logró mediante el pleito precedente. Y del otro, los que el deudor que pagó entable para reclamar de los demás codeudores que le reintegren «la parte de deuda que a cada uno corresponde, con los intereses del anticipo», según reza el artículo 1.145, párrafo 2.º, del Código; procesos estos últimos que pueden ser uno o varios, por cuanto que el deudor reclamante no está obligado a demandar a todos los demás conjuntamente, ya que, en la relación interna, cuando no está comprometido el interés del acreedor, la deuda recibe un tratamiento parciario, lo cual atrae la aplicación del artículo 1.138 del mismo código.

Hay que tener presente, no obstante, que la distribución interna de la responsabilidad entre los deudores no es consustancial al régimen jurídico de la solidaridad pasiva. Puede darse o no, en función de las relaciones subyacentes que enlacen a los obligados solidarios. Así, por ejemplo, el dependiente que indemniza el daño causado por él mismo carece de derecho a repetir contra su principal. El asegurador que paga tampoco puede solicitar del asegurado la devolución de la cantidad entregada a la víctima, a no ser que, excepcionalmente, hubiera estado impedido de negarse al abono, aun sin hallarse en definitiva obligado a efectuarlo, merced al mecanismo de la inoponibilidad de excepciones con que el artículo 76 de la Ley de Seguro robustece el ejercicio de la acción directa que pone a disposición del perjudicado a causa de un acto comprendido dentro de la cobertura del seguro de responsabilidad civil. El fiador solidario, en cambio, tiene derecho a recuperar del deudor principal la cantidad que satisfizo por éste; pero en su integridad, sin que se verifique división de la deuda entre ellos.

Por lo demás, en los casos en que las relaciones subyacentes prevean el reparto interno de la responsabilidad global, el deudor que pagó al acreedor más cantidad de la que por razón de su cuota le correspondía, cuenta, para recobrar el exceso y a fin de que los restantes codeudores no se enriquezcan indebidamente, con dos acciones distintas y diferenciadas, compatibles entre sí, según la opinión doctrinal mayoritaria (CASTAÑO, ALBADALEJO, DIEZ-PICAZO): la de regreso, a la que se refiere el artículo 1.145 del Código, y la de subrogación en el crédito del acreedor y que se apoya en el n.º 3 del artículo 1.210 del citado Texto legal. Pero también hay quien cree que la acción es única

y que el artículo 1.145 se limita a acomodar la acción general de subrogación dimanante del pago de la deuda ajena a las peculiaridades de la solidaridad pasiva, restringiendo sus efectos en el sentido de mermar la cantidad y calidad del crédito subsistente en manos del codeudor que satisfizo la totalidad de la deuda (SOTO NIETO). Lo cual permitiría explicar de manera coherente la pérdida del beneficio de la solidaridad que experimenta el crédito surgido a favor del deudor por consecuencia del pago, a pesar de la regla que establece el artículo 1.212 del Código Civil.

Tales son los procesos sobre los que proyecta su eficacia prejudicial la cosa juzgada material nacida de la sentencia favorable al acreedor recaída en proceso antecedente. Importa ahora concretar las limitaciones que la operatividad de dicha cosa juzgada introduce en el terreno de las cuestiones susceptibles de ser discutidas en el segundo proceso y, consiguientemente, de qué modo coarta el ámbito de conocimiento y el poder de decisión del segundo juez y las posibilidades defensivas de quienes comparecen en ese proceso posterior en calidad de partes.

La cosa juzgada es vinculación a la primera sentencia: pero no a todos los componentes de la misma. Sólo pasa en autoridad de cosa juzgada la parte dispositiva de la resolución judicial, en cuanto declara la existencia o inexistencia de la relación jurídica deducida en juicio. Quedan, por el contrario, al margen de ella las conclusiones fácticas obtenidas mediante la valoración probatoria y los razonamientos jurídicos, así los que versan acerca de las defensas y excepciones opuestas por el demandado, como sobre las cuestiones prejudiciales de la cuestión principal planteada por los litigantes. Unos y otros son elementos que están preordenados instrumentalmente al fallo y que no se independizan ni adquieren consistencia propia separados de él. Este es el parecer que prevalece en las doctrinas científicas y jurisprudenciales (S.T.S. 10-abril-1984, por todas). Su rígida aplicación, no obstante, conduce a algunas consecuencias extremosas y poco razonables que autores, como SERRA DOMINGUEZ, el cual recoge la opinión de PUGLIESE, intentar paliar, considerando que la decisión de una cuestión prejudicial debe poseer eficacia de cosa juzgada, si fue propuesta directamente por las partes o fue debatida ampliamente entre las mismas por tener un carácter decisivo respecto del proceso principal.

Ahora bien, si el pronunciamiento que declara la existencia o inexistencia de la relación jurídica controvertida tiene fuerza de cosa juzgada, esta última debe comprender también, necesariamente, todas las condiciones positivas y negativas viabilizadoras de lo declarado, puesto que, de no ser de este modo, la cuestión ya enjuiciada en firme podría ser reproducida otra vez. Dice, en atención a ello, GOMEZ ORBANEJA, que la declaración firme de que el derecho ejercitado existe, excluye cualquier deducción jurídica en contra, fúndese en los motivos de oposición de que se haya conocido en el proceso y que el

juez rechazó o en cualquier otro que el demandado hubiese podido aducir, pero no empleó. La cosa juzgada, consiguientemente, precluye, para todas las personas a quienes afecta, la posibilidad, no sólo de negar en el futuro los hechos constitutivos de la pretensión del actor, sino también la de alegar en contra de éstos hechos impositivos, extintivos y excluyentes; y tanto si estos medios de defensa fueron utilizados en el primer proceso, como si, habiendo sido factible su uso, el demandado dejó de utilizarlos.

La extensión objetiva de la cosa juzgada frente a los deudores solidarios ha de determinarse, en consecuencia, en función del contenido que la ley permite que tenga el proceso, y no por la medida del comportamiento observado realmente por los deudores demandados y vencidos en el proceso que la crea. Y este contenido lo fija el artículo 1.148 del Código Civil, al disponer que «el deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se derivan de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales. De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fuesen responsables». Inaceptable, por ende, ha de resultar la creencia de DIEZ-PICAZO de que el demandado ulteriormente puede valerse de cualesquiera excepciones que no sean de las opuestas por los demandados anteriores y que fueron desestimadas por la sentencia.

Antes de continuar adelante y entrar en el examen del artículo 1.148 del Código, hay que consignar, sin embargo, una observación de importancia: la extensión objetiva de la cosa juzgada nunca incluye la propia cualidad de deudor solidario. Como certeramente señala CAFFARENA LAPORTA, el Código parte del vínculo de la solidaridad para extender la cosa juzgada. Ese vínculo es el supuesto de hecho de la norma contenida en el párrafo 3.º del artículo 1.252; la extensión de la eficacia de la cosa juzgada es la consecuencia jurídica. Decidir quienes se encuentran vinculados en la relación obligatoria como deudores es algo que solo puede hacerse estando presentes en el juicio los calificados como tales, si bien no es necesario que se haga en un único proceso.

Estas consideraciones de CAFFARENA se ven reforzadas por el dato de que las declaraciones que la sentencia pueda efectuar en relación con el carácter de deudores solidarios de personas distintas de las demandadas figurarán, normalmente, en la parte argumentativa de la resolución judicial; y sabido es que dicha parte, cabalmente, no entra en la cosa juzgada. Y si se da el caso —sumamente improbable— de que tales declaraciones se hayan incorporado al fallo, también serán inaptas para perjudicar a las personas a quienes aluden, por cuanto que los litigantes carecen de legitimación para debatir y pretender decisión jurisdiccional sobre una titularidad jurídica ajena y el pronunciamiento será, entonces, pura «res inter alios acta», ineficaz frente a quien permaneció extraño al proceso.

De aquí se sigue el desacierto en que incurren aquellas dos sentencias del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1980 y 26 de junio de 1989, al exigir la presencia en el proceso donde el perjudicado reclama indemnización, de todos los posibles causantes del acto lesivo susceptible de provocar el nacimiento entre ellos de lazos de solidaridad. El criterio es desacertado, porque la sentencia que se dicte en ese proceso decide, exclusivamente, sobre la existencia de responsabilidad en el demandado, a quien absolverá, si no la tiene, y a quien condenará al pago íntegro de la indemnización debida, si concluye que es responsable. Nada resuelve, en cambio, acerca de la eventual responsabilidad de los ausentes del litigio; cuestión que únicamente puede ser tratada con efectos de cosa juzgada en los sucesivos procesos que se incoen en contra de éstos y en los cuales cabrá discutir con libertad si los nuevos demandados están o no obligados al resarcimiento y, caso afirmativo, incluso la cuota de responsabilidad interna que les incumbe. Claro que en estos procesos la primitiva sentencia estimatoria impedirá el debate sobre ciertos extremos, como pueden ser la realidad del daño y la cuantía de la indemnización que corresponde a la víctima. Pero estas restricciones son ya el producto que conlleva la aplicación del régimen de la solidaridad pasiva; aplicación cuya procedencia se solventa sólo en los posteriores procesos y con la intervención del interesado, más no en el primero, donde la solidaridad no juega otro papel que el de constituir un marco de referencia hipotético y no más que posible.

Como se ha visto, el artículo 1.148 del Código faculta al deudor solidario para defenderse de la demanda del acreedor, alegando las excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación, las que le son personales y también —peculiaridad que aleja a nuestro ordenamiento de otros extranjeros, como el francés y el italiano— las personales de los demás deudores «en la parte de deuda de que éstos fueren responsables». Lo cual supone, conforme indica la doctrina, una desviación de los principios informadores de la solidaridad en favor de la parcialidad basada en motivos de justicia, por cuanto que deroga parcialmente la obligación que pesa sobre cada deudor solidario de pagar la totalidad de la deuda. En el campo procesal, por otro lado, este poder atribuido al deudor solidario de articular en su propio interés excepciones pertenecientes a otro se explica como una manifestación del fenómeno de legitimación por sustitución al que más arriba se ha hecho referencia.

Dos precisiones previas conviene dejar sentadas relativamente a dicho precepto. La primera consiste en que el artículo 1.148 determina los medios de defensa utilizables por el deudor solidario que no está afectado por la fuerza de cosa juzgada que emana de sentencia precedente; pero no rige para los demás. Otra interpretación implicaría suprimir la extensión de la cosa juzgada que se produce, por particular mandato legal, entre los vinculados por la solidaridad pasiva.

El segundo punto digno de resaltarse es el de que el artículo 1148, ayuno de tecnicismos procesales, emplea la palabra «excepciones» en un sentido impreciso, que comprende la generalidad de los instrumentos de defensa utilizables por el demandado frente a la demanda, y no con el significado propio que le confiere la moderna doctrina procesalista, para la cual el vocablo posee el valor semántico de designar aquella categoría de hechos jurídicos de los que surge para el demandado el derecho potestativo de enervar la prestación pretendida por el actor; hechos que fundan un contraderecho y que, abandonado el ejercicio de éste a la libre disposición de su titular, no producen su consecuencia jurídica, si no son alegados oportunamente, aunque consten por otra vía en el proceso; nota que los diferencia de los hechos impeditivos y extintivos, los cuales, si aparecen acreditados, deben ser apreciados, incluso de oficio, por el juez.

La mayor parte de los autores españoles, ateniéndose a la redacción literal del tan repetido artículo 1148, cree suficiente clasificar las excepciones —entendida la expresión en su acepción impropia— que el deudor demandado puede utilizar en dos grupos: las comunes a todos los deudores, denominadas también reales u objetivas, y las personales o subjetivas. Para DÍEZ PICAZO pertenecen a esta última clase las excepciones que tienen su fundamento en un hecho estrictamente personal; calificación que precisa el concurso de dos requisitos: que el hecho se verifique sólo para uno de los codeudores y, además, que opere sobre la obligación, no de manera directa, sino a través de un particular estado o de una particular condición del sujeto. Entrarían, entonces, dentro de este grupo, las excepciones que se refieren a la capacidad de obrar y las que determinan la nulidad o anulabilidad del negocio constitutivo para uno de los deudores. Todas las restantes excepciones, en cambio, serían ya reales: la inexigibilidad de la deuda; el pago; la prescripción; la nulidad del negocio constitutivo por una causa de nulidad aplicable a todos los sujetos, etc.

CAFFARENA propone otra interpretación del artículo 1148, que parece más plausible. Parte el mencionado autor de afirmar, con DELGADO ECHEVARRÍA, que la solidaridad pasiva cumple, en la relación acreedor-deudores, una función de garantía del crédito al igual que la fianza. Y, contrastando el régimen jurídico de ambas instituciones, hace notar que el deudor solidario se encontraría en una posición privilegiada, injustificadamente, respecto del fiador, toda vez que éste, por imperativo de los artículos 1824 y 1853 del Código, no puede oponer al acreedor las excepciones puramente personales del deudor principal; cosa que, por el contrario, se hallaría al alcance del deudor solidario, con arreglo a una aplicación textual del artículo 1148. Por esta circunstancia y a fin de salvar el desajuste, estima CAFFARENA que en materia de excepciones oponibles por el deudor solidario deben distinguirse tres tipos: las reales, las personales y las puramente personales. Son las primeras, las que

derivan de la naturaleza de la obligación; pertenecen a todos los deudores y afectan a la totalidad de la deuda. Las segundas pertenecen al deudor en cuya persona se da el hecho del cual derivan, pero los demás pueden servirse de ellas por la cuota en que aquél participa de la deuda. Las terceras, en fin, derivan también de hechos concernientes a un sólo deudor; pero sólo le pertenecen a él y no pueden ser utilizadas por los restantes deudores en forma alguna. Forman parte de esta última categoría, según CAFFARENA, la menor edad y la incapacidad para contratar de alguno de los deudores solidarios; pero no los vicios de consentimiento, que encajan dentro de la categoría de las excepciones personales simples.

No es aquí lugar de abordar la temática que origina el encuadramiento de cada uno de los hechos fundantes de motivos de oposición en alguna de las tres clases citadas y los problemas que provocan. Son cuestiones que CAFFARENA estudia con profundidad y competencia, aunque no todas sus apreciaciones sean asumibles. Pero para dar una idea de su complejidad basta con apuntar ahora que se discute si, frente al acreedor, los vicios de consentimiento de un deudor son purificables por otro y las consecuencias que ello comporta; que la prescripción puede ser una excepción personal, si los deudores no están vinculados del mismo modo, como autoriza el artículo 1140 del Código; que es dudosa la solución acerca de quien debe soportar la cuota de responsabilidad asignada al menor o incapaz en la relación interna, etc. Especiales dificultades plantea, como de costumbre, la excepción de compensación. Entre los problemas que ocasiona están si puede ser opuesta por el deudor distinto del titular del contracrédito; si, caso positivo, puede utilizar el contracrédito por la totalidad de la deuda o sólo hasta donde llegue la cuota de que responde su titular; los efectos que genera la sentencia estimatoria de la compensación sobre el resto del crédito no consumido; si la sentencia desestimatoria de la compensación argüida por un codeudor no titular, impide que el titular del contracrédito reproduzca la excepción frente al acreedor o frente al deudor que pagó, etc. En general, la respuesta a estas cuestiones viene dada por la naturaleza de la excepción de compensación, la cual, contrariamente a lo que aparenta, no debe reputarse de excepción personal, sino de excepción común, habida cuenta de que el artículo 1143 del Código preceptúa que la compensación hecha con cualquiera de los deudores solidarios extingue la obligación.

Con base en lo expuesto, cabe ya trazar un cuadro de los efectos que produce la extensión de la cosa juzgada decretada por el artículo 1252 del Código entre quienes están unidos por vínculos de solidaridad, supuesta siempre la existencia de tales vínculos. Cuadro que quedaría del modo que sigue.

La sentencia que desestima la reclamación del acreedor deducida contra uno o varios de los deudores solidarios, veda reproducir la pretensión contra los demás, con tal de que la desestimación obedezca a una excepción común a todos los deudores. La pretensión podría, no obstante, repetirse contra cual-

quiera o contra el conjunto de los deudores, si la excepción determinante de la sentencia absolutoria fue una excepción temporal de fondo —no procesal—; que son las que niegan la prestación como actualmente debida, pero no imposibilitan que la acción sea propuesta de nuevo, cuando desaparece el obstáculo que antes la impidió prosperar: el plazo ya ha vencido, se ha dado cumplimiento a la obligación correspondiente, etc.

En el caso de que la absolución se funde en el éxito de una excepción personal del demandado, ya sea personal simple, ya puramente personal, el acreedor puede todavía encaminar su reclamación contra los restantes deudores, pero reduciendo cuantitativamente su pretensión en la porción que correspondía atender al absuelto, si es que en la relación interna está previsto el reparto de la responsabilidad. Puede ocurrir en estas hipótesis que el demandado hubiere alegado, además de la excepción triunfante, otras comunes y que la sentencia haya rechazado éstas antes de estimar aquélla; surgiendo entonces la duda de si los codeudores gozan aún de oportunidad para volver a utilizar las mismas excepciones comunes que la primera sentencia denegó. La respuesta debe ser afirmativa y entenderse que los demandados con posterioridad están capacitados para invocar esas o cualesquiera excepciones comunes, toda vez que las declaraciones de la sentencia acerca de las excepciones empleadas no adquieren, por sí solas e independientemente del fallo, fuerza de cosa juzgada.

La sentencia ganada por el acreedor frente a uno o algunos de los deudores solidarios, en fin, impide a los demás eludir el pago que luego les demande el acreedor en ejercicio del «*ius variandi*», aduciendo excepciones de cualquier género; así las que fueron utilizadas en el primer litigio, como las que pudieron serlo, incluso aunque se trate de excepciones personales suyas, salvo las que sean puramente personales, dado que de éstas no se pudo conocer en el proceso anterior.

Lo dicho hasta ahora vale para la esfera en que se desenvuelven las relaciones entre acreedor y deudores solidarios. En el ámbito de las relaciones internas entre codeudores la cosa juzgada surte también efecto, pero con alteraciones de trascendencia.

Opera, desde luego, en su plenitud, si quién verificó el pago al acreedor, no participó en el proceso que finalizó con la sentencia productora de la cosa juzgada. Frente a su pretensión de nivelación que deduzca en vía de regreso, no podrán los demás proponer otras ni más excepciones que las que sean puramente personales de cada cual y siempre que, además, estas excepciones no hubieran sido aducidas, o hubieran podido aducirse en el referido proceso.

Muy matizadas, en cambio, tienen que ser las conclusiones, cuando el deudor que ejercita la acción de regreso fue condenado por la sentencia de la que dimana la cosa juzgada. Este deudor, al resultar escogido por el acreedor para

la realización del pago, devino en el proceso portador y defensor ante el demandante del interés común de todos los codeudores y, por consiguiente, ha de responder ante sus compañeros de la conducta relevante para todos que mantuvo durante el litigio. Sería inadmisibles y fuente de fáciles fraudes que, en la relación interna, los codeudores se hallarán inermes para contrarrestar el comportamiento del deudor que, por dolo o negligencia, propició la sentencia condenatoria que a todos vincula para con el acreedor. El Código no lo establece expresamente, pero el principio se induce del artículo 1147, a tenor del cual, si la cosa hubiere perecido o la prestación se hubiere hecho imposible mediando culpa de cualquiera de los deudores, todos los demás serán responsables ante el acreedor del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses «sin perjuicio de su acción contra el culpable o negligente». Además, la falta de alegación de las excepciones —hablando ahora en sentido propio— de que el demandado hubiera podido servirse, puede entrañar una renuncia en perjuicio de tercero, proscrita por el artículo 6.2 del Código Civil. DÍEZ PICAZO postula asimismo la aplicación analógica a estos supuestos de los artículos 1840 y 1841, referentes a la fianza, y que facultan a utilizar contra el fiador que pagó sin ponerlo en conocimiento del deudor, todas las excepciones que éste hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago.

Parece, pues, que en las hipótesis que se comentan, cabría proceder a un reexamen y valoración de todo el material litis-decisorio del primer proceso. La cuestión es, sin embargo, extremadamente delicada, por cuanto que en el resultado de la sentencia confluyen una serie de factores muy diversos que deben discernirse con cuidado y sopesarse prudentemente a la hora de proporcionar una respuesta justa a cada caso particular. Es posible, de todos modos, esbozar algunas indicaciones generales; pero sin perder jamás de vista que lo que se enjuicia es la idoneidad defensiva de la actividad procesal desplegada por un litigante, y no el acierto o desacierto de la labor intelectual estimativa desarrollada por el juzgador y que su resolución refleja.

Así, en cuanto a los medios de defensa efectivamente utilizados por el demandado y que la sentencia rechazó, no cabrá en principio efectuarle reproches, a no ser que aparezca de manera rotunda y diáfana que el rechazo obedeció a deficiencias probatorias inexcusables.

Por lo que respecta a los medios de oposición no empleados, sería factible distinguir, a los mismos fines, entre aquellos que el juez debe apreciar de oficio (falta de hechos constitutivos o concurrencia de hechos impeditivos y extintivos) y los que precisan de previa petición de parte legitimada (excepciones en sentido propio). Pero, aun aquí, habría que ponderar, antes de llegar a una conclusión definitiva, que el juez no puede desconocer ni apartarse de los extremos fácticos fijados como ciertos en el proceso merced a haber sido reconocido por el litigante a quien perjudican; que tiene también la facultad de inferir ese reconocimiento del mero silencio o de las respuestas evasivas

(artículo 549 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); que la tarea de aportar al pleito el material de hecho en que la sentencia ha de basarse corresponde a los litigantes y no al juzgador; y que la actitud procesal del deudor demandado puede haber estado mediatizada por la indisponibilidad de los instrumentos defensivos oportunos, lo cual cabe la posibilidad de que resulte achacable a falta de colaboración de los restantes codeudores; circunstancia que puede entorpecer, de modo especial, la alegación y prueba de las excepciones personales pertenecientes a los no demandados. Justamente por ello y para cubrirse frente a una eventual censura posterior acerca de su manera de llevar el proceso, le conviene al deudor demandado poner en conocimiento de los restantes deudores la demanda formulada por el acreedor, a fin de proporcionarles la oportunidad de incorporarse al litigio en calidad de litisconsortes voluntarios que coadyuven con él en la defensa del interés de todos. Actuando de esta suerte, el demandado evita que en el futuro se le oponga la llamada «*exceptio male gesti processus*», que algún ordenamiento foráneo regula, como hace la Ordenanza Procesal Alemana en su parágrafo 68, y de la que hay atisbos en el precitado artículo 1840 del Código Civil. De lo que carece es del derecho de provocar la intervención coactiva o forzosa de los demás deudores en el proceso, toda vez que el Código no se lo concede, a diferencia de lo que ocurre con los coherederos para el pago de las deudas de la herencia y en la compraventa para el supuesto de saneamiento por evicción (artículos 1084 y 1482, respectivamente).

Queda patente a través de esta indagación, en consecuencia, que la extensión del efecto de la cosa juzgada a quienes están ligados por vínculos de solidaridad pasiva, restringe de manera sustancial el ejercicio personal del derecho de defensa de sus propios intereses por parte de aquéllos a los que alcanza. La restricción, sin embargo, no choca con el artículo 24 de la Constitución en todos los casos en que la aplicación del régimen jurídico de la solidaridad pasiva ha sido aceptada, con cuantas consecuencias el mismo conlleva, por el sujeto; sea porque prestó su consentimiento al negocio constitutivo de la solidaridad; sea porque realizó voluntariamente el supuesto de hecho al que la ley anuda por anticipado —y, por ende, de modo cognoscible— la solidaridad como efecto (nombramiento conjunto de un único mandatario para un negocio común, adquisición de los derechos de explotación de una patente ya concedido, participación en la fundación simultánea de una sociedad anónima, etc.). La razón de ello radica en que no es indefensión constitucionalmente relevante la consentida o provocada por quien la padece.

