

JADO

Boletín de la Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria

ESTUDIOS
AZTERLANAK
FIELD STUDIES



NOTAS
OHARRAK
EXPLANATORY NOTES



NOTICIAS INTERNAS
AKADEMIAREN ALBISTEAK
INTERNAL NEWS



JADO

Boletín de la Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria
ISSN: 2173-9102 D.L./L.G.: BI-1677-03

CONSEJO DE REDACCIÓN/ERREDAKZIO BATZORDEA

PRESIDENTE/BATZORDEBURUA:

Adrián Celaya Ibarra (*AVD/ZEA*)

VICEPRESIDENTE/BURUORDEA

Andrés María Urrutia Badiola (*AVD/ZEA - U. Deusto/Deustuko U.*)

SECRETARIO/IDAZKARIA:

Francisco Javier Oleaga Echevarría (*AVD/ZEA secretario/idazkaria*)

TESORERO/DIRUZAINA:

Francisco Javier Muguruza Arrese (*AVD/ZEA asesor fiscal/aholkulari fiskala*)

VOCALES/BATZORDEKIDEAK

D. José Miguel Gorostiza Vicente
(*Abogado/Abokatua*)

D. José Javier García Ross
(*Abogado/Abokatua*)

Doña Tatiana G. San Sebastián
(*Colegio de Abogados de Bizkaia/
Bizkaiako Abokatuaren Elkargoa*)

D. Santiago Larrazabal Basañez
(*U. Deusto/Deustuko U.*)

D. Gabriel Mariscal Serrano
(*Abogado/Abokatua*)

D. Manuel López Pardiñas
(*Decano del lustre Colegio Notarial del País Vasco/
Euskal Herriko Notario Elkargo Txit
Prestuaren dekanoa*)

D. Germán Barbier Gaminde
(*Delegado Territorial en el País Vasco del Colegio de
Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España/
Espainako Jabetza eta Merkataritza
Erregistratzaileen Elkargoko lurralde-ordezkarria
Euskal Autonomia Erkidegoan*)

Dña. Esther Urrutia Idoiaga
(*U. Deusto/Deustuko U.*)

D. Alberto Atxabal Rada
(*U. Deusto/Deustuko U.*)

D. Lorenzo Goikoetxea Oleaga
(*U. Deusto/Deustuko U. – RSBAP Bizkaia/
Euskalerrriaren Adiskideen Elkarte Bizkaia*)

D. Fernando Salazar Mendarozqueta
(*Abogado – Abokatua – RSBAP Araba/
Euskalerrriaren Adiskideen Elkarte Araba*)

D. Miguel Angel García Herrera
(*EHU-UPV*)

D. Juan José Alvarez Rubio
(*EHU-UPV – RSBAP Gipuzkoa/
Euskalerrriaren Adiskideen Elkarte Gipuzkoa*)

D. Javier Ortega Azpitarte
(*Colegio de Procuradores de Bizkaia/
Bizkaiko Prokuradoreen Elkargoa*)

DIRECCIÓN DE LA REVISTA/ALDIZKARIAREN ZUZENDARIA:

Andrés María Urrutia Badiola (*AVD/ZEA - U. Deusto/Deustuko U.*)

JADO

Boletín de la Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademiako Aldizkaria

AÑO X. NÚMERO 22
X. URTEA. 22. ZENBAKIA

DICIEMBRE / ABENDUA
2011



ACADEMIA VASCA DE DERECHO
ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIA

JADO es el boletín de la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia. Se edita con carácter semestral, y recoge los trabajos y actividades de la Academia. La correspondencia con JADO debe dirigirse a la Secretaría de la misma.

Alameda Recalde, 8, 1º, dcha.
48009 – Bilbao
secretaria@avd-zea.com

JADO da Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria. Sei hilik behin argitaratzen da, eta bertara biltzen dira akademiaren lanak eta jarduerak. JADO aldizkariarekin posta trukez aritzeko, akademiaren idazkaritzara jo behar da.

Recalde zumarkalea, 8. zk., 1, eskuina
48009 – Bilbo
secretaria@avd-zea.com

El contenido del boletín se halla publicado en formato informático en www.avd-zea.com.

Aldizkariaren edukia euskarri informatikoan argitaratuta dago, www.avd-zea.com webgunean.

ENVÍO DE ORIGINALES, SUSCRIPCIONES, PEDIDOS E INTERCAMBIOS:
JATORRIZKOAK, HARPIDETZAK, ESKAERAK ETA TRUKATZEAK BIDALTZEKO:

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia
Recalde zumarkalea, 8. zk., 1, eskuina – 48009 Bilbo
Tlf.: 94 425 57 15 secretaria@avd-zea.com

Diseño / Diseinua
www.ikeder.es

ESTA REVISTA SE INCLUYE SISTEMÁTICAMENTE EN LAS BASES DE DATOS DIALNET Y LATINDEX
ALDIZKARI HAU “DIALNET” ETA “LATINDEX”IZENeko DATU-BASEETAN BARRURATUTA DAGO

SUMARIO / AURKIBIDEA / TABLE OF CONTENTS

ESTUDIOS / AZTERLANAK / FIELD STUDIES

- [7-19] DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, Javier: *Las Ordenanzas de Bilbao como antecedente de la Codificación Mercantil en España.*
- [21-35] LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago: *La protección de los consumidores en la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.*
- [37-54] ARNÁEZ ARCE, Vega María: *La planificación como instrumento al servicio de los principios de actuación de las Administraciones Públicas.*
- [55-131] FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús: *“Comunidades de bienes” y “sociedades civiles” para empresa. La sociedad irregular.*
- [133-181] LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago: *El concierto económico vasco en el marco jurídico-constitucional de la restauración y de la II República.*

NOTAS / OHARRAK / EXPLANATORY NOTES

- [185-206] URRUTIA IDOIAGA, Esther: *Erregistro Zibilaren azken eraldaketa, dagoeneko indarrean jarri den zatiari dagokionez.*
- [207-230] ETXEBERRIA MONASTERIO, José Luis: *La organización foral y la revisión de sus actos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*
- [231-236] ETXEBERRIA MONASTERIO, José Luis: *Norma Foral 3/1987: 25 años de gobierno y administración del Territorio Histórico de BIZKAIA.*
- [237-258] FLÓREZ TURRADO, F. Javier: *La “devaluación” del Estatuto de Autonomía en la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Cataluña.*

- [259-263] BORJA IRIARTE ÁNGEL, Francisco de: *La aplicación directa del Derecho comunitario en materia de fiscalidad directa: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2011.*
- [265-270] OLARAN MUGICA, Clotilde: *El Consulado de Bilbao y sus ordenanzas. Ordenanzas manuscritas e impresas.*

BIBLIOGRAFÍA / BIBLIOGRAFIA / BIBLIOGRAPHY

- [273-274] *El Código Civil bilingüe. 3ª edición.*
Kode Zibilaren 3. argitaraldi elebiduna.
- [276-277] ACTIVIDADES DE LA ACADEMIA / AKADEMIAREN JARDUNAK
- [278-291] NORMAS DE PUBLICACIÓN / ARGITALPENERAKO ARAUAK
/ PUBLICATION STANDARDS
- [294-300] PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO /
ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAREN ARGITALPENAK /
PUBLICATIONS LIST OF THE BASQUE ACADEMY OF LAW

ESTUDIOS
AZTERLANAK
FIELD STUDIES

Las Ordenanzas de Bilbao como antecedente de la Codificación Mercantil en España

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA

Catedrático de Derecho Mercantil de
la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2011/11/07

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2011/12/30

Resumen: El objeto de este estudio consiste en mostrar la importante influencia que tuvieron las Ordenanzas de Bilbao en el primer Código Mercantil español, a saber, en el Código de Comercio de 1829. Además, se traen a colación los precedentes, así como los principales avatares en la configuración de dicho Código, resaltando la ingente labor realizada por el jurista Sáinz de Andino.

Palabras clave: Ordenanzas del Consulado de Bilbao; antecedentes históricos del Derecho Mercantil codificado en España; formación del Código de Comercio español de 1829.

Laburpena: Ikerlan honen helburua da Bilboko Ordenantzek Espainiako lehenengo Merkataritzako Kodean, hots, 1829koan, izandako eraginaren berri ematea. Halaber, gogora ekartzen dira kode horren aurrekariak ez ezik, berau gauzatzeko orduan izandako gorabeherak ere. Esangura horretan, Sáinz de Andino legegilearen lan eskerga nabarmentzen da.

Gako-hitzak: Bilboko Kontsulatuko Ordenantzak; Espainiako Merkataritzako Zuzenbide kodifikatuaren aurrekariak; Espainiako 1829ko Merkataritzako Kodearen eraketa.

Abstract: The purpose of this study is to demonstrate the significant influence exerted by the Ordinances of Bilbao on the first Spanish Commercial Code, i.e. on the Commercial Code of 1829. The background and the main vicissitudes in forming this Code are also taken into account, highlighting the extensive work done by the jurist Sainz de Andino.

Key words: Ordinances of the Consulate of Bilbao; historical background of Commercial Law codified in Spain; formation of the Spanish Commercial Code of 1829.

1. LOS PRECEDENTES. 2. SÁINZ DE ANDINO, “ EL HACEDOR DE LEYES”. 3. LA CODIFICACIÓN MERCANTIL DE 1829. 4. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

1. LOS PRECEDENTES

Poco después de que el régimen napoleónico promulgara el Código de Comercio francés (1807), que inicia la época de la codificación mercantil, buscando establecer un Derecho general derogatorio del “de clase” propio del Antiguo Régimen, la llamada Constitución de Bayona del 6 de julio de 1808, a impulso del propio Napoleón (que actuó como “protector” de la Monarquía Española, a la que había impuesto la abdicación y el exilio en Valençay), ya preveía en su artículo 113 la promulgación de “un solo Código de Comercio para España e Indias”.

Pero la idea no era nueva. En el siglo anterior, el gran jurista asturiano Don Pedro Rodríguez de Campomanes, Conde de Campomanes, como Ministro de la Corona, había propuesto al rey Carlos III la promulgación para todos los territorios de la Corona, como ley general mercantil, de las Ordenanzas de Comercio de Bilbao de 1737, que por vez primera en la historia de la mercantilidad habían unificado en un solo cuerpo legal todo el derecho comercial.

En la misma idea, el Consulado de Comercio de Cádiz había designado una comisión para redactar una Ordenanza General del Comercio que pudiera regir en España y en los Consulados de América (con la idea de proponerla a la sanción real). Tras diversas vicisitudes y paralizaciones de los trabajos de redacción, antes de terminarse el siglo (en concreto con fecha de 23 de febrero de 1800), se presentó un proyecto definitivo que llevaba la firma del letrado Secretario del Consulado, Don Jerónimo Quintanilla Pérez, basado en las Ordenanzas de los Consulados de Comercio de España de los siglos XVII y XVIII.

También propuso la promulgación de un Código de Comercio general, en 1797, el Abogado de Corte y Consejos Reales, Don Ramón María de Zuazo, en una Memoria redactada para Godoy, valido de Carlos IV, reitirándola directamente ante el Rey en 1801 (apartado ya Godoy del poder).

No es de extrañar por todo ello que en las Cortes de Cádiz, en la sesión del 9 de diciembre de 1810 (reunidas en la isla de León, hoy San Fernando, puesto que no se trasladaron a Cádiz hasta el año de 1811), el procurador Sr. Espiga, propusiera la creación de comisiones para la unificación de la legislación, entre otras una particular para la materia comercial (Diario de Sesiones, 1810, I, 130).

La Constitución de Cádiz de 1812, recogiendo esos precedentes de defensa de la unidad legislativa, en su artículo 257 decía textualmente: “El Código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”.

Y al año siguiente, en la sesión de apertura de Cortes, el 1 de octubre de 1813, se designó la Comisión redactora del Código de Comercio, compuesta por Don Isidoro Antillón, Don José Huerta, Don José Joaquín Ortiz, Don Andrés Navarro y Don José Antonio Navarrete.

Sin embargo, la Comisión tuvo corta vida por la reinstauración del absolutismo por Fernando VII (que por Orden Real del 4 de mayo de 1814, derogó la Constitución de Cádiz), aunque después, durante el llamado “Trienio Liberal” (1820 a 1823), se designó una nueva Comisión para la Codificación Mercantil, nombrada el 22 de agosto de 1820, compuesta por nueve vocales presididos por el Conde de Toreno.

Pero en 1823 fue repuesto en el trono Fernando VII, tras la invasión de España por el ejército conocido como “Los Cien Mil Hijos de San Luis”, bajo el mando del Duque de Angulema, con lo que se inicia la llamada “Década Ominosa” (de 1823 a 1833, año éste último en el que en el mes de septiembre muere Fernando VII), se paralizan los trabajos para la codificación y queda suspendida la correspondiente Comisión Mercantil.

Aunque curiosamente, el propio monarca nombró, por Real Orden del 11 de enero de 1828 una nueva, a impulsos del Ministro de Hacienda Don Luis López Ballesteros, que había convencido al monarca de la utilidad de promulgar un Código de Comercio único, para lograr la modernización y el desarrollo económico de la nación. López Ballesteros llevó adelante una gran obra reformista en la Administración española, pese a la época absolutista en la que tuvo que servir, por lo que se le ha llamado a su tiempo como ministro de la Corona el del “absolutismo reformista”.

Don Luis López Ballesteros reformó la Hacienda, creó el moderno Consejo de Ministros, dotó los Presupuestos del Estado, fundó el Banco de San Fernando (para sustituir al quebrado de San Carlos) como antecedente del Banco de España, apoyó la promulgación del Código de Comercio y también de la primera Ley de Sociedades Anónimas. Con todo ello, López Ballesteros (al que en justicia se le ha de reconocer como el gran promotor de la modernidad económica en España) facilitó el despegue económico de la nación desde los inicios de la década de los 30 del siglo XIX, acompañado por las facilidades a la inversión extranjera, el fomento de los ferrocarriles y el apoyo a la industria y a la agricultura.

Para su auxilio en el desarrollo legislativo, López Ballesteros había llamado, en diciembre de 1823, como miembro de su equipo ministerial al jurista Don Pedro Sáinz de Andino, pese a sus ideas liberales, por las que estaba desterrado en Francia. Y por influencia del ministro, Sáinz de Andino fue designado vocal-secretario con voto de la Comisión para la Codificación Mercantil.

Además, Sáinz de Andino tenía el apoyo de su pariente Don Pedro Sáinz de Terrones, Tesorero General de la Casa Real, personaje de confianza, por tanto, del monarca.

2. SÁINZ DE ANDINO, “EL HACEDOR DE LEYES”

Don Pedro Sáinz de Andino nació en Alcalá de los Gazules, provincia de Cádiz, en 1786. Estudió Derecho en la Universidad de Sevilla, en la que se doctoró en 1806. Fue profesor de la Facultad de Derecho de esa Universidad, hasta que en 1810 fue nombrado Fiscal del Tribunal de Cuentas.

De ideas progresistas como reconocido liberal, tuvo que exiliarse en Francia, volviendo en 1817 con ocasión del llamado Trienio Liberal (momento que marcó el regreso a España de otros reconocidos liberales, como, entre otros, Javier de Burgos, Miñano o Alberto Lista). Sáinz de Andino, que al parecer no estaba seguro de su suerte, solicitó plaza como Fiscal de Cuentas en Cataluña, para estar cerca de la frontera francesa.

Su previsión no fue baldía, puesto que en 1823, con ocasión de la vuelta al absolutismo se volvió a exiliar, hasta que, como queda dicho, regresó en diciembre de ese mismo año llamado por el Ministro de Hacienda Don Luis López Ballesteros, para que le ayudara en su plan de renovación de las instituciones económicas españolas.

En su labor, Don Pedro Sáinz de Andino redactó el Reglamento del Banco Español de San Fernando (1829), el proyecto del Código de Comercio (1829), la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio (1830), preparó una Ley de Bolsas y participó decisivamente en el Reglamento de la Bolsa de Madrid (1834), en el Decreto de creación del Ministerio del Interior, en la reorganización del Tribunal de Cuentas y trabajó en dos proyectos de Códigos que no llegaron a publicarse (el Civil y el Criminal). Su labor legislativa se completa con la revisión de la Ley de Montes (1845).

Sáinz de Andino fue también el primer Director General de Archivos, a más de Académico de la Historia, Senador durante dieciséis años (fue nombrado Senador Vitalicio en 1863) y Consejero Real desde 1845 (sirviendo como tal con Fernando VII, con la Regente María Cristina y con Isabel II).

En 1829, como antes había hecho Javier de Burgos (1826), redactó un informe para la Corona en el que proponía la creación de un Ministerio de Fomento, propuesta que fue asumida como propia por López Ballesteros, de modo que al fin, por Decreto del 5 de noviembre de 1830, se creó el indicado Ministerio, que resultó vital para el desarrollo económico de España por la creación de importantes infraestructuras.

A ello acompañó también la derogación de los viejos gremios (1834), que imponían una estratificación profesional anquilosada, así como, en otro orden de cosas, la unidad aduanera (1841) y la eliminación de tasas e impuestos indirectos sobre los productos comerciales.

En 1863, a la edad de 67 años, murió en Madrid Don Pedro Sáinz de Andino, que como vemos fue muy justamente llamado “El Hacedor de Leyes”.

3. LA CODIFICACIÓN MERCANTIL DE 1829

Como ya queda indicado, a impulso del ministro Don Luis López Ballesteros, Fernando VII, por Real Orden del 11 de enero de 1828, designó una Comisión para la redacción de un proyecto de Código de Comercio General de España. Esta Comisión, de nueve miembros, fue presidida por el magistrado Don Bruno Vallarino, siendo su Secretario Don Pedro Sáinz de Andino.

La primera sesión de la Comisión se celebró el 25 de enero de 1828, en la que se acordó partir en sus trabajos de las Ordenanzas de Comercio de los Consulados de España, y concretamente se solicitó la entrega a los miembros comisionados, como texto que recogía las principales aportaciones históricas, del proyecto de Ordenanzas Generales del Real Consulado de Cádiz, concluidas el 23 de diciembre de 1800.

La Comisión se reunió nada menos que en 164 ocasiones, entre el 25 de enero de 1828 y el 27 de mayo de 1829.

Desde el primer momento las reuniones mostraron un conflicto abierto entre las posiciones de Sáinz de Andino y otros destacados miembros, significativamente su presidente Don Bruno Vallarino y los vocales Don Manuel María Cambronero y Don Ramón Pérez Pelegrín. De inicio Don Pedro Sáinz de Andino incluso se negó a aceptar un proyecto común de la Comisión, lo que provocó que el Presidente, Don Bruno Vallarino, presentase su dimisión al Rey (en febrero de 1828), que no la aceptó.

Para salir del paso y poder cumplir el encargo real, el Presidente terminó proponiendo que cada miembro de la Comisión presentase su propio proyecto, para después comparar los articulados y tratar de llegar a un texto común.

Pero Sáinz de Andino mantuvo a rajatabla su propio texto, entendiéndose respaldado por el propio monarca, al que dirigió una exposición en la que textualmente decía: “Convencido sin duda V.M. de la necesidad y la utilidad de emprender la reforma legal, resolvió hace un año a propuesta de su celoso Ministro de Hacienda, la formación de un Código de Comercio, que pusiese orden y sujetase a reglas fijas de justicia las relaciones mercantiles, envueltas hasta aquí en un caos de oscuridad, incertidumbre y vacilación, dignándose V.M. encargarme la formación del proyecto”.

En el proyecto de Sáinz de Andino, que conocía bien el Código francés, tiene también gran influencia el Derecho mercantil tradicional español, que como muy bien ha resaltado Jesús Rubio, estaba “representado ante todo por las Ordenanzas de Bilbao”. Y lo cierto es que Fernando VII lo aceptó como Código de Comercio General, siendo así el Código de 1829 una obra personal de Sáinz de Andino.

El mérito del Código del 29 de mezclar las Ordenanzas y el Código de Napoleón, hicieron que el mismo no supusiera una ruptura legal con la normativa comercial histórica (aunque tuvo una oposición cerrada por parte del Consulado de Bilbao, que el día 6 de octubre de 1829, el

siguiente al del Decreto de promulgación del Código, se dirigió a la Diputación Foral de Vizcaya para pedir el pase foral del Código, es decir su inaplicabilidad en el Señorío de Vizcaya).

Pero la suerte estaba echada, el Código suponía el fin de los Consuados y el establecimiento de un Derecho mercantil general, conforme a la lógica de los tiempos. Además, el Código español de 1829 componía un cuerpo legal completo y de altura jurídica.

Tal que el gran mercantilista francés Jean Marie Pardessus, primer catedrático de Derecho Comercial de la Sorbona, dijo para referirse al Código español: “Es evidente que los Estados que en su día se hallan sin legislación comercial, o que la tienen incompleta, hallarán en el código español un modelo perfecto” (que fue precisamente lo que hicieron las nuevas Repúblicas de América Latina en sus codificaciones, sustituyendo a las Ordenanzas de Bilbao de 1737, que fueron su antecedente mercantil).

El Código de 1829, regulador de la mercantilidad general, se ordena en 1219 artículos con el objetivo de “dar al comercio un sistema de legislación uniforme, completa y fundada”, según la exposición del propio Sáinz de Andino.

Aportaciones principales de las Ordenanzas de Bilbao de 1737 al Código de Comercio General de España de 1829.

Aunque en ocasiones se ha pasado por alto la aportación histórica de la mercantilidad española al Código del 29, repitiendo algunos autores la cantinela leída de otros de que el Código de Sáinz de Andino es una copia del de Napoleón, ello no es cierto.