Mucho más dudosa se presenta la licitud de limitar la utilización personal de los medios de defensa, cuando la aplicación del régimen de la solidaridad pasiva se impone sin conexión alguna, inmediata o mediata, con la voluntad de los implicados, como sucede entre los varios coautores de un hecho dañoso extracontractual, los cuales asumen una responsabilidad solidaria frente a la

víctima, conforme ha establecido reiteradamente la doctrina de la jurisprudencia.

La superación del conflicto, empero, no debe venir por la supresión de la solidaridad y el retorno a la añeja regla de la mancomunidad, puesto que la solidaridad entre los corresponsables, y a pesar de las severas críticas formuladas por ALBADALEJO y CRISTÓBAL MONTES, es el tratamiento jurídico que la realidad social actual requiere —y que, por tanto, la ley autoriza (artículo 3.1 del Código Civil)— en orden a asegurar que el fin práctico buscado por la norma del artículo 1902 del Código —la indemnidad del perjudicado— se cumpla.

Tampoco es solución satisfactoria la de establecer un litisconsorcio necesario que abarque a todos los eventuales responsables del daño. Esto equivaldría a gravar a la víctima con la carga de tener que identificar, antes de promover el pleito, las posibles causas del suceso y las personas a quienes sea imputable cada cual; labor que, habida cuenta la extrema complejidad de la técnica moderna y de los procesos de construcción, fabricación y comercialización de productos, ni siquiera se logra en muchas ocasiones dentro del propio litigio. Con lo que, aparte de consideraciones de menor entidad, como las atinentes al incremento de gastos, una carga semejante retardaría considerablemente la satisfacción del derecho de la víctima a ser indemnizada —bastaría para paralizar su reclamación que cualquiera de los demandados arguyera la existencia de otro eventual responsable— y puede que, incluso, terminara por hacerlo ilusorio; lo cual también contraría frontalmente el fin práctico perseguido por la norma que procura aplicarse.

La salida del conflicto entre el derecho del perjudicado a obtener el con digno resarcimiento y el derecho de los responsables a defenderse sin trabas hay que hallarla, más bien, por la vía de eliminar de raíz la extensión del efecto de la cosa juzgada de la sentencia a los no litigantes; de manera que, sin perjuicio de que cada deudor continúe respondiendo ante el acreedor por el todo, conserven intactas, al tiempo, sus armas de defensa. Y he aquí, por donde, se acabaría encontrando utilidad práctica a la categoría de las obligaciones «in solidum», que algunos autores propugnan importar a nuestro Derecho. Pues una de las características que diferencian estas obligaciones de las solidarias consiste, según LEÓN ALONSO y SOTO NIETO, en que no producen los llamados «efectos secundarios» de las obligaciones solidarias propiamente dichas.

CONTESTACION AL DISCURSO DE FRANCISCO JAVIER MUÑOZ JIMENEZ

BERNARDO CARDONA ESCANDELL
ABOGADO

Cumplo con sumo gusto la honrosa tarea de contestar al discurso de ingreso en esta Academia del Ilmo. Sr. don Francisco Javier Muñoz Jiménez, Magistrado de nuestra Audiencia, que llega a esta Casa pleno de prestigio y con la autoridad que en nuestro Foro se le reconoce manifestada por una vida de servicio vocacional al mundo del Derecho. La Academia se enriquece recibiendo en su seno a un Jurista de alta calidad científica y humana y, al darle la bienvenida, yo me uno al gozo institucional que estoy seguro comparten todos mis compañeros.

Debo manifestar que hace aún pocos años yo no conocía a don Francisco Javier Muñoz. No le conocía personalmente, pero le conocía perfectamente a través de esa comunicación que une al Ponente de una Sentencia con el Abogado que, sea o no parte en el proceso, espera aumentar sus conocimientos a través de los razonamientos expuestos con claridad para resolver el difícil problema planteado en una litis.

Permitidme ahora una breve glosa del Discurso que acabamos de escuchar. El tema es no solamente sugestivo desde el punto de vista doctrinal sino también por la importancia y frecuencia que se plantea ante los Tribunales de Justicia.

Cuando las condiciones de acreedor o de deudor de una relación obligatoria se asumen por más de una persona, pueden surgir varias y distintas situaciones en las que tal concurrencia subjetiva no ofrece siempre las mismas notas tipificadoras.

Esta obligación, subjetivamente considerada, se caracteriza por:

– Pluralidad de personas.
– Prestación única, al menos inicialmente, como objeto de la relación obligatoria.

– Por un mismo hecho, o varios conectados de tal forma que la Ley o la voluntad de los particulares hayan querido como único, dando origen a una relación jurídica, de suerte que la facultad de exigir y el deber de prestar, respectivamente, de los distintos acreedores y deudores, obedezcan a una misma causa generadora.

La doctrina señala generalmente tres supuestos de obligaciones con pluralidad de sujetos, según que:

– Cada uno de los distintos sujetos activos o pasivos puedan exigir o deban prestar **una sola parte del objeto de la obligación**.

– Cada uno de ellos esté facultado para reclamar en su totalidad la prestación o venga obligado a su íntegro cumplimiento.

– Sólo la actuación conjunta de acreedores o deudores permita reclamar la prestación o que ésta se realice.

Aun cuando no existe unanimidad en las denominaciones, por un sector de la doctrina son llamadas mancomunadas las del primer grupo, solidarias las del segundo y en mano común las del tercero.

Dentro de las obligaciones del segundo grupo, es decir, las solidarias, cabe una pluralidad de acreedores; pluralidad de deudores, y pluralidad de deudores y acreedores.

En el supuesto de pluralidad de deudores, existe una doble proyección: **La proyección externa**, que vincula al acreedor con todos los deudores, y **la proyección interna**, que vincula a los deudores entre sí. Característica de la relación externa es que cada uno de los partícipes en la deuda deviene obligado por la totalidad de la prestación. Característica de la relación interna, es la fragmentación de la misma entre todos los obligados a ella, la cual vendrá determinada en el negocio o relación en cuya virtud se vincularon los interesados, asumiendo consecuentemente la obligación solidaria frente al acreedor.

Una mayor seguridad y garantía en el cumplimiento de la prestación debida, la encuentra el acreedor en el ámbito de la obligación solidaria, ya que, en virtud del llamado «*ius electionis*» el acreedor puede reclamar a cualquiera de los deudores solidarios o a todos simultáneamente el cumplimiento íntegro de la obligación, posibilidad que, en principio, no se admitía en nuestro derecho histórico si éstos se encontraban en el lugar del juicio, permitiéndose la acción individual cuando así no ocurriera o cuando alguno de los obligados no fuere solvente.

Protección que se acentúa al poder dirigir el acreedor, en términos generales y con ciertas matizaciones, posterior reclamación conjunta o sucesivamen-

te contra los distintos deudores sin que las reclamaciones previas representen ningún obstáculo mientras la totalidad de la obligación no se haya pagado. Es el «*ius variandi*».

Al poder dirigirse el actor contra uno de los deudores, implica que la solidaridad no da lugar a un litisconsorcio pasivo necesario.

Los obligados solidariamente no están unidos por un litisconsorcio necesario más que en casos excepcionales de ciertas acciones constitutivas atañentes a la creación, modificación o extinción del título, o en algunas acciones meramente declarativas, cuando el Derecho material exija el concurso del tercero para obtener, fuera del proceso, lo que se quiere lograr a través del mismo.

Ahora bien, ello nos lleva a la siguiente pregunta: ¿Cuál es la eficacia de la Sentencia frente a los sujetos solidarios que no litigaron en el proceso en que aquélla se dictó?

Junto a las dificultades de Derecho material, cabe añadir otras de orden procesal. El concepto de cosa juzgada y el estudio de la eficacia de la Sentencia juegan un papel importantísimo a la hora de determinar la situación del deudor solidario no litigante frente a la Sentencia «*inter alios*». El problema estriba en determinar en qué consiste esta eficacia. Para un sector doctrinal, sólo el llamado litisconsorcio voluntario es compatible con el régimen jurídico de la solidaridad de las obligaciones. Para otros, por el contrario, la solidaridad constituye uno más entre los supuestos en que debe exigirse el litisconsorcio necesario, o bien presenta características especiales que aconsejan la creación de una nueva figura procesal: el litisconsorcio casi necesario o eventualmente necesario.

Cualquier estudio sobre este tema tiene que partir de un análisis en profundidad de los artículos 1144 y 1252 párrafo tercero del Código Civil. La validez de una u otra doctrina, desde el punto de vista procesal, depende de la integración de estos preceptos.

Pero inmediatamente surgen estas preguntas:

– ¿Hay necesidad de demandar conjuntamente a todos los deudores solidarios para que la litis esté regularmente constituida?

– ¿Qué ocurre si en un supuesto de litisconsorcio necesario la Sentencia de fondo es efectivamente dictada en ausencia de un litisconsorte?

– ¿Por qué razón el Juez no debe dictar Sentencia de fondo si no están en el proceso todos los que deben estar?

Estas son cuestiones con las que se enfrenta el Autor partiendo del análisis del artículo 1137 de nuestro Código y la ampliación de los supuestos de solidaridad fuera de los casos realmente queridos por los interesados en el negocio jurídico o previstos expresamente en disposición de Ley, y que ha ido elaborando la Jurisprudencia a través de las numerosas Sentencias que dicta.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 1444 del Código civil, la solidaridad excluye el litisconsorcio pasivo necesario, pero el Autor hace un análisis detallado de los diferentes criterios adoptados por el Tribunal Supremo a través de las Sentencias de 29 de febrero de 1980 y 26 de junio de 1989 por un lado y la necesidad de proteger la posición jurídica de las personas no llamadas al proceso, la inescindibilidad jurídica de la relación sustantiva traída al proceso, para pasar después a otras fundamentaciones, tratadas con gran respeto hacia dicho alto Tribunal, pero no con benevolencia; nos referimos al principio de veracidad de la cosa juzgada, la de garantizar la eficacia de la Sentencia o la finalidad de evitar fallos contradictorios. Pasando, por último, al estudio de la postura adoptada para mitigar las severas consecuencias de su propia postura y demostrando que el término solidaridad no ha sido utilizado por dicho Tribunal en un sentido técnico, referido propiamente a la solidaridad de las obligaciones contempladas en las normas específicas contenidas en el propio Código; con base en una solidaridad jurídica ajena a la solidaridad de las obligaciones, el Tribunal Supremo ha resuelto problemas liticonsorciales diversos de la solidaridad en sentido técnico.

El principio de audiencia, la proscripción de toda indefensión, que son base y fundamento del proceso, quedan subordinados a las exigencias del derecho material, de modo que si las normas de tal Derecho determinan en un caso concreto la eficacia prejudicial de la cosa juzgada respecto de un tercero, el principio de audiencia no puede entenderse vulnerado por el hecho de que dicho tercero no haya sido demandado.

La vinculación que produce en otro proceso la parte positiva de la Sentencia, con la dificultad que implica el debatido y para algunos erróneo párrafo tercero del Artículo 1252 de nuestro Código, es tratado con gran claridad, distinguiendo su función negativa o preclusiva de la positiva o prejudicial en las Sentencias declarativas, constitutivas o de condena; de la Sentencia estimatoria y de la desestimatoria, así como las excepciones que, según unos u otros autores, puedan alegar los demandados en el segundo pleito y según hayan intervenido o no en el primero, así como las acciones que asisten al deudor que ha llevado a cabo el pago, para reintegrarse de parte de lo satisfecho.

La opinión que patrocina el Autor, naturalmente, no será compartida por todos, pero hará que estudiantes de Derecho y Profesionales del Foro, al abordar el tema de la solidaridad pasiva y tener la duda en demandar a una o varias personas, después de buscar la opinión de conocidos tratadistas de Derecho Procesal, y tengan que acudir a trabajos monográficos, comprobarán la utilidad que les reporta el estudio realizado por don Francisco Javier Muñoz Jiménez.

Sólo me queda ya reiterar al nuevo Académico mi felicitación, cordial, sincera y entrañable, y congratularme de que la Academia le haya llamado a formar parte de ella.

LIBERTAD DISPOSITIVA «MORTIS CAUSA» Y EL DERECHO CIVIL DE MALLORCA

JAIME FERRER PONS
NOTARIO

El título de mi discurso de ingreso en la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Baleares, que tanto me honró con su nominación, es, quizás, excesivamente largo. Pero no he sabido expresar en menos palabras su contenido.

Como es sabido, la Compilación balear contiene estructuradas sus disposiciones en Libros —Disposiciones de aplicación en Mallorca (Libro I), Menorca (Libro II) e Ibiza y Formentera (Libro III)— y quiero adelantar que en la materia concreta que voy a desarrollar («La libertad dispositiva mortis causa») me limito al estudio de preceptos comprendidos en el Libro I. Extender el estudio de la libertad dispositiva a toda la Compilación balear exigiría un discurso más largo y, posiblemente, confuso. Por ello creo que todos, y especialmente mis numerosos amigos de Menorca, Ibiza y Formentera, comprenderán el enfoque de mi estudio y de su título.

Y si el título es largo, sólo una aproximación al estudio de su primera idea —«Libertad»— daría tema para numerosos discursos y extensos tratados.

Lema de la Revolución francesa (Libertad, Igualdad, Fraternidad) ha sido objeto de documentados y prolijos estudios de filósofos, sociólogos, intelectuales y juristas, es punto programático de casi todas las Constituciones y se ha planteado como conquista irrenunciable de todas las grandes revoluciones sociales en la Historia de la Humanidad.

La Constitución Española y el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, en la línea apuntada, contienen un canto a la libertad, como valor supremo o superior que informa sus disposiciones.

Y así, en el Preámbulo de la Constitución se afirma: «La Nación Española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran...». Y en su primer artículo establece: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, en su Preámbulo «proclama como valores supremos de su autogobierno el sistema democrático que se inspira en la libertad, la justicia, la igualdad y la defensa de los derechos humanos, así como la solidaridad entre todos los pueblos de España».

Como es lógico, no podía ser ajena a este planteamiento la Declaración Universal de los derechos del hombre, aprobada por la Asamblea de la O. N. U. en París el 10 de diciembre de 1948, profundamente inspirada en la francesa de 1789, cuyo alcance universal subraya. En la misma pueden leerse, como ejemplos no exhaustivos, de lo indicado:

En su Primer Considerando: «Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo...».

En su artículo primero: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales...».

En su artículo segundo: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración...».

En su artículo tercero: «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona».

De la importancia que la Declaración da al principio de la libertad considero es prueba evidente que tal palabra se repita hasta en diez y seis ocasiones en su texto, sin contar las referencias a «libre» y/o «libres».

Evidentemente no voy a cometer la imprudencia, que también creo sería un error, de hablar de esta idea superior de la libertad; y mis palabras acerca de ella sólo deben servir para precisar mi planteamiento, que es mucho más modesto y limitado: la libertad dispositiva en el ámbito de las disposiciones testamentarias o, en otras palabras, el estudio de la facultad dispositiva «mortis causa» concretada, además, al Derecho civil de Mallorca.

La elección del tema que voy a intentar desarrollar ha sido, quizás, el aspecto más laborioso del discurso de ingreso en la Academia. Tres han sido los motivos determinantes de tal elección:

Primero.— Intentar el estudio de una cuestión o problema actual. O como muy bien decía Miguel Coll en su conferencia «Transferencias coactivas de los derechos subjetivos», pronunciada en esta Academia, «evitar disquisiciones teóricas, de gabinete, sino que estén relacionadas con la entraña de la vida, que es donde ha de estar también la entraña del Derecho». Creo sinceramente que la cuestión elegida se enmarca en estas coordenadas.

Segundo.— Por la importancia y trascendencia que tiene la materia a desarrollar, puesta de relieve por Alexis de Toqueville («De la Democracia en América»): «Las leyes sobre sucesiones —afirma— pertenecen al orden civil, pero deberían hallarse colocadas a la cabeza de todas las instituciones políticas, en razón a que influyen increíblemente en el estado social de los pueblos; tienen, además, un modo seguro y uniforme de obrar sobre la sociedad, pues, en cierto modo, se apoderan de las generaciones, aun antes de que nazcan; el legislador regula la sucesión de sus ciudadanos y divide, distribuye y disemina los bienes y el poder».

Tercero.— Que enlaza con la facultad que al Parlamento balear confiere el artículo 149-1-8.º de la Constitución española, y el artículo 10.º-22 del Estatuto de Autonomía (Ley 2/83 de 25 de Febrero): «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil de nuestra Comunidad Autónoma».

Considero un deber de cuantos intervenimos en la aplicación del Derecho civil balear colaborar con el Poder legislativo en su importante y delicada labor; como tantas veces se ha dicho, el Derecho es para la vida, y es obligación de todos los que trabajamos en su ámbito, detectar los problemas que el mismo pueda plantear y dar a conocer las demandas de la sociedad para que puedan acomodarse a las mismas las normas legales.

Y esto no es una exigencia de hoy. Ya la planteó el legislador, al promulgar la Ley de 19 de Abril de 1961 (Compilación del Derecho civil balear), recordando en su Exposición de motivos «la necesidad de procurar la adaptación de sus normas a la realidad social secularmente arraigada en la conciencia jurídica del país».

La facultad dispositiva, como integrante del derecho de propiedad, está recogida en el Artículo 348 del Código civil: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa...».

Pero nuestro viejo y sabio Código civil cuida muy bien de puntualizar que tales facultades son «a salvo las limitaciones establecidas en las leyes».

No voy a entrar en el estudio del derecho de propiedad. Lo ha hecho, en su magnífico y documentado discurso de ingreso en esta Academia, mi buen amigo y compañero, Raimundo Clar.

Ciñéndome a la facultad dispositiva «inter vivos» son de todos sobradamente conocidas las limitaciones que establece nuestro Ordenamiento jurídico. Quizá, por ser el arquetipo de tales limitaciones, basta recordar los tanteos y retractos legales que el mismo Código civil y Leyes Especiales sancionan con profusión y con finalidades muy diversas.

Respecto a la facultad dispositiva testamentaria o «mortis causa», y sin salirnos del Código civil, su artículo 667 la proclama claramente:

«El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento».

Esta definición del testamento, a todos mis compañeros de profesión creo nos recuerda nuestra época, para muchos muy lejana y para todos poco grata, de preparación de la oposición. Era una especie de artículo sagrado y no recordarlo literalmente significaba quedar automáticamente eliminado; por ello, salvo casos de «laguna mental», esta casi sacrosanta definición no se le olvidaba a ningún opositor. Y sin embargo, creo procedentes las siguientes precisiones:

a) Todos los juristas sabemos que esta definición no es totalmente exacta. El testamento no es únicamente un acto dispositivo de bienes; cosa distinta es si el testamento debe contener una disposición de bienes del testador, cuestión que han estudiado la doctrina y la Jurisprudencia.

b) No es aplicable —en su completo tenor literal y consecuencias— al Derecho civil de Mallorca, como indicaré después. En Mallorca, si el testamento comprende sólo parte de los bienes, no son llamados a los demás los herederos intestados, que es la solución que resulta de los artículos 667 y 658 del Código civil.

c) Finalmente, en Mallorca el acto de disposición de bienes «mortis causa» no necesariamente debe realizarse en testamento. Como establece el artículo seis de la Compilación, la herencia puede deferirse por vía testamentaria y por vía contractual; además, y en esto hay coincidencia con el Derecho común, por Ley o sea la sucesión intestada o «ab intestato».

Esta facultad dispositiva «mortis causa», ¿está sujeta a limitaciones?, ¿debe ser limitada o, por contra, el testador o causante ha de tener una total libertad en su «ius disponendi».

A la primera pregunta hay que contestar, rotundamente y como indicaré seguidamente, en forma afirmativa.

La segunda cuestión es más delicada y de difícil solución, y en su estudio voy a intentar profundizar posteriormente.

Si por facultad dispositiva «mortis causa», en su más pura acepción, hay que entender la facultad de disposición por el causante de todo o parte de su patrimonio, a favor de la persona o personas que tenga a bien, y en la forma y manera que estime más conveniente, es indudable la existencia de limitaciones a esta libertad en Derecho civil de Mallorca. Sin que la relación pretenda ser exhaustiva, estimo pueden considerarse como limitaciones:

1. La que establece el artículo siete de la Compilación, en el sentido de que el acto dispositivo del testador se extiende a la totalidad de sus bienes, aunque lo haya limitado a parte, ya que es incompatible con la sucesión intestada.

2. La que se desprende del artículo catorce que sanciona la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento. Esta limitación no

es puramente formal, por cuanto este heredero de necesaria institución, y de conformidad a los artículos treinta y ocho y siguientes, tiene derecho a la cuarta falcidia. Es cierto que tal derecho es, salvo disposición contraria del testador. Pero si una de las finalidades de la cuarta falcidia es que el heredero acepte la herencia, es sumamente rara y creo que poco aconsejable, en la mayoría de los supuestos, una cláusula testamentaria prohibiendo la detracción de esta cuarta.

3. La resultante de la vigencia en el Derecho civil de Mallorca del principio «Semel heres, semper heres», y que sanciona el artículo diez y seis de la Compilación, al estimar por no puestos en la institución de heredero la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio. Y este efecto puede dificultar al testador dar solución satisfactoria a algún problema que afecta no sólo al ámbito hereditario, sino especialmente, al familiar y humano. Todos los compañeros de profesión sabemos que algunas soluciones deseadas por testadores para concretos problemas familiares hemos de reconducirlas, como consecuencia de esta limitación.

4. La que establece el artículo diez y ocho para el heredero distribuidor, al fijar que la asignación o distribución de bienes se realice entre parientes del testador o del propio distribuidor, quedando excluidos los no comprendidos dentro de este círculo de personas.

5. La limitación que el artículo veinticinco de la Compilación sanciona para los llamamientos en la sustitución fideicomisaria, y que tiene la misma finalidad que la del Código civil. Tal limitación la establece, asimismo, el artículo doce para la donación universal, y el artículo diez y ocho para la distribución o elección del heredero distribuidor.

6. Las obligaciones que al causante impone la reserva lineal del artículo 811 del Código civil y la sucesión que para los bienes objeto de reversión establece el artículo 812 del mismo Cuerpo legal, y cuyos dos preceptos son de plena aplicación en el Derecho civil de Mallorca, conforme al párrafo último del artículo cuarenta y tres de la Compilación.

7. La que se origina por la aplicación de la reserva vidual, que si bien no establece explícitamente la Compilación, resulta de los precedentes del Derecho romano justiniano, de la opinión doctrinal más solvente y de varias Resoluciones judiciales que han abordado esta cuestión.

8. Al incumplimiento del modo no puede el testador darle efecto resolutorio de la institución de heredero.

9. El testador puede prohibir la detracción de la Falcidia y de la Trebeliánica. Pero de no hacerlo, tal detracción se regula por unas normas, muchas imperativas (necesidad de inventario, legados no reducibles, incompatibilidad de ambas Cuartas, etc.) de obligado cumplimiento para el heredero y que el testador no puede dispensar.

10. Como limitaciones, hoy derogadas por la Ley de reforma:

a) La que se derivaba de la aplicación de la «Lex Hac E dictali», de conformidad a los artículos 53 y 13.

b) Y, especialmente, la del antiguo artículo 46, al sancionar que las legítimas se pagaran en bienes de la herencia, y estimando «ineficaz toda disposición en contrario del testador».

Creo ha sido un indudable acierto la supresión de estas dos limitaciones: La primera de dudosa constitucionalidad y la segunda que mereció una crítica unánime de la doctrina.

¿Deben mantenerse estas limitaciones? Creo que no puede generalizarse y una respuesta adecuada requeriría un estudio de todas y cada una de ellas, de su origen, de su fundamento y de sus consecuencias, lo que exigiría un tiempo que desbordaría el que es admisible en esta disertación y que significaría una falta de cortesía, por mi parte, a todos los que con paciencia infinita la están soportando.

Algunas de ellas no hacen sino sancionar los principios en los que se funda la sucesión hereditaria en el Derecho civil de Mallorca, que son los mismos que los de la sucesión romana y respecto a los cuales no se ha producido variación desde la aparición del Corpus Iuris Civilis. Tales principios han sido estudiados por Miguel Masot en la obra «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales» y que este autor, profundo conocedor de nuestro Derecho, señala en la forma siguiente:

1. Necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento.
2. Universalidad de la sucesión del heredero.
3. Perdurabilidad de la condición de heredero.
4. Incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.

Miguel Masot, en relación a dichos principios, después de considerar bizantina toda comparación entre el sistema de la sucesión romana y otros sistemas, cual es del Código civil, llega a la siguiente conclusión: «En este sentido no me cabe la menor duda de que los principios del Derecho sucesorio romano deben ser absolutamente mantenidos, ya que responden ciertamente, a un sentir general de nuestra colectividad». Yo comparto totalmente esta opinión.

Otras limitaciones tienen su fundamento en los principios que informan las instituciones (Cuarta falcidia, Sustitución fideicomisaria, etc.) que las establecen.

Algunas (reservas, derecho de reversión) tienen un origen histórico, un fundamento y una finalidad sobradamente conocidos por todos y que guardan una estrecha relación con los principios que deben informar el Derecho de familia.

De cuáles deben ser estos principios dependerá la opinión que se tenga respecto a la conveniencia del mantenimiento o la supresión de estas limitaciones.

Y después de estas breves precisiones, es obligado adentrarse en el estudio de la que puede considerarse como limitación paradigmática de la libertad dispositiva «mortis causa»: Las legítimas, que la Compilación regula en los artículos 41 y siguientes.

Es suficientemente conocido el concepto de legítima: «Parte de la herencia que la Ley obliga al testador a destinar a determinadas personas, los llamados herederos forzosos».

La indudable limitación que las legítimas implican para la libertad de testar ha sido una constante histórica en multitud de Códigos y pervive en muchos de ellos; pero su admisión no ha sido nunca pacífica y el problema ha enfrentado a los partidarios de dos soluciones (Libertad de testar = Legítimas) en controversias interminables que han hecho correr ríos de tinta.

En defensa de la libertad de testar se han alegado argumentos de tipo jurídico basados en el «ius disponendi», de carácter familiar ya que robustece la autoridad paterna, de tipo político en base al principio de libertad, de utilidad social y de carácter empírico ya que es el sistema que permite una mayor prosperidad.

Por su parte, los partidarios del sistema de legítimas aducen razones también varias: Basadas en el principio de igualdad, estimando no hay razón que pueda justificar diferencias entre hijos, de carácter jurídico que ponen su acento en la copropiedad familiar y en los deberes de la paternidad, de carácter político ya que facilitan la primacía del poder político sobre el económico, y de tipo estrictamente económico, ya que facilitan el acceso a la propiedad y su movilización.

Todas y cada una de las argumentaciones alegadas en defensa de una y otra solución, han obtenido una puntual y rápida réplica por los defensores de la tesis contraria.

Y es que, como señala Vallet de Goytisolo, el jurista español que, en mi opinión, mejor ha estudiado el problema de la libertad de testar, «es erróneo intentar solucionar la cuestión de un modo general e indiscriminado, ya que en todo sistema jurídico, y si cabe más en materia sucesoria, lo fundamental estriba en su adecuación al fin pretendido y al objeto de que se trata; por ello la solución al problema de legítimas o libertad de testar se ha de plantear de un modo concreto, ponderando todas las circunstancias de tiempo y lugar».

En el Derecho civil de Mallorca, la Compilación, reformada por Ley de 28 de Junio de 1990, acepta el sistema de legítimas.

Esta Ley de reforma es el resultado de un largo proceso, que se inicia con el nombramiento de una Comisión de juristas (Real Decreto 1.007/81, de 22 de Mayo), que el 11 de Noviembre de 1985 presenta al Gobierno de la Comunidad autónoma el resultado de sus trabajos.

Sería una falta absoluta de modestia por mi parte elogiar estos trabajos; pero el largo tiempo invertido en su elaboración (tres años y diez meses), sin pausas y con un muy elevado número de reuniones en las que se debatían, a veces con excesiva vehemencia, modificaban, aprobaban o rechazaban los estudios y propuestas de las subcomisiones o de miembros de ellas, creo demuestra suficientemente que el trabajo encomendado se realizó con dedicación y rigurosidad, que se hizo un estudio profundo de cada una de las instituciones reformadas, y que el planteamiento de los efectos y consecuencias de las reformas que se propusieron fue reflexivo y minucioso; todo ello ha propiciado una reforma que, como toda obra humana es perfectible, que puede contener soluciones discutibles e incluso errores y que estimo conveniente sea criticada en forma constructiva, pero que implica una mejora global respecto a la regulación contenida en el Texto de la Compilación, aprobado en el ya lejano año de 1961.

En la materia concreta de las legítimas, y como se lee en la Exposición de motivos de la ley: «Son especialmente importantes las modificaciones que se introducen en el sistema legitimario; tal reforma era absolutamente imprescindible».

En su primer planteamiento respecto a la regulación de las legítimas, la Comisión de Juristas constató la absoluta necesidad de una reforma, distinguiendo en dos grupos las disposiciones de necesaria modificación:

a) Las que incidían en clara inconstitucionalidad o en dudosa constitucionalidad.

b) Las disposiciones que implicaban una regulación incompleta o contradictoria de algunos aspectos de la institución lo que dificultaba y, en ocasiones, impedía alcanzar una mínima seguridad jurídica, la cual, en cierta medida, era también exigencia constitucional. La Comisión así lo entendió y yo he compartido este planteamiento hasta el día 13 de Noviembre de 1990. Visto el Recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno contra el artículo 52, modificado, de la Compilación, y los efectos retroactivos de la suspensión de su vigencia, efectos decretados por el Tribunal Constitucional en aquella fecha, una de dos: O el Tribunal Constitucional no estima que la seguridad jurídica sea una exigencia constitucional o tiene una idea diferente a la mía respecto a lo que sea seguridad jurídica y medidas para conseguirla.

a) Las normas que conculcaban la Constitución eran ciertamente numerosas, y un estudio del texto legal anterior a la reforma permite detectarlas con cierta facilidad.

b) Las disposiciones incompletas o erróneas no eran escasas. No es éste el momento ni el lugar para su simple enumeración, y creo suficientes unos ejemplos:

Uno de regulación incompleta era el contenido en el artículo cincuenta, dedicado a la «definición», «una de las venerables instituciones autóctonas en nuestro Derecho», según palabras, a mi juicio muy acertadas, de Francisco Noguera. La necesidad de completar la normativa dedicada a esta institución, la recoge la Exposición de motivos de la Ley de reforma: «Una institución que clamaba a voces una reforma en profundidad era la definición, de tanta rai-gambre en nuestro Derecho y, sin embargo, prácticamente huérfana de regulación».

Como ejemplos de regulación errónea y no detectada durante los casi treinta años de vigencia de la Compilación sólo citaré dos, en honor a la brevedad, y ambos en el antiguo artículo cuarenta y cinco:

1. En el mencionado artículo se indicaba «aun cuando llegue a afectar a la cuota de los hijos naturales», cuando la cuota de esta clase de hijos, en el supuesto contemplado por el precepto de triple concurrencia de ascendientes, viudo e hijos naturales, nunca podía quedar afectada; el precepto contenía un claro error en la suma de las cuotas de los legitimarios que, correctamente realizada, daba lugar a una parte libre.

2. En otro apartado del mismo artículo se hacía referencia a que la suma de determinadas cuotas «sobrepase el límite de los dos tercios de la herencia», lo cual, por los mismos motivos indicados antes, era otro error, como consecuencia de la vigencia de la *Lex Hac Edictali*.

El Gobierno de la Comunidad Autónoma asumió íntegramente el Anteproyecto presentado por la Comisión de juristas, que tuvo entrada en el Parlamento balear, bajo la forma de Proyecto de Ley sobre la Compilación del Derecho civil de Baleares, siendo aprobada la citada Ley por el Parlamento balear, promulgada el 28 de Junio de 1990 y publicada en el BOCAIB el día 17 de Julio del mismo año; finalmente, y de conformidad a la Disposición final Tercera, con fecha 6 de Septiembre del mismo año y por Decreto Legislativo, se aprueba el Texto refundido de la Compilación, que publica el BOCAIB de día dos de Octubre.

Los trabajos iniciados por la Comisión de juristas cristalizan casi un decenio después; un largo lapso de tiempo, como muy bien señalaba el Profesor Miguel Coca, en conferencia pronunciada el día 20 de Julio de 1990.

Las modificaciones que la Ley de reforma introduce al texto elaborado por la Comisión de juristas en materia de legítimas son escasas:

a) En la línea ascendente sólo llama como legitimarios a los padres, eliminando los ascendientes de grado ulterior.

b) Llama a los hijos adoptivos sin la, hoy innecesaria, precisión de «plenos», suprimiendo toda alusión a la adopción simple, congruente con la supresión de los dos tipos o clases de adopción (plena y simple), producida en la Ley de reforma de la adopción (21/1987 de 11 de Noviembre), o sea en el período comprendido entre la finalización de los trabajos por la Comisión de juristas y la promulgación de la Ley de reforma de la Compilación.

c) Introduce algunas ligeras correcciones gramaticales para mejorar la redacción propuesta por la Comisión.

Pocas semanas antes de la aprobación de la Ley hubo dos propuestas que sí eran verdaderamente importantes: Una relativa a la cuota individual o viril de los descendientes, y otra que modificaba la regulación del pago de la legítima en dinero. La primera daba lugar a una consecuencia poco justa: que la legítima individual de los descendientes era siempre inferior a la cuota viril o individual de los ascendientes. La segunda implicaba un cambio en una cuestión muy controvertida, delicada y defectuosamente regulada en la Compilación en su anterior texto: la naturaleza jurídica de la legítima, que de ser «pars bonorum» pasaba a ser «pars valoris bonorum». Visto el texto definitivamente aprobado, parece no prosperó ninguna de las dos enmiendas o propuestas.

Si las modificaciones que la Ley introduce al texto presentado por la Comisión de juristas son escasas, para quienes hemos seguido los debates parlamentarios, es evidente que la aceptación de aquél no ha sido pacífica. El tema de la libertad dispositiva «mortis causa» y, concretamente, la institución de las legítimas ha sido uno de los más polémicos. Así se deducía de un artículo publicado el día 23 de Junio de 1990 por un Diputado del Parlamento Balear en un diario de esta Comunidad: «Del debate y resultado relativo a las legítimas tampoco hemos quedado satisfechos. No se han renovado las legítimas, más que en el aspecto de suprimir a los ascendientes, quedando los padres. Pensamos que el reto era, o bien renovar en profundidad o mantener su regulación».

Si por mantener la regulación significa no modificar el texto aprobado en 1961, tal solución no era admisible, ya que, conforme antes he indicado, determinadas disposiciones incidían claramente en inconstitucionalidad y otras eran incompletas o erróneas.

Una modificación, y una modificación profunda, en la regulación de la institución, de la que antes he indicado algunos aspectos, sí se ha producido.

Y si a lo que se apunta es a una reforma tan profunda que llegue a la supresión de las legítimas —en el fondo es lo que quizás se desea plantear— este trabajo o estudio intenta presentar, desde mi punto de vista, las bases necesari-

rias para dilucidar la oportunidad o conveniencia de una medida de esta envergadura que, quiero ser sincero, tiene más de un defensor.

¿Debe mantenerse la limitación que para la libertad dispositiva «mortis causa» en el Derecho civil de Mallorca implican las legítimas? Es una pregunta que exige una respuesta muy ponderada y que comporta un estudio serio y reflexivo, sin dogmatismos, sin planteamientos demagógicos, sin dejarse impresionar por modas o modos de vida que, quizás, no reflejan en profundidad la idiosincrasia o carácter del pueblo mallorquín, lo que actualmente se acostumbra denominar «señas de identidad»; el mantenimiento de esta identidad queda proclamado como valor protegible por el Estatuto de Autonomía, en su Preámbulo, «al rendir homenaje a todos los hijos de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera que a lo largo del tiempo han trabajado para mantener la identidad de nuestro pueblo». Es absolutamente necesaria la máxima prudencia en la toma de decisiones, ya que, en mi opinión, los efectos de la supresión de las legítimas pueden ser irreversibles. Las prisas legislativas —y en España tenemos un abundante muestrario— pocas veces se traducen en oportunidad, bondad y calidad de las normas promulgadas. ¡Cuán cierto es el calificativo de sabio aplicado frecuentemente a nuestro viejo Código civil! ¡Y cuán numerosas son las disposiciones legales a las que aplicar tal calificativo sólo podría considerarse como un sarcasmo!

Y ésta es una labor no exclusiva de políticos, ni siquiera de juristas. La opinión, los trabajos y los estudios de historiadores, intelectuales, investigadores, sociólogos, de concedores y estudiosos del carácter del pueblo de Mallorca, considero deben ser tenidos en cuenta.

Para dar una respuesta y solución adecuada al problema planteado, pienso, como jurista, deben tomarse en consideración los aspectos siguientes:

Primero.— Qué solución dan al problema otras legislaciones civiles de nuestro entorno socio-político y económico y con otros antecedentes históricos. Sin ánimo exhaustivo, ya que posiblemente también deberían estudiarse otras, me he limitado a las legislaciones de los países de la Comunidad Europea, por razones que estimo obvias.

Aceptan el sistema de legítimas las legislaciones de Alemania, Dinamarca, Holanda, Italia, Francia, Bélgica, Portugal, Luxemburgo, Grecia e Irlanda. Pienso que España podría también incluirse dentro de este grupo.

Se decanta por el sistema sajón de libertad de testar, el Reino Unido.

Como no podía ser de otra forma, la regulación del sistema legitimario en los países que lo admiten no es uniforme. Ni en el aspecto personal (legitimarios), ni real (naturaleza jurídica de la legítima, respecto a la cual se contemplan casi

todas las soluciones posibles: desde un derecho personal, en Alemania, a exigir que el legitimario sea llamado en cualidad de heredero, que es el caso de Grecia).

Segundo.— Cómo se regula la cuestión planteada en las restantes legislaciones civiles patrias. Actualmente aceptan el sistema de legítimas: El Código civil y las Compilaciones de Aragón, Galicia, Vizcaya y Cataluña. La Compilación de Navarra establece una legítima puramente formularia (los cinco sueldos carlines, moneda inexistente, y una robada de tierra en los montes comunes, tierra que no pertenece a los testadores) lo que, en el fondo, equivale a sancionar el principio de libertad de testar, que también acepta el Fuero de Ayala.

Respecto a tales legislaciones, me parece oportuno precisar:

a) Que en Cataluña, la Ley de reforma de su Compilación de 9 de Enero de 1990 mantiene el sistema de legítimas, a pesar de que, como afirma Manuel de Cámara («Derecho sucesorio», publicado en Enero del mismo año) «en la actualidad, algunos sectores de la doctrina catalana están patrocinando la solución favorable a la absoluta libertad de testar».

b) Que la solución que, en las distintas legislaciones civiles patrias, se da al problema de la libertad de testar viene determinada por los antecedentes históricos de la institución, reflejando dichas soluciones históricas. Y lo apunto, porque me parece importante destacar el tercer aspecto o dato a contemplar para abordar la solución que al problema se dé en el Derecho civil de Mallorca.

Tercero.— Antecedentes históricos. El conocimiento de la historia y, en lo que al Derecho se refiere de los antecedentes históricos de sus instituciones, no se ha valorado debidamente. De la trascendencia del estudio de la historia ya nos habló Bertrand Russell («Ensayos filosóficos» - Sobre la Historia): «De todos los estudios mediante los cuales los hombres adquieren la ciudadanía en la comunidad intelectual, ninguno es tan indispensable como el del pasado. La historia relaciona el presente con el pasado y, con ello, el futuro con el presente».

También, en forma poética, nos recuerda esta importancia Antonio Machado («Nuevas canciones»):

«Bueno es recordar
las palabras viejas
que han de volver a sonar».

En la Biblia creo hay referencias claras a las legítimas: En el Capítulo XXV del Génesis, en la venta —o quizás sería más acertado calificarla de permuta— de los derechos de primogenitura de Esaú por el plato de lentejas de su hermano Jacob; y es que tal derecho de primogenitura, en el ámbito personal conllevaba la adquisición de la jefatura de la familia o de la tribu, pero tenía, también, un aspecto hereditario, por cuanto el hijo primogénito tomaba en la herencia de su padre doble porción que sus hermanos; y en la Parábola del

hijo pródigo (Evangelio de Lucas, Capítulo XV, versículos 11 y 12), ya citada por Tomás Mir en un estudio sobre la «definición» mallorquina, publicado en Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca en 1982: «Un hombre tenía dos hijos, de los cuales el más mozo dijo a su padre: Padre, dame la parte de herencia que me corresponde». Esta expresión, «parte de la herencia que me corresponde», se diferencia muy poco del concepto legal y doctrinal de la legítima.

Estos pasajes bíblicos los cito como curiosidad histórica y por el componente judeo-cristiano de nuestra cultura. Los precedentes históricos de la legítima mallorquina son precisos y suficientemente conocidos: La legítima mallorquina es la del Derecho romano justiniano, en las Novelas 18, 115 y 118, básicamente.

Como señala Miguel Massot («El Derecho civil de Mallorca después de la Compilación»): «El Derecho civil de Mallorca está totalmente fundamentado en el Derecho romano justiniano, del cual extrae sus características más esenciales. Tan escaso fue el influjo —en el ámbito jurídico— de las otras culturas que nos llegaron con posterioridad a la romana, que no han dejado apenas huella alguna en nuestras actuales costumbres jurídicas». La afirmación de este autor coincide plenamente con la de antiguos foralistas, como Mascaró y Sureda, por él citados: «La legislación romana comenzó a regir cuando estas Islas formaban parte del Imperio, siguió durante la dominación árabe, pues es sabido que los conquistadores dejaron a los vencidos la facultad de gobernarse por sus leyes, y continúa rigiendo hoy a pesar de las transformaciones sociales que se han sucedido durante tantos siglos».

Esta larga pervivencia considero que no es prueba concluyente, pero creo que alguna influencia habrá tenido en otro aspecto a ponderar y que indico seguidamente.

Cuarto.— Precisar el grado de arraigo de la normativa legal en la conciencia jurídica del país. El estudio del mismo, y con carácter general para todas las instituciones peculiares del Derecho civil de Mallorca, era la labor que estimaba ineludible Félix Pons Marqués (Nueva Enciclopedia Jurídica. Año 1950): «Constatar severamente, por todos los medios de experimentación, cuáles de las normas peculiares conservan vida y calor en el ámbito familiar y social del territorio».

Pienso no sería ocioso plantearse la cuestión de si la peculiar regulación de las legítimas en Mallorca puede estimarse como una de las «señas de identidad» de nuestro pueblo, a las que antes me he referido.

Este grado de arraigo no hay que confundirlo con rechazos, más o menos frecuentes, por parte de testadores a la limitación que a su facultad de disponer implican las legítimas. Por mi profesión he podido constatar estos casos de desagrado; pero creo hay que ser muy prudentes en su valoración, por los motivos siguientes:

a) Que es reacción natural y humana a toda norma limitativa de un derecho o facultad, en este caso limitativa de la facultad de disponer del derecho de propiedad.

b) Que el destinatario de la norma no es sólo el testador sino, y principalmente, el legitimario, cuya opinión, no necesariamente coincidente con la de aquél, estimo debe ser también tomada en consideración. La reacción, en este sentido, de un padre —testador posiblemente haya variado con relación al tiempo o momento en que fue hijo— legitimario.

c) Y si esta reacción es natural, mucho más lo es tratándose de un causante español. En el siglo pasado escribió Angel Ganivet: «El ideal de todos los españoles es llevar en el bolsillo una carta foral con un solo artículo, redactado en estos términos breves, claros y contundentes: «Este español está autorizado para hacer lo que le dé la gana».

Quinto.— Otro aspecto a considerar es la determinación de si se han producido cambios y, en su caso, su grado de incidencia en la sociedad mallorquina que exijan o aconsejen tal reforma. Pues como muy bien afirma Juan Verger («Innovaciones introducidas en el Derecho civil especial de Baleares por la vigente Compilación». Revista de Derecho Notarial. Año 1962): «La labor compiladora o codificadora implica una actividad investigadora y técnica dirigida al pasado, y al recoger y purificar el Derecho anterior, el legislador ha de aceptarlo y adecuarlo a las necesidades y complejidades de la vida social».

Con respecto a la institución legitimaria, su normativa, de claro carácter sucesorio, tiene una evidente incidencia en la familia, y la solución que se dé a aquella institución exige precisar si se han producido cambios en la concepción y funcionamiento del grupo familiar.

El Profesor Coca Payeras en su conferencia antes citada, bajo el título «Aspectos esenciales de la reforma en el Derecho civil balear» considera que «la institución legitimaria en algunos aspectos choca con el funcionamiento actual del grupo familiar y frecuentemente son motivo de disputa entre el cónyuge viudo y los parientes del difunto».

Creo con el Profesor Coca que, en algunos casos, la legítima puede ser motivo de discrepancias entre el cónyuge viudo y los parientes del difunto, al igual que ocurre en otras instituciones (reservas, derecho de reversión, reducción de liberalidades, orden de prelación en los llamamientos «ab-intestato», etc.). Pero en muchos supuestos, y ciertamente los más numerosos (viudo con hijos) considero puede ser un elemento de cohesión y armonía entre ellos; los hijos, legitimarios, normalmente aceptan de buen grado su llamamiento como tales y la institución de heredero a favor del cónyuge sobreviviente, incluso fortaleciendo las buenas relaciones con su padre o madre viudos y entre ellos. Dudo que los resultados fueran los mismos, en el aspecto puramente familiar, si con un sistema de libertad absoluta de testar, alguno o algunos de los hijos

fueran apartados en la herencia del causante; creo sinceramente que, hoy en Mallorca, ello sería motivo de fricciones con el padre sobreviviente y, con toda seguridad, entre los mismos hijos.

Por otra parte, admito que mi formación no me permite opinar respecto a si el grupo familiar ha sufrido un cambio de entidad suficiente que aconseje la supresión de las legítimas por chocar con su funcionamiento. Pero admitiendo que el cambio se haya producido creo que, al menos como elemento de trabajo, deberíamos preguntarnos y plantear la posible influencia o incidencia que las disposiciones legales han tenido en el mismo. ¿Ha cambiado el concepto de familia y las disposiciones legales simplemente se han adaptado a tal cambio? O, y no es exactamente lo mismo, ¿los cambios en la normativa legal han propiciado los cambios en la familia? En forma menos rotunda, ¿qué grado de influencia han tenido las nuevas normas legales en el funcionamiento y configuración de la familia? Y, con ello, y quiero dejarlo bien claro, no entro en valoraciones acerca de la oportunidad y bondad de la normativa legal promulgada y si ha significado o no una mejora de la institución familiar. Simplemente deseo constatar que, en mi opinión, la solución que se acepte para el problema planteado —Legítimas/Libertad de testar— sí puede llegar a influir en el futuro tipo de familia o, en otras palabras, configurarla de una manera determinada.

Legislar es algo muy serio. Y creo que una Legislación que defienda la institución de la familia debe ser considerada como un logro social. Y con ello no intento defender, lo que me parecería absolutamente fuera de lugar, puntos de vista o recomendaciones contenidas en Encíclicas de la Iglesia. No me corresponde a mí, ni creo sea éste el momento ni el lugar. Pero sí me parece puede ser el lugar y momento de recordar el Apartado III del Artículo 16 de la Declaración Universal de los derechos humanos, a la que antes me he referido: «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene la protección de la sociedad y del estado».