Es verdad que el Código del 29 no atiende directamente al contenido del proyecto de Ordenanzas Generales de Cádiz de 1800, pese a que fueron aportadas por acuerdo especial al efecto por la Comisión de Codificación, pero ya hemos comentado como se las gastó Sáinz de Andino con la misma, al punto que se cerró en banda a atender siquiera sus acuerdos (pese a ser el Secretario de la misma), al considerarse a sí mismo como espe-

cialmente designado por el rey (como colaborador jurídico principal del influyente ministro de Hacienda, Don Luis López Ballesteros).

Sin embargo, el Código del 29 hace un buen seguimiento de las Ordenanzas de Bilbao, a las que literalmente copia algunos de sus números o artículos, así como a las Ordenanzas de Málaga de 1825, como se ha puesto recientemente de manifiesto por algunos autores bien informados.

Pero debe destacarse que la Ordenanza de Málaga de 1825 se inspira en la de Bilbao (aunque lógicamente con redacción más actualizada), siendo la única que con la de Bilbao contiene el régimen de quiebras (Libro IV), de donde pasa al Código de Comercio (incluidas las calificaciones de los quebrados y su liquidación forzosa a falta de acuerdo de pagos o su incumplimiento), componiendo el Libro Cuarto del mismo, artículos 1001 al 1177.

Previamente, en el Libro Primero, el Código del 29 siguiendo lo indicado por las Ordenanzas de Bilbao que consideraban la comisión como una de las actividades más propias de los comerciantes, regula con extensión el corretaje mercantil (artículos 63 al 115) y a los comisionistas (artículos 116 al 172), calificándoles dentro de los “oficios auxiliares del comercio” (Título Tercero del Libro Primero), al igual que los apoderados mercantiles (“factores y mancebos de comercio”, regulados en los artículos 173 al 202) y “los porteadores” (artículos 203 al 233, que las Ordenanzas de Bilbao también calificaron como “corredores terrestres”).

También en materia contable el Código del 29 sigue a las Ordenanzas de Bilbao, que a su vez habían tomado las obligaciones contables de la anterior legislación francesa, aunque ampliando el número de los libros de contabilidad y sus efectos. El Código del 29 se diferencia del francés precisamente en esas cuestiones, conforme a la ordenanza bilbaína, muy influyente en la Sección IIª del Libro Primero del Código del 29, artículos 32 al 61 del mismo.

En materia de Sociedades el Código del 29 copia literalmente de las Ordenanzas de Bilbao la definición de las compañías de comercio, y

conforme a ellas también establece un régimen de libertad constituyente muy amplio (salvo para las anónimas, como vamos a ver) y, además, regula suficientemente sólo las sociedades colectivas y comanditarias, conforme a su época (todo lo cual se deduce claramente del Título Segundo del Libro Segundo del Código, artículos 264 y siguientes).

En la misma materia, el Código del 29 estableció el arbitraje forzoso como cláusula necesaria del estatuto de las sociedades mercantiles, tal y como habían establecido las Ordenanzas de Bilbao de 1737, también materia previamente regulada por las Ordenanzas francesas. El llamado “modo de resolver las diferencias” entre socios, se regula en la Sección Segunda del citado Título Segundo del Libro Segundo del Código del 29, concretamente en los artículos 299 y siguientes del mismo.

Aunque el Código del 29 sólo establecía una autorización previa de los Tribunales de Comercio (artículo 293) para la fundación de sociedades anónimas (la autorización “regaliana” se establecía sólo como excepción, en el artículo 294), esta materia fue reformada limitativamente por el Real Decreto de 15 de abril de 1847.

En la misma intención controladora, al inicio del año siguiente, enero de 1848, se regularon por ley especial (por primera vez de forma concreta en el Derecho español) las Sociedades por Acciones, completada la Ley por un Reglamento (más específico todavía), promulgado como Real Decreto el 17 de febrero de 1848.

Los controles eran tales en esta legislación que se les imponía autorización previa por Real Decreto a todas las anónimas y comanditarias por acciones, e incluso por Ley de Cortes para los bancos, compañías de transportes y las sociedades privilegiadas fiscalmente (como declaración de utilidad pública a su objeto estatutario).

En materia de títulos, los pagarés cambiarios, utilizadísimos en el comercio como instrumentos de pago mercantil desde la Edad Media, regulados por ello con atención por las Ordenanzas de Bilbao, pasan igual-

mente de ellas al Código del 29 de forma directa (en los artículos 558 a 571), al igual que las cartas-órdenes de crédito (artículos 572 al 579).

Y, finalmente, la importancia dada por las Ordenanzas de Bilbao al Derecho Marítimo, conforme a las utilidades de su época, se aprecia también en el Código del 29, que le dedica un Libro completo (el Tercero, compuesto por los artículos 538 al 1000), destacando la atención prestada a las profesiones marítimas, como hicieron las Ordenanzas de Bilbao (así regula el régimen de los Capitanes en los artículos 634 a 686, el de los Oficiales y la Tripulación en los artículos 687 a 722, y los Sobrecargos en los artículos 723 y siguientes).

Curiosamente el Código del 29 sigue recogiendo el viejo contrato del préstamo a la gruesa, siguiendo el precedente bilbaíno (artículos 812 a 839), previamente a la regulación del Seguro Marítimo (artículos 840 al 899).

Además, conforme a la tradición consular, el Código del 29 concluye con un Libro Quinto (artículos 1178 a 1219) dedicado íntegramente a la “administración de justicia en los negocios de comercio”, la competencia más singular de las concesiones reales de los Consulados de Comercio en España.

Todo ello acredita al Código del 29 no como mera copia del napoleónico, sino como mixtura del mismo con la mejor normativa mercantilista de la historia española (las Ordenanzas de Bilbao), lo que hace especial y distinguido en el Derecho comparado al Código español de 1829.

4. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ROJO, Ángel: “La Codificación Mercantil Española”. En “Centenario del Código de Comercio” (pp. 475-515). Universidad Autónoma de México. México, 1991.

RUBIO, Jesús: “Sáinz de Andino y la Codificación Mercantil”. Edic. del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1950.

EIZAGUIRRE, José M^a de: “El Derecho Mercantil en la Codificación del siglo XIX”. Edic. de la Universidad Pública Vasca. Bilbao, 1987.

ABÁSULO, Ezequiel: “El Código de Comercio español de 1829 en los debates y las prácticas jurídicas del extremo sur de América”. Anuario de Historia del Derecho Español. N^o. LXXVIII. Madrid, enero de 2009.

TORTELLÁ CASARES, Gabriel: “El principio de responsabilidad limitada y el desarrollo industrial de España: 1829-1869”. Revista *Moneda y Crédito*. N^o. 104. Madrid, marzo de 1968.

GARCÍA MADARÍA, José M^a: “El pensamiento administrativo de Pedro Sáinz de Andino, 1829-1848”. Instituto Nacional de Administración Pública. INAP. Colección de Clásicos de la Administración. N^o. 7. Madrid, julio de 1982.

DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, Javier: “El Consulado de Bilbao y sus Ordenanzas de Comercio de 1737”. Edic. Academia Vasca de Derecho. Bilbao, 2010.

La protección de los consumidores en la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹

SANTIAGO LARRAZABAL BASAÑEZ

Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2010/12/13

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2011/01/30

Resumen: Este texto estudia brevemente el alcance jurídico del artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que recoge la protección de los consumidores, desde su promulgación en el año 2000 y a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009. Asimismo, analiza la interpretación que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha venido realizando tanto del derecho originario como del derecho derivado en materia de protección de consumidores.

Palabras clave: Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales, Protección de los consumidores.

¹ Este artículo recoge el texto de la ponencia que con el mismo título, desarrollé en la “Jornada sobre Derecho, cooperativismo y defensa de los consumidores” y que, organizada conjuntamente por la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo y la Academia Vasca de Derecho, tuvo lugar en Bilbao, en el Salón de Actos del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, el lunes 13 de diciembre de 2010, con el fin de que apareciera en esta publicación, *Jado. Boletín de la Academia Vasca de Derecho*. Una versión completamente reformulada y ampliada de esta ponencia aparece publicada a su vez en el *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*.

Laburpena: Testu honetan Europar Batasuneko Oinarrizko Eskubideei buruzko Itunaren 38. Artikuluak jasotzen duen kontsumitzaileen babesa aztertzen da, 2000. urtean promulgatu zenetik eta Lisboako Hitzarmena indarrean sarftu zenetik, 2009ko abenduan. Era berean, lan honetan aztertu dugu kontsumitzaileen babesa-ren inguruan Justizia Auzitegiak jatorrizko zuzenbidearen eta zuzenbide eratorria-ren inguruan egindako interpretazioa.

Gako-hitzak: Europar Batasuna, Oinarrizko Eskubideen Ituna, Kontsumitzaileen babesa.

Abstract: This text briefly examines the legal scope of Article 38 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which includes consumer protection, since its enactment in 2000 and as of the Treaty of Lisbon taking effect in December 2009. It also analyzes the interpretation that the Court of Justice has made as regards the original law and secondary law deriving from consumer protection matters.

Key words: European Union, Charter of Fundamental Rights, Consumer protection.

I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ARTÍCULO 38 DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: DE NIZA A LISBOA.- III. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA ANTES Y DESPUÉS DE LISBOA.- IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy hace exactamente tres años, el 13 de diciembre de 2007, tenía lugar la firma del Tratado de Lisboa, que entró en vigor hace un año, en diciembre de 2009. Con este motivo, siguiendo la reflexión que comencé en esta misma Jornada el año pasado respecto al difícil equilibrio entre libertades económicas y derechos sociales en la construcción europea y en el marco del tema de investigación “Cooperativismo y Consumo” que estableció la Asamblea de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo para este año, me dirijo a todos ustedes para exponerles algunas ideas acerca de la protección del consumidor en el proceso de integración europea y de cómo esta protección ha quedado reflejada en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En esta larga y a menudo tortuosa historia de la construcción europea que, si me permiten el símil futbolístico, es una especie de “Europe Champions League”, en este caso sobre integración europea, una Liga que incluye varios partidos a disputar entre quienes quieren profundizar mucho más en la integración y quienes no quieren más adelante de donde estamos e incluso en algunos casos, creen que se ha ido demasiado lejos y habría que retroceder un poco. Los partidos se juegan por decirlo así entre “euroconvencidos” y “euroescépticos”. Y en esta eliminatoria, los partidarios de una mayor integración (entre los que me cuento), van avanzando poco a poco, persuadidos de su victoria final aunque plenamente conscientes de que la cosa no va a ser nada fácil.

II. EL ARTÍCULO 38 DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: DE NIZA A LISBOA

Siguiendo con el símil futbolístico, una de las series de la liga de integración europea es la relativa a la aprobación de una Carta de Derechos Fundamentales para la Unión. Y el primer partido de la fase de clasificación, lo ganamos simbólicamente los “euroconvencidos” y digo simbólicamente porque el 7 de diciembre de 2000 en Niza fue proclamada la Carta de Derechos Fundamentales, muy solemnemente eso sí, pero sin carácter vinculante, por lo que se convirtió jurídicamente en un ejemplo de lo que ahora denominamos “soft law”, lo que permitió su utilización como ayuda para la interpretación del derecho comunitario.

El segundo partido de esta fase lo ganaron, sin embargo, los euroescépticos: el 29 de octubre de 2004 se aprobó en Roma el “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, que incorporaba la Carta de Derechos Fundamentales como Parte II del mismo. Como todos ustedes saben, tras los fracasos en los referendos de ratificación del mismo en Francia y Holanda y la negativa de algunos Estados para continuar con el proceso de ratificación, el denominado “Tratado Constitucional” encalló y quedó en nada.

El tercer partido de esta fase terminó con la aprobación del Tratado de Lisboa, el 13 de diciembre de 2007, hace exactamente tres años, y con la entrada en vigor del mismo hace un año. En este partido, los “euroconvencidos” nos resarcimos un poco de la amarga experiencia del fracaso de la denominada Constitución europea y, en lo que se refiere a la Carta, se consiguió que el Tratado modificase el art. 6 del Tratado de la Unión Europea y que, más en concreto, el nuevo art. 6.1 de éste estableciese que *“la Unión Europea reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal y como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”*. El texto de la Carta que fue proclamada otra vez de modo enfático un día antes de

la firma del Tratado de Lisboa, introduce ligeras modificaciones al texto original de la Carta y es el que se encuentra actualmente en vigor.

Aunque este partido lo ganásemos esta vez los “euroconvencidos”, la victoria no fue completa: ciertamente, el partido se ganó, porque la Unión Europea cuenta ahora con un elenco de principios, derechos y libertades que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados y por tanto es jurídicamente vinculante, es decir, ya no es “soft law” sino “hard law”. Pero hay que hacer algunas precisiones: hubo dos jugadores del partido que se autoexcluyeron totalmente del mismo y un tercero que también hizo algo similar aunque de forma menos tajante: me refiero al Protocolo nº 4 al Tratado de Lisboa que excluye de la aplicación de la Carta al Reino Unido y a Polonia, y en cierto sentido, a la República Checa (Declaración nº 53 aneja al Tratado de Lisboa).

Siguiendo con el símil futbolístico, y como ocurre en esos programas “postpartido” de radio y televisión, en los artículos de prensa o incluso en los vivos debates que se establecen en las redes sociales, voy a intentar en esta intervención analizar brevemente uno de los aspectos de este tercer partido: supongamos que yo soy uno de esos contertulios invitados en esos programas; que entre todos estamos analizando detenidamente el partido y más en concreto si el entrenador del equipo ganador del mismo ha diseñado bien o no el sistema de defensa. Pues adaptando el símil al tema que nos ocupa hoy, nuestro partido sería la Carta y los comentarios del contertulio sobre el diseño de la defensa sería mi exposición sobre el diseño de la protección de los consumidores en su artículo 38. Y luego, como ocurre en estos programas, podrán ustedes participar en directo en el debate –en el jurídico, no en el futbolístico– que moderará el profesor Gadea.

Haciendo una ficha rápida del tercer partido, es decir, de la Carta actualmente en vigor, les diría que se trata de una victoria, porque la Carta tiene carácter vinculante y el mismo valor jurídico que los Tratados constitutivos de la Unión Europea. Como dice su Preámbulo, la Carta

reafirma los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por su parte, el art. 51 de la Carta, marca los límites del campo de juego, pues establece que las disposiciones de la Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto al principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros, pero en este último caso únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Ahora bien, tal y como dice la Declaración relativa a la Carta, ésta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las propias competencias de la Unión, ni crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión y tampoco modifica las competencias y cometidos definidos por los Tratados.

En cuanto a su interpretación, el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea establece que los derechos, libertades y principios de la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del Título VII de la propia Carta y teniendo en cuenta las “*explicaciones*” (la denominada Guía) a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones. Estas “*explicaciones*” acompañan a cada artículo y fueron elaboradas por el *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención Europea. Estas explicaciones se nutren de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de las tradiciones constitucionales comunes de los países miembros de la Unión.

Una vez situados en el contexto de la Carta, analicemos brevemente cómo se diseña en ella la estrategia de la protección de los consumidores, donde hay que matizar también algunas cosas. El artículo 38 de la Carta se sitúa dentro del Título IV, denominado “Solidaridad”. En este título aparecen recogidos algunos de los denominados “derechos de ter-

cera generación” como, por ejemplo, el acceso a los servicios de interés económico general (art. 36) y la protección del medio ambiente (art. 37). El artículo 38 dice que “*en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores*” y jurídicamente hablando, no se trata de un auténtico derecho sino de un principio, lo que ciertamente limita su eficacia jurídica.

En este sentido ocurre un poco como sucede con el art. 51 de la Constitución española de 1978², que recoge también la protección y defensa de los consumidores y usuarios, pero la recoge no como un derecho fundamental sino como un principio rector de la política social y económica del capítulo III del Título I, lo que, como ustedes saben de sobra, supone un menor nivel de protección, pues, como dice el art. 53.3 del texto constitucional español, “*el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*”.

En el caso del art. 38 de la Carta, se produce una situación similar pues, según el art. 52.5 de la misma, las disposiciones que contengan principios “*... podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión en el ejercicio de sus*

² El artículo 51 de la Constitución española establece lo siguiente:

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.
2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.
3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de legalidad de dichos actos”.

La “explicación” que corresponde al art. 38 de la Carta, remite al art. 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). Éste recoge el antiguo artículo 153 del Tratado de la Comunidad Europea, introducido por el Tratado de Maastricht. En resumen, este artículo viene a decir que, para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. Para ello, la Unión contribuirá al logro de esos objetivos a través de:

a) lo que se conocen como medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior (art. 116 del TFUE).

b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros, no obstante estas medidas para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección, siempre que sean compatibles con los Tratados y notificadas a la Comisión.

En realidad, nos encontramos aquí con una competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros –art. 4.2. f) del TFUE– y por eso el art. 12 del mismo Tratado establece la protección de los consumidores como un principio de carácter transversal que debe tenerse en cuenta en la definición y ejecución de otras políticas y acciones de la Unión. Como les acabo de decir, el art. 38 de la Carta no configura propiamente la protección de los consumidores como un derecho subjetivo, sino como un principio, como una exigencia que debe respetar la Unión en la elaboración y aplicación de sus políticas y los Estados miembros cuando apliquen el derecho de las mismas sobre protección de

los consumidores. Pero para producir efectos concretos respecto a los justiciables, se requiere la adopción de disposiciones normativas sobre la base del art. 169, por lo que el art. 38 no aporta ninguna posibilidad adicional de actuación para la Unión Europea.

Esto supone un cierto “jarro de agua fría”, porque, como hemos visto, no se trata de un derecho subjetivo sino que sigue siendo un principio, con las limitaciones jurídicas que ello supone. Ahora bien, para ser totalmente justos, hay que decir que sólo el hecho de que haya sido incluido en el catálogo de derechos de solidaridad de la Carta ya es algo, porque apuntala jurídicamente la actuación de la Unión Europea en defensa de los consumidores, pues su fundamento complementa las alusiones a la protección del consumidor en los Tratados, añadiendo un nuevo elemento de apoyo en otro instrumento de derecho originario, como es la Carta, lo que va a reforzar sin duda su protección y su desarrollo por el derecho derivado.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA ANTES Y DESPUÉS DE LISBOA

En un principio, la actuación de la Comunidad Europea en materia de consumo se fundamentó jurídicamente en la armonización de legislaciones del mercado interior, adoptando una serie de Directivas sobre la materia. Por su parte, el Tratado de Maastricht estableció en 1992 un base jurídica específica para la protección de los consumidores, que fue reforzada en el Tratado de Amsterdam y que se recogió en el art. 153 del Tratado de la Comunidad Europea, que ha recogido ahora el artículo 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. De hecho, se han venido aprobando distintos Programas de Acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores, siendo el último el adoptado para el período 2007-2013³.

³ Fue adoptado mediante la Decisión 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006 (DO L 404, de 30 de diciembre de 2006, p. 39).

Así que, además del derecho originario, recogido en los artículos 12 y 169 del TFUE y del art. 38 de la Carta, existe un importante acervo de derecho comunitario derivado en materia de protección de los consumidores en asuntos tales como, por ejemplo, prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores del mercado interior, publicidad engañosa, responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, seguridad general de productos, alimentos y piensos modificados genéticamente, cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, etiquetado, presentación y publicidad de productos alimenticios, etiquetado y embalaje de productos específicos y productos no alimenticios, etc.

Pero además de la legislación protectora de los consumidores, también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha desarrollado una importante labor de defensa de los consumidores, estableciendo claramente cuál es el criterio de interpretación para determinar si una reglamentación de la Unión Europea establece un elevado nivel de protección de los derechos de los consumidores, que es exactamente lo que exige el art. 38 de la Carta: el parámetro a tener en cuenta para ello es el del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz⁴. En todo caso, el Tribunal ha interpretado el derecho comunitario derivado, y sobre todo las directivas referentes a la protección de los consumidores, intentando reforzar su efectividad, aunque no se trate de un derecho fundamental sino de un principio, así que la posible decepción inicial debe ser también matizada. Como ha escrito LÓPEZ ESCUDERO, siguiendo a PICOD, “*el TJCE ha llevado a cabo, también, una interpretación de las directivas referentes a la protección de los consumidores tendente a reforzar su efectividad de forma parecida a lo que ocurre con los derechos fundamentales*”⁵.

⁴ STJCE de 16 de julio de 1998, *Gut Springenheide y Tusky*, C-210/96, Rec., p. I-4657, apartado 31.

⁵ LÓPEZ ESCUDERO, M. “Comentario al art. 38. Protección de los consumidores”. En MANGAS MARTIN, A. (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Bilbao: Fundación BBVA, 2008, p. 638, que cita a su vez a PICOD,

Para explicar cómo ha hecho esto, voy a utilizar como ejemplo uno de los campos antes citados en materia de protección de los consumidores, el relativo a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, para intentar hacerles ver la importancia de esta jurisprudencia del Tribunal, muy protectora de los consumidores, incluso antes de que la Carta tuviera carácter vinculante.

De hecho, el Tribunal ha partido de la idea de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en la capacidad de negociación como al nivel de información, lo que le lleva muchas veces a adherirse a las condiciones redactadas por el profesional sin poder influir en su contenido. Para compensar ese desequilibrio, ha establecido la intervención de un actor distinto a las partes del contrato⁶, por ejemplo, un juez, y ha considerado que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, impide que el consumidor individual quede vinculado por ella y ejerce un efecto disuasorio que contribuye a poner fin a la utilización de este tipo de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores⁷. Se trata siempre de proteger a la parte más débil, el consumidor y así, frente a la regla general de la inexistencia por parte de los jueces nacionales de una obligación general de apreciación de oficio de los derechos conferidos a los individuos por el ordenamiento comunitario, regla que contaba con una consolidada jurisprudencia⁸, el Tribunal de

F, "Art. II-98". En BOURGORGE-LARSEN, L. / LEVADE, A. / PICOD, F. (dirs.), *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article per article*, Bruselas: Bruylant, 2005, vol. II, pp. 499.