Sexto.— Finalmente, y desde una pura óptica de jurista, creo hay que ser muy prudente y reflexivo en la utilización de la idea de la libertad. Pienso que, algunas veces y quizás inconscientemente, la cuestión se plantea, en forma muy simplista, en estos o parecidos términos: Las legítimas implican una limitación de la libertad dispositiva del causante y la libertad es un valor supremo del Ordenamiento jurídico, que éste debe no sólo proteger sino potenciar.

Jurídicamente, y no puedo prescindir de mi formación, creo adecuadas dos precisiones a soluciones así planteadas:

a) En el ámbito individual olvida que toda relación jurídica comporta derechos a favor de unas personas y obligaciones o limitaciones para otras, sin que la exigibilidad de éstas pueda afirmarse tajantemente atente contra el principio de la libertad.

b) Que la libertad, como principio informador del Ordenamiento jurídico, y que la Constitución Española y el Estatuto de nuestra Comunidad exigen respetar y defender, debe regularse y atemperarse con la defensa de otro principio también superior, la justicia, que está colocado al mismo nivel que la libertad en la fijación de los valores supremos del mismo Ordenamiento, y así lo proclaman los Preámbulos de la Constitución y del Estatuto y el primer Considerando de la Declaración Universal de los derechos humanos.

CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE JAIME FERRER PONS

MIGUEL MASOT MIQUEL
ABOGADO

Dicen los testimonios de la historia —que por su venerable antigüedad tanto pueden ser falsos como fidedignos— que en la Atenas de los años 400 antes de JC el divino Platón enseñaba su ciencia a los jóvenes atenienses en el gimnasio o campo deportivo del atleta ACADEMO. Después, tras transcurrir unos años, CIMON, hijo de MILCIADES, lo transformó en un parque de recreo, adornando sus frondosas avenidas con estatuas y altares, y, en un acto que constituye sin duda un precedente de la moderna cesión de terrenos de viales y espacios públicos, lo cedió a la Ciudad. Y desde entonces, en recuerdo de Academo y de Platón —la filosofía platónica se la llama precisamente ACADÉMICA, porque era en estas avenidas donde Platón impartía sus magistrales lecciones— se siguió llamando por los atenienses a este lugar la Academia, y el nombre ha hecho fortuna para pasar posteriormente a designar —empleo palabras del diccionario— todas las agrupaciones de personas establecidas con autoridad pública, para el adelantamiento de las ciencias, las artes y las buenas letras.

Hoy, en esta tarde primaveral del mes de Mayo, ha venido con nosotros a pasear por los jardines de la Academia, y a enseñarnos con el magisterio de su saber un nuevo miembro de la agrupación, un nuevo compañero que se apresta a recorrer con todos nosotros los caminos, las avenidas de la ciencia jurídica. Le felicitamos a él y nos felicitamos a nosotros por ello.

Nos felicitamos porque Jaime Ferrer Pons ha sido un jurista que ha conseguido reunir en su persona el rigor de una sólida formación teórica, pero pasada por el tamiz que supone una amplia experiencia práctica, en la que ha

conocido diversos campos jurídicos de observación, algunos de ellos tan importantes como el que supone el hecho de haber ejercido como Notario en pueblos de nuestra Isla, donde se conservan aún las tradiciones forales, donde las viudas todavía dicen «que tenen dret a sa cuarta» y los acreedores de una persona fallecida con deudas pontifican —y de todo lo que os cuento yo he sido testigo— que ha de aparecer un heredero, porque «sense hereu a Mallorca no hi pot haber sucesió».

Jaime Ferrer Pons, hoy Notario de nuestra Ciudad, ha recorrido estos caminos en los que se palpa la esencia de nuestro Derecho, y posiblemente todo ello le ha permitido escribir unos comentarios a los preceptos de la Compilación dedicados a las legítimas, en los que resplandece, aparte su rigor intelectual, su amplio conocimiento de nuestra realidad jurídica.

Y como que de la abundancia del corazón habla la boca, Jaime Ferrer ha querido decir, ha querido enseñar el Derecho; y lo cierto es que puso bastante más que un grano de arena en los cimientos de la Universidad balear y concretamente en el arranque de los estudios de la Facultad de Derecho.

En todos los campos, el Notariado, las publicaciones jurídicas, la enseñanza del Derecho, Jaime Ferrer ha dado pruebas de su saber hacer, y por ello le felicitamos, a la par de que nos congratulamos, por el hecho de que venga a partir de ahora a pasear con nosotros por los jardines de la Academia.

Y si algo se veía venir es que Jaime Ferrer nos iba a hablar de un tema al que, en buena parte, ha dedicado sus quehaceres científicos: las legítimas en el Derecho civil de Mallorca. Tema que siempre ha sido controvertido, como lo es el tema de las legítimas en general, y que ha alcanzado hace pocos meses el cenit de la controversia cuando en el Parlament balear se planteó la cuestión de si suprimir las legítimas estableciendo la libertad absoluta de testar. ¿Legítimas sí? ¿Legítimas no? ¿Legítimas yuxta modum?

Posiblemente, dan, de entrada, idea del dramatismo con que se plantea la cuestión, las sabias palabras de Vallet de Goytisolo —cuya cita es obligada en esta materia— cuando nos dice que **TODO EL DERECHO, ARTE DE LO JUSTO, SE MUEVE ENTRE DOS FUERZAS FLUIDAS QUE CONTINUAMENTE SE INTERFIEREN Y ENTRAN EN CONFLICTO: LA LIBRE VOLUNTAD DEL SUJETO Y LO PROHIBIDO NORMATIVAMENTE**. El Derecho, diríamos, deviene una lucha entre la esencia de la persona, que de por sí aspira a la más altas cotas de libertad, y la esencia de la colectividad, que aspira a imponer una organización de conducta de manera coactiva, como premisa ineludible para el orden y la armonía. Y esta lucha la encontraremos, en toda su cruenta grandeza, en el Derecho sucesorio, y en particular en el tema que nos ocupa, en que la voluntad del testador, suprema ley de la sucesión, se estrella ante el obligado cumplimiento de las disposiciones en materia de legítimas. ¿Cómo se resuelve esta lucha? ¿Porqué en algunos sistemas vence la voluntad a la norma mientras que en otros es ésta la que prevalece sobre aquella?

Jaime Ferrer nos ha hablado, muy justamente, de la conveniencia de acudir a los estudios históricos como elementos de meditación. Y, ciertamente, la historia —según dice Cicerón— es testigo de las edades, luz de la verdad, vida de la memoria, maestra de la vida y heraldo de la antigüedad. Y nuestro Vázquez de Mella sentenciaba que los pueblos se enlazan con la muerte el mismo día en que se divorcian de su historia.

Bueno será, por tanto, sumergirnos brevemente en el túnel del tiempo y contemplar someramente como afrontaban la cuestión de la libertad de testar los Derechos históricos que son la base de los Derechos vivos de hoy en día.

La historia nos dice que en el Derecho romano de la época republicana, el testador disponía de amplia libertad para disponer de sus bienes como quisiera. Pero que esta libertad se vio pronto limitada por una exigencia formal: era necesario referirse a los SUI HEREDES, ya para instituirlos herederos o desheredarlos, y si no lo hacía así, el testamento estaba viciado de preterición por omisión de algún SUUS, pudiendo éste conseguir la impugnación del testamento y su anulación. Estamos, por tanto, ante lo que después llamó la pandectística la LEGÍTIMA FORMAL; y ello nos pone sobre la pista de que las convicciones de la época no veían lógica alguna en un testamento huérfano de mención para los SUI HEREDES.

A partir del Siglo II comenzó a cundir la idea —posiblemente, dice Lacruz, por influencia de la filosofía griega— de que no bastaba a los SUI un mero nombramiento sino que se les debía transmitir asimismo una parte de la herencia. La conciencia popular consideraba que el testador no podía dejar a sus consanguíneos desasistidos. Por el juego del OFFICIUM PIESTATIS existía un verdadero deber moral de dejarles una parte de la herencia. Pronto se estableció la posibilidad impugnatoria de los testamentos en que se hacía así, apareciendo la QUERELA INOFICIOSI TESTAMENTI dirigida a la anulación del testamento en que el testador no dejaba la porción legítima —es decir lo que los pandectistas llamarán después la LEGÍTIMA MATERIAL— a las personas con derecho a ella. Pero lo que me llama la atención, y quiero subrayar aquí, es que antes de existir la querela inoficiosi testamenti como acción impugnatoria, los retóricos, que impugnaban ante el Tribunal los testamentos en que no se dejaba la porción legítima, basaban la impugnación en que el testamento era obra de un demente, al haber preterido a los parientes más próximos. Y la pregunta que en este punto me hago —y estoy tentado de contestar afirmativamente— es la de si laten todavía en buena parte estas ideas en nuestra sociedad.

En los antiguos Derechos germánicos se parte de una situación de comunidad familiar, en la que los bienes son de todos. Al morir el jefe de los bienes siguen perteneciendo a la comunidad, en la cual simplemente cambia de dirección. Existía —dice Brunner— en vida del causante una comunidad patrimonial entre él y los herederos reunidos en el hogar; y, al disolverse la comunidad

por muerte del causante, tenía lugar una distribución entre los comuneros, salvo determinados objetos de uso personal que pasaban al hijo considerado más idóneo. De ahí la máxima de que «los herederos nacen y no se hacen». SOLUS DEUS POTEST FACERE HERES, NON HOMO. Fue la Iglesia, según señaló en primer término SCHULTZE, siempre tan oportuna y siempre al quite, la que preconizó la necesidad de que exista una parte de libre disposición, que pueda ser destinada a limosnas y sufragios, a fin de atender las necesidades del alma y la salvación del testador, introduciendo una PROPRIA PORTIO, dentro de un sistema de propiedad comunal del grupo.

En la llamada CUOTA PRO ANIMA que se convirtió después en cuota de libre disposición y que coexistía con una legítima de las restantes 4/5 partes de la herencia, que se transmitía OPE LEGIS a los descendientes. Sistema que aparece recogido en la célebre ley DUM INCLITA de CHINDASVINTO obrante en el LIBER IUDICIORUM.

Los precedentes, pues, del Derecho romano y de los Derechos germánicos configuran la sucesión sobre una base de fuertes restricciones a la libertad de testar. Y, de una u otra manera, influyeron notablemente en los sistemas jurídicos que se fueron desarrollando en España, desde Cataluña y Baleares, que muestran fuerte impacto de los precedentes romanos, hasta el Derecho de Castilla, sistematizado en el Código civil, que combina ambos elementos, habiendo dicho, con notable acierto VALLET DE GOYTISOLO que LAS CONSTRUCCIONES DE LOS CLÁSICOS DEL DERECHO CASTELLANO SE REALIZARON CON MATERIALES ROMANOS, PERO GUARDANDO PROPORCIONES GÓTICAS. EL DERECHO GERMÁNICO, EVOLUTIVAMENTE ATENUADO, FUE REGULADOR DE LA MEDIDA. EL DERECHO ROMANO EN SU FASE JUSTINIANA EXPLICÓ SU NATURALEZA. Por el contrario, y como es sabido, Navarra, consagra un sistema de legítimas fictas, sin contenido patrimonial, y dirigidas a una atribución meramente formal, lo cual ha sido explicado por la doctrina —Ureña— como consecuencia de la pervivencia de elementos primitivos, aletargados por la dominación romana, que conocían un sistema de heredero único mantenedor de la cohesión del patrimonio familiar, prevaleciendo la necesidad de defender la continuidad de éste sobre el reparto y disgregación del mismo entre los herederos.

Es curioso hoy en día recordar —y termino con ello este breve recorrido por el túnel del tiempo— que las Partidas, en criterio compartido por cierto con Bártolo y Socino, consideraban que la legítima era debida por Derecho Natural, en cuanto venía subrogada en la obligación alimenticia. Pero ya otros clásicos como Cino de Pistoia, Baldo y el Abad Panormitano, distinguieron y matizaron con exquisito cuidado —como diríamos con terminología de hoy— señalando que lo único debido por Derecho natural eran los alimentos y que la legítima venía establecida por mandato del Derecho civil, por lo que era factible que tanto la ley como los estatutos pudieran desconocerla.

Entre nosotros, Fernando Vázquez de Menchaca en su Tratado publicado en Salamanca en 1559, sanciona la diferencia entre ambos conceptos jurídicos, argumentando que la costumbre muestra que en ciertos pueblos solo el hijo mayor sucede en todos los bienes y señalando, además, que no puede fundamentarse la legítima en un derecho de alimentos, pues éste exige que el alimentista los precise, por lo que no puede servir de fundamento a las legítimas, que se atribuyen sin tener en cuenta las necesidades del legitimario y por el solo hecho de la descendencia.

Ciertamente —y coincido una vez más con Jaime Ferrer—, la cuestión de la libertad de testar no puede hoy en día plantearse con carácter general, sino en todo caso, referida a una comunidad o sistema jurídico determinado. La adecuación de la normativa a la realidad social debe ser siempre el motor impulsor del desenvolvimiento del Derecho; pero las realidades sociales cambian grandemente al socaire de estas dos grandes coordenadas que son el tiempo y el espacio. Por ello, el análisis de la cuestión contemplada tiene que hacerse en estrecho contacto con las convicciones hoy en día imperantes en el marco geográfico de nuestras Islas. No otra cosa es la que viene a proclamar Vallet de Goytisolo al decir que «lo fundamental en el régimen sucesorio es la adecuación del sistema al fin pretendido y al objeto de que se trate. Por esto, hay que valorar el clima moral social de la época y lugar, las costumbres y los usos vividos, e incluso, el mismo objeto y contenido de la herencia en cuestión, netamente influido, cuando se traduce en bienes raíces, por la geografía física y económica en que se hallen ubicados».

Y si las conclusiones del examen pormenorizado de nuestra realidad social, exigen la desaparición de la norma, ello ha de hacerse sin escrúpulos derivados de un tradicionalismo mal entendido o de un apego —muy comprensible, por otra parte— a las instituciones propias. En el mundo en que todo cambia tan rápidamente, no es extraño que también con el paso del tiempo ciertas leyes deban cambiar. Como decía Goethe, poniendo sus palabras en boca de Mefistófeles, las leyes son como una enfermedad que se transmite de generación en generación, y lo que antes era bueno después se hace malo, y lo que antes era justo deviene injusto. Como la realidad social cambia, las leyes asimismo deben cambiar.

No puede decirse que nuestro Parlament haya legislado haciendo oídos sordos a las convicciones actuales, pues lo cierto es que la ley de 28 de Junio de 1990 ha cambiado sustancialmente la regulación de la legítima, diciéndose en la exposición de motivos, literalmente, «especialmente importantes son las modificaciones que se introducen en el sistema legitimario». Más ¿ha cambiado suficientemente? ¿Se ha legislado de acuerdo con los cambios que la realidad social demanda? Voy a examinarlo muy brevemente, bien entendido que no hago sino dar mi opinión —necesariamente rápida y resumida sobre la cuestión.

1) Legítima de los ascendientes.

Nos ha recordado Jaime Ferrer que se ha reducido a los padres con exclusión de los demás ascendientes y ha pasado a ser la 4.^a parte del haber hereditario.

Creo honradamente que la realidad actual no demanda la conservación de esta legítima. La legítima de los padres y ascendientes podía tener su razón de ser en épocas pretéritas en las que no se conocía un sistema de previsión social como existe hoy en día. Hoy los padres no necesitan ni quieren por lo general ser legitimarios de sus hijos y si se diere algún caso de excepción, es evidente que siempre el derecho a los alimentos acudiría en auxilio de las necesidades del ascendiente. Lo cierto, además, es que la legítima de los padres puede plantear problemas en caso de premoriencia del hijo, casado y sin descendencia, si éste ha instituido heredero al cónyuge viudo. En estos casos, si el caudal relicto es de escasa cuantía, limitado posiblemente a la vivienda familiar, el pago de la legítima de los padres, particularmente si ha de pagarse en bienes de la herencia, puede obligar a establecer una situación de condominio respecto de aquella verdaderamente absurda.

No hay que olvidar, por otra parte, que juega a favor de los ascendientes el hecho de estar vigente en nuestro Derecho la norma recogida por el art. 812 Cc —cuya vigencia sanciona expresamente el art. 43 in fine del nuevo texto compilado— según el cual los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posterioridad cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. También les es favorable la norma del art. 935 Cc —vigente igualmente dentro de nuestro sistema jurídico— que les llama a la sucesión intestada a falta de hijos y descendientes del difunto.

Por todo ello, es posible que estemos ante una legítima destinada a desaparecer en una próxima reforma de la Compilación. No latan en ella las ideas de continuidad en el patrimonio familiar que animan la legítima de descendientes. Y, en definitiva, si el hijo no ha testado y muere sin descendientes, heredan como sucesores ab intestato y si ha testado disponiendo de sus bienes a favor de otra persona, parece debe respetarse absolutamente su voluntad al haberlo así dispuesto.

2) Legítima del cónyuge viudo.

No solamente se ha conservado en el texto actual de la Compilación, sino que se ha incrementado, pasando a ser el usufructo de la mitad, los dos tercios o la totalidad de la herencia, según concurra el cónyuge viudo con descendientes, padres o personas que no tengan ni uno ni otro parentesco con el causante.

Ciertamente la realidad social muestra como, con muchísima frecuencia, se instituye heredero universal al viudo o, en concurrencia con hijos, se le ins-

tituye en el usufructo de la totalidad de la herencia, obligando a los hijos a respetar este usufructo universal en base al juego de la cautela socini.

Lo normal, por tanto, es que los propios cónyuges establezcan disposiciones mortis causa a favor del sobreviviente que permitan a éste disponer de lo necesario para seguir manteniendo su acostumbrado nivel de vida. Más, en todo caso, bienvenidas sean estas disposiciones por las que se incrementa la cuota legitimaria, en atención a los supuestos en que no se contienen en los testamentos cláusulas de este estilo o, simplemente, no existe testamento.

Siendo, pues, una constante legislativa la progresiva protección del cónyuge viudo, extraña —aunque lógicamente se respeta— que en el Derecho de Eivissa y Formentera no tenga el mismo derecho de legítima, situación tanto más sorprendente si se tiene en cuenta que se ha instaurado, en la reciente Ley reformadora, una legítima de los padres que antes no existía.

Indudablemente, debe tener razón Cerdá Gimeno cuando señala que la no inclusión del cónyuge viudo como legitimario deriva del propio sistema jurídico de las Pitiusas, ya que usualmente —vía heredamiento, vía testamento o vía donación— el viudo o viuda goza del derecho de usufructo universal sobre los bienes del causante y en tal situación es innecesario otorgarle una legítima. Espero y deseo que la situación continúe así, pues lo cierto es que, de darse casos en que no ha existido tan lógica prevención, el cónyuge viudo puede encontrarse en una situación de desprotección altamente desagradable.

La realidad social nos muestra, por otra parte, que, en caso de existir descendientes, la cuota viudal en usufructo convive armónicamente con las disposiciones a favor de aquellos. Sin embargo, para los casos en que así no sea, que suelen darse en ocasiones, particularmente cuando los herederos son hijos del anterior matrimonio del causante, se considera plausible el hecho de que la ley reformadora haya insertado dentro de nuestro sistema jurídico el texto del art. 839 Cc, pudiendo por tanto los herederos satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud del mandato judicial; precepto cuya validez entre nosotros era hasta ahora cuestionada por poder atentar contra el principio fundamental de conceptualización de la legítima como *pars bonorum hereditatis*, pero como vamos a ver enseguida, este principio ha iniciado, a Dios gracias, su crisis particular.

3) Legítima de los descendientes.

Indudablemente es ahí donde las opiniones están más enfrentadas.

No existe respecto de ella la coincidencia de criterio que se da respecto de las otras legítimas, pues, en cuanto a la de los padres, muchos abogan por su desaparición, y respecto de la del cónyuge viudo, casi todos preconizan su conservación y mantenimiento.

Es, por el contrario, al tratar de la legítima de los descendientes cuando el tema legitimario alcanza los más polémicos debates. Debe haber legítima de descendientes, se ha dicho, porque la impone la paternidad responsable (hay que pensar en las necesidades y problemas con que los hijos podrán encontrarse en el futuro), la exige la continuidad del patrimonio familiar (lo que se hereda de un ascendiente se recibe con el mandato tácito de transmitirlo a los descendientes), la impone el hecho de que la familia haya participado en la formación de la propiedad (habiendo señalado Cimbali que la familia, en particular, los hijos y el cónyuge viudo han ayudado en ocasiones directamente a la creación del patrimonio familiar y siempre indirectamente con el estímulo que de por sí suponen). La familia, la familia nuclear, se ha convertido así en lo que Paul Bourget llamó ÓRGANO DE DURACIÓN O CONSERVACIÓN DE LAS ADQUISICIONES HUMANAS DE ORDEN MATERIAL Y MORAL. Tan atrás como nos remontemos a través de los anales de la Humanidad nos encontramos que su constante esfuerzo, su lucha por la existencia ha dado lugar a la constitución de órganos de duración, gracias a los cuales cada generación no supone una eterna vuelta a empezar. El hogar, donde se agrupa la familia, seres de la misma sangre, la casa, como el lenguaje, como la imprenta es uno de estos órganos de duración. Lo que el padre recibió de sus mayores, lo que ha adquirido, quiere que, en todo o en parte, se transmita a sus sucesores; es el instinto de la permanencia que lucha en el corazón humano contra el constante transcurrir del tiempo. Y de esta manera se suaviza e idealiza el duro principio de la propiedad, que de poseer por poseer se convierte en poseer para transmitir...

No importa decir que desde otros puntos de vista se han vertido interesantes argumentos a favor de la absoluta libertad de testar; y no han faltado su- tiles distinciones a la hora de optar entre legítimas cortas y largas, como la que hace Vallet entre PATRIMONIOS DINÁMICOS O DE PRODUCCIÓN (fincas agrícolas, pequeñas industrias o comercios) para los que propugna su continuidad por un heredero, percibiendo los otros hijos legítimas cortas, frente a los PATRIMONIOS ESTÁTICOS O DE AHORRO, respecto de los cuales su continuidad no tiene ningún interés social por lo que es perfectamente factible la división del patrimonio en base a legítimas largas. Idea que, fundamentalmente, se coincide con la expuesta por Roca Sastre en la conocida conferencia dada en el Colegio Notarial de Madrid en 1943 bajo el título LA NECESIDAD DE DIFERENCIAR LO RURAL Y LO URBANO EN EL DERECHO SUCESORIO.

Meditando sobre todas estas consideraciones, creo que estaremos todos de acuerdo en la transcendencia e importancia de la familia dentro de la sociedad moderna. El MARQUÉS DE MIRABEAU, en su DISCOURS SUR LES SUCCESSIONS decía —con razón— que los sentimientos y las costumbres que son base de la felicidad pública se forman en el hogar doméstico. Y yo

creo que el sentimiento de la familia se robustece si late bajo el mismo la idea de permanencia. No empieza ni termina todo en cada generación sino que a las nuevas generaciones debe llegar algo producto del trabajo y del esfuerzo de las anteriores: algo que en sí simboliza la propia familia. Lo que el sentido común demanda es que lo de los padres sea en todo o en parte de sus hijos. Recordemos que los retóricos decían, ante el Tribunal de los centumviro, que el testamento en que se pretería a los hijos era obra de un demente. Y los hijos lo que quieren es tener algo que haya pertenecido a sus padres, y no solo por mero apego material. He podido apreciar, en mi vida profesional, llevando los menos que he podido, por ser siempre desagradables, pleitos sucesorios, el hondo disgusto que tiene el hijo preterido al dolerse de la manera injusta con que ha sido tratado por sus propios padres.

Abogo, pues, con el nuevo Académico, Jaime Ferrer, por la conservación de la legítima de los descendientes; pero no quiero terminar este paseo académico que estamos haciendo en torno a la legítima sin efectuar unas pequeñas precisiones que, como verán Uds., demuestran que mi aceptación del sistema legitimario no es incondicional ni mucho menos.

1.^a) En primer lugar, considero plausible que la legítima mallorquina sea una legítima corta, pues de esta manera se puede armonizar más fácilmente el respeto a la legítima con el asimismo exigible respeto a la voluntad del testador. Agudamente ha puesto de relieve Raimundo Clar que es absolutamente infrecuente hoy en día que una familia tenga 5 o más hijos, con lo que lo normal es que la legítima colectiva quede reducida a una 3.^a parte del haber hereditario y no a la mitad. No hay que pensar, creo, en retocar la Compilación, en base a este dato sociológico, pues como decía, considero acertado que, en la mayoría de supuestos, la legítima de los descendientes no exceda de un tercio del haber hereditario.

2.^a) Excepcionalmente, el derecho a legítima de los hijos o descendientes podría quedar sin efecto en el supuesto de existir otro hijo o descendiente incapaz o afectado de minusvalías determinantes de que el padre pueda considerar que es preciso destinar el caudal hereditario en su integridad a asegurar de por vida una asistencia al incapaz.

Todos hemos podido conocer las precauciones que anidan, en estos casos, en los padres, quienes temen que, a su muerte, el hijo incapaz o minusválido pueda quedar sin lo preciso para su subsistencia y cuidados.

Darles oportunidad de destinar todo su caudal a este noble propósito, sin ingerencias legitimarias de los demás hijos, creo que es lo que la equidad y la justicia exigen para estos casos.

3.^a) El tratamiento que el legitimario ha tenido tradicionalmente en el Derecho civil balear ha sido excesivamente favorable. En particular, ha planteado muchos problemas la consideración de la legítima mallorquina como

PARS BONORUM HEREDITATIS, que facultaba al legitimario para percibir la legítima en bienes de la herencia, siendo ineficaz —decía el hoy modificado art. 46— toda disposición en contrario del testador.

Sin embargo, y aunque tal era desde luego la concepción tradicional, el proyecto de Apéndice de 1920 trataba la cuestión de modo más racional al disponer que «en el caso de que el testador señale la legítima en dinero, al igual que si así conviniesen en cubrirla heredero y legitimante, se entenderá aquella satisfecha con bienes hereditarios».

La doctrina —Jaime Ferrer, Francisco Noguera, Juan Verger— ha venido señalando que la exigencia de pagar las legítimas en bienes hereditarios era absurda y antieconómica, produciendo una atomización de la propiedad rural. Parece que se ha olvidado —decía Juan Verger tras aparecer la Compilación de 1961— lo que es inconcebible, que el Derecho foral es esencialmente un Derecho rural, destinado a servir los intereses y necesidades del campo, ya que en éste y para éste nació principalmente.

Pero es que si el problema se traslada al ámbito urbano es todavía más pavoroso, particularmente en aquellos supuestos en que el caudal relicto viene integrado fundamentalmente por la vivienda familiar del fallecido, con lo que el pago de la legítima en bienes de la herencia, exige la constitución de absurdos y antieconómicos condominios.

Por todo ello, bienvenida sea la novedad introducida por la Ley reformadora que en el primer párrafo del art. 48 sanciona que, a pesar de deber ser pagada la legítima en bienes de la herencia, el testador en todo caso, y el heredero distribuidor, si no se le hubiere prohibido, podrán autorizar el pago de la legítima en dinero aunque no lo haya en la herencia.

Apostamos sobre seguro al decir que el texto se ha de convertir en una cláusula de estilo que se incorporará a muchísimos testamentos. Y tal vez se haya ya emprendido el camino que enterrará definitivamente los viejos dogmatismos de la legítima como PARS BONORUM HEREDITATIS, estableciendo su concepción como simple PARS VALORIS. Si bien la doctrina ha señalado que la legítima mallorquina ha tenido tradicionalmente el primer carácter, no puede olvidarse que hay otros argumentos a favor de la consideración de la legítima como mero gravamen de la herencia, como es, fundamentalmente, la antigua práctica, que he comprobado, de inscribir las fincas de la herencia a nombre del heredero, «sin perjuicio de los derechos legitimarios», y poder aquel transmitir las sin intervención de éstos, práctica de la que se hace eco Pascual González, quien cita asimismo la conocida contestación dada por el Comité de Consultas de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario en el año 1931 a una consulta del Colegio Notarial de Baleares, permitiendo la inscripción de una escritura otorgada por el heredero sin la concurrencia de los legitimarios, en base a «que no debe denegarse la inscripción de tal escritura ya que los legitimantes no tienen que intervenir más que en el caso

de que las fincas quieran transmitirse libres de la responsabilidad que les afecta».

4.^a) Y si en un ulterior desenvolvimiento de nuestro Derecho se va a la legítima como crédito, entonces no tendrá fundamento la posibilidad, reconocida por el anterior art. 46, y por el hoy art. 47 de nuestra Compilación, del legitimario de acudir al juicio de testamentaria, pues, tal juicio de división del caudal, no tiene razón de ser si la legítima ha de pagarse en metálico, cual señala, por cierto, el art. 47 Compilación.

Es lo cierto, que en una época como la actual en que la Administración de justicia tiene una problemática muy seria de exceso de asuntos, que no puede tramitar debidamente, el juicio de testamentaria se convierte en un procedimiento que se perpetúa durante años y años —y no hablemos en el caso de existir de por medio algún incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario—, durante los cuales ni legitimario ni heredero pueden inscribir los bienes a su nombre ni siquiera administrarlos, por imponer la ley una administración judicial. De ahí que no en pocas ocasiones se emplee el juicio de testamentaria por parte del hijo o descendiente que solo ha sido instituido en la legítima como medio de presión para exigir de los herederos más de lo que le corresponde por legítima, bajo amenaza de tener que pasar por el calvario de la testamentaria de no acceder a su pretensión.

El peligro puede ser en parte obviado, y los competentes Notarios de nuestro Colegio hacen frecuente uso de ello, mediante la partición realizada por el propio testador o el establecimiento en el testamento de una disposición nombrando contadores partidores, pero lo cierto es que los Abogados somos testigos de testamentarias que se perpetúan y languidecen durante años y años en los Juzgados en perjuicio, al fin y a la postre, de todos los interesados en la sucesión.

Por ello, tal vez sea más justo y racional el tratamiento que se da a la legítima en el Derecho civil catalán, que parte de una concepción de la legítima distinta de la de nuestro Derecho y de la del Código civil.

Se respeta, en definitiva, el derecho del legitimario, pero no creo que haya necesariamente que darle un tratamiento tan privilegiado como el que actualmente tiene.

Y ya finalizado el paseo académico, se impone retomar el hilo y hacerme de nuevo la pregunta con que había iniciado mis palabras. ¿Legítimas SÍ? ¿Legítimas NO?

Permitidme que abandone un momento el rigor del lenguaje académico para hablar en lenguaje coloquial, en el «roman paladino de hoy con el que suele el pueblo hablar a su vecino». Y digo: Legítimas sí, pero legítimas «light», es decir, legítimas bastante descafeinadas.

Muchas gracias.

El artículo que sigue, EL CODIGO CIVIL Y SU APLICACION EN EL DERECHO CIVIL BALEAR, de Miguel Masot, ha sido publicado en la obra CENTENARIO DEL CODIGO CIVIL, con la que la Asociación de profesores de Derecho civil ha querido conmemorar el centenario del Código civil.

El trabajo fue publicado antes de la aparición de la ley 8/1900 de 28 de junio del Parlament Balear de reforma de la Compilación, lo que explica la referencia a preceptos de ésta en su redacción anterior a la ley reformadora. Sin embargo, se contienen en el artículo numerosas alusiones al proyecto de reforma y un examen de la incidencia del mismo en el tema que es objeto de tratamiento.

Dada la importancia de éste, en el contexto de nuestro Derecho Civil balear, se ha juzgado conveniente la inserción del artículo en el presente libro, comprensivo de trabajos de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, para su mayor divulgación y conocimiento.

EL CODIGO CIVIL Y SU APLICACION EN EL DERECHO CIVIL BALEAR

MIGUEL MASOT MIQUEL
CATEDRATICO DE ESCUELA
UNIVERSITARIA,
PROFESOR TITULAR DE
DERECHO CIVIL EXCEDENTE

SUMARIO: I. CONNOTACIONES HISTORICAS. EL PROCESO CODIFICADOR VISTO DESDE LAS ISLAS BALEARES. 1. El proyecto de 1851. 2. El Real Decreto de 2 de febrero de 1880. 3. El proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885. 4. La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 y los artículos 12 y 13. II. RELACION DEL CODIGO CIVIL CON EL DERECHO CIVIL BALEAR. 1. Normas de aplicación. 2. Aplicación directa del Código civil: A) Las disposiciones del título preliminar: a) Fuentes de Derecho. b) Interpretación de las normas. B) Las disposiciones del título IV del libro I. 3. Aplicación del Código Civil por remisión: A) Consideraciones generales. B) Las remisiones contenidas en la actual Compilación. C) Examen pormenorizado de las remisiones que efectúa la Compilación: a) La del artículo 5.º, según la cual la dote se regirá por la ley común. b) La del artículo 24 en cuanto al derecho de acrecer. c) La remisión del artículo 51 en materia de sucesión intestada. d) La remisión del artículo 54, párrafo 2.º, relativa al dret d'estatge. e) Las remisiones en materia de censos y alodios. f) La remisión del artículo 67, relativo a Ibiza y Formentera, en materia de dote. g) La remisión que efectúa el artículo 70 al declarar que pueden ordenar heredamiento quienes tienen capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales. D) Las remisiones que se contienen en el proyecto de revisión: a) Las remisiones de carácter general. b) Las remisiones a instituciones ajenas al Derecho civil balear e incluso contrarias a sus principios. 4. Aplicación del Código civil como Derecho supletorio. A) Consideraciones generales. B) La falta de norma jurídica aplicable en el Derecho civil balear. La costumbre. La tradición jurídica balear. C) La adecuación de la norma supletoria a las normas y principios del Ordenamiento jurídico balear. D) La naturaleza del Código civil como Derecho supletorio.

I. CONNOTACIONES HISTORICAS. EL PROCESO CODIFICADOR VISTO DESDE LAS BALEARES

1. El proyecto de 1851

No puede decirse, como es notoriamente conocido, que el proceso de codificación del Derecho civil a lo largo del siglo XIX contemplara con especial interés y consideración los Derechos forales. La Constitución de Cádiz de 1812, al establecer que los Códigos civil y penal y de comercio serían unos para la monarquía, suponía el germen del cual arrancaban las ideas centralistas de superación y, en definitiva y a la larga, de abolición de los fueros; ideas que cristalizaron en el llamado proyecto de 1851, en el que tuvo intervención decisiva García Goyena, autor de las conocidas «Concordancias, motivos y comentarios» en los que glosa el articulado del proyecto.

Sabido es que dicho proyecto, adaptado fundamentalmente a la sistemática, e incluso al articulado, del Código civil francés, cae en el error de desconocer y olvidar la existencia de los Derechos forales, lo cual, en definitiva, fue el motivo determinante de que no llegara a convertirse en ley, pues su uniformismo no podía encajar con una realidad jurídica variopinta cual la española que presentaba importantes y diferenciadas instituciones civiles, particularmente familiares y sucesorias, que eran omitidas y silenciadas en el proyecto del texto legal.

Es de destacar, y en honor a la verdad así hay que decirlo, que el propio Gobierno de la nación, que debía presentar el proyecto a las Cortes, fue consciente del gravísimo defecto apuntado y por ello buscó una retirada honrosa del proyecto, que tuvo lugar a través de la Real Orden de 12 de junio de 1851, en la cual, tras reconocer que era un grave obstáculo para una obra codificadora cual la realizada, «la existencia de fueros y legislaciones especiales, usos y costumbres varias y complicadas, no sólo en determinados territorios de la monarquía, que en otro tiempo formaron estados independientes, sino también hasta en no pocos pueblos pertenecientes a provincias en los que por lo general se observan los códigos de Castilla», y tras dar las más expresivas gracias a la comisión redactora por el celo e inteligencia con que habían cumplido el encargo, se dispone:

1.º Que se inserte el texto del proyecto citado y se publique en un solo número del periódico mensual titulado EL DERECHO MODERNO, a fin de facilitar su examen y estudio.

2.º Que se excite el celo de todos los Tribunales del fuero común para que expongan lo que estimen conveniente y hagan las observaciones que su

ilustración les sugiera acompañando al mismo tiempo las noticias y datos prácticos en que se funden las observaciones.

3.º Que se excite también el celo de los demás Tribunales especiales, de las autoridades a cuyas atribuciones pueda referirse de alguna manera el proyecto, de los colegios de Abogados, de las Facultades de Jurisprudencia de las Universidades y demás personas que puedan ilustrar con sus luces y conocimientos las diversas materias que comprende el Código, y

4.º Que las observaciones estén reunidas en el Ministerio de Gracia y Justicia al 1 de enero de 1852.

No es extraño el naufragio del proyecto García Goyena por que el siglo XIX, en particular en su segunda mitad, había conocido un florecimiento del regionalismo y, en particular, de los Derechos forales; se consideraba que el Derecho era, juntamente con la lengua, uno de los elementos diferenciales característicos de los pueblos. Los postulados de la Escuela Histórica del Derecho, introducidos en nuestro país a través de la obra y las enseñanzas de Durán y Bas, habían puesto de relieve la importancia de la costumbre como primera fuente popular de creación del Derecho y la consideración de éste como una de las más importantes manifestaciones del espíritu de cada pueblo, revelado a través de sus instituciones vividas, sentimientos, tradiciones y, en definitiva, modo de resolver los conflictos. Habida cuenta, pues, de todo este bagaje, no era pensable un Código civil en el que se intentara recoger y sistematizar el Derecho español si se pecaba de olvido y omisión de los Derechos forales.

1. El Real Decreto de 2 de febrero de 1880

Por ello, la labor codificadora posterior al proyecto de 1851 no quiso caer en el mismo error. Y es clara muestra de ello el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, expresivo de que «si bien todos los gobiernos nacionales habían mostrado vivos deseos de llevar a cabo la obra de la codificación española, ninguno lo había alcanzado, porque eran parte a estorbarla el natural afecto que varias provincias tienen a los fueros que las rigen y sus fundados temores de que antiguas y respetadas instituciones que afectan a la manera como en ellas está constituida la familia o la propiedad, desapareciesen por completo o se resintiesen profunda y dolorosamente en aras del principio unitario en todo su rigor aplicado».

No podía, pues, prescindirse de los Derechos forales, ni tampoco podía detenerse, en aquellos momentos el proceso histórico de unificación del Derecho civil español; y entonces, partiendo de la base de que no supondría gran sacrificio para los naturales de Castilla el aceptar algunas de las instituciones fora-

les que pudiera ser conveniente introducir en la legislación general para vigorizar la familia, ni sería tampoco gran sacrificio para las provincias forales prescindir, en obsequio a la unidad, de lo que para ellas no sea fundamental, es por lo que se agregó a la Comisión general de Códigos un representante letrado por cada uno de los territorios de Cataluña, Aragón, Navarra, Provincias Vascongadas, Islas Baleares y Galicia, quienes habrían de redactar en el término de seis meses una memoria acerca de los principios e instituciones de Derecho foral que debían incluirse en el Código civil de la nación con carácter de excepciones, para que rigieran tan sólo en las respectivas regiones forales concretando su pensamiento en artículos.

Visto el proceso codificador desde la óptica del Derecho civil balear, interesa destacar, ante todo, la buena acogida del Real Decreto de 2 de febrero de 1880 y los buenos propósitos y generosos sacrificios que el mismo, como contrapartida, suscitaba. Una obra clásica en la materia —La Memoria de Pedro Ripoll y Palou— nos da las más expresivas muestras de todo ello. Comienza el autor por felicitarse ante el hecho de que, por medio del susodicho Real Decreto de 2 de febrero de 1880, «se hayan alejado los recelos que inspiraban la tendencia de sobreponer de una manera inconsciente los principios de la legislación general al derecho de las provincias que, regidas por leyes especiales, han conservado a través de los siglos instituciones respetables; y de que con tal alta garantía se ofrezca hoy incluir en el futuro Código civil la parte más importante de las mismas, cuya desaparición causaría gravísimos trastornos en sus territorios. Esta generosa oferta —sigue diciendo Ripoll—, no hay que dudarlo, nos obliga a responder al acto oficial con un espíritu de recíproca concordia y levantado sentimiento de fusión y homogeneidad, procurando tan sólo salvar lo puramente fundamental de nuestros fueros, que sin una verdadera violencia no pueda renunciarse, sofocando toda exigencia de amor propio local y penetrados, según han dicho centros científicos dirigidos por iniciativa propia en puntos de complicada y vasta legislación especial, de que los grandes progresos y hondas transformaciones de la humanidad se realizan tan solamente a expensas de generosas transacciones y de acomodamientos tan prudentes como fecundos, entre el pasado que se resiste a desaparecer orgulloso con tantos intereses creados a su sombra y el presente que reclama sus conquistas con natural, pero muchas veces prematura e irreflexible impaciencia»¹.

¹ Pedro RIPOLL Y PALOU, *Memoria sobre las Instituciones del Derecho civil de las Baleares*, escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, edición Palma 1885, pág. 7. El gran jurisconsulto RIPOLL Y PALOU manifestaba hallarse animado de este espíritu conciliador creyendo poder afirmar, «que con él interpreta los levantados sentimientos de este país. Así como no puede haber lesión de intereses al renunciar ciertos usos y prácticas que, con más o menos tesón, hemos hasta el presente sostenido, sometiéndonos sin reserva a una ley general, hay, por otra parte, instituciones tan encarnadas en nuestra vida y elementos familiares tan fecundos en armonía y moralidad que lejos de poder abandonarse deben sostenerse con entusiasmo y salvarse con la misma resolución con que se salva toda necesidad social y de conveniencia pública.

3. El proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885

Sin embargo, pronto se reveló que no era tarea fácil ni mucho menos la empresa de incluir en un Código civil de la nación «los principios e instituciones de carácter foral, que con carácter de excepciones, debían regir en los territorios aforados», por lo cual, el proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885 se pronunciaba, lisa y llanamente, por el respeto y la declaración de subsistencia de «las instituciones, leyes, usatjes, recopilaciones, fueros y costumbres, desarrolladas y desenvueltas en las provincias de derecho foral como regímenes especiales, y no se excluían al derecho romano ni al canónico, en cuanto estos cuerpos legales completan instituciones forales o desenvuelven en armonía de principios su sentido, sirviendo el Código de derecho supletorio para aquellos territorios exceptuados a fin de que resolviera las dudas que en los elementos constitutivos del derecho foral no tuvieran solución prevista», debiendo continuar entre tanto el estudio y reconocimiento de las legislaciones especiales con el objeto de codificarlas cuando haya llegado su sazón y oportunidad.

En definitiva, pues, quedaba sin efecto la idea primaria de unificación del Derecho civil español, entre otras cosas porque resultaba muy difícil, en los términos en que estaba planteada la labor codificadora, el conocimiento profundo de los Derechos forales y el tratar de tender puentes entre los mismos y el Código civil; tal era el criterio de Francisco Silvela quien afirmaba que «el derecho foral es un derecho difícil y oscuro; aún para los que más se han dedicado a este estudio, en el que conserva grandísima importancia el elemento consuetudinario, delicadísimo de tocar, porque es el que más enlaza con la vida, pero por modo modesto y silencioso, ocupando menos que otro alguno a los autores y a los tribunales»².

4. La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 y los artículos 12 y 13

Tras diversos avatares legislativos, y de acuerdo con las ideas expuestas, se publicó en la «Gaceta» de 22 de mayo la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, cuyo artículo 5.º hacía referencia a la cuestión foral para señalar que «en las provincias y territorios en que subsiste derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del código en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los es-

² Puede verse referido con detalle todo ello en MOUTON Y OCAMPO, *Código civil Enciclopedia Jurídica Seix*, edición 1.ª, pág. 15.

tatutos y reglas generales para su aplicación será obligatorio para todas las provincias del reino. También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base 3.^a relativa a las formas de matrimonio».

Este artículo 5.º de la Ley de Bases dio lugar al artículo 12 del Código civil con la sola modificación de añadir las palabras «escrito o consuetudinario» tras la expresión de «actual régimen jurídico», aditamento importante dada la trascendencia de la costumbre en las regiones forales que, obviamente, no habían compilado por aquel entonces sus normas especiales. Como dice Lacruz, estas palabras «escrito o consuetudinario» califican de modo inequívoco la conservación inalterada de su «actual régimen jurídico»³.

Necesario es, empero, en este punto, hacer una referencia al siguiente precepto —el antiguo 13 del Código civil— que proclamaba la vigencia del Código civil en Aragón y en las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes. De esta forma se reconocía en Aragón y Baleares al Código civil como derecho supletorio de primer grado, en situación similar a lo que ocurría en Vizcaya, Alava y Galicia —dada la ausencia de especial derecho supletorio— en contraposición a Cataluña y Navarra, habida cuenta la existencia del *ius commune* y del Derecho romano, respectivamente, como Derecho supletorio en cada una de estas regiones forales.

Este precepto, que, se ha dicho, es fruto del espíritu pactista de Aragón y de las Islas Baleares e «hijo de un espíritu conciliador», lo cierto es que nunca fue visto con agrado y especial complacencia en Baleares.

Pascual González lo expuso acertadamente y con palabras ciertamente expresivas: «los representantes de Mallorca y Aragón admitieron de buena fe (y con sobrada dosis de ingenuidad, justo es decirlo) la fórmula del artículo 13 de acuerdo con unos antecedentes de clarísima significación y no es justo suponer que el poder legislativo quisiera, a través de una redacción más o menos acertada, verificar un escamoteo o una poda en la parte del derecho foral que deseaban conservar las dos regiones más propicias a la unificación legislativa, Aragón y Mallorca. Sería contrario a la equidad y la estricta justicia equiparar el artículo 13 a una trampa para hacer desaparecer paulatinamente el derecho de Mallorca. Y los autores que examinan con lupa su redacción y toman pie de ella para lucir sus dotes de ingenio y sus condiciones dialécticas se olvidan que no tratan temas abstractos, sino que sus teorías e interpretaciones —a veces brillantes y originales— afectan al organismo jurídico vivo y palpitante de un pueblo. En cuanto a esto, hemos de observar que para llenar honestamente la función de estudio y exégesis de los artículos 12 y 13 es imprescindible ha-

³ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, Parte General*, Barcelona, 1982, pág. 92.

berse impuesto de sus antecedentes y documentado a fondo en la materia foral resultando siempre poca toda cautela y ponderación. Por esto la tendencia jurisprudencial a la asimilación de los artículos 12 y 13 nos parece exacta y racional, así como de estricta justicia la admisión de la vigencia del derecho romano en Mallorca, que es su más antigua legislación propia»⁴.

Hoy en día empero, y como es sabido, ha variado sustancialmente el marco legislativo en que se ubican los Derechos forales. Dada la nueva redacción de los artículos 12 y 13 del Código civil, la incidencia de los principios constitucionales, en especial la disposición adicional 1.^a, en cuanto establece el respeto a los derechos históricos y forales, y el artículo 149.1.8, en cuanto sanciona la posibilidad de asunción de competencias legislativas por las comunidades autónomas sobre conservación, modificación y desarrollo de los derechos forales allá donde existan; y habida cuenta, de otra parte, el artículo 10.22 del estatuto de autonomía de las Islas Baleares, aprobado por Ley Orgánica de 25 de febrero de 1983, que confiere a la comunidad autónoma competencia exclusiva en dichas materias, todo ello abona la conclusión de que el Derecho civil de las Islas Baleares se configura como un sistema jurídico autónomo, dentro del marco evidente del ordenamiento jurídico español y con sujeción, por tanto, a sus principios constitucionales, provisto de un sistema de fuentes propio y con elementos de autointegración y desarrollo a través de los principios generales que dan cohesión al sistema.