⁶ STJCE de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941, apartados 25-27.

⁷ STJCE de 21 de noviembre de 2002, *Cofidis*, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 32.

⁸ STJ de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, Rec. p. I-4599, apartado 12; 14 de diciembre de 1995, *Van Schijndel y van Veen*, C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I-4705, apartado 17; de 16 de mayo de 2000, *Preston y otros*, C-78/98, Rec. p. I-3201,

Justicia ha elaborado en su jurisprudencia una excepción a esa regla general en relación, precisamente, con la protección de consumidores.

Incluso llegó a considerar, por ejemplo, que la protección que la Directiva 93/12/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores⁹ se extiende también a aquellos casos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que aparece una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de dicha cláusula bien porque ignore sus derechos o bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los Tribunales le disuadan de defenderla ante ellos¹⁰.

Y también ha entendido que una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, que ha sido incluida sin haber sido objeto de negociación individual y que atribuye competencia exclusiva al Tribunal en cuya circunscripción está situado el domicilio del profesional, puede ser considerada abusiva¹¹. Y ello porque la obligación de someterse a la competencia exclusiva de un Tribunal que puede estar lejos de su domicilio, puede hacer más difícil la comparecencia del consumidor. Sobre todo en los litigios de escasa cuantía, cuando los gastos correspondientes a la comparecencia del consumidor pueden resultar disuasorios y hacer que éste renuncie a interponer el recurso judicial y a defenderse.

apartado 31; 9 de diciembre de 2003, Comisión /Italia, C-129/00, Rec. p. I-14637, apartado 25 y 7 de junio de 2006, Van der Weerd y otros (C-222/05 a C-225/05, Rec. p. I-4233, apartado 28.

⁹ Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29).

¹⁰ STJCE de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, Rec. p. I-10421, apartados 28-29.

¹¹ Sentencia de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, Rec. p. I-4713, apartado 44.

La protección ha llegado a tal extremo que, aunque el consumidor no haya hecho nada para defender sus derechos de tal y la legislación interna de un país miembro permite que el juez intervenga de oficio, considerando una cláusula del contrato contraria al orden público nacional, está igualmente obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de dicha cláusula desde el punto de vista del artículo 6 de la Directiva, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello¹².

De hecho, como dijo el Tribunal en la Sentencia “Heininger”¹³ y ha vuelto a repetir en la Sentencia “Friz”¹⁴, existe una reiterada jurisprudencia que afirma que las excepciones a las normas de Derecho de la Unión Europea destinadas a proteger a los consumidores, han de interpretarse estrictamente. El principio general de la normativa de la Unión Europea en este ámbito es siempre la protección del consumidor, por ser la parte más débil.

Y esta idea la ha repetido una y otra vez el Tribunal, por ejemplo, cuando se ha referido al Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁵, y más en concreto a su considerando n° 13, que establece que,

¹² Sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, Rec. p. I-9579, apartados 53 y 59, que se remite a su vez a la Sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, Rec. p. I-4713, apartado 32.

¹³ Sentencia de 13 de diciembre de 2001, Heininger, C-481/99, Rec. p. I-9945, apartado 31.

¹⁴ Sentencia de 15 de abril de 2010, E. Friz, C-215/08, Rec. p. I-0000, apartado 32.

¹⁵ Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO* 2001 L, 12, p. 1). Hay que tener en cuenta también el Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), (*DO* L, 177, p. 6).

en cuanto a los contratos celebrados por los consumidores, es oportuno proteger a la parte más débil mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales, y al referirse al art. 15.1.c) del Reglamento, ha dicho que ocupa el mismo lugar y cumple la misma función de protección de la parte más débil del contrato, que el art. 13.1.3º del Convenio de Bruselas¹⁶, respecto del cual, el Tribunal ya había dicho que la función del régimen particular que establecen las disposiciones del Convenio de Bruselas sobre la competencia en materia de contratos celebrados con consumidores, consiste en garantizar una protección adecuada al consumidor en cuanto parte del contrato que se considera económicamente más débil y jurídicamente menos experta que su cocontratante profesional¹⁷.

Si esto lo ha hecho el Tribunal antes de que la Carta fuese vinculante y en el primer año de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, es razonable esperar que, una vez de que la Carta ha entrado en vigor y su art. 38 está plenamente vigente, tanto los actos de las instituciones de la Unión, como los de los Estados miembros al aplicar derecho de la misma y la propia jurisprudencia del Tribunal, vayan aún más allá en la garantía de un nivel elevado de protección de los consumidores, con lo que el principio regulado en la carta que parecía de tan modesto alcance, puede que nos dé grandes satisfacciones en el futuro.

¹⁶ El Convenio de Bruselas, es el nombre por el que es conocido el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (texto consolidado publicado en el DO, 1998, C 27, p. 1). Al entrar en vigor el Reglamento 44/2001, este Reglamento sustituyó al Convenio de Bruselas en las relaciones entre Estados miembros, con la excepción de Dinamarca.

¹⁷ SSTJ de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01, Rec. p. I-439, apartado 34; de 20 de enero de 2005, Engler, C-27/02, Rec. p. I-481, apartado 39; de 14 de mayo de 2009, Ilsinger, C-180/06, Rec. p. I-3961, apartado 41 y de 7 de diciembre de 2010, Pammer y Hotel Alpenhof, C-585/08 y C-144/09, Rec. p. I-0000, apartados 57 y 58.

IV. CONCLUSIÓN

Concluyo ya mi intervención: en materia de protección de los consumidores, este tercer partido nos ha dejado una sensación de victoria, pero con matices. Ahora bien, esta fase de la “Europe Champions League”, la relativa a los derechos fundamentales, sigue ahora con el cuarto partido, porque tras su nueva redacción gracias al Tratado de Lisboa, el art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea establece que la Unión se adherirá como tal al Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa. Y esa adhesión va a ser, desde el punto de vista jurídico, tan complicada como apasionante. Una vez más jugarán –jugaremos– “euroconvencidos” contra euroescépticos, y yo estoy convencido de que ganaremos los “euroconvencidos”, y si ganamos, la victoria será parcial porque nos clasificaremos para la siguiente fase eliminatoria, pero para llegar a la final de esta “Europe Champions League” de la integración europea y ganarla, aún queda mucho camino por recorrer y ese camino no será nada fácil. Quizá algunos de ustedes piensen que esa victoria final es una utopía, pero a veces, parafraseando una frase del profesor Gregorio Peces Barba, una autoridad en materia de derechos y libertades, a veces la utopía es sólo una verdad prematura, porque como también decía Oscar Wilde, “el progreso es la realización de la utopía”. Así que, hay que salir al campo a darlo todo y, por supuesto, “a ganar”.

La planificación como instrumento al servicio de los principios de actuación de las Administraciones Públicas

VEGA MARÍA ARNÁEZ ARCE

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2011/11/07

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2011/12/30

Resumen: En este trabajo se analizan las características propias y esenciales de la planificación como potestad administrativa o facultad que el ordenamiento jurídico atribuye a los poderes públicos para que ordenen la actuación que desarrollan en ejercicio de sus competencias. Se destaca especialmente la instrumentalización de la planificación al servicio de la ejecución de los principios constitucionales que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado primero del artículo 131 de la Constitución, inspiran y sustentan la actuación de las Administraciones Públicas, cuales son los principios de objetividad, eficacia y coordinación.

Palabras clave: Planificación, potestad administrativa, normativismo, participación, principios constitucionales, objetividad, eficacia, eficiencia y coordinación.

Laburpena: Idazlan honetan plangintzaren oinarritzko ezaugarriak aztertu dira, administrazio-ahala den aldetik. Antolamendu juridikoak plangintza-ahala eratxiki die botere publikoei, euren jarduna antolatu ahal izateko euren eskumenak egikaritzean. Plangintza, batik bat, Administrazioek duten tresna bat da konstituzio-printzipioak bete ahal izateko, Konstituzioaren 131. artikulua lehen idatz-zatian ezarritako printzipioak, alegia. Printzipiook, hala nola, objektibotasun-, eragingarritasun- eta koordinazio-printzipioek, Administrazio Publikoen jarduna oinarritzen dute, plangintza erabiliz.

Gako-hitzak: Plangintza, administrazio-ahala, izaera arau-emailea, partaidetza, konstituzio-printzipioak, objektibotasuna, eragingarritasuna eta koordinazioa.

Abstract: This text analyzes the essential characteristics involved in planning as an administrative power or authority that the law attaches to the public authorities for them to organise the activities they carry out in exercising their powers. It especially emphasizes the use of planning in order to implement constitutional principles which, in keeping with the provisions of the first paragraph of Article 131 of the Constitution, inspire and support the activity of the Public Administrations. These are the principles of impartiality, efficiency and coordination.

Key words: Planning, administrative power, normativism, participation, constitutional principles, impartiality, efficiency, effectiveness and coordination.

I INTRODUCCIÓN. II CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA PLANIFICACION ADMINISTRATIVA: II.1 El carácter normativo de la potestad planificadora. II. 2 Su validez como cauce de participación. III LA PLANIFICACIÓN Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA III. 1 Planificación y Objetividad, III.2 Planificación y Eficacia, III.3 Planificación y Coordinación; IV A MODO DE CONCLUSIÓN

I INTRODUCCIÓN

La planificación forma parte del ordenamiento jurídico administrativo en el que se presenta como una realidad inherente al funcionamiento de las Administraciones Públicas y como una institución básica del Derecho administrativo. Este planteamiento se constata fácilmente a través de una aproximación a nuestro Derecho positivo vigente, tanto desde el punto de vista del régimen jurídico general del funcionamiento de las Administraciones Públicas, como a partir del análisis de la legislación sectorial.

Debe significarse a este respecto que, pese a su consolidación como institución jurídico-administrativa básica, se trata de un término sujeto a una pluralidad de usos e interpretaciones que lo convierten en lo que podríamos denominar un *concepto jurídico indeterminado*.

Se puede definir a la planificación administrativa como un enunciado normativo en virtud del cual se determinan las pautas y las directrices básicas que inspiran y condicionan la actuación, tanto de los poderes públicos como de los particulares, incluyendo las relaciones que se establezcan entre ellos; pautas y directrices que se materializan e instrumentan jurídicamente a través de los diferentes planes, proyectos y programas administrativos.

En definitiva, se trata de una potestad administrativa o prerrogativa de las administraciones públicas que participa, por su ámbito de eficacia, de la naturaleza jurídica propia tanto de las potestades organizatorias, en los

supuestos en que sus efectos jurídicos se limitan a la esfera de la estructura y de la organización administrativa interna, como de las potestades normativas, en los casos en que su ejercicio influya y condicione la situación jurídica de los administrados, sus derechos e intereses legítimos.

II CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA PLANIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

Además de las características propias de cualquiera de sus manifestaciones o expresiones, desde el punto de vista del Derecho administrativo la planificación tiene unas características propias y esenciales que la definen como una potestad pública. En este sentido, la planificación se puede definir como una de las facultades de actuación o prerrogativas que el ordenamiento jurídico atribuye a las Administraciones Públicas, revistiéndolas de un estatus especial de *imperium* derivado de su misión de servicio a la protección, garantía y realización del interés general.

En este sentido y de acuerdo con el profesor García de Enterría cuando afirma que el Derecho “*parte de una determinada realidad social a la que, en alguna forma, pretende reconfigurar o, en último extremo, fijar y sostener*”, las potestades administrativas se pueden definir como los instrumentos a través de los cuales los poderes públicos trabajan en la configuración de un modelo de realidad social y de Administración Pública adecuado a los postulados enunciados en la Constitución.

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que las características propias de la potestad administrativa de planificación son las siguientes: su *normativismo*, en tanto que en cada una de las manifestaciones instrumentales de la planificación se establecen pautas de comportamiento y directrices de actuación orientadas a la consecución de fines u objetivos concretos y que son susceptibles de vincular tanto a los poderes públicos como a los administrados; su *virtualidad como cauce de participación* tanto de los poderes públicos (trámite de audiencia) como de los particulares (infor-

mación pública) y de determinados colectivos técnicos o peritos en el ámbito de la gestión administrativa y, finalmente, su *instrumentalización para la ejecución de los principios constitucionales* de objetividad, eficacia y coordinación de la actuación de las Administraciones Públicas.

II. 1 El carácter normativo de la potestad planificadora

Se entiende por normativismo la capacidad que tienen determinados instrumentos jurídicos para definir las pautas de conducta, tanto de los poderes públicos como de los particulares, vinculándoles hasta el punto de que tales directrices pueden llegar a ser confrontadas ante los Jueces y Tribunales. En definitiva, normativismo significa la capacidad para dictar normas jurídicas de validez general a través de las que se define el contenido de los derechos subjetivos de los administrados y la actuación de los poderes públicos.

Así pues, en la medida en que concebimos la potestad planificadora como aquella que el ordenamiento jurídico ha atribuido a los poderes públicos al objeto de que, en su tarea de defensa y garantía del interés general, dispongan la organización y el funcionamiento de las Administraciones Públicas y determinen las pautas básicas de la conducta de los ciudadanos, no cabe duda de que se trata de una potestad dotada de un carácter normativo como el que acabamos de describir.

En este sentido, estamos de acuerdo con Fernández Díaz para quien no es posible concebir ninguna expresión de la planificación que no produzca efectos normativos puesto que “en todo plan se trata de proponer una acción determinada, un conjunto de decisiones que persiguen el logro de determinados objetivos”. El hecho de que en el momento de la redacción y la ejecución de los diferentes instrumentos de planificación se definan las líneas básicas tanto de la actuación de los administrados como de la gestión e intervención de los poderes públicos en los diferentes sectores del ordenamiento jurídico hace que el normativismo pueda ser afirmado como una de las características propias de esta potestad administrativa.

Ahora bien, debe quedar claro que cuando afirmamos este carácter o este valor normativo de la planificación no nos estamos refiriendo a que sus concretos instrumentos estén formalmente incorporados al sistema de fuentes del ordenamiento, ya que la concreta valoración de su posición dentro del mismo depende de cuál sea el concreto revestimiento a través del que se produzca su juridificación formal, bien como normas con rango legal o reglamentario.

Por lo tanto, cuando calificamos el normativismo como una de las características propias de la potestad planificadora, debemos tener en cuenta que los planes, proyectos y programas administrativos son el resultado del ejercicio de dicha potestad y que ésta ha sido atribuida a los poderes públicos a través de una norma del ordenamiento jurídico, de tal forma que el normativismo que predicamos de las expresiones de la planificación es un normativismo subordinado, en todo caso, a las disposiciones previstas en la norma de atribución de dicha potestad.

Así pues, su susceptibilidad para producir efectos jurídicos en el ámbito subjetivo de derechos e intereses de los administrados es, precisamente, lo que convierte a la planificación en una potestad administrativa de carácter normativo a través de la cual los poderes públicos intervienen y actúan en los diferentes sectores del ordenamiento jurídico.

II. 2 La planificación como cauce de participación

Otro de los rasgos característicos de la potestad administrativa de planificación es su validez como cauce de participación, tanto pública como privada, en el proceso de elaboración de sus diferentes instrumentos; es decir, durante la redacción, aprobación y ejecución de los planes, proyectos y programas administrativos.

La importancia de la participación en el Derecho administrativo ya fue puesta de manifiesto por Forsthoff en su formulación de la Administración Prestacional, hacia la que las Administraciones Públicas han ido evolucionando a lo largo de los siglos XIX y XX. Así, en palabras de este

autor «... la Administración aportadora de prestaciones se basa en la participación. El sentido del concepto de la procura existencial estriba en otorgar la protección del Derecho público a esa participación (...). El concepto de procura existencial sirve en primera línea para asegurar la *participación* [la cursiva no está en el original] del individuo en las prestaciones de la Administración...».

Además, atendiendo a la legislación administrativa vigente observamos que la incorporación de la participación a los procedimientos de elaboración de las expresiones instrumentales de la planificación no es idéntica en todos los casos y tampoco produce las mismas consecuencias en todos ellos. En ocasiones, el legislador ha previsto un trámite de información pública de carácter general, esto es, con la única finalidad de que los administrados emitan cuantas alegaciones estimen pertinentes al respecto.

En otras ocasiones, sin embargo, este trámite de la información pública está abierto, exclusivamente, para aquellos colectivos que estén especialmente interesados en intervenir en el procedimiento de planificación, como consecuencia de la afectación que el ejercicio de esta potestad produce en su esfera de derechos e intereses legítimos.

Por último, encontramos en la legislación administrativa vigente, dentro del procedimiento de elaboración de determinados instrumentos a través de los que se hace efectiva la potestad planificadora, supuestos en los que se regula un trámite de participación y de consulta, previo a su aprobación definitiva, que tiene como destinatarios a unos sujetos determinados cualificados como expertos o peritos en la materia objeto de planificación. En estos casos, se trata de una participación de tipo técnico que tiene por finalidad facilitar el intercambio de conocimientos y de experiencias entre los profesionales y los poderes públicos.

Ahora bien, ¿qué trascendencia jurídica tiene esta afirmación de la virtualidad o la validez de la potestad planificadora como cauce de participación? Las consecuencias jurídicas de esta caracterización de la planificación son, básicamente, las tres siguientes.

En primer lugar, estamos ante una potestad administrativa que en el momento de su ejecución garantiza, al menos en sus principales manifestaciones sectoriales, la intervención de los particulares, de otros poderes públicos diferentes a los que la están ejerciendo y de profesionales y peritos especializados en el sector objeto de planificación. De esta forma, se ha convertido en una técnica jurídico-administrativa a través de la cual se da cumplimiento efectivo a la previsión del artículo 9.2 de la Constitución en el que «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» se define como una función de los poderes públicos. Por lo tanto, el carácter de la planificación como un cauce de participación fortalece su definición como una de las facultades que el ordenamiento jurídico ha atribuido a los poderes públicos con el propósito de construir un modelo de Administración Pública participativa, tal y como está previsto en el texto de nuestra Constitución.

En segundo lugar, mediante la previsión de cauces de participación necesarios en los procesos de elaboración y redacción de los planes, proyectos y programas en los que se concreta esta potestad administrativa, se consigue afianzar y consolidar la realización del denominado principio democrático. En este sentido, destacamos la importancia de la planificación como cauce de participación a través del cual se hace efectivo, en cierta medida dicho principio, al menos en cuanto se refiere a su validez como parámetro de control de la discrecionalidad administrativa.

En tercer y último lugar, este carácter participativo de la potestad de planificación administrativa tiene una notable trascendencia jurídica en el sentido de que, más allá de su valor como meras sugerencias a los poderes públicos planificadores, es susceptible de condicionarles hasta el punto de hacerles cambiar, incluso, sus propios criterios de actuación.

En definitiva, la calificación de la planificación como cauce válido de participación significa tanto como garantizar la representación de los diferentes intereses, públicos o privados, implicados en la gestión y en la actuación administrativa. Ello, con el propósito de construir una Admi-

nistración Pública más próxima a los administrados y a sus necesidades, de tal forma que se asegure la salvaguarda y mejor y más efectiva realización de sus derechos.

III LA PLANIFICACIÓN Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Dentro de la enumeración de las características propias de la potestad planificadora que venimos realizando, no podemos olvidar su instrumentalización al servicio de la ejecución de los principios constitucionales que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 103 de la Constitución, inspiran y sustentan la actuación de la Administración Pública. Nos referimos, concretamente, a los principios de objetividad, eficacia y coordinación.

III. 1 Planificación y objetividad

En el seno de una Administración Pública propia de un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro, el principio de objetividad en el servicio a los intereses generales destaca como uno de los principios constitucionales de actuación administrativa. Ello es así porque en este contexto, la adjetivación del Estado como democrático implica la consolidación de un sistema administrativo que se articule y funcione de acuerdo con directrices objetivas y al margen de cualquier tipo de servidumbre política y de toda implicación ideológica.

De esta forma, entendemos que la consagración constitucional de este principio es especialmente relevante, básicamente por dos motivos: primero, porque refuerza e intensifica el proceso de profesionalización creciente en el que está inmersa nuestra Administración y, segundo, porque se erige como una garantía de los ciudadanos con respecto al servicio de los poderes públicos en su tarea de realizadores y garantes del interés general.

Así pues, en cuanto se refiere a la incidencia de este principio de objetividad en la profesionalización y tecnificación de la organización y del funcionamiento de las Administraciones Públicas, así como a las implicaciones que esto conlleva en términos de imparcialidad y neutralidad en el servicio al interés general, la potestad administrativa de planificación contribuye de manera decisiva a la ejecución de dicho principio. En este sentido, la planificación, a través de sus específicas expresiones instrumentales, favorece la sistematización y la ordenación de la actuación pública mediante la determinación de las pautas y directrices que deben regirla, haciendo abstracción, en la medida de lo posible, de valoraciones políticas de cualquier signo. Sin embargo, la anterior afirmación no debe hacernos olvidar el hecho de que la planificación y, más concretamente, los sujetos titulares de esta potestad forman parte de la estructura administrativa y, por lo tanto, actúan de acuerdo con el superior jerárquico en cada caso responsable del órgano administrativo al que pertenecen, con lo cual, pueden estar, al menos indirectamente, condicionados por la opción ideológica y política del mismo.

No obstante, no cabe duda de que, al margen de lo anterior, la planificación, al igual que las demás potestades administrativas, forma parte del aparato instrumental que el ordenamiento otorga a los poderes públicos y no al ideario político e ideológico de los diferentes gobiernos. Por este motivo, entendemos que se trata de una potestad pública susceptible de ser utilizada en el seno de cualquier sistema político e idónea para la ejecución de este principio constitucional de objetividad.