Es, por tanto, en este nuevo marco histórico jurídico en el que hay que situar la relación del Código civil con la Compilación del Derecho civil de Baleares y la aplicación de aquél dentro del Derecho civil balear.

II. RELACION DEL CODIGO CIVIL CON EL DERECHO CIVIL BALEAR

1. Normas jurídicas de aplicación

Aparte de los artículos 12 y 13 del Código civil, cuya redacción sobradamente conocida se hace innecesario reproducir, y los preceptos constitucionales

⁴ PASCUAL GONZALEZ, *Derecho civil de Mallorca*, edición Palma, 1979, pág. 55. Tratando del artículo 13 nos dice este autor que fue redactado con la firme creencia de que en previsible plazo aparecerían los anunciados apéndices. «Constituyó una solución transaccional transitoria, acogida con satisfacción general y, particularmente, por las personas de ideas liberales partidarias del uniformismo, tan en boga en extensos campos políticos en la segunda mitad del pasado siglo. Al prolongarse esta solución provisional más allá de uno o dos años, y alcanzar la avanzada edad de doce lustros ha producido unos resultados en disonancia con la satisfacción que motivó: problemas insolubles, incertidumbre en el derecho aplicable y confusión en importantes y delicadas áreas de nuestro derecho. Éstas son las secuelas que la magistratura y el foro mallorquín han padecido —y padecen aún— a consecuencia de la redacción del artículo que examinamos y de su antecedente y complemento el artículo 12».

les a los que se acaba de hacer referencia, es necesario tener en cuenta, en este punto, el juego que proporcionan varios preceptos de la Compilación de 19 de abril de 1961 y del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, aprobado mediante Ley Orgánica de 25 de febrero de 1983, al objeto de deducir de la combinación de los mismos las diversas conclusiones que puedan establecerse en la materia⁵.

Destacamos por tanto los siguientes preceptos de la Compilación del Derecho civil de Baleares:

Artículo 2.º 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 doctrinas de que aquéllos se derivan.

Disposición final 1.ª Las normas del Derecho civil Especial Balear escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella.

Disposición final 2.ª En lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general.

Del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, intenta destacar los siguientes preceptos:

⁵ Forzosamente hay que hacer referencia al Proyecto de revisión de la Compilación que, desde hace ya demasiado tiempo, está pendiente de ultimar su trámite parlamentario en el Parlament balear. Los preceptos actualmente en vigor aparecen con importantes modificaciones, según puede verse a continuación:

«Artículo 1.º: El Derecho civil de las islas Baleares regirá con preferencia al Código civil y demás leyes estatales, de conformidad con lo establecido en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía, sin perjuicio de las normas de carácter civil que, según la propia Constitución, sean de aplicación directa y general.

El Derecho civil de las islas Baleares se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan, así como las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas.

En defecto de leyes y costumbres del Derecho balear se aplicará supletoriamente el Código civil y demás leyes civiles estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento jurídico.»

Se mantiene la disposición final 1.ª, modificándose la disposición final 2.º —al haberse incorporado su doctrina al artículo 1.º del proyecto— que pasa a ser del tenor literal siguiente:

«Disposición final 2.ª: Las remisiones que hace esta Compilación a las disposiciones del Código civil se entienden hechas en su redacción actual.»

Artículo 10.22. En cuanto establece la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles especiales de la Comunidad Autónoma.

Artículo 47. 1. En materia de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el derecho propio de las Islas Baleares es aplicable con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos en el Estatuto.

2. En la determinación de las fuentes del Derecho civil especial de las Islas Baleares se respetarán las normas que en el mismo se establezcan.

3. En todo aquello que no esté regulado por el Derecho propio de las Islas Baleares será de aplicación supletoria el derecho del Estado.

De acuerdo con esta normativa que se acaba de exponer, la aplicación del Código civil de las Islas Baleares tendrá lugar a consecuencia de alguna de las tres posibilidades que a continuación se reseñan:

1. Aplicación directa del Código civil por imperativo del artículo 13 Cc.
2. Aplicación del Código civil por vía de remisión.
3. Aplicación del Código civil como derecho supletorio del Ordenamiento Civil Balear.

Paso a tratar separadamente cada uno de estos tres conceptos:

2. Aplicación directa del Código civil

Como es sabido, el artículo 13 Cc establece que «las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España».

Se contienen, por tanto, en el precepto dos tipos de normas del Código civil, que serán de aplicación directa y general en todo el territorio nacional, las cuales paso a exponer por separado.

A. LAS DISPOSICIONES DEL TÍTULO PRELIMINAR

De entrada, es absolutamente certera la matización que sobre el particular hace la doctrina al señalar que la aplicación general y directa de las normas del título preliminar solamente tiene lugar «en cuanto determinan los

efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación», por lo que hay ciertas materias contenidas y reguladas en el título preliminar en que no se da esta aplicación general y directa⁶.

Dada la actual división en capítulos del nuevo título preliminar, habría que concluir, en base a la titulación de estos mismos capítulos, que la materia a que se refiere el artículo 13 es la contenida en el capítulo II, titulado «Aplicación de las normas jurídicas», y en el capítulo III, titulado «Eficacia general de las normas jurídicas», pues se ajustan a la terminología utilizada en el artículo 13 del Código civil.

Obviamente serán de aplicación general y directa las normas de Derecho internacional privado, dado que en las mismas, se contempla como Ordenamiento de referencia el Derecho español, situándose, por tanto, en un contexto distinto respecto del Derecho civil balear.

También lo serán las normas sobre vecindad civil y Derecho interregional, pero debiéndose tener en cuenta la reforma que el Estatuto de Autonomía ha introducido en materia de adquisición de la vecindad civil, en cuanto a que los extranjeros que, teniendo vecindad en cualquiera de los municipios de las Islas Baleares, adquieran la nacionalidad española, quedarán sujetos al Derecho civil especial de las Islas Baleares mientras mantengan esta vecindad y salvo el caso de que manifiesten su voluntad en sentido contrario, norma constitutiva del artículo 6.2 del Estatuto de autonomía que hay que entender deroga claramente lo dispuesto en el artículo 15.1 del Código civil, en virtud del principio fundamental de que ley posterior deroga la anterior.

Aparte lo expuesto, es conveniente hacer referencia separada a las siguientes materias:

a) Fuentes del derecho

En puridad, el artículo 13 Cc no se refiere a ellas, pues los preceptos del Código civil sobre fuentes del Derecho están ubicados en el capítulo 1.º, a diferencia de los preceptos sobre aplicación y eficacia de las normas, claramente agrupados en los capítulos II y III.

Hay que creer que tal omisión es ciertamente intencionada, pues responde al deseo de respetar el sistema de fuentes de los Derechos forales, algunas de cuyas Compilaciones —art. 1.º 1 y 2.º de la Compilación aragonesa y Ley 2 de la navarra— presentan un sistema de fuentes propio. En este sentido hay que entender que la norma del artículo 13 es congruente con lo que se dispone en el párrafo 2.º del precepto en cuanto al respeto a los Derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que estén vigentes, pues este respeto

⁶ Luis PUIG FERRIOL y Encarna ROCA TRIAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, edición Barcelona, pág. 224.

debe pasar, evidentemente por no tratar de imponer a los mismos un sistema de fuentes distinto del que les es propio.

Sin embargo, en la Compilación balear, al igual que en la catalana, no se contiene norma que haga una relación expresa a las fuentes del Derecho civil balear, y, de otra parte, la disposición final 1.^a parece tajante al afirmar que las normas del Derecho civil especial balear, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de la Compilación quedan sustituidas por las contenidas en ella.

Habida cuenta de ello, es obvio que inmediatamente se nos plantean dos cuestiones: en primer lugar, la consideración de cuáles sean las fuentes del Derecho civil balear y, en particular, si ha desaparecido o no la costumbre como fuente dentro de nuestro Ordenamiento; y en segundo lugar la cuestión de si tiene o no tiene en la actualidad el Parlamento Balear competencia para legislar en materia de fuentes del Derecho civil balear.

Dejando para más adelante el estudio de la primera de estas cuestiones, y entrando, por tanto, en la segunda de ellas, hay que decir de entrada que este respeto de que venimos hablando al sistema de fuentes de los Derechos forales lo encontramos en el artículo 149.1.8 de la Constitución española que, al atribuir al Estado competencia en materia de determinación de las fuentes del Derecho, hace de nuevo una llamada de respeto a las normas de Derecho foral o especial.

Como es sabido, la doctrina ha tratado profusamente la cuestión de si la excepción propugnada —que, como es sabido, y en el contexto general del artículo 149.1.8, es llamada la excepción de la excepción de la excepción— es aplicable solamente a los Ordenamientos jurídicos que tienen un precepto que trata explícitamente de la cuestión, cual ocurre en Aragón y Navarra, o es ampliable a todas las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

Indudablemente, y de entrada, ya se muestra del todo incompatible con el respeto proclamado a los Derechos forales y con la consideración de los mismos como Ordenamientos jurídicos propios, vedar la posibilidad de que los Organos legislativos de las correspondientes comunidades autónomas sean competentes para legislar sobre el sistema de fuentes, donde radica, precisamente la esencia y la entraña de los Derechos forales.

Es claro que el contenerse o no una norma sobre fuentes del Derecho en los textos compilados es fruto, tan sólo, de oportunidad histórico-legislativa, ya que las primeras Compilaciones en aparecer apuntaban una timidez impuesta por las condiciones políticas de la época que, incluso, funcionaban también como autocensura de los proyectos. En definitiva, lo que está fuera de toda duda es que, históricamente, tenían los Derechos forales su propio sistema de fuentes, sistema que, por el respeto que la propia Constitución proclama a los Derechos históricos o forales, tiene que ser mantenido, y que de-

termina la competencia de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio para legislar sobre el mismo⁷.

Ha incidido en este punto el artículo 47.2 del Estatuto de Autonomía, cuyo texto se ha relacionado líneas atrás.

Ciertamente el precepto supone, como he tenido ocasión de decir, una precisión que los redactores de los Estatutos de Autonomía se vieron obligados a hacer, para que no se entendiera que, en esta importantísima materia, se hacía dejación de competencia al Estado, sino que, antes al contrario, se reclamaba la misma para la Comunidad Autónoma⁸.

En este sentido, se trasluce del precepto la necesidad de respetar las normas que se introduzcan en el Derecho civil balear sobre fuentes del Derecho; normas que, por cierto, se contienen ya en el proyecto de revisión, dada la declaración que el artículo 1.º in fine hace sobre la materia, conformando un sistema de fuentes basado en la trilogía de ley, costumbre y principios generales del Derecho balear.

b) Interpretación de las normas

Las normas sobre interpretación del artículo 3 Cc, de indudable aplicación al Derecho civil balear, no pueden dejar sin efecto la llamada que el artículo 2 Compilación hace a la tradición jurídica balear como elemento interpretativo, convirtiéndose la misma, por la dinámica propia del Derecho civil balear, en elemento de integración, ante la existencia de lagunas del texto compilado que no pueden colmarse acudiendo al Cc por tratarse de instituciones no reguladas por éste o por ir los preceptos del Cc contra los principios generales del Derecho balear⁹.

El proyecto de revisión se hace indudable eco de estas ideas, en el artículo 1.º, párrafo 2.º, según se ha visto.

El propio tenor literal del Decreto de 31 de mayo de 1974 reformador del título preliminar, coadyuva al reconocimiento de la tradición jurídica balear como primer elemento de interpretación e integración de las normas compiladas, al establecer el artículo 2.º del mismo que «el presente texto articulado

⁷ ¿Cabe pensar —señala el profesor LACRUZ— que la Constitución haga valer frente a unos territorios la pérdida de su sistema tradicional de fuentes por obra de un ordenamiento que no pudo aprobar la población afectada? ¿Sería justa la diferencia de trato entre unos y otros países por la circunstancia más o menos fortuita o táctica de haberse adelantado o retrasado la redacción del Derecho propio? LACRUZ, *op. cit.*, pág. 108.

⁸ MASOT MIQUEL, *Tratamiento del Derecho civil de las islas en el Estatuto de Autonomía, Estudis Balearics*, edición Palma, 1983, pág. 25.

⁹ MASOT MIQUEL, *El Derecho civil de Mallorca después de la Compilación*, edición Palma, 1979, pág. 503. «La interpretación de que habla el artículo 2.º Compilación —decía— tiene que ser considerada como una auténtica interpretación integradora, ya que en ello radica la única posibilidad de que nuestro Derecho no muera asfixiado por la estrechez de la Compilación».

del Cc no altera lo regulado en las Compilaciones de los derechos especiales o forales». Lo cual no impide la toma en consideración de los demás elementos interpretativos del artículo 3 Cc, sin que exista especial relación de jerarquía entre ellos.

B) LAS DISPOSICIONES DEL TITULO IV DEL LIBRO I

Antes de la entrada en vigor de la Ley de 2 de mayo de 1975, reformadora del título IV del libro I del Cc, la doctrina había puesto de relieve el absurdo que suponía la aplicación directa y general del título en cuestión, ante el hecho de contenerse en el mismo normas totalmente contradictorias con el régimen de separación de bienes, cuales eran los antiguos artículos 59 (que confería al marido el cargo de Administrador de la Sociedad conyugal), 57 (sancionador de la obediencia de la esposa al marido), 60 y 61 (relativos a la licencia marital, etc.)¹⁰.

La afrenta era tanto más considerable si se tenía en cuenta que el artículo 5.º de la ley de bases de 1888 señalaba, tan sólo, como de aplicación directa y general, las disposiciones que se dicten en el desarrollo de la base 3.ª relativa a *las formas de matrimonio*; sin embargo, el Cc no se conformó con ello sino que reguló en este título el régimen de licencia marital, que, obviamente, chocaba frontalmente con la separación de bienes catalana y balear.

Pero, a Dios gracias, la propia evolución legislativa ha resuelto el agravio. De una parte, porque la Ley reformada de 2 de mayo de 1975 se llevó consigo —entre otras antiguallas— la licencia marital, de otra —y esencialmente—, por el hecho de que el nuevo y actual artículo 10 Cc exceptiona de la aplicación directa y general —a pesar de su encuadre en el título IV del libro I— las normas relativas al régimen económico matrimonial, y de otra, por el hecho de que la Ley de 7 de julio de 1981, al dar nueva redacción al título IV del libro I, incluye, tan sólo, en el capítulo «de los derechos y deberes de los cónyuges» una serie de declaraciones de tipo exclusivamente personal —no patrimonial— que se pueden considerar, en su mayoría, derivación de los principios constitucionales de igualdad y protección a la familia, no presentando, en definitiva, obstáculo para su aplicación generalizada.

3. Aplicación del Código civil por remisión

A) CONSIDERACIONES GENERALES

La Compilación balear nos presenta los siguientes casos de remisión al Cc:

— La del artículo 5.º, según el cual la constitución de dote será siempre voluntaria y se regirá por la ley común.

¹⁰ Aunque algunos artículos de la Ley de 2 de mayo de 1975 seguían siendo contradictorios con los principios del régimen de separación, en particular los artículos 59, 60 y 65. Puede verse sobre el particular, PUIG FERROL-ROCA TRIAS, *op. cit.*, pág. 232.

– La del artículo 24, según la cual el derecho de acrecer se regirá por la legislación común, con las especialidades que marca el precepto.

– La del artículo 51, según la cual la sucesión *ab intestato* se regirá por el Código civil con las especialidades contenidas en la Compilación.

– La del artículo 54, regulador de la variedad consuetudinaria denominada «estatege», señalando dicho precepto, en su párrafo 2.º, que, en lo no previsto en el párrafo primero, será de aplicación lo dispuesto en el Código civil sobre el derecho de habitación.

– La remisión general del artículo 55, en materia de censos, alodios y demás derechos de naturaleza análoga, los cuales se regirán por el Código civil salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.

– La del artículo 67, que reproduce, con relación a Ibiza y Formentera, la remisión del artículo 5.º.

– Y la remisión del párrafo 2.º del artículo 70, según la cual «pueden ordenar heredamiento quienes tengan capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales según el Código civil».

Son muchas más, por el contrario, las remisiones que se hacen en el proyecto de revisión, las cuales, sucintamente expuestas, son las siguientes:

– Artículo 4.º 4 sobre revocación de donaciones entre cónyuges por ingratitud. Se añaden a las causas revocatorias que establece el precepto las indicadas por el Código civil.

– Artículo 8.º Se contempla la posibilidad excepcional de revocar la donación universal de bienes presentes y futuros en caso de incumplimiento de cargas e ingratitud, de conformidad con lo establecido en el Código civil, y se establece que si se hubiere otorgado la donación universal por razón de matrimonio le serán de aplicación los artículos 1.342 y 1.343 Cc.

– Artículo 24. Se mantiene que el derecho de acrecer se regirá, salvo las especialidades forales, por el Código civil.

– Artículo 42. Se salva el derecho que los artículos 761 y 857 reconocen a los descendientes del declarado indigno y desheredado.

– Artículo 43, relativo a la legítima de los ascendientes. Se dice que las disposiciones del precepto han de entenderse sin perjuicio de lo establecido en los artículos 811 y 812 Cc.

– Artículo 45, relativo a la legítima del cónyuge viudo. Se dice que interpuesta la demanda de separación o aprobada la reconciliación se estará a lo prevenido en el artículo 835 Cc.

– Artículo 46. Se dice que la desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza no se probare si fuera contradicha, o que no sea algu-

na de las previstas en el Código civil, no anulará el testamento, quedando a salvo el derecho del preterido a reclamar la legítima.

– Artículo 49, relativo al pago de legítima. Se dice que los herederos podrán hacer uso de la facultad establecida en el artículo 839 Cc y el cónyuge viudo de la del artículo 840.

– Artículo 52. Se dice que en los testamentos se observarán las formalidades prescritas por el Código civil.

– Artículo 53. Se mantiene que la sucesión *ab intestato* se regirá por lo dispuesto en el Código civil, sin perjuicio de los derechos que reconoce al cónyuge viudo el artículo 45 Compilación.

– Artículo 55. Señala que los censos, alodios y demás derechos de naturaleza análoga se regirán «por lo dispuesto en este título y supletoriamente por el Código civil, a excepción de los artículos 1.636 y 1.642 (relativos a los derechos de tanteo y retracto de dueño directo y dueño útil), que no serán aplicables en ningún caso».

(Nótese que, en rigor, no estamos ante una remisión, sino ante una llamada al Código civil como derecho supletorio, lo cual supone un distinto tratamiento de la cuestión, según más adelante se verá.)

– Artículo 70, relativo, como los que siguen al Derecho de Ibiza-Formentera. Señala que «todo lo relativo a la sucesión testamentaria se regirá por el Código civil, con las excepciones contenidas en este libro».

– Artículo 79, sobre legítima de los ascendientes, indicando que se regirá por los artículos 809 y 810 Cc, y lo establecido en este capítulo.

– Artículo 79, sobre legítima de los ascendientes, indicando que se regirá por los artículos 761 y 857 del Cc.

– Artículo 83.1. Insiste en esta misma salvedad.

– Artículo 84, según el cual la sucesión intestada en Ibiza y Formentera se rige por las normas del Cc.

Examinadas estas remisiones, llama poderosamente la atención la gran variedad de las mismas, particularmente en el proyecto de revisión. Unas de dichas remisiones lo son al Código civil, de manera generalizada, en todo lo concerniente a una institución (cual ocurre con la sucesión intestada en Mallorca e Ibiza y la testada en esta última isla), otras hacen referencia a la regulación del Código civil en aspectos concretos de una institución y otras finalmente descienden al detalle de los artículos.

Indudablemente, el concepto de remisión que debemos manejar es el que supone la existencia de un texto legal —la norma de remisión— que se refiere a otras disposiciones legales, citándolas por el número concreto del artículo o por la materia que regulan, de tal forma que estas últimas

quedan incorporadas a la normativa en la que está inserta la norma de remisión ¹¹.

Sin embargo, este concepto conviene por igual a las dos clases fundamentales de remisión existentes. La remisión, en efecto, será estática, cuando incorpora las disposiciones legales objeto de la remisión en la redacción que tienen al tiempo de efectuarse ésta, no afectándola las posibles modificaciones ulteriores de las mismas; mientras que la remisión será dinámica cuando las ulteriores modificaciones de las normas objeto de la remisión sevan introduciendo en la normativa que contiene la norma de remisión, a medida en que aquéllas se van produciendo.

En la técnica legislativa actual, y en contemplación del marco de convivencia de los diferentes Derechos territoriales del Estado español, se suele entender que estas remisiones tienen carácter estático, por tratarse de remisiones que tienen lugar entre Ordenamientos jurídicos diferenciados, en cuyo caso no sería lógico que la cámara legislativa de una Comunidad Autónoma acepte, de entrada, modificaciones de su propio Derecho civil que vendrían impuestos por el órgano legislativo de «otro Ordenamiento jurídico», aunque se trate del Derecho estatal ¹².

En este sentido, la disposición final 3.^a de la Ley de 20 de marzo de 1984, modificativa de la Compilación del Derecho civil de Cataluña señala que «las remisiones que esta Compilación hace al articulado del Código civil se entenderán siempre efectuadas en su redacción actual»; y la disposición final de la Compilación de Aragón, modificada por la Ley de 21 de marzo de 1985, señala que «las remisiones que la Compilación del Derecho civil hace al articulado del Código civil se entenderán siempre hechas en su redacción actual». Un texto similar, según se ha visto, se contiene en la disposición final 2.^o del proyecto de revisión de la Compilación balear.

A mi juicio, el tratamiento de la cuestión en Baleares tiene que diferenciarse notablemente —dada la importancia de un texto legal cual el que se acaba de transcribir—, según se trate de remisiones que se contienen en la actual Compilación o de las que se establecen en el proyecto de revisión, una vez éste entre en vigor, amparadas por la declaración expresiva de que la remisión se entiende hecha a la redacción actual de la norma objeto de la misma.

B) LAS REMISIONES CONTENIDAS EN LA ACTUAL COMPILACION

Al abordar esta materia, hay que tener en cuenta que, no solamente no existe en la actual Compilación un texto aclaratorio de la índole o carácter de

¹¹ Ver sobre el particular Salvador CODERCH, *Comentaris a les Reformes del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, 1987, pág. 770.

¹² Salvador CODERCH, *op. cit.*, pág. 774.

las remisiones, sino que, además, y hasta hace pocos años, no existía tampoco en las Islas Baleares un parlamento autonómico con competencia sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio.

Dentro de este contexto, no es extraño que las remisiones se hayan venido considerando como dinámicas, habiendo sido doctrina pacífica, en el ámbito balear, la consideración de que las modificaciones introducidas en la regulación de la sucesión intestada por la Ley de 13 de mayo de 1981 eran aplicables al Derecho balear, dada la remisión del artículo 51 Compilación. Incluso se palteó en la realidad el caso de una persona de importantísima fortuna que falleció intestado poco tiempo después de entrar en vigor dicha Ley, dejando como parientes más próximos el cónyuge viudo y dos hermanos. Pues bien, éstos admitieron pacíficamente que la modificación del Código civil efectuada por aquella Ley era aplicable a las Islas, y por tanto, que habían perdido, en favor del cónyuge viudo, su mejor derecho a suceder.

C) EXAMEN PORMENORIZADO DE LAS REMISIONES QUE EFECTUA LA COMPILACION

a) La del artículo 5.º, según la cual la dote se regirá por la ley común.

La dote era en Mallorca de muy poco frecuente constitución, según se hace constar en los tratados clásicos en la materia, cuales son la Memoria de Ripoll y la obra de Pascual González.

Además, según la tradición jurídica mallorquina, siempre tuvo la dote carácter voluntario a diferencia de lo que se establecía en el Código civil. Por tal razón, chocaba en el texto compilado la remisión a la ley común, cuando, en la época de entrada en vigor de la Compilación, el artículo 1.340 Cc imponía el carácter obligatorio de la dote.

La cuestión no tenía mayor importancia debido al nulo uso de la institución.

Hoy en día, no conteniéndose en el Código civil, tras la reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, disposiciones sobre la dote, no podía mantenerse esta remisión; de ahí que en el proyecto de revisión de la Compilación se haya optado por modificar el artículo 5.º, manteniendo el carácter voluntario de la dote y pasando a establecer que la misma se regulará por lo establecido en la escritura de constitución y, supletoriamente, por el régimen que tradicionalmente le ha sido de aplicación en Mallorca.

b) La del artículo 24, en cuanto al derecho de acrecer

El derecho de acrecer tiene en el Derecho balear una fundamentación que desborda su razón de ser en el Código civil, pues es una consecuencia necesaria del principio de universalidad de la sucesión del heredero —uno de los

principios generales del Derecho sucesorio mallorquín— por imperativo del cual, el heredero —en su condición de sucesor del causante— se entiende llamado a todos los bienes de la herencia que no hayan sido objeto de disposición particular o legado, revirtiendo, por tanto, a su favor las porciones vacantes; de no darse lugar a este acrecimiento, habría que llamar a los herederos *ab intestato*, lo cual no es posible por aplicación del principio NEMO PRO PARTE¹³.

Ello determina el carácter forzoso del derecho de acrecer, que no podrá así ser renunciado por el heredero beneficiario del mismo; con lo cual se excluye la aplicación del artículo 986 Cc que, precisamente, regula el destino de las porciones vacantes al no haber tenido lugar el juego de dicho derecho.

Igualmente los artículos 982 y 983 Cc, reguladores de los supuestos en que tiene lugar el derecho de acrecer en la sucesión testada, tienen que interpretarse en el sentido de que, siempre que existan porciones vacantes juega el derecho de acrecer, incrementándose con ellas proporcionalmente las cuotas de todos los coherederos, según señala el artículo 24.2.º Compilación¹⁴.

c) La remisión del artículo 51 en materia de sucesión intestada

Señala dicho precepto que la sucesión *ab intestato* se regirá por el Código civil salvo las especialidades contenidas en esta Compilación.

Nos encontramos ante una remisión de carácter general, por la que se da amplia entrada al Código civil. La única barrera a dicha vigencia son «las especialidades contenidas en esta Compilación» que, según ha señalado la doctrina¹⁵, se contienen no solamente en los artículos 52 y 53, sino también en los artículos 6, 7 y 17 disposición final 2.ª.

Ciertamente, la sucesión intestada mallorquina presenta, a mi juicio, como primera característica esencial, una especial subsidiariedad respecto de la sucesión testada y la contractual, en el sentido de ser incompatible con las mismas dada la vigencia del principio NEMO PRO PARTE sancionado por el artículo 7.º Compilación.

Combinado ello con la especial incidencia del derecho de acrecer, que impide la existencia de porciones vacantes en las que pueda operar la sucesión intestada, determina que ésta no puede entrar en juego cuando existe sucesión testada o donación universal de bienes presentes y futuros, y ello aunque el causante no hubiera dispuesto de la totalidad de la herencia, pues, dado el carácter expansivo de la condición de heredero, a éste acrecerán tales porcio-

¹³ MASOT MIQUEL, *El Derecho civil de Mallorca...*, pág. 580.

¹⁴ VERGER GARAU señala que «actualmente el artículo 983 Cc al que remite el artículo 24. Compilación es aplicable a Baleares», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXXI, vol. 1.º, Madrid, 1980, pág. 474.

¹⁵ MIR DE LA FUENTE, *Comentarios...*, pág. 806.

nes vacantes. Incluso en caso de existir un único heredero en cosa cierta, se le tiene, cual señala el artículo 15 Compilación, como heredero universal en cuanto al resto de la herencia, con la cual se excluye totalmente el juego de la sucesión intestada¹⁶.

Por tanto, la aplicación de los preceptos del Código civil sobre sucesión intestada resulta condicionada por las especialidades forales reseñadas.

d) **La remisión del artículo 54, párrafo 2.º, relativa al dret d'estatge**

El dret d'estatge, nacido para proteger especialmente a las hijas, a fin de asegurarles, particularmente para el caso de permanecer solteras, una morada u hogar de la que siempre disponer, es una institución de uso casi nulo hoy en día. Presenta además muy pocas peculiaridades, habiéndose, incluso, aventurado en algunos casos la innecesariedad de incluir esta variedad en la Compilación por tener cabida en los términos flexibles del artículo 523 Cc; aunque no dejaba de tener razón Pascual González cuando, abogando por su inclusión, señalaba que con el empleo de una sola palabra —ESTATGE— el pueblo expresaba de manera sintética un concepto conocido que evitaba tener que incluir pactos sobre su regulación en los títulos constitutivos de tal derecho¹⁷.

En rigor, se regirá, en primer término, el dret d'estatge por las disposiciones contenidas en su título constitutivo. En segundo lugar, y en lo que aquéllas no previeren, por el artículo 54 Compilación, que configura el dret d'estatge como un derecho, personalísimo e intransmisible, de habitar gratuitamente en la casa, ocupando privativamente las habitaciones necesarias y compartiendo el uso de las dependencias comunes con los poseedores legítimos del inmueble, sin concurrir a los gastos, cargas y tributos que la afecten. Y en tercer lugar, y sólo en lo no previsto en el precepto, entrarían en juego las disposiciones del Código civil, que, en realidad, y salvo que a aquéllas se remitan expresamente las partes, poco tienen que decir, pues, o bien coinciden con lo dispuesto por la Compilación —conceptuación del derecho, su intransmisibilidad— o están en contradicción con la misma, cual ocurre con el supuesto contemplado por el artículo 527 Cc, en el que el titular del derecho de habitación ocupa toda la casa, supuesto que ya no sería un dret d'estatge, sino un derecho de habitación estipulado conforme al Código civil u otra variedad real atípica.

En este caso, por tanto, y a pesar de la clara norma de remisión del párrafo 2.º del artículo 54, és lo cierto que los preceptos del Código civil apenas pueden entrar en juego.

¹⁶ MASOT MIQUEL, *El Derecho civil de Mallorca...*, pág. 623.

¹⁷ PASCUAL GONZALEZ, *Derecho civil de Mallorca*, Palma, 1979, pág. 417.

e) **Las remisiones en materia de censos y alodios**

Se contenían en realidad en la Compilación dos remisiones:

– La general del artículo 55.

– la especial del artículo 63, párrafo 3.º, en materia de redención de alodios. Totalmente innecesaria dada la primera de ellas. Hoy desaparecida en virtud del nuevo texto del artículo 63 aprobado por Ley del Parlamento balear de 11 de abril de 1985.

El tenor literal del artículo 55 Compilación —«los censos, alodios y derechos de naturaleza análoga se regirán por el Código civil, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes»— supone una norma de remisión expresa a los preceptos del Código civil sobre la materia, que regirán siempre que no se opongan sus preceptos a las especialidades forales contenidas en la Compilación o derivadas de la tradición jurídica balear. Y ello aun cuando el alodio es una variedad típica mallorquina que no está regulada ni aludida en los preceptos del Código civil; sin embargo, es claro que la figura participa de la naturaleza del censo enfiteútico, según señaló el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de mayo de 1976, en la que se dice que el censo enfiteútico mallorquín conocido con el nombre de alodio es similar a la enfiteusis del Derecho común cuyas reglas le son de aplicación¹⁸.

La remisión a los preceptos del Código civil es particularmente interesante en esta materia, pues permite colmar bastantes lagunas de la Compilación, muy parca en la regulación de ésta y de todas las instituciones.

En concreto, se pueden considerar vigentes en el Derecho civil balear los siguientes preceptos del Código civil:

– Artículos 1.636 a 1.642 sobre establecimiento de derechos recíprocos de tanteo y retracto para dueño directo y dueño útil siempre que cualquiera de ellos venda o dé en pago su respectivo derecho sobre la finca enfiteútica. Supone un avance sobre la tradición foral en la que sólo el dueño directo tenía derecho de fadiga o facultad prelativa de adquisición.

Pero en el proyecto de revisión se procede, acertadamente, a la eliminación de tales derechos por entenderse —cual se dice en la exposición de motivos del proyecto revisorio— que «no integran la esencia de las instituciones de que se trata, y de esta manera se completa y refuerza la reforma ya vigente del artículo 63 Compilación».

– Artículo 1.615 sobre lugar de pago del laudemio, preferible sobre la tradición foral que establecía como tal el domicilio del censualista siempre que lo tuviera en la Isla.

¹⁸ MIR DE LA FUENTE, considera que la remisión del artículo 55 es de plena aplicación al censo enfiteútico pero es más discutible que lo sea al alodio, *Comentarios...*, págs. 870 y 926.

– Artículo 1.653 sobre reversión al dueño directo de la finca en caso de fallecimiento del enfiteuta sin haber dispuesto de la finca y a falta de herederos testamentarios, y parientes dentro del 6.º grado (hoy hay que entender 4.º grado) del último enfiteuta.

Aunque ha sido discutida tal posibilidad¹⁹ parece plausible admitir el juego del precepto en cuanto consolida en un solo titular las dos clases de dominio, limitándose, por otra parte, tan sólo a excluir la sucesión del Estado. Lo que resulta absurdo y discriminatorio es establecer sólo tal derecho en favor del dueño directo, vedando al dueño útil la posibilidad, en los mismos casos, de consolidar su dominio.

– Artículo 1.644 a sensu contrario, en cuanto limita a las transmisiones onerosas el supuesto de devengo de laudemio, entroncando con la tradición foral existente sobre el particular.

En cambio, hay dos preceptos del Código civil que no pueden ser objeto de aplicación por ir en contra de las normas compiladas o tradición jurídica balear. Tal ocurriría en los siguientes supuestos:

– Artículo 1.609, por cuanto no parece que tradicionalmente se haya exigido nunca el preaviso para la redención de los censos. Lo normal ha sido que éstos se puedan redimir «en cualquier tiempo», y así lo expresa para los alodios el artículo 63 Compilación.

– Artículo 1.611, dado que el artículo 57 Compilación establece normas distintas para el cómputo de la pensión en la determinación del capital de los censos.

– Artículos 1.618 y 1.619, por cuanto es tradición foral —y hoy norma compilada, el artículo 59 Compilación— la posibilidad de dividir la finca acensuada aún sin permiso del censalista.

– Artículo 1.620, dado que el artículo 60 —siguiendo la tradición foral— establece la imprescriptibilidad del capital de los censos. Situación ciertamente provisional, dado que en el proyecto de revisión se establece el principio de la prescriptibilidad, terminando con una excepción tan incomprensible como injustificada.

– Artículos 1.648, 1.649 y 1.650 al no existir comiso en la enfiteusis mallorquina.

– Artículo 1.647, al prever el artículo 58 Compilación un sistema distinto de reconocimiento del derecho del dueño directo.

Otros preceptos presentan algunas particularidades. Así el artículo 1.623, al establecer que los censos producen acción real sobre la finca gravada, coincide con la tradición mallorquina sobre el particular. Pero no puede interpre-

¹⁹ MIR DE LA FUENTE, *op. cit.*, pág. 926.

tarse el precepto en el sentido de que no se deba dirigir la acción contra quien resulta ser el titular del dominio útil o censatario, pues no se le puede privar a éste de la finca sin demandarle debidamente.

Igualmente el artículo 1.622, relativo al pago de contribuciones e impuestos de la finca acensuada, diciendo que los satisfará el censatario, pero podrá descontar, al verificar el pago de la pensión, los impuestos que correspondan al censalista, es de difícil aplicación dado que las leyes fiscales no contemplan, a efectos tributarios, esta división del dominio.

f) La remisión del artículo 67, relativa a Ibiza y Formentera, en materia de dote

Aunque no tan infrecuente como en Mallorca ha decrecido también muy considerablemente, en los últimos años, la constitución de dote en Ibiza y Formentera. En estas Islas la dote suele consistir, en los pocos casos en que se constituye, en un pacto de los capítulos matrimoniales o espolits otorgados entre integrantes de la población rural.

Como se decía al tratar de la remisión del artículo 5.º, no tiene hoy sentido referir la regulación de la dote a la ley común cuando el Código civil la ha erradicado.

En estas circunstancias parece plausible lo dispuesto en el artículo 66.5 del proyecto, al señalar que cuando las estipulaciones capitulares se refieran a instituciones familiares y sucesorias consuetudinarias —y, entre otras, a la constitución de dote o de «escreix»— se estará a lo pactado y se interpretarán aquéllas con arreglo a costumbre.

g) La remisión que efectúa el artículo 70 al declarar que pueden ordenar heredamiento quienes tienen capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales

La llamada al Código civil hay que entenderla referida, antes de la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, al artículo 1.318, y, en la actualidad, y tras dicha Ley, al artículo 1.329, según el cual «el menor que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones matrimoniales antes o después de la boda, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación».

Según señala Cerdá Gimeno²⁰ no existían reglas especiales de capacidad para otorgar capitulaciones en las leyes antiguas porque el Derecho romano no regulaba esta materia. Con la generalización posterior de los pactos nupciales en la Edad Media se fue creando un estado de opinión según el cual

²⁰ CERDA GIMENO, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, tomo XXXI, vol. 2.º, Madrid, 1981, pág. 55.

todo el que puede otorgar matrimonio válido está capacitado para otorgar pactos nupciales: *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. Indudablemente, el peso de dicha tradición debe tenerse en cuenta para interpretar el actual artículo 1.329.

De entrada, parece que se podrían distinguir dos supuestos, según que las capitulaciones se otorgaran una vez celebrado el matrimonio o antes del mismo. En el primer caso, dado que el matrimonio produce de derecho la emancipación (art. 316 Cc) y no figura al otorgamiento de capítulos —ni el heredamiento, claro está— entre los contratos o negocios jurídicos para los que se precise complemento de capacidad, no sería éste necesario, a no darse el anómalo caso de incluirse dentro de los capítulos alguno de los supuestos exceptuados a los que se refieren los artículos 323 y 324 Cc.

Por el contrario, tratándose de capitulaciones matrimoniales otorgadas antes del matrimonio sí podría pensarse que sería preciso el complemento de capacidad, salvo si se limitan los otorgantes a pactar el régimen de separación de bienes o participación. Pero, debiéndose añadir de inmediato que lo normal es, precisamente, en Ibiza y Formentera que se pacte el régimen de separación de bienes, por lo que, normalmente, existirá capacidad para el otorgamiento de los heredamientos a través de los capítulos.

D) LAS REMISIONES QUE SE CONTIENEN EN EL PROYECTO DE REVISION

Dado el influjo de la disposición final 2.^a, del nuevo texto, es evidente que, una vez aprobado el proyecto de revisión, las remisiones pasarán a tener carácter estático, quedando por tanto incorporados al Derecho civil balear los preceptos del Código civil en su actual redacción; o, mejor diríamos, en la redacción que tengan al momento de entrar en vigor el nuevo texto revisado.

Y ello no solamente por el imperativo resultante de la disposición final 2.^o, sino también por el hecho de existir, en la actualidad, en la Comunidad Autónoma balear, un órgano legislativo —el Parlament— con competencias sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil balear, situación que no existía con anterioridad a la aprobación del Estatuto de Autonomía. En estas circunstancias actuales, no sería de recibo que el Parlamento hiciera dejación de facultades a favor de otro órgano legislativo —aunque sea el del Estado— en estas materias constitutivas del Derecho civil propio. Que es el efecto que, indefectiblemente, se produciría de entenderse que las remisiones tienen carácter dinámico.

En rigor, pues, estos preceptos del Código civil que constituyen el objeto de la remisión quedan incorporados al Derecho civil balear: es, en puridad, como si su contenido se transcribiera, punto por punto, en la Compilación, lo

cual no se hace para evitar inútiles repeticiones, y porque con la simple remisión queda perfectamente determinado el texto legal objeto de la misma.

Dos son las cuestiones más importantes que se plantean en este punto en cuanto a la posibilidad de suscitar dudas; y voy a referirme a las mismas por separado.

a) Las remisiones de carácter general

Examinado el conjunto de remisiones que nos presenta el proyecto revisorio, encontramos con frecuencia —al lado de remisiones a preceptos concretos del Código civil— remisiones de carácter general, figurando asimismo alguna de ellas en la actual Compilación.

En concreto, podemos citar las siguientes:

- La remisión a la regulación del Código civil en materia de derecho de acrecer (art. 24).
- En materia de sucesión *ab intestato* (art. 53) en Mallorca.
- La sucesión testamentaria en Ibiza, según el artículo 70, en el que se dice que «todo lo relativo a la sucesión testamentaria se regirá por el Código Civil con las excepciones contenidas en este libro».
- La sucesión intestada en Ibiza y Formentera, que, según el artículo 84, se rige por las normas del Código civil.

La cuestión que se plantea es evidente: ¿Hay que entender que, con esta remisión, se produce el efecto general de la remisión estática, con la consiguiente incorporación al Derecho civil balear de las normas objeto de la remisión, que en estos casos serían el bloque de normas del Código civil sobre derechos de acrecer, sucesión intestada o sucesión testamentaria?

Entiendo que la respuesta, en congruencia con los argumentos esgrimidos para defender, en todo caso, el carácter estático de las remisiones, tiene que ser también afirmativa.

Y no solamente por los argumentos relacionados —disposición final 2.^a y existencia de un Parlament balear con facultades para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio—, sino porque tal conclusión está asimismo en íntima conexión con la conceptualización de los Derechos civiles territoriales hoy en día, tras la reforma del título preliminar del Código civil, la aprobación de la Constitución de 1978 y la entrada en vigor de los Estatutos de Autonomía, como sistemas jurídicos autónomos con capacidad de autointegración.

En el caso del Derecho civil balear, es obvio que estamos ante un ordenamiento de carácter marcadamente familiar y sucesorio, que tiene su propio sistema de fuentes y que se fundamenta en unos principios distintos a los del

Código civil a pesar de su coincidencia en algún caso. Por lo que es congruente que, hasta donde alcance el Derecho familiar y sucesorio, llegue la competencia del órgano legislativo de la Comunidad Autónoma para regular sobre la materia. En definitiva, es hoy en las Islas voluntad general que la sucesión intestada, por ejemplo, se rija por el Código civil, porque se encuentra acertada su actual regulación; pero sin menoscabo del derecho del Parlamento de modificarla en el futuro o de mantener la actual si el Código civil fuese objeto a su vez de modificación, de acuerdo siempre con lo que demanda el proceso de adaptación del Derecho positivo a la realidad social.

b) **Las remisiones a instituciones ajenas al Derecho civil balear e incluso contrarias a sus principios**

Tal es el problema que se plantea con las remisiones que el proyecto de revisión hace a los artículos 811, 839 y 840 Cc.

El artículo 43 del proyecto señala que lo dispuesto en el mismo sobre legítima de los ascendientes, debe entenderse sin perjuicio de lo establecido en los artículos 811 y 812 Cc. Y el artículo 49, relativo al pago de la legítima, señala que los herederos podrán hacer uso de la facultad establecida en el artículo 839 Cc (satisfacer el cónyuge viudo su parte de usufructo asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo...) y el cónyuge viudo de la del artículo 840 Cc (el cónyuge podrá exigir que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos en el supuesto del párrafo 2.º del artículo 837 Cc, sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios).

El problema radica en que la reserva lineal del artículo 811 Cc no tiene tradición histórica alguna en el Derecho civil balear, señalando Pascual González que se trata de un elemento extraño y anómalo en el armónico sistema sucesorio romano, por lo que no debería ser de aplicación en Mallorca, sin perjuicio de que el Tribunal Supremo y la Audiencia de Palma la hayan introducido, lo cual, en palabras de dicho autor, «ha ocasionado no pocos trastornos y perturbaciones con respecto a situaciones jurídicas que se creían ya consolidadas»²¹.

Y las facultades de los artículos 839 y 840 están en contra de un principio fundamental del Derecho de Mallorca, cual es la conceptualización de la legítima como *parts bonorum hereditatis*²², consagrado hoy por el artículo 46 Compilación al decir que la legítima tiene que ser pagada en bienes de la herencia. El proyecto de revisión ha comenzado a introducir una serie de excepciones a este principio, y entre ellas, están las dos posibilidades recogidas por los artículos 839 y 840 Cc.

²¹ PASCUAL GONZALEZ, *Derecho civil de Mallorca*, Palma, 1979, pág. 343.

²² FERRER PONS, *Comentarios...*, pág. 695.

A mi juicio, a pesar de la falta de tradición histórica en el caso del artículo 811 y aun cuando los artículos 839 y 840 chocan con dicha tradición, el hecho de que el legislador balear haga una referencia a dichos preceptos para sancionar su vigencia dentro del Derecho civil de Mallorca, supone que se asume el contenido de estos preceptos y que los mismos quedan así incorporados al Derecho civil propio de las Islas, pasando a ser unas instituciones sobre las cuales se podrá extender, en el futuro, la mano modificadora del legislador balear.

En el proceso de ajuste del Derecho a la realidad social que contempla, será inevitable, en ocasiones, introducir quiebras o excepciones en la tradición jurídica balear e, incluso, legislar abiertamente en contra de sus principios e instituciones, cuando resulte que la tradición no sirve ya de acomodo a las siempre cambiantes realidades sociales. En tal caso, introducir estos preceptos del Código civil que actualmente son inaplicables, puede ser plausible, si armonizan —como realmente lo hacen— con los deseos, reiteradamente expresados, por hijos y cónyuge viudo y, al ser incorporadas estas instituciones al Derecho civil balear, sancionan ya la futura competencia del Organismo legislativo de la Comunidad Autónoma para legislar en torno a ellas.

No otra cosa es lo que ha venido sucediendo —a título de ejemplo— con la cuarta marital, absolutamente arraigada en las rancias tradiciones forales —todavía hoy las señoras de edad que enviudaban hablan, particularmente en los pueblos, de su derecho «a la cuarta»—, pero que, por su problemática y afectar sólo a la esposa y no al marido, fue sustituida en la Compilación de 1961 por unos derechos en usufructo de contenido similar a los del Código civil. Obviamente, a partir de ahí puede ya el Legislador balear regularlos en la manera que tenga por conveniente, que es precisamente lo que se hace en el proyecto aumentando la cuantía de los mismos.

Todo ello entra perfectamente dentro de las facultades de conservación, modificación y desarrollo atribuidas constitucionalmente al Parlamento de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

4. Aplicación del Código civil como Derecho supletorio

A) CONSIDERACIONES GENERALES

La actual Compilación llama en su disposición final 2.^a al Código civil como Derecho supletorio, diciendo que en lo no previsto en la misma regirán los preceptos del Código civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general.

Por su parte, el proyecto de revisión señala en el artículo 1.^o *in fine* que «en defecto de leyes y costumbres del Derecho balear se aplicará supletoria-

mente el Código civil y demás leyes civiles estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento jurídico».

Curiosamente, no encontramos en los proyectos anteriores de 1903 y 1920 llamada alguna al Código civil como Derecho supletorio y, en el proyecto de 1949, no solamente no se contiene tal llamada, sino que, en el artículo 2.º del mismo, se decía que «las instituciones, especialidades y singularidades forales o territoriales recogidas en el presente Apéndice se registrarán directa y principalmente por sus preceptos, pero ante el silencio o la insuficiencia de éstos, se atenderá supletoriamente a la legislación escrita, sea romana o foral de donde dimana aquéllos, o al uso y a la costumbre cuando se trate de instituciones consuetudinarias, siendo, por tanto, obligada la observancia de dichas leyes y costumbres como fuentes de derecho supletorio de este Apéndice para todas las materias en él recogidas o mencionadas». No importa decir que el proyecto de 1949 no llegó a ser ley.