Así pues, la objetividad, entendida como término sinónimo a los de neutralidad e imparcialidad, implica, desde el punto de vista del Derecho administrativo, la realización efectiva de una gestión de los servicios públicos conforme con el Derecho vigente. De esta forma, la planificación, como potestad administrativa que el ordenamiento jurídico ha atribuido a los poderes públicos con el fin de procurar una mejor adecuación de su actuación a las exigencias del interés general, opera a modo de técnica de intervención e instrumento de actuación pública que es

susceptible de operar al margen de connotaciones políticas de todo signo y que contribuye así a la ejecución del principio de objetividad en el servicio al interés general de todos los administrados.

Además, este principio de objetividad y su realización a través del ejercicio de la potestad planificadora destaca como una garantía para los administrados ya que, de esta manera, se potencia la diligencia de los poderes públicos en su actuación, que debe estar adecuada a las directrices previamente planificadas, de servicio a la tutela y realización del bien común y del interés público.

III.2 Planificación y eficacia

A medida que nuestro modelo de Estado ha ido avanzando hasta su calificación por la Constitución como un Estado social y democrático de Derecho, se ha producido una evolución paralela en los principios jurídicos que lo sustentan y conforman. En este sentido, la eficacia se ha consolidado como uno de los principios constitucionales que definen la esencia y el modo de ser y de actuar de nuestra Administración Pública.

De este modo, partiendo de la definición del Derecho administrativo como aquel sector del ordenamiento jurídico que regula las garantías de los administrados frente al conjunto de privilegios de los poderes públicos, la eficacia se erige como uno de los principios jurídicos básicos de este nuevo modelo de Administración y como una garantía de los ciudadanos.

Ahora bien, a la vista de estas consideraciones nos formulamos a continuación la siguiente hipótesis, ¿cómo se mide o se valora la eficacia de la actividad administrativa?, o lo que es aún más importante, ¿de qué forma, o a través de qué instrumentos, se ejecuta este principio constitucional de eficacia?

Pues bien, en cuanto a la valoración de la eficacia de la actuación administrativa, del mismo modo que respecto a cualquier otra organización privada, habremos de atender al grado de cumplimiento de los ob-

jetivos que la Administración en cuestión tenga encomendados, tanto desde el punto de vista social, económico, político y jurídico.

En lo que respecta a la hipótesis jurídica relativa a la instrumentalización jurídica del principio constitucional de eficacia, más concretamente, en qué medida las expresiones de la planificación administrativa se adecuan a la ejecución de dicho principio se trata de valorar su idoneidad para contribuir a la eficaz realización de los fines y de los objetivos públicos previamente formulados. En este sentido, a través de las expresiones de la potestad de planificación se definen los fines y las directrices que marcan la pauta de la actuación pública en todos los sectores y de esta forma, en la medida en que se respeten y se cumplan sus previsiones, se contribuye a la consolidación y realización del principio de eficacia de la actuación pública.

Además, en el seno de un proceso de tecnificación creciente como en el que estamos inmersos, se ha producido una traslación al ámbito de la Administración Pública, al objeto de fomentar la eficacia de su organización y funcionamiento, de los mecanismos e instrumentos propios de las organizaciones privadas, entre ellos, la potestad planificadora, al objeto de garantizar y contribuir a la eficacia de su funcionamiento y organización. De este modo, a través del ejercicio de la potestad planificadora se contribuye a la consolidación del principio de eficacia, o lo que es lo mismo, a la consolidación de una Administración Pública eficaz en la prestación y gestión de los servicios públicos.

En este sentido, la planificación contribuye decisivamente a la realización del principio constitucional de eficacia ya que mediante el ejercicio de esta potestad los poderes públicos estructuran de forma racional su actuación en todos los sectores del ordenamiento jurídico en los que intervienen. De este modo, se produce una sistematización y ordenación de la actuación pública y, al mismo tiempo, se garantiza la diligencia y la eficacia de los poderes públicos en la gestión, garantía y realización del interés general, que es, en definitiva, lo que interesa y preocupa a los ciudadanos.

La instrumentalización de la planificación para la ejecución del principio constitucional de eficacia es una característica inherente a esta potestad administrativa, a través de cuyo ejercicio se estimula el funcionamiento de la propia Administración Pública en aras a satisfacer unos determinados objetivos, que redundan tanto en la optimización del funcionamiento de los servicios públicos, como en la distribución y utilización de los recursos y, en definitiva, en el buen funcionamiento de la organización administrativa en su misión de servicio al interés general del que participamos todos los ciudadanos.

III.3 Planificación y coordinación

El concepto de coordinación ha sido incorporado a nuestro ordenamiento como uno de los principios constitucionales que rigen la actuación de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias. Así pues, como tal principio jurídico debe procurar que la actuación pública se acomode a sus exigencias. Sin embargo, estudiar la coordinación significa enfrentarnos al análisis de un concepto jurídico indeterminado que impregna con su presencia la absoluta totalidad de la realidad jurídico-administrativa, tanto en la organización como en la actuación de los poderes públicos.

La coordinación implica siempre la idea de un resultado o un final ordenado y coherente de la actividad y del funcionamiento de las Administraciones Públicas. No obstante, al igual que ocurre con la planificación, se trata de un concepto especialmente abstracto y ambiguo que adquiere diferentes matices según la perspectiva desde la que lo estemos analizando. No es lo mismo, por lo tanto, estudiar la coordinación en el ámbito de las relaciones interadministrativas que analizar la coordinación desde la perspectiva de su definición como una cualidad de la actuación pública, o lo que es más como el resultado o el fin de la misma.

Desde el punto de vista de las relaciones interadministrativas, la coordinación se refiere a la interrelación de los diferentes órganos adminis-

trativos que forman parte de la estructura de la Administración Pública. En este ámbito, la coordinación se confunde con otros conceptos paralelos como los de cooperación y colaboración, ya que los tres sugieren la necesidad de articular las relaciones entre los poderes públicos de tal forma que quede garantizado el funcionamiento ordenado y sistemático de la Administración Pública en cuanto a las relaciones entre los órganos que la integran. Sin embargo, no son términos sinónimos porque existe un matiz en su significado y alcance que los convierte en conceptos próximos pero no idénticos.

Las relaciones interadministrativas se han caracterizado a lo largo de la historia por la existencia, por una parte, de un nivel de órganos administrativos superiores que toman las decisiones y por una pluralidad de órganos administrativos gestores, encargados de la ejecución de tales decisiones. En este sentido, la coordinación entra en relación directa con el principio constitucional de jerarquía, ya que, siguiendo a Baena del Alcazar, consiste en «la actividad que desarrolla el jefe de una organización para evitar las habituales fricciones de competencia [o, lo que es lo mismo, la descoordinación] entre los órganos subordinados».

Pues bien, esta relación entre coordinación y jerarquía es una característica presente en todos los ámbitos de las relaciones y de la actuación de los poderes públicos, los cuales se han caracterizado, desde siempre, por la presencia de un nivel de órganos administrativos superiores dotados de autoridad suficiente para responder de la adopción de las decisiones más importantes con el fin de articular una actuación administrativa coordinada. De esta forma, la coordinación se identifica, más que con un principio jurídico, con un título competencial atribuido a los órganos administrativos superiores. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha analizado y reflexionado en reiterada jurisprudencia acerca del significado y del alcance del concepto de coordinación. En este sentido, destacamos la definición del principio de coordinación que el Alto Tribunal ha expuesto en su Sentencia 32/1983, de 28 de abril, en los siguientes términos:

«La coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto del sistema, evitando contradicciones y re-conduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad del sistema» (Fundamento Jurídico 2º).

Por otra parte, la cooperación y la colaboración como principios básicos de las relaciones interadministrativas, se caracterizan, a diferencia de la coordinación, por la voluntariedad con la que los poderes públicos los realizan. No existe ningún título competencial que habilite a un órgano administrativo a imponer la colaboración o la cooperación de otro en el ejercicio de sus competencias. Se trata, más bien, de un modo voluntario de articular las relaciones interadministrativas e intraorgánicas que no tiene otra finalidad sino la de auxiliarse mutuamente en su actuación, de tal forma que su servicio a la realización del interés general se satisfaga de la manera más óptima y eficaz posible.

En el ámbito de la actividad administrativa, la coordinación se ha incorporado a nuestra Constitución como uno de los principios jurídicos que fundamentan la actuación de las Administraciones Públicas. Ahora bien, ¿qué significado y qué alcance jurídico tiene este principio? Y lo que es más importante, ¿a través de qué instrumentos jurídicos se hace efectivo?

Hablar de la ejecución del principio de coordinación significa tanto como garantizar que la actuación de las Administraciones Públicas se articula de tal forma que cumple con el propósito u objetivo básico de evitar las posibles disfunciones. El principio constitucional de coordinación persigue el resultado final o el estado de cosas que se anhela o que se quiere alcanzar a través de la actuación diligente de los poderes públicos; o lo que es lo mismo, mediante el ejercicio responsable y coherente de las potestades que el ordenamiento jurídico les ha atribuido como defensores y garantes últimos de la realización y protección del interés general.

En este sentido, conviene plantearse la valoración de la especial relación que une la potestad planificadora con la ejecución del principio de

coordinación. Entre ambos conceptos se establece una vinculación especial puesto que, aunque en el ordenamiento jurídico existen diversas fórmulas y posibilidades de coordinación el ejercicio de esta potestad destaca de entre todas ellas, hasta el punto de que, en función de la concreta materia que sea objeto de planificación, se puede llegar a afirmar que cuando *se planifica se coordina*. De esta forma, la potestad planificadora se erige como una importante técnica de coordinación tanto de la organización administrativa como de la actuación e intervención de los poderes públicos en los diferentes sectores del ordenamiento jurídico.

Pues bien, teniendo en cuenta esta breve presentación del significado y del alcance del concepto de coordinación en el Derecho administrativo español, pasamos, a continuación, a exponer los términos de su ejecución a través de la potestad administrativa de planificación o, lo que es lo mismo, la relación entre la planificación y la coordinación. En este sentido, diferenciamos dos aspectos de su vinculación: el estrictamente formal o terminológico y el sustantivo o material.

En primer lugar, atendiendo al aspecto formal, la planificación y la coordinación están unidas por su común calificación como conceptos jurídicos indeterminados, como consecuencia de la ambigüedad inherente a los mismos y de la abstracción de su definición jurídica por tratarse de términos afectados por importantes connotaciones o implicaciones políticas e ideológicas que en ellos concurren.

En segundo lugar, desde un punto de vista sustantivo o material, el principio de jerarquía se presenta como el criterio común o el nexo de unión de estos conceptos ya que, de la misma forma que la coordinación expresa la relación de superioridad de unos órganos administrativos sobre otros, también la potestad planificadora ha sido atribuida por el ordenamiento jurídico a los poderes públicos que ostentan una posición de superioridad dentro de la estructura organizativa de las Administraciones Públicas, concretamente a aquellos órganos administrativos que tienen encomendada la función de dirección de la gestión de los intereses pú-

blicos. De esta manera, se potencia una actuación administrativa coordinada y, al mismo tiempo, se garantiza, a través del ejercicio de esta potestad planificadora, la realización efectiva del principio constitucional de coordinación.

Por lo tanto, hay que entender que la potestad administrativa de planificación y el principio de coordinación están indisolublemente unidos en virtud de una *especial relación de instrumentalidad*. Así pues, cualquier expresión o manifestación en la que se concrete el ejercicio de la potestad administrativa de planificación implica, necesaria e inevitablemente, la coordinación de la actuación pública en aras a la realización de unos fines u objetivos previamente definidos. En otras palabras, la descripción de la planificación como una potestad administrativa instrumentalizada al servicio de la coordinación de la actuación de los poderes públicos es una característica esencial de esta potestad y así ha sido, también, formalmente reconocida por la legislación administrativa vigente, y por la jurisprudencia.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La planificación administrativa forma parte del conjunto de potestades o prerrogativas que el ordenamiento jurídico atribuye a las Administraciones Públicas para que organicen su estructura y funcionamiento interno y para que ordenen y dirijan su actuación en orden a la defensa de la realización y protección del interés general.

De este modo, se puede afirmar que la planificación, al igual que todas las potestades administrativas, forma parte de ese *imperium* especial del que está investida la Administración Pública cuando actúa al servicio de la efectiva realización del interés general.

En definitiva, se trata de una de las potestades que el ordenamiento jurídico ha atribuido a los poderes públicos para que ordenen su actuación dentro de su respectivo ámbito material de competencia. En los supuestos en que su ámbito de eficacia se limite a la organización de la estruc-

tura interna de las Administraciones Públicas, participa de la naturaleza de las potestades organizatorias y, en los casos en que su ejercicio produzca efectos o condicione la esfera de derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos, formará parte de las denominadas potestades normativas.

Por otra parte, cualquier manifestación de la planificación, ya sea en el ámbito jurídico-administrativo como fuera del mismo, participa de unos rasgos característicos propios cuales son la previsión, su soporte empírico, su flexibilidad o adaptabilidad de su contenido a las variaciones que acontezcan en el concreto sector al que se refiera en cada caso, y la temporalidad o vigencia limitada en el tiempo de sus instrumentos y manifestaciones.

Sin embargo, la potestad administrativa de planificación destaca por la concurrencia de tres rasgos característicos propios y especiales que la definen específicamente como tal: el normativismo, o la posibilidad de condicionar la esfera de derechos y deberes de los ciudadanos; su validez como cauce de participación y, lo que es más importante, su instrumentalización al servicio de la ejecución de los principios de objetividad, eficacia y coordinación, principios constitucionales básicos y esenciales de la actuación de las Administraciones Públicas enunciados en el apartado primero del artículo 131 de nuestra Norma Fundamental.

“Comunidades de bienes” y “Sociedades civiles” para empresa. La sociedad irregular

JESÚS FERNÁNDEZ DE BILBAO

Abogado y miembro de la Academia Vasca de Derecho

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2011/10/14

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2011/12/30

Resumen: El autor hace un exhaustivo análisis de las figuras jurídicas de la comunidad de bienes y de las sociedades civiles y de su uso, a veces fraudulento, en la práctica jurídica y empresarial. Estudia los problemas que se plantean en la práctica con las comunidades de bienes, su naturaleza jurídica y su diferencia con las sociedades y se ocupa finalmente de la figura de la sociedad “irregular”, tanto civil como mercantil, analizando su nacimiento, naturaleza jurídica y características (condición de socio, aportaciones, órganos, contabilidad, fiscalidad, disolución, separación y exclusión de los socios y liquidación).

Palabras clave: Comunidades de bienes. Sociedades irregulares. Empresa.

Laburpena: Egileak xehe-xehe aztertzen ditu ondasun erkidegoaren eta sozietate zibilaren figura juridikoak eta aldi berean, horien erabilera okerra, sarritan gertatzen dena jarduera juridikoan eta enpresaren munduan. Jardunean ondasun erkidegoek sortzen dituzten arazoak ikertzen ditu, baita horien izaera juridikoa eta sozietateetatik desberdintzen dituzten ezaugarriak ere. Azkenean sozietate irregularra ere aztertzen da, arlo zibil zein merkataritzakoan, horien sorrera, izaera juridiko eta ezaugarriak garatuz (bazkidearen izaera, ekarpenak, organoak, kontabilitatea, fiskalitatea, desegitea, bazkideen banantzea eta kanporatzea eta likidazioa)

Gako-hitzak: Ondasun erkidegoak. Sozietate irregularrak. Enpresa.

Abstract: The author makes a thorough analysis of the legal structures of joint ownership regimes and entities regulated by the civil code (non-profit) and how they are used, sometimes fraudulently, in legal and business practice. He/She studies the problems encountered in practice with common property entities, their legal status and how they differ from companies. Finally, he/she addresses the concept of a “de facto” entity, whether non-profit or commercial, analyzing how they are launched, their legal status and characteristics (definition of a shareholder or partner, contributions, bodies, accounting, taxation, dissolution, separation, exclusion of partners, termination and liquidation).

Key words: Joint ownership regimes. De facto companies. Firm.

I.- INTRODUCCIÓN. II.- DIFERENCIA CON FIGURAS AFINES Y NATURALEZA JURÍDICA. III.- NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES. IV.- CLASES.V.- REGULACIÓN.VI.- NACIMIENTO DE LA SOCIEDAD IRREGULAR. VII.- LA CUALIDAD DE SOCIO.VIII.- APORTACIONES SOCIALES. LA RELACIÓN ENTRE LA SOCIEDAD IRREGULAR Y LOS BIENES DE LA MISMA. IX.- "ÓRGANOS SOCIALES". X.- CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD IRREGULAR. XI.- FISCALIDAD DE LA SOCIEDAD IRREGULAR. XII.- DISOLUCIÓN, SEPARACIÓN Y EXCLUSIÓN DE SOCIOS. XIII.- LIQUIDACIÓN.

I.- INTRODUCCIÓN

La comunidad de bienes y las sociedades civiles son entidades creadas comúnmente en el tráfico jurídico a efectos fiscales y sociales –cifra art. 35.4 Ley General Tributaria –LGT, en adelante– (“*Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición*”), art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores y art. 15 de la Ley General de la Seguridad Social –LGSS, en lo sucesivo–.

De hecho ‘*el palabro*’ ‘*comunidad de bienes para empresa*’ lo hemos podido datar al menos en el art. 57.2 del Decreto 1018/1967, de 6 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que reza que a efectos de este Impuesto tendrán la consideración de Sociedades: “*2º La comunidad de bienes constituida por actos «inter vivos» para la explotación de negocios mercantiles e industriales, cuyos rendimientos estén sujetos a los Impuestos Industrial o de Sociedades*”.

Su mayor trascendencia es, pues, una agrupación que da una apariencia de entidad independiente frente a terceros (Hacienda, Seguridad Social, trabajadores, proveedores y otros acreedores), especialmente porque

puede disponer de un C.I.F., una denominación común para la empresa para facilitar el tráfico jurídico de la misma y cumplimentar bajo tal cobertura de algunos contratos y declaraciones-liquidaciones de la S.S. o del Fisco sin tener, en cambio, personalidad jurídica propia (art. 35 C.c.).

Y es que, precisamente, la empresa como organización de medios materiales y humanos afectos a un fin lucrativo (en este caso) puede revestir muchas formas y, entre ellas, la sociedad legalmente constituida –empresario colectivo–, la persona física –empresario individual– y estas entidades de la que tratamos ahora, a caballo entre las dos anteriores.

Ello da lugar a una serie de problemas personales, reales y formales frente al común de los mortales –o sea, ni Hacienda, ni la Seguridad Social– que pasamos a numerar sucintamente:

Problemas personales: La composición de estas entidades, su sustrato personal, suele permanecer en secreto, sin que sus datos sean accesibles al público pues aunque consten los mismos en Hacienda, el art. 95.1 de la LGT afirma el carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria, con expresa prohibición de que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto, p.ej. apartado h) “*La colaboración con los jueces y tribunales para la ejecución de resoluciones judiciales firmes*”. Es decir sólo vamos a poder acceder a esos datos no públicos una vez metidos en pleitos, salvo el recurso a las Diligencias Preeliminarias conforme al art. 256.1.1 de la LEC, o sea, que todo juicio podrá prepararse por petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación.

A veces la sociedad irregular es absolutamente secreta frente a terceros. Es el problema de organizaciones y patrimonios transversales que, con ánimo defraudatorio, utilizan y abusan de testaferreros, ora personas físicas generalmente insolventes –a quienes remuneran–, ora sociedades

que sólo existen sobre el papel para contratar, destinando ingresos y beneficios a los partícipes ocultos e incumpliendo las obligaciones so capa de dichas entidades interpuestas que ocultan el interno pacto de intervenir en el mercado con ánimo de lucro.

Problemas reales: Otro problema añadido es que (cfr. art. 1665 del C.c.) dichas entidades, como quiera que están en un limbo, a mitad de camino entre el empresario individual y el colectivo, no suelen cumplir con las obligaciones contables del comerciante —cfr. art. 25 y ss. del C.d.c.—, particularmente en su aspecto de depósito de las cuentas en un registro público, contentándose con la llevanza de los registros y datos meramente fiscales (Libro Registro de Facturas Recibidas, Libro Registro de Facturas Emitidas, Declaraciones de Operaciones con Terceros, Retenciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre Sociedades, INTRASTAT, etc.).

Excepcionalmente algún Registro público, como el de vehículos de la Dirección General de Tráfico admite la inscripción a favor de este tipo de entidades. Y las sociedades civiles legalmente constituidas mediante escritura pública generalmente sí tienen acceso al Registro de la Propiedad.

Pero aquí tratamos del común de este tipo de entidades en las que, tras cumplir con las obligaciones censales para con Hacienda y obtener un número de identificación fiscal (C.I.F. o N.I.F.) operan en el mercado sin cumplimentar formalidades adicionales, salvo las fiscales (declaraciones del I.V.A., retenciones fiscales, I.R.P.F. o Impuesto sobre Sociedades de sus miembros, etc.) y las sociales: Contratos laborales, altas, bajas y modificaciones ante la Seguridad Social, etc. Y también trataremos de las sociedades absolutamente ocultas al tráfico.

Viene esta reflexión a cuento de que lo normal en toda comunidad de bienes es que, a efectos de pagar menos cuota del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados se constituya con una aportación ridícula (600,00 €, p.ej.) y después los comuneros pongan en común dineros, bienes y/o su trabajo.