La cláusula de supletoriedad del Código civil ha de ser entendida partiendo de la base de una lógica preferencia del Derecho balear, proclamada hoy por el artículo 2.º de la Compilación y por el artículo 47 del Estatuto de Autonomía así como por el artículo 1.º del proyecto revisorio. Preferencia, por tanto, que determina que la aplicación del Código civil como Derecho supletorio esté doblemente condicionada: de una parte a la falta de norma jurídica en el Derecho de preferencia, tanto se trate de ley, integrada con la tradición jurídica balear, o costumbre y, de otra parte, a que la norma del Derecho supletorio a aplicar esté totalmente de acuerdo con los principios generales que informan el Ordenamiento en que se introduce la norma supletoria. Voy a examinar, por tanto —con la lógica brevedad impuesta por las circunstancias— estos dos condicionamientos.

B) LA FALTA DE NORMA JURIDICA APLICABLE EN EL DERECHO CIVIL BALEAR. LA COSTUMBRE. LA TRADICION JURIDICA BALEAR

Ya se ha visto que sólo entrará en juego el Código civil como Derecho supletorio en el caso de no existir en el Derecho civil balear norma que resuelva la cuestión. Mas, ¿puede entenderse que las únicas normas de este Ordenamiento son los preceptos de la Compilación, como podría deducirse de la disposición final 1.ª de la misma, según la cual las normas del Derecho civil balear, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella?

El precepto es, a todas luces, desafortunado e inexacto, y ello por un doble motivo:

— Por desconocer la propia llamada que el artículo 2.º Compilación hace a la «tradición jurídica balear» como elemento interpretativo de los preceptos de la Compilación; interpretación que se ha postulado siempre que debe entenderse en un carácter integrador, pues son muchísimos los aspectos de las instituciones del Derecho civil balear que no son ni contemplados ni aludidos por los preceptos de la Compilación y, por tanto, pretender que, ante el silencio de ésta, entraría ya en vigor el Código civil es absolutamente inviable, dado que la mayoría de las instituciones del Derecho balear no son reguladas en el Código civil o, incluso, parten de principios antitéticos a los del mismo.

— Y porque, aun cuando un examen literal y precipitado de los preceptos de la actual Compilación pudiera hacer creer otra cosa, no se excluye el juego de la costumbre como segunda fuente del Ordenamiento jurídico; por lo que, a falta de norma legal —precepto de la Compilación o ley del Parlament balear o integración de dichas normas a través de la tradición jurídica balear—, deberá examinarse la posible incidencia de una costumbre, antes de acudir al Código civil como Derecho supletorio. Así se expresa claramente en el artículo 1.º del proyecto, al decirse que se aplicará supletoriamente el Código civil «en defecto de leyes y costumbres del Derecho balear».

Ciertamente, el tenor literal de la disposición final 1.ª es preocupante, al dar a entender que las normas del Derecho civil balear quedan circunscritas a los preceptos de la Compilación (bien que interpretados e integrados de acuerdo con la tradición jurídica balear), y llamar después en la disposición final 2.ª al Código civil en lo no previsto en la Compilación.

Pero, ¿puede suponer el juego de estos dos artículos la desaparición de la costumbre como fuente del Derecho civil balear? Hace pocos años, una sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, de 23 de febrero de 1985 (Ponente señor Calvo Cabello), se planteaba la disyuntiva de si, por aplicación de las disposiciones finales de la Compilación «había que establecer el criterio excluyente de toda costumbre no recogida en la norma compilada o, si por el contrario, con base a distintos recursos interpretativos impulsados por el natural y legítimo instinto de conservación del Derecho foral, podría sustentarse el criterio favorable a la subsistencia de toda costumbre», concluyendo que, en el caso contemplado, no había razón a pronunciarse, por la similitud entre la norma consuetudinaria —cuya existencia, decía la sentencia, anterior a la Compilación ha sido sólidamente acreditada— con la norma del Código civil de aplicación al caso. El problema, por tanto, que plantean las disposiciones finales de la Compilación es obvio.

En rigor, existen en Baleares múltiples costumbres, de carácter fundamentalmente agrario, relativas a los contratos de arrendamientos rústicos y aparcerías que dejan sin aplicación algunos de los preceptos de la ley especial sobre la materia e, igualmente, existen costumbres en materia de servidumbre

de medianería, aguas y trabajos agrícolas. No puede pretenderse que todo ello desapareció por el desafortunado texto de las disposiciones finales que estoy comentando.

Y así, en el proyecto de revisión se ha entendido que no podía ignorarse la existencia de la costumbre como fuente del Derecho y, aun cuando se ha mantenido la disposición final 1.^a —indudablemente como válvula de seguridad para impedir la aplicación del Derecho romano— no solamente se condiciona, como hemos visto, al «defecto de leyes y costumbres del Derecho balear» la aplicación supletoria del Código civil, sino que, además, se dice en la Exposición de Motivos que «existen fuera de la normativa de la Compilación y del proyecto muchas costumbres en Baleares que, por su naturaleza y su constante y no interrumpida aplicación, subsisten con plena validez y eficacia en la conciencia jurídica del pueblo y en la realidad social cotidiana, estando, por consiguiente, plenamente vigentes, sin que puedan considerarse derogadas por la disposición final 1.^a de este propio anteproyecto, en cuanto a que forman parte de la tradición jurídica de las islas e integran su Ordenamiento jurídico, siempre que no se opongan a los principios generales del mismo...». Entre estas costumbres —se acaba diciendo— deben destacarse las referentes a servidumbres —especialmente las de medianería— arrendamientos rústicos y aparcerías, muchas de ellas de continua aplicación por los Tribunales de las Islas.

Sin duda alguna, el mantenimiento en el proyecto de revisión de la disposición final 1.^a obedece a la necesidad de proclamar la desaparición del Derecho romano justiniano como Derecho supletorio, preocupación que, antes de la Compilación, anidaba en los juristas de Baleares al igual que en los catalanes. Se entendía que la aplicación directa del Derecho romano justiniano determinaba una dispersión de fuentes que hacía prácticamente imposible el conocimiento exacto del Derecho a aplicar, pugnando con la seguridad y certeza del Derecho; situación tanto más contradictoria, si se comparaba con la sistematización que se había operado en el Derecho castellano a través del Código civil. En este sentido, señala Clar Garau que «cuando se elabora la Compilación el gran problema nuestro residía en la dispersión y poca concreción de nuestro Derecho foral y la eterna duda del Derecho romano como derecho supletorio. Lo que pretende esta disposición final es clarificar la normativa balear y establecer, de una vez, que el Derecho justiniano deje de ser derecho supletorio» y que en las Baleares el único Derecho aplicable con carácter de ley escrita es el contenido en la Compilación²³.

Es significativo que en Cataluña, donde el problema es similar, no solamente se establece en la Compilación de 1960 una disposición de tal tenor

²³ CLAR GARAU, *Comentarios...*, pág. 50.

literal, sino que, además, se mantiene un precepto similar en la Ley reformadora de 20 de marzo de 1984, cuya disposición final 1.^a proclama:

«Sin perjuicio de la competencia exclusiva de la Generalidad sobre el Derecho civil catalán en relación a su conservación, modificación y desarrollo, las normas de Derecho civil de Cataluña, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes al promulgarse la Compilación de 21 de julio de 1960, quedan sustituidas por las contenidas en ella».

Sin lugar a dudas, estas disposiciones finales 1.^a, con textos parejos en las Compilaciones catalana y balear, constituyen una especie de síntesis de dos tendencias radicalmente diferenciadas.

Una, sobre la base de la tradición foral, hacía una llamada expresa a los Derechos históricos, usos y costumbres, ante el silencio o insuficiencia de los preceptos de la Compilación. Es manifestación de esta tendencia tanto el artículo 2.^o del proyecto de 1949 —al que anteriormente he hecho referencia— como el proyecto de Compilación catalana de 1955, que en su artículo 5.^o propicia la interpretación e integración de los preceptos de la Compilación mediante los textos originarios de las Constituciones y altres drets de Catalunya text de 1704, *Corpus Iuris Canonici* y legislación canónica recibida posteriormente, *Corpus Iuris Civilis*, doctrina común y constante de los autores de Derecho catalán, canónico y romano y opiniones de los autores aceptadas en Sentencias de la antigua Audiencia Real de Cataluña o del Tribunal Supremo de Justicia por el orden de prelación que así queda establecido.

La otra, radicalmente centralista, propugnaba lisa y llanamente una norma derogatoria del Derecho histórico.

La solución de síntesis entre estas tendencias consistió, de una parte, en establecer una SUSTITUCION en vez de una DEROGACION: Las normas del Derecho civil balear, escrito o consuetudinario, vigentes a la promulgación de la Compilación no quedaban derogadas, pero sí SUSTITUIDAS por las contenidas en ella. Y, de otra parte, se instauró un nuevo concepto jurídico mediante la denominada TRADICION JURIDICA BALEAR, como elemento interpretativo de los preceptos de la Compilación, viniendo encarnada en las antiguas Leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan.

Es claro, por tanto, que se había introducido una fórmula genérica y ambigua. Simplemente, el Derecho histórico se había convertido en un elemento más de interpretación pero sin que, en modo alguno, pudiera ser de directa aplicación ni vincular al intérprete.

Como ha dicho Salvador Coderch, con relación al Derecho civil catalán, se trata de una fórmula más genérica y más débil que la original del proyecto de 1955, dado que no se establecía prelación de fuentes alguna, concluyendo que

la normativa sobre fuentes preconizada en el proyecto de 1955, se transformó en la Compilación de 1960, en un método de análisis del Derecho compilado, con la secuela de que se dejaba más libertad al intérprete, pues al ser la regla compilada de 1960 más genérica que la precedente de 1955, era más flexible y abstracta²⁴.

En definitiva, la conclusión a la que pueda llegarse es —a mi juicio— que no fue especialmente feliz la redacción de la disposición final 1.^a de la Compilación balear.

En primer lugar porque no era necesario acudir a un texto de tan drástico sentido para apuntar a la no aplicabilidad del Derecho romano justiniano, salvo como elemento interpretativo, que podía haberse declarado sin mayores ambages en vez de pontificar la reducción del Derecho civil balear a los 76 escuálidos preceptos de la raquítica Compilación. Pero es que, en segundo lugar, existía, en este punto, una diferencia fundamental con la Compilación catalana; mientras en ésta aparecían reguladas detalladamente la mayoría de las instituciones integrantes de su Derecho, saliendo del esquema familiar y sucesorio para regular también las instituciones de matiz contractual y real, no ocurre lo mismo respecto de la Compilación balear, en la que se dejaron de lado la regulación de instituciones contractuales consuetudinarias, cuyo reconocimiento pugna después por abrirse paso ante el tenor literal de la disposición final 1.^a de la Compilación.

La última consideración que voy a hacer en este punto, radica en aludir al papel que desempeña la tradición jurídica balear como elemento de interpretación e integración de la norma compilada y, por tanto, en razón a una posible exclusión del juego del Código civil como Derecho supletorio.

De entrada, se ha visto ya que la Ley reformadora del título preliminar del Código civil no pretendía afectar a lo establecido en las Compilaciones, diciéndose así expresamente en el artículo 2.^o del Decreto de 31 de mayo de 1974. De ahí que los elementos interpretativos establecidos por el artículo 3.^o Cc no dejan sin efecto la llamada, que hay que entender hecha siempre primariamente, a la tradición jurídica balear.

Pero la tradición jurídica balear presenta una doble consideración, dado que puede funcionar de dos maneras:

– Como elemento excluyente del Código civil, que no podría entrar supletoriamente, en la regulación de las instituciones del Derecho civil balear si la tradición jurídica balear se pronuncia sobre la materia. En este sentido su función es excluyente y vinculante para el intérprete, que debe de entrada recha-

²⁴ Salvador CODERCH, *Comentaris a les Reformes del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, 1987, pág. 62.

zar el juego supletorio del Código civil por mandato expreso de la Compilación (art. 2.º y disposición final 2.ª y art. 1.º del proyecto de revisión).

— Como elemento interpretativo. Es entonces uno más de los elementos del artículo 3.º Cc, encarnándose dentro del denominado elemento histórico. Para tal función meramente interpretativa, el elemento histórico —y por ende, la tradición jurídica balear— es uno más de los elementos a considerar por el intérprete, sin que, ello es obvio, el artículo 3.º Cc establezca preferencia de unos sobre otros ni orden de prelación alguna. Partiendo de esta base, a mi juicio, debe el intérprete prestar especial consideración a la realidad social, que nos mostraría que algunas de nuestras instituciones forales se mueven hoy en día en unos parámetros distintos de los que motivaron su aparición. Y, en tales casos, es lícito que el intérprete atienda a tales circunstancias, sin quedar formalmente atado a unas interpretaciones historicistas que no encargarían en modo alguno en el discurrir de la vida actual.

C) LA ADECUACION DE LA NORMA SUPLETORIA A LAS NORMAS Y PRINCIPIOS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO BALEAR

Constituye la segunda barrera a franquear.

Indudablemente, cuando nos referimos a los «principios» nos referimos a los principios específicos del Derecho balear, resultantes de las normas e instituciones que integran el mismo y que tendrán un contenido marcadamente familiar y sucesorio.

Mientras que en las Compilaciones catalana y balear no existía alusión a los principios generales de uno y otro Ordenamiento, como igualmente no se establecía en ninguna de ellas un sistema de fuentes de cada Ordenamiento y la posible prelación entre ellas, por el contrario en la actualidad, se considera evidente que los Derechos forales suponen cada uno de ellos un sistema jurídico con unos principios que dan cohesión y trabazón al conglomerado de normas e instituciones. Por ello no es extraño que en la ley reformadora de la Compilación catalana de 20 de marzo de 1984 se hable, en el artículo 1.º, de «los principios generales que inspiran el Ordenamiento jurídico de Cataluña» y en la disposición final 4.ª de «los principios generales que informan el Ordenamiento jurídico catalán». Y el artículo 1.º del proyecto de revisión de la Compilación balear señala que «El Derecho civil balear se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan...» y que «en defecto de leyes y costumbres del Derecho balear, se aplicará supletoriamente el Código civil y demás leyes civiles estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento jurídico».

Tratando de elaborar, por vía de exclusión, el concepto de principios generales del Derecho civil balear, es evidente, de entrada, que no coinciden con los principios constitucionales del Derecho español, que se mueven en otro

contexto, como inspiradores del Derecho del Estado en su consideración global y, por tanto, con importantes incidencias sobre los Derechos territoriales, en cuanto a precisarse la conformidad de sus normas con tales principios, cual ha sucedido con las leyes modificadoras de los Derechos civiles territoriales para conseguir su adaptación constitucional.

Tiene que referirse, por tanto, el concepto de principios generales al Ordenamiento de que se trata y, en tal caso, será de inestimable interés, para la concreción de tales principios, acudir a la tradición jurídica, que es precisamente la que nos alumbrará sobre el tema. Por tanto, corresponde a la tradición jurídica balear la importante tarea de hacernos ver, con la perspectiva que da la Historia, si ciertamente estamos ante declaraciones que tienen carácter básico dentro de nuestro Ordenamiento y que, además, pueden colegirse, por vía de analogía *iuris*, de los preceptos de la Compilación.

Son fácilmente deducibles tales principios en el ámbito del Derecho familiar y sucesorio. El derecho familiar está dominado por el principio de separación de bienes como régimen legal supletorio y por el principio de plena autonomía y capacidad de cada cónyuge, que tanta importancia histórica ha tenido hasta el punto de haber podido prescindir la mujer casada mallorquina de la oprobiosa licencia marital, aunque notarialmente en algunas épocas y por algunos Notarios se ha impuesto su práctica.

El Derecho sucesorio mallorquín está dominado por unos principios tan evidentes que incluso he tenido ocasión de decir que los mismos constituyen las columnas maestras de esta gran catedral que constituye el Derecho sucesorio mallorquín, sosteniendo las bóvedas del mismo y derivándose de estas bóvedas, otros arcos y arbotantes en un todo lógico y armónico. Y así, del principio esencial de la necesidad de institución de heredero (art. 14) —impregnado totalmente en la conciencia popular, pues no se concibe sucesión sin heredero, y que, de alguna manera, es una reminiscencia de la sucesión tribal romana en que el grupo no puede dejarse desvalidado y sin jefe—, se deriva la universalidad de la sucesión del heredero, pues éste se coloca *in locum et ius* del causante y, por tanto, le sucede en el haz de derechos, bienes, voces, acciones y obligaciones que giraban en torno al mismo a excepción de aquellos bienes que hayan sido objeto de disposición expresa (arts. 15 y 24, párrafo 2.º Comp.), la perdurabilidad de la condición del heredero, de acuerdo con el viejo principio SEMEL HERES SEMPER HERES (art. 7.º Comp.), reminiscencia asimismo de la sucesión tribal romana, en la que el sucesor del jefe debía perdurar a la cabeza del grupo, y la incompatibilidad de la sucesión testada e intestada, pues si la institución de heredero es necesaria para la validez del testamento y tiene la condición de heredero el carácter de perdurable y expansible a todos los bienes sobre los que no hay disposición expresa, se revela claramente la sucesión intestada absolutamente innecesaria y perturbadora para los casos de haberse otorgado testamento. De estos principios fundamentales se

van derivando otros, como es el de que la condición de heredero debe tener un sustrato patrimonial, lo cual da lugar a la posibilidad de reducción de legados mediante la cuarta falcidia.

Por otra parte, la posibilidad de sucesión contractual mediante las donaciones universales de bienes presentes y futuros es otro de los principios fundamentales del Derecho sucesorio mallorquín.

En cambio, en el ámbito real y contractual serán menos los principios generales que, en todo caso, habrá que considerar referidos a las instituciones reguladas por nuestra Compilación (dret d'estatge, censos y alodios, sociedad rural menorquina, derecho de habitación ibicenco) o por las costumbres (aparcería, arrendamientos rústicos, medianerías).

Al lado de los dos conceptos de principios generales que venimos barajando —principios del Ordenamiento jurídico del Estado resultantes de la Constitución Española y principios del Derecho civil balear— pueden ser tomados en consideración como fuente del Derecho los principios de carácter natural o resultantes de larga tradición jurídica, proclamados por la Jurisprudencia como tales, cual ocurre *ad exemplum* con los principios de enriquecimiento sin causa, cláusula *rebus sic stantibus*, principio de reciprocidad de las prestaciones, etc. Se trata de principios generales del Derecho que, como fuente de carácter estatal, son de aplicación en los Derechos forales, siempre que no pugnen con normas o principios del mismo. Como ha señalado la doctrina si en algún caso los principios del derecho general y los de derecho particular son distintos u opuestos deberá acudirse con preferencia a los propios y característicos de nuestro Derecho antes que a los generales del Código civil. La solución contraria sería absurda. El derecho especial es preferente sobre el común²⁵.

D) LA NATURALEZA DEL CODIGO CIVIL COMO DERECHO SUPLETORIO

Es interesante la opinión de Figa Faura en este punto cuando señala que, en rigor, el Código civil no es un organismo unitario, sino un cuerpo formado por diversos estratos claramente diferenciados, con antecedentes históricos y evoluciones diversas; pudiéndose percibir una primera parte (el título preliminar —aunque no íntegramente— y título IV del libro I) que resulta aplicable a todos los españoles constituyendo el Derecho común español; una segunda parte más extensa (arts. 657 a 1.087 y 1.315 a 1.444) en la cual cristaliza el Derecho foral castellano y, una tercera parte mucho más amplia, constitutiva del *ius commune*, que recoge el *Corpus Iuris Civilis* a través de las Partidas o del Código Napoleón; concluyendo que si en el Código civil se contienen en puri-

²⁵ CLAR GARAU, *op. cit.*, pág. 51.

dad tantas normas de Derecho romano, esta tercera parte del mismo sería aplicable sin especial violencia a Cataluña²⁶.

La opinión expuesta ha sido, con relación al Derecho catalán, controvertida, por estimarse que los elementos de composición de uno y otro Derecho son distintos, por recoger el Código, fundamentalmente, la tradición francesa concretada en las obras de Domat y Pothier, lo cual supone una interpretación *more gallico*, mientras que en el Derecho catalán, salvo los autores de la Escuela de Cervera, no existió tradición interpretativa en tal sentido, y por basarse en unos principios sociológicos heredados de la Revolución francesa, no existentes en Cataluña²⁷. En este sentido, concluyen Puig Ferriol y Roca Trias, que resulta difícil afirmar que exista identidad de planteamientos entre el Código civil y el Derecho catalán en tema de obligaciones y derechos reales y que la aceptación de la normativa del Código en esta materia fue una corruptela cómoda de los juristas posteriores al Código, que nunca debió ser aplicado en estas materias en Cataluña, dada la existencia de una legislación propia, constituida por el *ius comune* en el estado de evolución en que se encontraba en 1716, a la aparición del Decreto de Nueva Planta. Si se aplica el Código civil en materia de obligaciones y derechos reales, es por defecto de regulación en la Compilación, pero no porque existan razones científicas ni legales.

Tal estado de la cuestión es extrapolable al Derecho civil balear en que, presumiblemente, al cegarse las fuentes de nuestro Derecho por el Decreto de Nueva Planta de 28 de noviembre de 1715, hay que pensar que, inicialmente, siguió rigiéndose la materia de derechos reales y obligaciones por las normas del Derecho romano justinianeo que se venían observando; pero este estado de cosas fue degradándose sucesivamente a la par que se iniciaba el proceso hacia la unidad legislativa civil sobre la base del Derecho de Castilla: el Gran i General Consell y los Jurados quedaron desprovistos de todo poder legislativo, se suprimió la Universidad, las apelaciones contra las sentencias de la Audiencia de Palma eran ventiladas ante el Consejo de Castilla. Todo ello es claramente indicativo de las pocas posibilidades de subsistencia del derecho que se venía observando.

Y puede fácilmente imaginarse que, años después, la aparición del Código civil, fue la definitiva puntilla para el mantenimiento del Derecho propio, que quedó circunscrito a la materia familiar y sucesoria, por tratarse de las tradiciones más hondamente arraigadas en la persona, pasando a regirse, de manera arrolladora por el Código civil, la materia real y contractual, dado que el

²⁶ FIGA FAURA, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1961, pág. 12.

²⁷ PUIG FERRIOL y ROCAS TRIAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, tomo I, pág. 252, Edición Barcelona.

Código proporcionaba una sistematización y una fijeza de las normas a aplicar que contrastaba con la disparidad de fuentes y las dudas que suscitaba la aplicación de la legislación romana.

Hoy en día se puede decir que este proceso es ya irreversible y, que la aplicación supletoria del Código civil en materia de derechos reales y obligaciones es casi total. Y, llegados a este punto, la pregunta a hacerse es si ello puede considerarse o no positivo para el Derecho civil balear.

No es fácil dar una rotunda contestación a la pregunta. De entrada, la bondad de las viejas normas romanas es evidente y, tal vez, puede considerarse beneficioso el tamiz por el que Domat y Pothier filtraron los textos romanos, impregnándolos de un mayor igualitarismo y eliminando trabas a la circulación de los bienes inmuebles, cual, *ad exemplum*, la reducción a mínimos de la rescisión por lesión. No dejó de ser todo ello, en cierto modo, una adecuación a la realidad social de la época.

Aparte lo expuesto no sería hoy en día gratificante una organización de los derechos reales y de las obligaciones contractuales absolutamente distinta en los diversos Ordenamientos jurídicos existentes en el Estado.

En definitiva, la amplísima aplicación supletoria del Código civil en materia real y contractual es una realidad incuestionable que tal vez hoy pueda ser juzgada favorablemente, pero que en ningún caso hace olvidar ni la afrenta que constituyó su origen —el Decreto de Nueva Planta de 28 de noviembre de 1715— ni el lamentable proceso histórico de imposición del Código civil sobre el Derecho propio.