Y el acreedor no sabe qué bienes puede perseguir, con qué crédito cuenta la entidad, mientras ésta puede desgravarse fiscalmente –amortización, deducciones por inversión, etc.– dichos bienes bajo el concepto “afección” o “afectación” de bienes al desarrollo de las actividades económicas de la entidad, que no es la sujeción de dichas bienes a los efectos de pagos de ciertos tributos (cfr. art. 79 de la LGT) sino (cfr. art. 29 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas) la cualidad en cuya virtud cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos (salvo la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros) como bienes inmuebles en que se desarrolla la actividad del contribuyente. Ello supone que los gastos entorno a dichos bienes son fiscalmente desgravables, por lo común, y planteará el problema de cuál es el régimen de propiedad o copropiedad de los citados bienes.

Que el concepto afección fiscal es distinto del de propiedad lo aclara la LGT en su art. 28.3 de la cuando dice que “*La afectación de elementos patrimoniales o la desafectación de activos fijos por el contribuyente no constituirá alteración patrimonial, siempre que los bienes o derechos continúen formando parte de su patrimonio*” y los apartados 2 y 3 del art. 29 “*Cuando se trate de elementos patrimoniales que sirvan sólo parcialmente al objeto de la actividad económica, la afectación se entenderá limitada a aquella parte de los mismos que realmente se utilice en la actividad de que se trate. En ningún caso serán susceptibles de afectación parcial elementos patrimoniales indivisibles*” y “*La consideración de elementos patrimoniales afectos lo será con independencia de que la titularidad de éstos, en caso de matrimonio, resulte común a ambos cónyuges*”.

Problemas Formales: A efectos del acaecimiento de hechos, actos jurídicos y negocios jurídicos de naturaleza fiscal (cfr. art. 35.4 de la LGT), de la Seguridad Social (cfr. art. 15 de la LGSS) y trabajadores (cfr. art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores), se reconoce la capacidad de obrar y legitimación de estas entidades. Sin embargo, en el ámbito civil, sustanti-

vo y procesal (cfr. art. 35 del C.c. y 6.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC-) y en el de la Administración pública (art. 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –LRJAPyPAC- y 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa –LJCA-) hay grandes limitaciones, como veremos.

El objeto del presente estudio será analizar la operativa de dichas entidades desde el punto de vista sustantivo y procesal.

II.- DIFERENCIA CON FIGURAS AFINES Y NATURALEZA JURÍDICA

Es doctrina jurisprudencial reiterada y unánime (STS de 30-04-1983, 21-06-1983, 1-10-1986, 20-02-1988, 6-11-1991, 8-07-1993, 14-04-1998, 21-06-1998, 4-11-2004, 12-12-2004, 20-11-2006, entre otras muchas) que desde el momento en que dos o más personas se obligan a poner en común determinados bienes, con “*animus societatis*” existe una sociedad (cfr. art. 1665 del C.c.).

La necesaria conclusión que obtenemos es que aunque una concreta entidad se denomine “*comunidad de bienes*”, la asociación de dos o más personas para realizar una actividad civil (profesional, explotación de bienes) o mercantil (empresarial) para obtener un lucro es una sociedad, respectivamente civil o mercantil, no una comunidad de bienes. Procedemos a establecer las diferencias entre la comunidad de bienes propiamente dicha y la sociedad irregular:

En cuanto a su nacimiento: Mientras la sociedad civil exige dicha voluntad concurrente (art. 1665 del C.c.), la comunidad de bienes es incidental, existe automáticamente, por ministerio de la ley cuando (cfr. art. 392 del C.c.) “*cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas*”, sea “*inter vivos*”, o “*mortis causa*” (cfr. art. 1051 y ss. del C.c.), con independencia de tal voluntad de unirse.

En cuanto a su fin: Aunque (STS de 24-07-1993, 13-11-1995 y 18-02-2009) sociedad y comunidad de bienes eventualmente sean coincidentes en darse una situación de voluntades en unión, no lo son en cuanto a sus fines y operatividad. Las comunidades de bienes suponen la existencia de una propiedad en común y proindiviso, perteneciente a varias personas (art. 392 del C.c.), de proyección más bien estática, ya que tiende a la conservación y disfrute aprovechado de los bienes pertenecientes a plurales titulares dominicales lo que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural. Este aprovechamiento plural no es sólo el permitido para todo condómino sobre la cosa común por el art. 394 del C.c. Por ello las STS de 28-06-1906 y 16-12-1964 señalan que la explotación no excluye la comunidad, y de no existir ánimo societario, la explotación no es sociedad. Luego veremos este especial consentimiento añadido (cfr. art. 1261.1º del C.c.).

En cambio las sociedades civiles, aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, éste se aporta al tráfico comercial, ya que la voluntad societaria se orienta a este fin principal y directo para obtener ganancias y lucros comunes, partibles y divisibles y, consecuentemente, lo mismo sucede con las pérdidas (STS de 15-10-1940, 24-05-1972, 5-07-1982, 6-03-1992 y 15-12-1992).

La Jurisprudencia cita como pruebas de que estamos en presencia de una sociedad y no una Comunidad de Bienes cuando existe contabilidad propia o cuentas bancarias comunes (STS de 19-11-2008), concretas aportaciones a la formación de la sociedad, compartir el riesgo que conlleva la relación societaria, lo que excluye la percepción de una cantidad determinada, sin aumento ni disminución en función del resultado económico o la rendición de cuentas entre las partes (STS de 29-09-1997) y ha de probarse, carga de quien lo alega, una voluntad conjunta de compartir ganancias y pérdidas (STS de 11-03-2008).

En cuanto al patrimonio: Como dicen las STS, Sala 1ª, de 5-07-1982 y STS, Sala 1ª, de 19-11-2008, aunque el párrafo 2º del art. 1669 del C.c.

que remite la regulación interna de las sociedades civiles irregulares a la de la Comunidad de bienes, ello no supone necesariamente que esté por ello sometida totalmente en su estructura y sobre todo en sus efectos económicos y patrimoniales al régimen ordinario de la copropiedad y, singularmente se distingue porque a) en la comunidad está sujeta a la acción de división; b) además, el hecho de que los socios se obliguen a “poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias” no supone su voluntad de transmitir la propiedad de parte de sus bienes ni, por consiguiente, establecer una copropiedad, sino una aportación de dinero, trabajo y el uso de sus bienes respectivos, en la medida precisa, para un único fin: explotar a medias el bien. Luego veremos qué naturaleza jurídica tiene la aportación. Asimismo, c) dicha afectación de los medios patrimoniales afectos a la consecución del fin social, pierden su destinación una vez que el fin común desaparece o deja de ser perseguido, con lo que falta la causa del especial estado en que el patrimonio común se encuentra mientras dura la sociedad (STS, Sala 1ª, de 21-10-2005) lo que justifica la partición por las reglas de la herencia (“*actio familiae erciscundae*”, art. 1708, 1051 y ss. del C.c. y 782 y ss. de la LEC) y no la división de la cosa común (cfr. art. 400 del C.c. y 249 y 251.3.6º de la LEC) pues mientras dure la liquidación, división y adjudicación, se forma una comunidad regida por sus normas específicas, que recae sobre el patrimonio que reste a la paralización de la actividad social, esto es, sobre la cuota de liquidación, en cuanto expresa el derecho que tiene el socio a participar en el patrimonio que reste.

En cuanto a la responsabilidad por deudas: (art. 1911 del C.c.):

En la comunidad de bienes *strictu sensu* no hay solidaridad, pues: 1. La cohesión del art. 395 del C.c. (“*Todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común*”) con los 387 y 398 del C.c., de modo que cada cuál sólo resulta obligado por aquello que acepta, teniendo en cuenta además que, 2. la STS de 8-4-1965 recuerda que “*La doctrina legal, que faculta a un solo*

condueño para actuar, sin acuerdo o autorización de los demás, en beneficio de la comunidad, es excepcional y como tal ha de ser aplicada en sentido restrictivo”.

3. La Jurisprudencia que establece que los efectos de la sentencia favorable alcanzará a todos los demás comuneros a los que no perjudicará la desfavorable (STS de 10-04-2003, de 18-11-2000 y de 7-12-1999, entre otras). Y 4. Es necesario el litisconsocio pasivo necesario, lo que, al ser preciso demandar a todos los componentes, supone que puede haber una deuda partible (cfr. art. 1138 del C.c.), luego implícitamente rechaza la idea de solidaridad, lo que confirma la Jurisprudencia, así, la solidaridad que, según reiterada jurisprudencia, excluye toda posibilidad de apreciar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario (por todas, STS de 7-02-1994). Por excepción (cfr. art. 1084 del C.c.) los coherederos sí responden personalmente de las deudas de la herencia y, por ende, del causante.

En la Sociedad civil Regular: La Doctrina y la Jurisprudencia (SAP de Baleares, Sec. 5ª, de 10-05-2010, 15-04-2010, 05-04-2010, SAP de Cantabria, sec. 2ª, de 14-05-2008, SAP de Murcia, sec. 5ª, de 5-07-2004, SAP de Barcelona, sec. 13ª, de 30-04-1998, SAP de Huesca de 14-05-2004, 28-06-1995, 14-10-1996 y 31-10-1994, SAP de Asturias Sec. 4ª de 23-11-1998 y SAP de Girona Sec. 2ª de 5-11-1999) han interpretado el art. 1.698 del C.c. en el sentido de entender, que cuando el mencionado precepto excluye que los socios respondan solidariamente de las deudas de la sociedad, permite deducir que lo harán de forma subsidiaria, mancomunada y con todo su patrimonio (por aplicación del art. 1.911 del C.c. que recoge el principio de responsabilidad patrimonial universal). En el mismo sentido el art. 5 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, en el que, en su número 2 se dispone que “*la responsabilidad de los socios es subsidiaria de la de la Agrupación de Interés Económico*”, puede ser un argumento de refuerzo.

En la sociedad irregular la responsabilidad de los socios de es solidaria, no subsidiaria (STS, Sala 1ª, de 19-12-2006), ya desde la STS de 10-04-1970 que afirma que su régimen de responsabilidad frente a terceros hay

que equipararlo al de las sociedades personalistas, y al haber confusión de patrimonios, la responsabilidad frente a terceros de la sociedad y los socios es solidaria. Ello es común en la Jurisprudencia (STS de 26-07-2000) fundada en que “*Aunque el art. 1137 del Código Civil establece en materia de obligaciones como regla general el principio de la mancomunidad, como excepción la solidaridad, sin embargo la doctrina jurisprudencial admite la doctrina de la solidaridad, tácita, aplicable cuando entre los obligados se da una comunidad jurídica de objetivos, manifestándose una interna conexión entre ellos, con lo que se trata de facilitar y estimular la garantía de los perjudicados, descartándose únicamente cuando hay una mera casual identidad de bienes o prestaciones*”.

Tal es el caso de la constitución de un fondo común de actividades y bienes, sustentada en una “*afectio societatis*” con la consiguiente responsabilidad solidaria de todos los integrantes de la sociedad por los contratos celebrados en nombre de ésta, conclusión a la que también se llega desde la perspectiva que la jurisprudencia acepta la existencia de un vínculo de solidaridad tácita si aparece evidenciada la voluntad de los contratantes de obligarse “*in solidum*”, conforme declara el art. 1138 del C.c. y así STS, Sala 1ª de 31-01-2001 en la que se citan a su vez las STS de 2-19-1996, 26-7-1998, 11-10-1989, 29-4 y 19-12-1991... etc).

Para evitar que le afecte tal responsabilidad solidaria del socio de la compañía irregular, la defensa del socio que no conoció la falta de inscripción está en el art. 52 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital, conforme al cual los fundadores y los administradores responderán solidariamente de los daños y perjuicios que causaren por el incumplimiento de la obligación de presentar la escritura a inscripción. Los fundadores de la sociedad tienen la «carga» de lograr la inscripción de la misma, pues saben que de no efectuarse ésta van a responder como sociedad colectiva o civil. Y, aparte, que el socio no es tercero (cfr. art. 1257 del C.c. y 50 y 116 del C.d.c.) siempre puede comprobar el Registro Mercantil que es público (cfr. art. 9 del RRM).

En la Sociedad irregular en el aspecto interno los partícipes quedan obligadas entre sí y en el externo responden frente a terceros (STS, Sala 1ª, de 12-12-2003).

III.- NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES

Creemos más útil dar caracteres que intentar homologar estas instituciones en un tipo concreto, precisamente, porque pretenden huir del tipo regular de compañía, de ahí que se denominen irregulares.

La carencia de personalidad jurídica (cfr. art. 35 y 1669 del C.c. y 116 del C.d.c.) conlleva que no estén legitimadas para contratar como tales sino que siempre deberá actuar el miembro de esa sociedad que, según los pactos internos ostente la representación frente a terceros, en beneficio de esa sociedad irregular o bien cualesquiera de ellos, en defecto de tales pactos, como veremos (art. 1695 y ss. del C.c. y 129 del C.d.c.).

Concluiremos a lo largo de esta exposición que en el ámbito civil, sustantivo y procesal (cfr. art. 35 del C.c. y 6.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC–) y en el de la Administración pública (art. 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común–. Sin embargo, a efectos del acaecimiento de hechos, actos jurídicos y negocios jurídicos de naturaleza fiscal (cfr. art. 35.4 de la LGT), de la Seguridad Social (cfr. art. 15 de la LGSS) y trabajadores (cfr. art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores), se reconoce la capacidad de obrar y legitimación de estas entidades siempre que estén dadas de alta en los Registros Fiscales correspondientes, fundamentalmente en el Libro Matrícula del Impuesto sobre Actividades Económicas y en el Censo de Hacienda.

La carencia de capacidad procesal activa, como actor: (cfr. art. 6 de la LEC) conlleva que no estén legitimadas activamente para demandar, como si fuera una personalidad independiente, sino que siempre deberá actuar el miembro de esa sociedad que, según los pactos internos ostեն-

te la representación frente a terceros, en beneficio de esa sociedad irregular o cualesquiera de ellos, en defecto de tales pactos, como veremos (art. 1695 y ss. del C.c.), dado que no son personas jurídicas (apartado 1.3º del art. 6 de la LEC y art. 35 del C.c.); ni tampoco “*masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular (bienes de las personas declaradas ausentes y herencia yacente) o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración (incapacitados)*” (apartado 1.4º), pues ni carecen de titular, ni éste se ha visto privado de las facultades de disposición y administración (ejemplo típico de este supuesto son las herencias yacentes); ni “*entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte*” (apartado 1.5º). En suma, ninguna norma legal, ora substantiva, ora procesal, reconoce a las sociedades irregulares la capacidad de ser parte.

En ello se asimilan a las comunidades de bienes propiamente dichas en las que cualquiera de los comuneros puede demandar, ejercitando una de las facultades que integran el derecho en comunidad, por sí solo, si lo hace en beneficio de la comunidad (incluso aunque no lo diga de manera expresa, pues debe entenderse que acciona en beneficio de la comunidad) y no consta la oposición de comuneros representativos del cincuenta por ciento o más de los intereses. Sin embargo, no es aplicable al a sociedad irregular, dada la responsabilidad solidaria de sus miembros, la restricción de efectos del juicio que la Jurisprudencia le concede respecto de los comuneros, esto es que la consecuencia los efectos de la sentencia favorable alcanzarán a todos los demás comuneros a los que no perjudicará la desfavorable (STS de 10-04-2003, de 18-11-2000 y de 7-12-1999, entre otras).

Tienen capacidad procesal pasiva, como demandado: El art. 6.2 de la LEC dispone que “*Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determina-*

do”. Obsérvese que se refiere exclusivamente a su capacidad para ser demandadas, no como demandantes. Conclusión que es corroborada por lo establecido en el art. 7º, cuando en su numeral 7, cuando regula que “*Por las entidades sin personalidad a que se refiere el... apartado 2 del art. anterior comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros*”, pero debiendo recordarse que dicho apartado segundo se refiere a ‘demandados’.

Por el contrario, la comunidad de bienes propiamente dicha carece de personalidad jurídica y de capacidad procesal, razón por la que hay litisconsorcio pasivo necesario, o sea, deben ser demandados todos sus integrantes cuando ha de reclamárseles algo (STS de 17-11-1977 y 28-07-1999, entre otras), porque (cfr. art. 1259 del C.c.) ningún condómino tiene per se legitimación pasiva suficiente para representar a los demás y actuar en su nombre en el proceso.

La derivación de responsabilidades frente a socios: Y la solidaridad llega a los extremos siguientes:

Procesalmente: El art. 544 de la LEC relativo a ejecuciones de sentencias permite, caso de hallarnos con entidades sin personalidad jurídica, que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados (como es el presente caso), que “*podrá despacharse ejecución frente a los socios, miembros o gestores que hayan actuado en el tráfico jurídico en nombre de la entidad, siempre que se acredite cumplidamente, a juicio del tribunal, la condición de socio, miembro o gestor y la actuación ante terceros en nombre de la entidad*”.

Ello supone que en el caso de actuación por un socio como representante podemos despachar ejecución directamente contra el patrimonio del mismo, haya actuado como tal en el caso litigioso o en otro. Caso contrario, deberemos recurrir al juicio declarativo correspondiente, el cuál puede ser enormemente facilitado vía las diligencias preliminares del art. 256.1 de la LEC, apartados 1. “*petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conoci-*

miento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación”; 2. “solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio” (documentos en general) y 4. “Por petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder”. Igualmente, como veremos (cfr. art. 129 del C.d.c. y 1699.1 del C.c.) cuando no se haya pactado el modo de administrar todos los socios serán considerados administradores. Sólo deberemos probar alguna actuación administrativa concreta.

Tributariamente: El art. 42.1.b) de la LGT dice que, sin perjuicio de la responsabilidad por ser causantes o colaborar activamente en la realización de una infracción tributaria, los partícipes o cotitulares de las entidades a que se refiere el apartado 4 del art. 35 de dicha LGT son solidariamente responsables de la misma, en proporción a sus respectivas participaciones respecto a las obligaciones tributarias materiales de dichas entidades. Ha de decirse que la LGT confunde responsabilidad directa con solidaridad, pues en dicha norma solidaridad se contrapone a subsidiariedad. Como se ve, la responsabilidad que declara es lo que civilmente conocemos como mancomunada.

Seguridad Social: El art. 15.3 de la LGSS establece como responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social a las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso y, además, los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de aquéllos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de Ley que se refiera o no excluya expresamente a las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las Leyes. Esta norma tan general habrá de rellenarse con las conclusiones del presente estudio u otra opinión mejor fundada en Derecho.

Posibilidad de Concurso de la Sociedad Irregular vs. imposibilidad del Concurso de la Comunidad de Bienes:

La Sociedad mercantil irregular conforme al art. 322.3 del Reglamento del Registro Mercantil –RMM–, modificado por el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales tiene el siguiente régimen frente al Concurso: “*Si no estuviera inscrita en el Registro Mercantil la sociedad mercantil que hubiera sido declarada en concurso de acreedores, se procederá a su inscripción. En el caso de que faltara la escritura de constitución, la inscripción se practicará en virtud de un mandamiento judicial, que deberá contener, al menos, la denominación y el domicilio de la sociedad y la identidad de los socios de los que el juez tenga constancia*”.

Ello brinda la interesante posibilidad, por lo menos para las sociedades mercantiles irregulares (art. 48 de la Ley Concursal), de la reclamación por la Administración Concursal del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento, el ejercicio de la acción contra el socio o los socios responsables de las deudas de ésta anteriores a la declaración de concurso y el embargo de bienes y derechos de los referidos socios en la cuantía que estime bastante, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.

Y sin perjuicio de las derivaciones de responsabilidades y calificación del concurso como culpable que pueda hacerse en dicho proceso.

Por el contrario, no pueden ser declaradas en Concurso de Acreedores ni la Sociedad civil irregular ni la Comunidad de Bienes, si bien, como contrapeso, los art. 3.5 y 25.2 de la Ley Concursal respectivamente permiten al acreedor instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos (art. 25.1). Y, específicamente también podrán acumularse, a solicitud de la Administración Concursal de cualquiera de ellos, los concursos de quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad

jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta (art. 25.2).

IV.- CLASES

Hay dos tipos de sociedad irregular, en principio, la civil y la mercantil. Cabe preguntarse si hay sociedad cooperativa irregular. Claro que la hay. Sin embargo, su régimen frente a terceros será o bien en de la civil o bien el de la mercantil, como veremos.

Desde el momento que el art. 9 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (estatal) prevé la Sociedad en formación implícitamente admite que tal formación no lleve a consumarse por falta de otorgamiento de escritura pública o de inscripción en el correspondiente registro. Sin embargo la Ley estatal, aparte de que la ausencia de inscripción determina la falta de personalidad jurídica de dicha Sociedad cooperativa irregular (cfr. art. 7) y ser causa de disolución (art. 70) nada más dice y hace responsables solidarias a ciertas personas de los actos y contratos previos a la inscripción, caso de no producirse ésta, a quienes los hubiesen celebrado. Las normativas autonómicas siguen dicha tónica sólo variando quiénes son estos responsables, así los administradores (art. 11.5 de la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana), quienes los hubieran celebrado (art. 12 de la Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra, art. 10 de la Ley 4/2002, de 11 de abril de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León, art. 11 de la Ley del Principado de Asturias 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas, art. 13 de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, art. 12.3 de la Ley 1/2003 de 20 de marzo, de cooperativas de las Islas Baleares, art. 12 de la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas, de la Región de Murcia, art. 10 de la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura), los socios promotores (art. 8.3 de la

Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón), promotores o gestores (art. 11 de la Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja y art. 11 de la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, art. 10 de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid).

Sí hay tratamiento legal expreso en la catalana Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas, cuyo art. 9.1 la prevé como “1. *Transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado la inscripción de la sociedad en el Registro de Cooperativas, o bien antes de dicho plazo, si se ha verificado la voluntad de no inscribirla...*”. Con iguales o diferentes plazos se prevé la misma definición en el art. 17 de la Ley de Murcia, art. 16 de la Ley de Castilla-La Mancha, y el efecto, es que a) *todo socio o socia puede instar la disolución de la sociedad en constitución y exigir, con la liquidación previa del patrimonio social, la restitución de las aportaciones que haya efectuado*” y b) se establece la responsabilidad de diferentes personas, sean todos los socios (Cataluña), las personas fundadoras y administradoras (Castilla-La Mancha).

Igualmente, la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi la define de modo idéntico en su art. 10.1 si bien eleva el plazo de carencia de inscripción al año y sus efectos, son, igualmente a) la disolución y restitución de aportaciones a solicitud de cualquier socio y b) “2. *En tales circunstancias, si la cooperativa ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil*” y c) la posterior inscripción de la cooperativa no supondrá que ésta quedará obligada por aquellos actos y contratos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción d) ni que en ambos supuestos cesará la responsabilidad solidaria de los promotores, gestores o mandatarios.

Entendemos que, por analogía con el T.R. de la Ley de Sociedades de Capital, como la Ley de Cooperativas de Euskadi y por la Jurisprudencia que veremos que sólo distingue sociedades irregulares o civiles o mercantiles, no hay efecto distinto, salvo los arriba señalados que permita estable-

cer un “*tertium genus*” de sociedad cooperativa irregular, por lo que ésta será o bien mercantil, o bien civil, atendiendo a su objeto, como veremos.

A la hora de determinar si nos encontramos ante una sociedad civil o mercantil, la doctrina y la jurisprudencia (STS de 19-12-2007) han puesto de relieve que no vale el criterio de la finalidad lucrativa, ya que se da tanto en una sociedad civil como en la mercantil (arts. 116 del C.d.c. y 1665 del C.c.), ni tampoco de la personalidad jurídica, que se le reconoce ambas cuando cumplen los requisitos legales (art.119 C.d.c. y 1669 del C.c. y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado –RDGRN- de 14-02-2001).

Siempre ha sido dificultoso la diferenciación entre sociedad civil y mercantil. Cuatro han sido los criterios utilizados por la doctrina para determinar la diferencia: 1º.- criterio basado en la condición o profesión de los socios, que es el denominado criterio profesional; 2º.-, denominado intencional, basado en la intención de los socios; 3º.- criterio formal, que atiende a la forma de constituirse la sociedad; y por último 4º.- un criterio objetivo, basado en la naturaleza de las obligaciones y actividades que realice la sociedad. Los dos primeros criterios tradicionalmente se han rechazado, siendo los más aceptados, los dos últimos. El Código de Comercio parece adoptar el criterio formal de acuerdo con la redacción su art. 116, mientras que el Código Civil parece inclinarse por un criterio objetivo a tenor de lo establecido en sus art. 36 y 1670 CC. En definitiva, se entiende que son mercantiles las que se dedican a realizar actos de comercio y las civiles las que no tienen un fin comercial.

Actualmente, dado que el Código Civil, es ley posterior al Código de Comercio el criterio generalmente adoptado es el del objeto, salvo el supuesto de sociedades anónimas y limitadas en las que la ley declara su carácter mercantil cualquiera que sea su objeto (art. 2 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital).

En conclusión, la clasificación como civil o mercantil de esa sociedad viene dada imperativamente por la naturaleza de las operaciones o acti-

vidades que desarrollan (cfr. art. 1670 del C.c., 39 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital y Jurisprudencia, (STS de 20-02-1988, 6-10-1990, 4-12-1992 y 19-12-2006) y así, indica la RDGRN de 28-06-1985 que “*es insuficiente la voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil, pues las normas mercantiles aplicables son, muchas de ellas, de carácter imperativo por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico*”. Por eso, la STS de 21-06-1998 prescinde de la denominación de sociedad civil que se consigna en el pacto constitutivo, ya que ha de atenderse, en base al art. 116 del C.d.c. y 1670 del C.c., al objeto social para establecer la siempre dificultosa frontera entre sociedades civiles y mercantiles.

Más aún, aunque en principio se identifica la Sociedad Mercantil con una “*actividad externa con ánimo de lucro, lo que supone la integración en una estructura empresarial organizada y proyectada al comercio, completada por capacidades productoras y de mercantilización en su cometido social*” (STS de 20-02-1988, 3-04-1991, 9-03-1992, 30-05-1992, 4-12-1992, 25-11-1996, 20-05-2002 y 11-10-2002), la Jurisprudencia parece seguir el criterio del art. 2 del C.d.c. en el sentido de que el objeto social debe ser constitutivo de acto de comercio.

Así, como hemos avanzado, toda sociedad primeramente ha de calificarse como civil, o mercantil, atendiendo a su objeto y luego veremos si es irregular o no pues las compañías cooperativas y mercantiles tienen unos requisitos muy precisos que determinan sus regularidad (escritura constitutiva e inscripción), mientras que el límite de la regularidad o irregularidad de las sociedades civiles es más difuso.

Por tanto, conforme al objeto, distinguimos como sociedades con objeto civil, civiles (No obstante, insistimos, la sociedad regular con forma mercantil es mercantil cualquiera que sea su objeto art. 2 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital):

Actividad agropecuaria: Así la STS de 30-05-1992, la STS de 20-12-1980 en el caso de un contrato para la explotación, con el fin de lucro de una granja pecuaria para la cría y venta de ganado vacuno o de cual-

quier otra especie. La STS de 29-7-1995 en el caso de una explotación agrícola tras la disolución de la primitiva comunidad hereditaria. La STS de 5-12-2007 y de igual manera en la llamada jurisprudencia menor, como la SAP de Soria, de 18-10-1999 que califica como sociedad civil irregular la formada “*con la finalidad de explotar conjuntamente tierras y ganado e iniciar una explotación agropecuaria con 392 hectáreas en cultivo y 100 cerdas reproductoras*”. Corroborar esa conclusión la naturaleza civil que se ha otorgado a las Sociedades Agrarias de Transformación o la mención de la Ley 19/1995 de 4 de julio, sobre modernización de las explotaciones agrarias, a la sociedad civil como una de las formas jurídicas que pueden adoptar las que denomina “*explotaciones asociativas prioritarias*” (art.6). Consideraciones trasladables a la explotación ganadera.

A veces se hace difícil determinar dónde termina el sector agrícola y dónde comienza el sector mercantil. PAZ-ARES da el siguiente criterio: Cuando la actividad de transformación del producto o de comercialización predomina sobre la actividad de extracción del producto natural, puede decirse que abandonamos el ámbito agrícola y entramos de lleno en el mercantil.

La actividad artesanal: Otro supuesto típico de exclusión del ámbito comercial e industrial, pues la idea de empresa –que implica primacía del factor capital sobre el factor trabajo– no tiene cabida en el ámbito artesanal (cfr. art. 326.3 del C.d.c.).

Las sociedades de profesionales. Aunque la RDGRN de 2-06-1986 rechazó la constitución de sociedades de profesiones colegiadas, que requieren de una titulación específica, pues “*siempre que se requiera la exigencia de una titulación profesional o requisitos similares, es claro que no cabe admitirlas, ya que la persona jurídica “per se” y como ente abstracto no puede realizar directamente esta clase de prestaciones*”, posteriormente se cambió dicha postura. Actualmente tras la publicación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales no hay tal restricción, sino incluso puede hablarse de imposición de dicha figura.

Las sociedades artísticas: Se suelen considerar de objeto civil y así la STS de 17-02-1993 -grupo “*Duncan Dhu*“-; STS de 8-03-1993 -grupo “*Radio Futura*“-; STS de 20-07-1994, -grupo “*Orquesta Maravella*” o STS de 6-10-1994.

Las sociedades de fin instructivo o educativo: Suelen también incluirse en el ámbito civil (STS, Sala 1ª de 17-09-1984, STS de 19-11-2008), por entender que tales actividades no son mercantiles.

PAZ-ARES (Comentarios al art. 1.670 Código civil, en Comentarios del Ministerio de Justicia), reconociendo la dificultad de establecer un principio general, se arriesga, insinuando, que la línea divisoria debe trazarse, siguiendo el linde que separa las empresas organizadas (en las que predomina el factor capital, que buscan un lucro capitalista), y las empresas simplificadas (en las que predomina el factor trabajo, y la búsqueda de un lucro meramente profesional, y que operan sobre la base del llamado cálculo natural).

A la inversa, a efectos prácticos, de seguido damos una miscelánea de actividades consideradas mercantiles: 1.- La explotación de un negocio de cervecería es mercantil (SAP de La Coruña de 5-05-2008), 2.- un negocio de farmacia (STS de 21-12-2005), 3.- distribución de gas butano (STS de 21-03-1998), 4.- distribución de mercaderías (STS de 8-07-1993), 5.- fábrica de hielo, almacén de frutas y verduras y empresa de transporte (STS de 29-09-1992), 6.- pescadería y freiduría (STS de 15-10-1974), 7.- taller mecánico (STS de 28-04-1998), 7.- gasolinera (STS de 4-12-1992), 8.- un supermercado (STS de 30-05-1992), 9.- hostelería, STS de 21-03-1998. 10.- compraventa de vehículos (SAP de Jaén de 21-10-2002) (Hasta aquí ¿reventa de mercaderías?), 11.- cría de aves y explotación de granjas avícolas y actividades conexas (SAP de Pontevedra de 24-07-2007), 12.- comercialización de inmuebles (SAP de Pontevedra de 1-06-2005), 13.- explotación de amarres o varadero de barcos (STS de 21-06-1998). 14.- La STS Sala 1ª de 24-07-1993, que cita la STS de 4-12-1973, califica de sociedad civil irregular o de hecho, la puesta en

común para la explotación de negocio de construcción, mientras la STS de 8-06-1993 la considera mercantil.

V.- REGULACIÓN:

Sociedad Mercantil Irregular: La validez y obligatoriedad del contrato de compañía mercantil entre los que lo celebren, cualquiera que sea su forma, aparece sancionado por el art. 117 del C.d.c. Si, además, en esa sociedad mercantil faltan los requisitos de la escritura pública fundacional y la inscripción en el Registro Mercantil, tiene el carácter de sociedad mercantil irregular, conforme se vienen interpretando los art. 116, 117 y 119 del C.d.c y art. 39 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital. La interpretación auténtica en este sentido, ya lo hemos visto, lo establece el art. 322.3 del Reglamento del Registro Mercantil, modificado por el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales

Las STS, Sala 1ª, de 27-11-1998 y 8-06-1995 hablan de sociedad sin personalidad jurídica cuando no hay ni siquiera otorgamiento de escritura pública constitutiva: Si se da ésta pero no la inscripción en el Registro Mercantil, entonces sí hay personalidad jurídica y efectos -"ad extra"- y no se puede hablar en estos casos de una situación de semipersonalidad jurídica, sino más bien de personalidad controlada o condicionada conforme a la normativa de la sociedad en formación.

Por analogía estas mismas conclusiones son extendibles a la sociedad cooperativa en formación.

Regulación: La sociedad irregular con actividad mercantil ha de regirse 1º.- por las normas de la sociedad colectiva respecto de terceros (cfr. art. 39.1 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital), norma de carácter expansivo también a efectos internos pues dice la STS de 25-04-1991: "*aunque no conste que la sociedad se constituyó en forma mercantil, es evidente, por su*

funcionamiento y participación de los socios en la gestión y en los beneficios y responsabilidades, que se trate de una sociedad que tenga por objeto realizar actos de comercio, el contrato de constitución y la sociedad, esté sujeta a las prescripciones mercantiles”.2º.- por sus pactos entre los socios (art. 117 del C.d.c. y STS de 21-04-1987, 20-02-1988, 16-03-1989 y 19-12-2006) y, 3º.- en su defecto (STS de 20-02-1988, 8-07-1993 y 21-03-1998) las normas del Código de Comercio y, finalmente, las establecidas en el Código Civil.

El efecto fundamental frente a terceros de la Sociedad Mercantil Irregular es (art. 127 del C.d.c.) que todos los socios, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía. Como quiera que es secreta no es de aplicación el art. 128 del C.d.c. conforme al cuál los socios no autorizados debidamente para usar de la firma social no obligarán con sus actos y contratos a la compañía, aunque lo ejecuten a nombre de ésta y bajo su firma y sí el art. 129 del C.d.c. “*Si la administración de las compañías colectivas no se hubiere limitado por un acto especial a alguno de los socios, todos tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes, y los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad*” (STS de 21-6-1983, 20-2-1988, 3-4-1991, 9-3-1992, 8-7-1993, 25-11-1996 y 21-6-1998).

En la liquidación, conforme a la STS de 21-03-1998 procede aplicar el art. 227 y, en general, lo establecido en el contrato, después las normas del Código de Comercio y, finalmente, las establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes y partición de la herencia,

Sociedad Civil Irregular: Como hemos visto, la sociedad mercantil irregular es de fácil identificación, ora porque otorgándose la correspondiente escritura pública no se ha inscrito, ora porque siendo mercantil por su objeto tampoco se ha otorgado escritura pública. Por el contrario, el límite entre la sociedad civil regular e irregular es más vidrioso, a tenor de los art. 1667 y 1669 del C.d.c. El primero afirma “*La sociedad*

civil se podrá constituir en cualquiera forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública”. Recordemos igualmente el art. 1280 del C.c. respecto de los actos y contratos a consignarse en documento público y en documento privado.

Dispone el art. 1669 del C.c. que “*No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros...*”.

Originariamente doctrina y jurisprudencia fueron reacios a reconocer personalidad jurídica a la Sociedad Civil, salvo aquellas que revistieren forma mercantil (cfr. art. 1670 del C.c. y RDGRN de 11-12-1997) o mediante la inscripción en el Registro Mercantil, posibilidad general que permitió la modificación del Reglamento del Registro Mercantil por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, el cuál, a la postre fue anulado en este aspecto por la STS, Sala 3^a, de 22-05-2000.

No obstante, tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de Registros y de Notarías han invertido dicho pensamiento (STS de 10-04-1970, 12-07-1996 y 14-07-2006 y la RDGRN de 14-02-2001). Tras la publicación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales entiendo que el límite puede ser fijado de la siguiente manera:

Las sociedades profesionales por su objeto (art. 1.2) “*es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional*” aunque pueden revestir cualesquiera formas válidas en Derecho deben ser constituidas mediante escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil (con el que adquieren personalidad jurídica) y en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Correspondiente (que no da personalidad jurídica) conforme a sus art. 7 y 8.

Las sociedades civiles a las que se aporten bienes inmuebles o derechos reales deben ser constituidas mediante escritura pública (cfr. art. 1667 del

C.c.) y un inventario de los mismos firmados por las partes unido a la escritura (art. 1668 del C.c., STS Sala 1ª de 11-03-2008 y las que cita, STS de 31-05-1994, 6-10-1994, 17-07-1996 y 21-03-1998).

El resto de las sociedades civiles no tienen su constitución sujeta a exigencia alguna de forma, y así lo establecen las STS de 12-07-1996 y 14-07-2006. Sin embargo, la sociedad que carece de personalidad no es aquella que mantiene ocultos algunos pactos entre los socios, sino aquella que no se revela al exterior como sociedad, es decir, aquélla en que lo que se mantiene oculto es el hecho mismo de constituir sociedad, contratando los socios en su propio nombre, sin cumplir ningún requisito de forma (STS, Sala 1ª, de 12-12-2003). Ello permite admitir una peligrosa “*personalidad intermitente*”, de modo que la Sociedad Civil producirá efectos frente a terceros con que ella contraten, cuando sea conocida por los mismos.

Luego hablaremos, brevemente, del impacto de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, la cuál permite entender cambiado, en algunos casos, la anterior premisa, de modo que donde decíamos “*carece de personalidad no aquella que mantiene ocultos algunos pactos entre los socios, sino aquella que no se revela al exterior como sociedad*”, deberemos añadir “*pero si mantiene oculto sus socios desaparece todo débito y responsabilidad para con la misma*”.

No obstante, entiendo que, tras la publicación de la LEC de 2000 es exigible como mínimo que la sociedad civil se de de alta en el Registro Censal de Hacienda y Liquide el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, so pena de poder alegar su inexistencia como tal sociedad.

La doctrina es reacia a que una norma adjetiva, como es la tributaria, condicione una norma sustantiva, cuál es el Código civil y la atribución de personalidad jurídica (cfr. art. 35 del C.c.). Así la STS de 27-03-2000 (con cita de las STS de 08-03-1995 y 17-10-1987) enerva la aplicación de normas fiscales o administrativas “*ad intra*” de la relación entre partes pues “*y es que en definitiva, la resolución recurrida toma en cuenta los principios*

rectores de la contratación privada, corolarios de la autonomía de la voluntad, no afectados por las normas puramente administrativas, cuyo cumplimiento, al igual que ocurre con las de carácter fiscal, no deben primar o interferir en los efectos jurídicos del contrato privado querido por las partes y menos aún propiciar que una de ellas trate, con su apoyo, de beneficiarse en perjuicio de la otra, que es lo pretendido ahora, aunque de modo equivocado, por la ahora recurrente, tan infractoras de aquellas normas administrativas como los demás intervinientes en las relaciones jurídico privadas”. No obstante, dicha Jurisprudencia sobre el efecto entre las partes en nada atañe a los efectos frente a terceros, que es lo que ahora analizamos.

No obstante, la “jugada” puede venir vía art. 408.2 de la LEC, relativo al tratamiento procesal de la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda, que admite que “Si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al Secretario judicial contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción, y así lo dispondrá el Secretario judicial mediante decreto”.

Y el primer fundamento de la pretensión es, desde luego, la capacidad procesal y la legitimación. Recordemos que conforme al art. 19 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados están sujetos al mismo la constitución de sociedades, a las que expresamente equipara el siguiente art. 22 “1. Las personas jurídicas no societarias que persigan fines lucrativos. 2. Los contratos de cuentas en participación. 3. La copropiedad de buques. 4. La comunidad de bienes, constituida por actos inter vivos, que realice actividades empresariales, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y 5. La misma comunidad constituida u originada por actos mortis causa, cuando continúe en régimen de indivisión la explotación del negocio del causante por un plazo superior a tres años. La liquidación se practicará, desde

luego, sin perjuicio del derecho a la devolución que proceda si la comunidad se disuelve antes de transcurrir el referido plazo”.

Y si no se ha liquidado tal impuesto (para lo cuál es necesario previamente presentar la declaración censal tributaria que luego veremos) resulta de aplicación su art. 54.1 que afirma que “*Ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá ni surtirá efecto en Oficina o Registro Público (incluidos Juzgados y Tribunales, por lo tanto) sin que se justifique el pago de la deuda tributaria a favor de la Administración Tributaria competente para exigirlo, conste declarada la exención por la misma, o, cuando menos, la presentación en ella del referido documento. De las incidencias que se produzcan se dará cuenta inmediata a la Administración interesada. Los Juzgados y Tribunales remitirán a la Administración tributaria competente para la liquidación del impuesto copia autorizada de los documentos que admitan en los que no conste la nota de haber sido presentados a liquidación en dicha Administración*”. Nótese que el Juzgados y Tribunales podrán admitir dichos documentos pero no permitirán que “*surtan efecto*”, salvo la constitución formal de la sociedad mercantil irregular mediante Auto del Juez del Concurso conforme al art. 322.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

Y continúa el art. 408 de la LEC en su apartado 3 “*La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este art. y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada*”.

Recordemos igualmente que en virtud del art. 29 y de la Disposición Adicional Quinta de la Ley General Tributaria, se extiende el Registro Censal a datos tan interesantes para la protección de terceros –el primero Hacienda– como a) El nombre y apellidos o razón social del declarante. b) El número de identificación fiscal. c) El domicilio fiscal, y su domicilio social. d) La relación de establecimientos y locales. e) La clasificación de las actividades económicas que vaya a desarrollar y k) En el caso en que se trate de entidades en constitución, la declaración de alta contendrá, al menos, los datos identificativos y domicilio completo de las

personas o entidades que promuevan su constitución. Y esta declaración censal es requisito previo imprescindible para liquidar el Impuesto de Operaciones Societarias, lo cuál ha de ponerse en relación con el art. 1669 del C.c., la adquisición de la personalidad jurídica de la sociedad civil y el principio de nadie puede beneficiarse de sus incumplimientos. Y dicha declaración podría ser suficiente para reconocerle personalidad jurídica a las sociedades civiles irregulares conforme a la tradicional y ya citada Jurisprudencia relativa a que el carácter secreto del art. 1669 del C.c. es a la propia existencia no a la composición de las mismas.

Regulación: La Jurisprudencia (STS de 30-04-1984) establece la siguiente prelación: 1º.- el contrato, pero sólo entre las partes, no frente a terceros. 2º.- el título VIII del Libro Cuarto del Código Civil (cfr. art. 39.1 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital) y 3º.- el de la Comunidad de Bienes, pero la normativa de ésta a) sólo entre los socios (no terceros) y, entre aquéllos, b) sólo respecto de los aspectos relativos a titularidad de los bienes o infraestructura patrimonial, pero no en el organizativo (STS, Sala 1ª, de 21-10-2005, 26-04-1988 y 24 -07-1993) y c) las normas de la comunidad de bienes relativos a la división no son aplicables, sino los de la división de la herencia (hoy de patrimonios, “*actio familiae erciscundae*”, art. 1708, 1051 y ss. del C.c. y 782 y ss. de la LEC) y no la división de la cosa común (cfr. art. 400 del C.c. y 249 y 251.3.6º de la LEC).

A mayor abundamiento, la aplicación de las normas de la comunidad de bienes a las relaciones jurídicas de titularidad, o sustrato material de la sociedad, (art. 392 y ss. del C.c.) es limitada pues aunque se atribuya a cada socio/comunero un derecho real autónomo sobre una cuota del derecho común, éste no pueda disponer libremente de su cuota, ni pedir la división, ya que el contrato de sociedad le obliga a permanecer en sociedad, mientras que no concurra alguna causa que permita disolver el vínculo, en tanto que las relaciones obligatorias se rigen por las normas del contrato de sociedad (arts 1665 y ss. del C.c.) que son las que regulan la gestión y disposición de la cosa común, así como la división y

extinción de la comunidad, de ahí que las normas societarias se apliquen mientras subsiste la sociedad, y una vez terminada dicha sociedad, sobrevenga la situación de comunidad y la disciplina de ésta recupera íntegramente su vigor (STS 24-05-1972, 9-10-1975, 5-06-1982; 26-04-1988; 6-03-1992; 24-07-1993, entre otras muchas).

Por fin, la STS de 15-07-2005 recuerda que se ha de respetar dentro del margen que a la autonomía privada señala el art. 1255 del C.c. integrando la voluntad de los contratantes, de acuerdo con lo que se dice en el art. 1258 del C.c., pues, art. 1669 del C.c., la sociedad es un contrato. De este modo, no se ha de estar únicamente a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según la naturaleza de la relación creada, sean conformes con la buena fe, los usos y la ley. Y ello, obviamente, es aplicable a ambos tipos de sociedad irregular

VI.- NACIMIENTO DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

La STS de 25-10-1999 señalaba los requisitos necesarios para la existencia de un contrato de Sociedad conforme al art. 1.665 del C.c., unos elementos objetivos y subjetivos, a saber: aportaciones de actividades o bienes, que pasan a formar un patrimonio común, un fin común, y una “*affectio societatis*” o “*animus contrahendi societatis*”. Para que tengamos una sociedad irregular sólo hará falta privarle de los requisitos de la regularidad, tal y como luego veremos.

Elementos personales.

La capacidad para constituir una sociedad irregular es la misma que para la regular, pues la nulidad o anulabilidad de sus pactos entre los socios se rigen por las reglas generales sobre capacidad -jurídica y de obrar- y legitimación. No obstante, (art. 1677 del C.c.) no pueden contraer sociedad universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja (tutores, cfr. art. 221 del C.c.).

La “*affectio societatis*”: Este requisito subjetivo -intención de constituir la sociedad-, de esencial concurrencia y que se puede revelar por los elementos objetivos, supone un “*plus*” añadido al simple consentimiento contractual (STS de 30-04-1986 y 21-02-1987), y consiste en la voluntad de unión paralela y dirigida a un mismo fin negocial (STS de 8-03-1995), o voluntad de unión de una pluralidad de sujetos para correr en común ciertos riesgos (STS de 23-05-1989), “*affectio animus contrahendis societatis*”.

Elementos reales:

Un fin común: La entrega al fondo común, implica que lo aportado se hace común a todos los socios, con ánimo de lucro, o sea, el designio de partir la ganancia que se obtenga, ganancia que se habría obtenido por el empleo del fondo creado entre los respectivos socios. La STS de 29-04-2005 dispone que en el Código Civil (art. 1665, 1666 y 1681) se condiciona la existencia del contrato de sociedad a la de un fin común (STS de 17-03-1964 y 30-06-1972), que ha de ser promovido por los socios mediante una comunidad de contribución, la cual se logra con el cumplimiento de la obligación de aportar industria o bienes (STS de 23-05-1962, 24-10-1975, 17-02-1978, 10-02-1984, 19-11-1984), éstos últimos por cualquier título apto (“*quoad dominium, quoad usum*” ..., STS de 17-02-1978). Es decir se hace imprescindible constituir un...

Un patrimonio común: La STS de 14-07-2006 dispone que no es necesario que el fondo común o social se constituya con numerario o bienes determinados, pudiendo constituirse con aportaciones de trabajo. Igualmente la STS de 15-07-2005.

Elementos Formales. La falta de las formalidades legales: Conforme al art. 1669 del C.c. es precisa la constitución de un fondo común de actividades y bienes, sustentada en una “*afectio societatis*” y con una finalidad lucrativa y no haberse plasmado con las formalidades que exige la Ley (STS de 3-1-1992, 30-6-1995, 12-7-1996 y 5-2-1998), con todas las que en ellas se citan).

La sociedad irregular puede nacer sin necesidad de pacto expreso sobre los respectivos derechos y obligaciones de los socios, y sin que sean precisos pactos expresos acerca del ánimo de asociarse, de la aportación de bienes y de la intención de partir las pérdidas y ganancias, según resulta de la STS de 7-10-1965 *“pues si bien es cierto que el contrato obliga a los contratantes como resaltó la Sentencias de 24 de abril de 1953, de forma que los defectos de constitución y de actuación no pueden ser invocados por los socios para impedir el cumplimiento de las obligaciones contraídas, ni por ende de aquellos defectos puede aprovecharse ninguno de los socios, pues dio lugar a ellos; consecuencia todo ello de la buena fe y de la obligatoriedad de los contratos (art. 1256 y 1258 del Código Civil), es evidente por contra que pudiendo, en definitiva, nacer la sociedad irregular sin ni siquiera necesidad de pacto expreso sobre los respectivos derechos y obligaciones de los socios, y sin que sean precisos pactos expresos acerca del ánimo de asociarse, de la aportación de bienes y de la intención de partir las pérdidas y ganancias, según resulta de la citada Sentencia de 7 de octubre de 1965, es evidente que la existencia de una sociedad oculta de carácter irregular se pondrá de manifiesto por los propios actos que como mutación de una realidad exterior pongan de manifiesto los propios integrantes de la misma como consecuencia de los hechos anteriores y coetáneos desarrollen que manifiesten la virtualidad de su existencia aun cuando ésta se hubiere pretendido ocultar frente a terceros, verdadero y concreto fin pretendido con la sociedad no declarada y por ello oculta e irregular...”* (SAP de Guipúzcoa, sec. 2ª, de 4-5-2001 que cita la STS de 07-10-1965).

Dicho en castizo: *“que los árboles no impidan ver el bosque”*.

Y se ha enfatizado que el carácter irregular de la sociedad, los defectos de constitución y de actuación, no pueden ser invocados por los socios para impedir el cumplimiento de las obligaciones contraídas (STS de 24-04-1953, 17-09-1984, 13-03-1989 y 21-06-1990), consecuencia todo ello de la buena fe y de la obligatoriedad de los contratos (art. 1.256 y 1.258 del C.c.). Y a la inversa, (STS, Sala 1ª, de 30-10-1990) *“sin que a la hora de la exigencia de las responsabilidades contraídas quepa interponer un supuesto ente social cuya existencia y pactos no fueron públicamente conocidos, con*

la consiguiente falta de personalidad jurídica independiente –art. 1.669 del Código Civil–, ni se hizo saber a la sociedad demandante”.

VII.- LA CUALIDAD DE SOCIO

Tanto en la Sociedad civil como en la mercantil (cfr. art. 143 del C.d.c. y 1696 del C.c.), la cualidad de socio es personalísima (STS de 16-06-1995), de modo que *“Ningún socio podrá transmitir a otra persona el interés que tenga en la compañía, ni sustituirla en su lugar para que desempeñe los oficios que a él le tocaren en la administración social, sin que preceda el consentimiento de los socios”* y *“Cada socio puede por sí solo asociarse un tercero en su parte; pero el asociado no ingresará en la sociedad sin el consentimiento unánime de los socios, aunque aquél sea administrador”.*

Por ello los art. 1700.3 del C.c. y 222 del C.d.c. prevén como causas de extinción de la sociedad la muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios, y el embargo de la parte de uno de ellos en la sociedad.

Entendemos interesante desde el punto de vista externo, o de los terceros que *“se topan”* o *“contratan”* con la sociedad irregular los puntos de conexión para identificar a un socio y poder proceder contra su patrimonio.

En este sentido la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo es encomiable en su intención, particularmente el deber (art. 4) a cargo de sus *“sujetos obligados”* de *“identificación del titular real”* de las personas físicas o jurídicas que contraten con aquéllos. Este deber llega hasta el extremo (último párrafo del art. 4) de que *“Los sujetos obligados no establecerán o mantendrán relaciones de negocio con personas jurídicas cuya estructura de propiedad o de control no haya podido determinarse. Si se trata de sociedades cuyas acciones estén representadas mediante títulos al portador, se aplicará la prohibición anterior salvo que el sujeto obligado determine por otros medios la estructura de propiedad o de*

control. Esta prohibición no será aplicable a la conversión de los títulos al portador en títulos nominativos o en anotaciones en cuenta” y su consecuencia es la posibilidad de desistir los contratos, sin responsabilidad, por dicha causa (art. 7.3) “Los sujetos obligados no establecerán relaciones de negocio ni ejecutarán operaciones cuando no puedan aplicar las medidas de diligencia debida previstas en esta Ley. Cuando se aprecie la imposibilidad en el curso de la relación de negocios, los sujetos obligados pondrán fin a la misma, procediendo a realizar el examen especial a que se refiere el art. 17. La negativa a establecer relaciones de negocio o a ejecutar operaciones o la terminación de la relación de negocios por imposibilidad de aplicar las medidas de diligencia debida previstas en esta Ley no conllevará, salvo que medie enriquecimiento injusto, ningún tipo de responsabilidad para los sujetos obligados”.

Desde el punto de vista de los particulares, dicho precepto puede dar lugar a desconocer en la práctica la vinculación de cualquier contrato con una sociedad irregular bajo el supuesto más omnicompreensivo, el art. 2.w: “Las personas que comercien profesionalmente con bienes” (Sic. La antinomia conforme al C.d.c. entre profesional y comerciante es clásica).

Volviendo con la identificación de los socios de la compañía irregular, ha de traerse a colación la técnica –que no doctrina– del “levantamiento del velo”, por cuanto que permite por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 del C.c.) penetrar en el substrato personal de las entidades o sociedades con el fin de evitar que al amparo de ficciones o formas legales, se puedan perjudicar intereses de terceros o bien ser utilizada en fraude de ley (art. 6.4 del C.c.). Se trata, por tanto, de ver quiénes han puesto su “bienes, trabajo o industria” detrás de una o varias personas físicas o jurídicas, a modo de sociedad secreta, generalmente con el fin: “desviar las responsabilidades de las personas físicas implicadas e interesadas en echar sobre el mismo las consecuencias patrimoniales derivadas del incumplimiento de las obligaciones contraídas, para luego hacerlo desaparecer, cuando tales obligaciones permanecían insatisfechas...” (STS de 16-03-1992 y 24-04-1992, citadas por la de 21-07-1995).

Efectivamente, desde hace tiempo aplica la técnica o procedimiento de origen anglosajón y conocido por "levantamiento del velo de la personalidad jurídica" de la que hace tiempo se hizo eco en España el profesor Sr. De Castro, y en la actualidad de forma especial el profesor de don Ricardo de Ángel Yagüez.

Debemos indicar que la técnica del levantamiento del velo doctrina es aplicable, entre otros supuestos, cuando las personas jurídicas se hallan muy relacionadas entre sí. Entre otras así se declara en las STS de 16-07-1987, 4-03-1988 y 5-10-1988, 12-11-1991 y de 13-12-1996, en situaciones en las que se aprecia la "conurrencia de interés común y unidad de fines en las sociedades...", su actuación coaligada en la gestión", cuando beneficia a todas las entidades del grupo la actividad desarrollada por el actor; y que "quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes, y menos cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente, a través de testaferros o de una sociedad"; o, si se patentiza "por la vía de hecho esa ubicuidad, ambigüedad y suplantación recíproca de las dos entidades... independientes que denotan... una identidad de intereses fruto de un entramado subjetivo e interno común a ambos".

Podemos concluir que los indicios de existencia de dicha sociedad irregular o de facto han de ser deducidas de sus actos "por sus obras les conoceréis" a través de testaferros o pantallas que permiten levantar el velo creadas por éstas suelen ser, según la jurisprudencia:

Idéntica o similar denominación.

Idéntico o similar objeto social.

La corta vida de duración, lo que permite inducir que nos hallamos ante lo que se podría calificar de una pantalla de corta vida, y constituida con la finalidad exclusiva de eludir el principio de la responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911 del C.c.

Identidad de la ubicación de la industria en las mismas naves o en otras subyacentes formando una unidad.

Identidad de provecho o intereses (“*Quid prodest*”, simbiosis). De ahí que la jurisprudencia del Tribunal Supremo exija para su apreciación la identidad de intereses entre la sociedad y la persona o personas físicas:

La actuación conjunta, es decir, una unidad de actuación y provecho común que evidencian la confusión entre las mismas, a lo que es igual, la convicción de que la apariencia oficial de dos personalidades jurídicas, no es cierta, sino que es una personalidad actuante en realidad.

El flujo y reflujo de prestaciones de servicios entre el testafarro, el dominus y el tercero.

Identidad del sustrato capitalista o personal de fondo: Pertenencia a una sola persona o familia, como lo confirman su propia denominación, el nexo de confianza propio de los vínculos amistosos o cuando las personas jurídicas se hallan muy relacionadas entre sí.

Identidad personas con facultades de decisión.

Ambigüedad o carácter indistinto de determinados elementos relativos a la dotación de medios materiales y humanos.

Carencia de actividad mercantil y cuando al “*levantar el velo*” de su apariencia real se descubre su inconsistencia como personas jurídicas, meros instrumentos o testafarros de otra personalidad.

Personal: Los mismos empleados.

Operaciones financieras: a) Suscripción de avales. b) La falta de toda infraestructura en la entidad. c) El domicilio social es el mismo o el domicilio particular de su administrador. d) Capital social insuficiente o prácticamente inexistente. e) Simple trasvase de cuentas, créditos y operaciones.

Sucesión de compañías y personas tapadera.

VIII.- APORTACIONES SOCIALES. LA RELACIÓN ENTRE LA SOCIEDAD IRREGULAR Y LOS BIENES DE LA MISMA

Las aportaciones de los socios al fondo común de la sociedad que se constituye pueden consistir en “*bienes, industria o alguna de estas cosas*” es el elemento esencial y fundacional del contrato de sociedad (cfr. art. 1665 y 1701 del C.c.), de ahí que, como hemos visto y admite la Doctrina, cabe la posibilidad legal de una sociedad irregular en que no exista fondo social, sino tan sólo comunidad de trabajo (STS, Sala 1ª, de 21-12-2005).

Desde el punto de vista de las sociedades regulares, se ha discutido en la Doctrina y Jurisprudencia si la aportación a dichas personas jurídicas supone 1.- una verdadera transmisión, 2.- una “*comunicación*” o 3.- un “*acto de destinación*”. La diferencia en la práctica es algo baladí frente a terceros, pues ya hemos visto que se puede despachar ejecución contra estos entes y contra sus socios, miembros o gestores cuando conste su actuación ante terceros en nombre de la entidad.

1.- La aportación como verdadera transmisión de los bienes en cuestión (cfr. art. 609 del C.c.) y así la regulación legal de la aportación social podría ser cubierta supletoriamente por el régimen de la compraventa (STS de 12-06-1883, 23-02-1884, 11-11-1970, 13-12-1982 y 2-04-1990) y efectivamente los art. 1681 a 1683 del C.c. tienen gran semejanza con la compraventa (título y modo, art. 1681 vs. 609 y 1461 del C.c.), entrega de dinero (art. 1108, 1101 y 1682 del C.c. y 171 del C.d.c.), resolución por incumplimiento (art. 170 del C.d.c.). El problema de la sociedad irregular es que, no teniendo personalidad jurídica (art. 35 del C.c.) no puede ser titular de derechos y obligaciones (art. 38 del C.c.), luego esta teoría no nos vale para las compañías aquí estudiadas.

2.- La aportación como acto de comunicación (ROCA SASTRE): De modo que mediante la aportación, los socios se limitan a poner en común el objeto de su esfuerzo, de tal suerte que cuando se trata de la aportación de bienes en propiedad, no puede estimarse que los bienes

aportados salgan absolutamente del patrimonio personal del socio aportante, sino que éste conserva la titularidad sobre ellos, aunque modificada: donde antes había propiedad exclusiva, ahora hay cotitularidad. La aportación sería un acto modificativo de los derechos aportados. Así la SAP de Vizcaya, sec. 4ª, de 2-6-2009 y la STS de 24-7-1993: Las normas relativas a las comunidades (cfr. art. 1669 II del C.c.) han de entenderse limitadas al sustrato material o fondo común formado por los socios. Igualmente el derecho en mancomunidad se observa respecto de la titularidad de créditos, pues el art. 1685 del C.c. (“*El socio que ha recibido por entero su parte en un crédito social sin que hayan cobrado la suya los demás socios, queda obligado, si el deudor cae después en insolvencia, a traer a la masa social lo que recibió, aunque hubiera dado el recibo por sola su parte*”) recuerda claramente a su anterior art. 1143 (“*La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1.146. El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación*”).

3.- La aportación como acto de destinación (LÓPEZ JACOISTE): Así, mediante la aportación de bienes éstos quedan afectados o destinados a un patrimonio separado o, al menos, distinto de los patrimonios personales de los socios, configurar la aportación como acto de destinación. Se entiende por acto o negocio de destinación aquel que comporta “*por una parte, una disminución del patrimonio del otorgante, consumada mediante una atribución traslativa o al menos por una limitación o gravamen impuesto sobre los elementos patrimoniales propios: y, de otra, la correlativa constitución, a base de esos bienes transmitidos o regulados especial mente, de un patrimonio separado más o menos afecto a un fin, al que también se vincula de alguna manera el sujeto constituyente*”. Esta teoría de la destinación está pensada especialmente para otro tipo de sociedades o patrimonio común, la sociedad de gananciales, especialmente desde la perspectiva hipotecaria y concluye que la propiedad de los bienes sigue siendo particular de aportante si bien con limitaciones en las fa-

cultades del dominio del mismo (administración, disposición, uso y disfrute, etc.). De refilón, “*destinación al fin social*”, la STS, Sala 1ª, de 21-10-2005 parece apuntarse a esta teoría.

Sin embargo, la teoría de la aportación, originaria o sobrevenida, o sea tanto en la constitución, como en la aportación posterior, como negocio traslativo no es apropiada para la sociedad irregular pues se funda en el paso de propiedad de las cosas a favor de la sociedad, por lo tanto, que ésta tiene personalidad jurídica y la sociedad irregular no la tiene, como hemos visto.

Entendemos que la aportación a sociedad irregular es un acto de destinación pues ésta engloba al caso de la comunicación, dado que no sólo hay casos de condominio, sino también cabe que se aporte sólo el uso o los frutos (cfr. art. 1675, 1678 y 1701 del C.c.).

Sin embargo es diferente el tratamiento de los bienes adquiridos a resultas de la actividad de la sociedad irregular, según sea la misma mercantil o civil.

La Sociedad civil irregular: Generalmente en la sociedad irregular (cfr. art. 1676 del C.c.) cuando no pueda determinarse su especie, sólo constituye la sociedad universal de ganancias, esto es (art. 1675 del C.c.) comprende todo lo que adquieran los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad pero no los bienes muebles o inmuebles que cada socio posee al tiempo de la celebración del contrato, continúan siendo de dominio particular, pasando sólo a la sociedad el usufructo.

La sociedad particular tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso, o sus frutos, o una empresa señalada, o el ejercicio de una profesión o arte (art. 1678 del C.c.).

La sociedad universal puede ser de todos los bienes presentes, o de todas las ganancias (art. 1672 del C.c.) y mientras “*La sociedad de todos los bienes presentes es aquella por la cual las partes ponen en común todos los que actualmente les pertenecen, con ánimo de partírselos entre sí, como igualmente todas*”

las ganancias que adquieran con ellos”, (art. 1674) “*En la sociedad universal de todos los bienes presentes, pasan a ser propiedad común de los socios los bienes que pertenecían a cada uno, así como todas las ganancias que adquieran con ellos. Puede también pactarse en ella la comunicación recíproca de cualesquiera otras ganancias; pero no pueden comprenderse los bienes que los socios adquieran posteriormente por herencia, legado o donación, aunque si sus frutos*” (art. 1673), lo que implica que todos los bienes presentes son propiedad de los socios en régimen de copropiedad ordinaria, a los que se aplican las normas atinentes a la comunidad de bienes de los art. 392 y siguientes del C.c. (SAP de Vizcaya, sec. 4ª, de 2-6-2009).

La Sociedad mercantil irregular: La STS de 20-5-2002 considera que en la sociedad mercantil irregular, a falta de pactos de las partes, los bienes adquiridos con fondos sociales en beneficio del socio que los dedica a tal fin no es la de la atribución a la sociedad de dicho bien, sino de imposición de obligaciones de restitución de los fondos e indemnizatorias que en el art. 135 C.d.c. contiene. Luego al contrario que en la sociedad irregular civil, sea de todos los bienes presentes o de todas las ganancias, no hay comunicación, cotitularidad sobre estos bienes ganados (cfr. art. 1672 y ss. del C.c.).

Por otra parte, no está de más reseñar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido la posible compatibilidad entre una titularidad plural en el orden civil y una titularidad singular administrativa en relación, por ejemplo, con administraciones de loterías y estancos (STS, Sala 1ª, de 22-05-2009, 20-7-2005, 31-12-97, 22-7-1997, 26-4-1995), farmacias (SAP de Madrid, Sec. 14ª, de 25-05-2007 y STS, Sala 1ª, de 08-03-1995), negocio de taxi (SAP de Alicante, Sec. 7ª, de 4-05-2005). Su fundamento es, como dice la STS de 14-05-2003 con cita de la STS de 17-10-1987, que son normas puramente administrativas sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacia.

IX.- “ÓRGANOS SOCIALES”

Ha de diferenciarse netamente entre el efecto interno y externo de la Sociedad irregular, de modo que la situación ad intra de la misma en nada debe perjudicar a terceros de buena fe ignorantes de ella. Por el contrario, la actuación de los socios “*erga omnes*” vinculará a todos aquéllos de diferentes maneras. Aunque no es apropiado realmente hablar de “*órganos*” de las sociedades que pasan de tipos regulares de ser y actuar, para facilitar el estudio, partiendo de instituciones sí reconocidas en las sociedades regulares, trataremos de los mismos a efectos didácticos.

En este punto, ha de distinguirse entre la Sociedad Mercantil irregular y la Sociedad Civil irregular, puesto que la primera se regula específicamente por las normas del Código de comercio relativas a la Sociedad Colectiva (art. 125 y ss. del C.d.c.) respecto de terceros y, entre los socios, por sus pactos y, en defecto de los mismos, por dichas normas de la Sociedad Colectiva y supletoriamente de las mismas (cfr. art. 50 y 116 del C.d.c. y art. 4 del C.c., las de la Sociedad civil).

Igualmente hemos de tener en cuenta que estas sociedades en principio pueden ser amorfas, y desde luego sus órganos no se publicitan frente a terceros, de modo que no cabe distinguir entre el órgano deliberativo de efectos meramente internos y el órgano ejecutivo de efectos externos. Es más, en los supuestos de máxima carencia documental de la entidad, o mayor ocultación serán uno o varios socios el órgano de representación (externo) y de administración (interno). No obstante, a meros efectos didácticos mantendremos esa, en este caso, artificial distinción.

Representación de la compañía irregular. “Órgano representativo”:

Modos de organizar la administración y nombramiento. Dada la irregularidad, es posible que se siga alguno de los típicos esquemas de las sociedades de capital (un administrador único, a varios administradores que actúen solidaria o conjuntamente, o a un Consejo de Administración) o un sistema libre.

Tal como enseña la Sala 1ª del Tribunal Supremo, la gestión de la sociedad, el principio que rige o domina esta materia, derivado de la concepción romana de la “*mano común*”, es la de que la gestión y administración de la sociedad, salvo pacto en contrario, corresponde por igual a todos los socios –art. 129 del C.d.c. y 1695.1 del C.c.– y, dentro de los pactos, cabe la designación de un gestor con nombramiento especial. En este último caso se prohíbe el derecho al veto del resto según disponen los art. 131 del C.d.c. y 1692 del C.c.

El art. 130 del C.d.c. confirma que hay sistema legal subsidiario de administración solidaria con derecho a vetar hacia delante nuevas actuaciones (“*Contra la voluntad de uno de los socios administradores que expresamente la manifieste, no deberá contraerse ninguna obligación nueva; pero si, no obstante, llegare a contraerse, no se anulará por esta razón y surtirá sus efectos, sin perjuicio de que el socio o socios que la contrajeran respondan a la masa social del quebranto que ocasionaren*”), idéntico al art. 1695.1 del C.c. No obstante, dicha limitación únicamente producirá efectos y responsabilidades internas entre socios y/o representante (cfr. art. 1101 del C.c.), no siendo pues dichas limitaciones oponibles frente a terceros de buena fe.

Es más, la Jurisprudencia insiste (STS de 22-11-1972 y 10-11-2004) que la remisión del art.1.669 del C.c. a las normas de la comunidad no impide la aplicación a la enajenación de la cosa común del régimen estipulado en el propio del contrato de sociedad –por antonomasia prescindir de la unanimidad para actos de disposición sobre bienes– y mucho menos en perjuicio de terceros. No ha de servir de base para que los socios, vinculados a tenor del art. 1.257 del C.c. eludan entre ellos el cumplimiento de las obligaciones que concertaron.

Ello contrasta notablemente con el sistema asambleario de la Comunidad de bienes ordinaria (cfr. art. 397 y 398 del C.c.) y de la Propiedad Horizontal (cfr. art. 13 y 14 de su Ley) donde se decide por mayoría y en esta última el representante orgánico, el Presidente, es prácticamente un mero ejecutor (STS de 20-10-2004: “...*el Presidente de la*

Comunidad, si bien representa a la Comunidad (art. 12 LPH), ello ha de tener por base la ejecución de acuerdos de la Junta sobre asuntos de interés general para aquélla (art. 13.5º). La representación de la Comunidad en juicio y fuera de él del Presidente no tiene un contenido «en blanco», de tal forma que esa representación sirva para legitimarle en cualquiera de sus actuaciones. Es la Junta de Propietarios la que acuerda lo conveniente a sus intereses y el Presidente ejecuta; su voluntad no sufre, corrige o anula la de la Junta”).

Y también contrasta con la comunidad de bienes propiamente dicha pues su régimen legal es el del párrafo tercero del art. 398 del C.c. (“*Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes. No habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad. Si no resultare mayoría, o el acuerdo de ésta fuere gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un Administrador*”), si bien, como establece la STS de 16-03-1932 que no procede la aplicación de tal precepto cuando existe un cargo de administrador nombrado por los comuneros.

Capacidad y Legitimación procesal: Ya hemos visto la carencia de capacidad procesal activa de las sociedades irregulares, como actor, lo que conlleva que no estén legitimadas activamente para demandar, aunque sí que tienen capacidad procesal pasiva, como demandado.

Conforme a la Jurisprudencia, será preciso que accione uno o varios de los socios (STS de 16-7-1927, 14-3-1953, 13-3-1973, 4-4-1974, 13-2-1987, 20-12-1989, 22-5-1993, 14-3-, 16-4-1996, 8-7-1997), siendo preciso que 1º.- El fundamento en el derecho material ejercitado, suponga el ejercicio de la acción en provecho común. 2º.- Se pretenda un resultado provechoso para la comunidad. 3º.- Ausencia de interés exclusivo (STS de 8-4-1992) de forma que si actúa en interés suyo y no de la comunidad, carece de legitimación activa (STS de 13-2-1981) aparte de los posibles efectos de la cosa juzgada sobre los demás comuneros (litis-

consorcio activo). Aquella doctrina jurisprudencial, sirve incluso en el ejercicio de la acción de desahucio (acto de administración mayoría del art. 398 del C.c. y STS 5-3-1982), pero si se pretende la resolución del arrendamiento de la que no deriva (o no se infiere) beneficio de la comunidad, faltará aquella legitimación, constando la oposición expresa o tácita, pero clara e indubitada, de los otros (STS de 19-2-1964 , 5-3-1982, 14-5-1985, 20-12-1989).

Sin embargo, las consecuencias o efectos de la sentencia favorable alcanzarán a todos los demás comuneros a los que no perjudicará la desfavorable (STS de 10-04-2003, de 18-11-2000 y de 7-12-1999, entre otras). Esta solución jurisprudencial para la comunidad de bienes ordinaria entendemos no es aplicable en la sociedad irregular, dado tanto el tenor del art. 544 de la LEC y la posibilidad de despachar ejecución contra socios, administradores y gestores, hayan intervenido o no en la operación litigiosa, como la general solidaridad de todos los socios.

Representación extrajudicial de la sociedad irregular. Se plantea el problema que, a falta de personalidad jurídica, el representante de la entidad no puede hacer uso propiamente de la “*contemplatio domini*”, o invocación de la persona en cuyo nombre e interés actúa y representa (cfr. art. 1717 y 1725 del C.c. y 246 y 247 del C.d.c.). Podemos encontrarlos en varios supuestos:

Sociedad absolutamente secreta pues no hay documento de apoderamiento o actúa por cuenta de la misma quien no figura al efecto en el pacto social. Al contrario de lo dispuesto en el art. 128 del C.d.c. los socios –o terceros– no autorizados debidamente para usar de la firma social sí obligarán con sus actos y contratos a la compañía, sin perjuicio de su responsabilidad para con sus consocios. En el mismo sentido los art. 1695.1º del C.c. y 129 del C.d.c.

Actuación del representante que figure en los pactos sociales, ora figuren éstos en documentos privados, ora sea sociedad devenida irregular (art. 39 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital) por existir escritura públi-

ca pero no estar inscrita. Los socios quedan obligados y, por actos propios, no se puede dejar de reconocer la responsabilidad de los mismos por lo hecho por su representantes, se haya excedido o no en sus facultades.

Por el contrario, si el tercero conoce el pacto social ¿puede exigir responsabilidades a todos los socios por el falso representante que se ha excedido?

La aplicación conjunta de los art. 1257 y 1259 del C.c., amén de la doctrina de los actos propios, parece desprenderse que el tercero conoce quién en su parte en el contrato y queda vinculado por el mismo, siendo contrario a la mala fe la extensión a terceros (art. 1258 del C.c. y 57 del C.d.c.) de sus efectos y responsabilidad al cumplimiento (art. 1091 del C.c.), máxime cuando la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento (art. 6.1 del C.c.), dicho sea a propósito de los art. 131 del C.d.c. y 1692 del C.c., de modo que habiendo socios especialmente encargados de la administración, los demás no podrán contrariar ni entorpecer las gestiones de aquéllos ni impedir sus efectos..

No obstante, recordemos los supuestos en que (STS, Sala 1ª, de 18-12-2006) la Jurisprudencia admite la representación sin poder al efecto, a saber: 1º.- cuando el mandante puede ratificar de manera expresa los actos en que el mandatario se ha excedido (art. 1259 del C.c.); 2º.- de manera tácita mediante actos inequívocos o cuando acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización (no sólo con palabras se puede ratificar, sino también con un acto); 3º.- en atención a lo previsto en el art. 1717 del C.c., aquel en que, aun actuando el mandatario en su propio nombre, se trate de cosas propias del mandante, pues surge entonces una *contemplatio domini* tácita y se genera un poder nacido de las circunstancias del hecho o del objeto) y 4º.- la vinculación nacida de la apariencia de mandato surge cuando la jurisprudencia equipara a la ratificación el supuesto en que el representado crea una apariencia de mandato o apoderamiento o permite con su actitud que terceras personas se obliguen creyendo en su existencia, y entonces el mandante queda obligado por el principio de buena fe.

Ámbito interno de la representación extrajudicial de la sociedad irregular. Sin perjuicio de la responsabilidad solidaria ad extra de todos los socios por los actos de uno sólo, internamente deben o no repercutirse mancomunada o solidariamente las consecuencias de dichos actos (cfr. art. 1688 y 1695.1 del C.c. y 130 y 144 del C.d.c.), según hayan actuado de buena o mala fe o pueda inducirse de acto alguno la aprobación o la ratificación expresa o virtual del citado acto.

Duración del cargo. De los art. 132 del C.d.c. y art. 1692 del C.c., ha de distinguirse el poder otorgado en el contrato social del conferido después del contrato, sin que en éste se hubiera acordado conferirlo, pues éste puede revocarse por los socios en cualquier momento, preceptos que nos anticipan la idea de que algún tipo de órgano deliberativo debe existir.

Por el contrario, cuando el nombramiento figura en el contrato social mercantil el cargo dura tanto como la sociedad, salvo rescisión del contrato por incumplimiento de sus deberes (art. 129 del C.d.c.) o bien que los consocios de la mercantil irregular nombren un coadministrador, o, lo que es lo mismo, se pase a administración mancomunada, conclusión deducida tanto de la expresión "*un coadministrador que intervenga en todas las operaciones*" como de la supletoria aplicación del art. 1694 del C.c.

La Sociedad civil (1692 del C.c.) permite la revocación del cargo por causa legítima, la cuál (STS de 24-12-1997) "*se apreciará cuando concurre un incumplimiento grave, y no meramente ocasional, de los deberes del administrador, o la patente incapacidad para desempeñar el cargo de manera ordenada, y, al respecto, cabe la afirmación de que se producirá siempre y cuando a los socios no se les pueda razonablemente exigir que toleren o soporten conductas de aquél en detrimento de la sociedad*". Igualmente permite el nombramiento judicial de otro administrador, sin duda porque la Sociedad Colectiva, ordenamiento supletorio de la mercantil irregular es personalista, *intuitae personae*, tanto en la composición de la masa social como en sus representantes, por antonomasia los socios industriales, como se ve, igualmente, en la regulación de la Sociedad por Comandita (art. 146 y ss. del C.d.c.).

Ejercicio del cargo. Con la responsabilidad propia del representante leal y ordenado empresario, pues el art. 1104 del C.c. dice que la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, que son de una sociedad mercantil y, por lo tanto (art. 225 y 226 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital), amén que el Libro I del C.d.c. equipara a todos los efectos los empresarios individuales de los societarios.

Todavía más específico es el art. 255 del C.d.c. dedicado a la comisión mercantil (aplicable subsidiariamente al administrador mercantil vía art. 116 del C.d.d. y art. 2 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital) ordena que “*En lo no previsto y prescrito expresamente por el comitente, deberá el comisionista consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio. Mas si estuviese autorizado para obrar a su arbitrio, o no fuere posible la consulta, hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio...*”.

La sociedad civil, con la del buen padre de familia (cfr. art. 1104 del C.c.).

Notificaciones a la sociedad. El art. 235 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital establece que cuando la administración no se hubiera organizado en forma colegiada, las comunicaciones a la sociedad podrán dirigirse a cualquiera de los administradores, salvo en caso de consejo de administración, que se dirigirán a su Presidente. Habida cuenta la responsabilidad solidaria de todos los socios de la mercantil irregular y la falta de personalidad jurídica de ésta la aplicación de la norma relativa a las obligaciones solidarias (art. 1143, 1146, 1973 y 1974 del C.c.) permite entender que notificado un socio, quedan notificados todos los miembros de la sociedad irregular.

Además, el art. 51.2 la LEC establece que los entes sin personalidad podrán ser demandados en el domicilio de sus gestores o en cualquier lugar en que desarrollen su actividad, lo cuál es coherente con el fuero general de empresarios y profesionales del anterior art. 50.3 de la LEC que dispone que el fuero general de las personas físicas empresarios y

profesionales, en los litigios derivados de su actividad empresarial o profesional, también podrá ser el del lugar donde se desarrolle dicha actividad y, si tuvieren establecimientos a su cargo en diferentes lugares, en cualquiera de ellos a elección del actor y, asimismo ambos preceptos coinciden con el art. 40 del C.c. según el cuál para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Prohibición de competencia. Tanto del art. 136 del C.d.c. como del art. 1683 resulta que el socio industrial o colectivo debe a la sociedad las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de industria que sirve de objeto a la misma, so pena de perder los beneficios a favor de la sociedad e incluso de ser excluido.

Igualmente, el art. 291 del C.P. dispone que “*Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido*”, aclarando su siguiente art. 297 del C.P. que a los efectos de este Capítulo se entienden por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado.

Entendemos comprendidas en ellas las relacionadas las sociedades pues conforme a la STS de 25-04-1991 “*aunque no conste que la sociedad se constituyó en forma mercantil, es evidente, por su funcionamiento y participación de los socios en la gestión y en los beneficios y responsabilidades, que se trate de una sociedad que tenga por objeto realizar actos de comercio, el contrato de constitución y la sociedad, esté sujeta a las prescripciones mercantiles*”.

Debe el administrador posponer su propio interés al societario. Así resulta de la siguiente miscelánea de preceptos sobre imputación de pagos de terceros entre socio y sociedad, art. 1684 y 1685 del C.c. y 135 y 136 del C.d.c., siempre a favor de la compañía en perjuicio del gestor.

Igualmente resulta de aplicación la prohibición de autocontratación, tanto por la aplicación de la normativa mercantil a las sociedades devenidas irregulares (art. 228 y 229 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital); sea por la prohibición del art. 1459, 2º del C.c. o por falta del consentimiento válido que con carácter general exige el art. 1261 del C.c. Por todas la STS de 29-11-2001.

Carácter gratuito del cargo. Con carácter general, las sociedades mercantiles legalmente constituidas (art. 217 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital) el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución.

Por el contrario, la STS, Sala 1ª, de 6-10-1990 concede al socio con carácter exclusivo la dirección y administración del negocio, actividad que tiene un valor patrimonial que ha de ser remunerado, y para evitar precisamente ese enriquecimiento injusto del otro socio, admite en la rendición de cuentas, como gasto computable a efectos de fijar el saldo, unos honorarios, sueldo, salario o emolumentos equivalentes a los que reciba en la localidad un encargado, gerente o- director de establecimiento de hostelería similar al litigioso y durante todo el tiempo en que realizó de modo exclusivo esas funciones.

No obstante, como si de un mandatario se tratara, disponen los art. 1688 del C.c. y 142 del C.d.c. el derecho al reembolso por gastos e indemnización por los daños sufridos inseparables de su dirección.

Separación de los administradores. Ya hemos visto que si no ha sido nombrado en el contrato social, los consocios podrán adoptar el acuerdo al efecto y, en caso contrario, según sea sociedad irregular civil o mer-

cantil, podrá nombrarse judicialmente otro gestor o coadministrador o resolución del contrato, respectivamente.

Responsabilidad de los administradores. Tanto del genérico art. 1101 del C.c. como de los específicos art. 144 del C.d.c. y 1686 de aquél, resulta que el daño que sobreviniere a los intereses de la compañía por malicia, abuso de facultades o negligencia grave de uno de los socios, constituirá a su causante en la obligación de indemnizarlo, si los demás socios lo exigieren, con tal que no pueda inducirse de acto alguno la aprobación o la ratificación expresa o virtual del hecho en que se funde la reclamación.

Impugnación de acuerdos de los Administradores. Entendemos que ello no es posible pues el art. 130 del C.d.c. tajantemente establece que “*Contra la voluntad de uno de los socios administradores que expresamente la manifieste, no deberá contraerse ninguna obligación nueva; pero si, no obstante, llegare a contraerse, no se anulará por esta razón y surtirá sus efectos, sin perjuicio de que el socio o socios que la contrajeran respondan a la masa social del quebranto que ocasionaren*”, en idéntico sentido, el art. 1695.1 del C.c.

A mayor abundamiento, establece la STS de 16-03-1932 respecto de la comunidad de bienes –aplicable supletoriamente, como hemos visto– que no procede la aplicación del párrafo tercero del art. 398 del C.c. en cuanto el auxilio judicial para resolver la administración social.

Por analogía podemos citar la STS, Sala 1ª, de 30-10-1999 que niega la acción de impugnación de la decisión del administrador único fundado en que no hay precepto alguno que haga la más mínima referencia a la posibilidad de impugnar las decisiones de un administrador único y que el legislador solamente ha previsto y autorizado la posibilidad de impugnación de los acuerdos en sí del consejo de administración, como órgano colegiado, pero no ha considerado oportuno hacer extensiva también dicha posibilidad de impugnación a las decisiones del administrador único (“*inclusio unius, exclusio alterius*”), la cual, por otro lado, entrañaría insalvables dificultades, dada la imposibilidad práctica de distin-

guir formal y cronológicamente entre la decisión del administrador único y su ejecución o acto. Citamos en el mismo sentido la SAP de Madrid, sec. 13^a, de 21-11-1999, igualmente respecto de las Sociedades Anónimas y la SAP de Vizcaya, sec. 4^a, de 09-12-2009 respecto de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Incluso el art. 73.2 de la LEC se hace eco de dicha imposibilidad: “cuando la demanda tenga por objeto la impugnación de acuerdos sociales se acumularán de oficio todas las que pretendan la declaración de nulidad o de anulabilidad de los acuerdos adoptados en una misma junta o asamblea o en una misma sesión de órgano colegiado de administración y que se presenten dentro de los cuarenta días siguientes a aquel en que se hubiera presentado la primera”.

Decisión en el seno de la compañía irregular. “Órgano deliberativo”: La Sociedad irregular, por su naturaleza, puede llegar al extremo de toda falta de estructura en su organización, que esta sea anárquica, pues se manifiesta por un flujo y reflujo de prestaciones y contraprestaciones a partir de un fondo común de bienes o industria. A falta de dichos Estatutos mínimos otorgados se imponen varias ideas:

Disposición general. Bajo este epígrafe la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, como ahora el T.R. de la Ley de Sociedades de Capital, establecía que los socios, reunidos en Junta General, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la Junta y que todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la Junta General, o sea acuerdos mancomunados de socios debidamente convocados.

Recordemos que en la sociedad mercantil irregular la gestión y administración de la sociedad, salvo pacto en contrario, corresponde por igual a todos los socios –art. 129 del C.d.c.– y se prohíbe el derecho al veto del resto según dispone los art. 1695.1º del C.c. y 131 del C.d.c.

El valor de las decisiones mancomunadas en el seno de la sociedad civil irregular es mayor que en la sociedad mercantil, tanto por la supleto-

ria aplicación del régimen de la comunidad de bienes ordinaria (art. 392 y ss. y 1699 II del C.c.) como del específico art. 1695 del C.c., pues como recuerda la STS, Sala 1ª de 10-11-2004 que en los casos en que los contratantes no hubieran establecido el modo de administrar la sociedad civil, el art. 1.695.1 del C.c. encomienda la administración a todos los socios, conforme a un sistema separado y solidario, según el que la gestión de cada uno será eficaz si no hay oposición de los demás antes de que haya producido efecto legal, esto es, antes de que se ejecute, como hemos visto antes. Añade que la excepción es el art. 1.695.4 del C.c. que establece que ninguno de los socios puede, sin el consentimiento de los otros, hacer novedad en los bienes inmuebles sociales, aunque se alegue que es útil a la sociedad, dada la tradicional relación existente entre sociedad y comunidad, confirmada por la semejanza entre los art. 397 y este 1.695.4 del C.c. Y por ello concluye que las palabras "hacer novedad" tienen el sentido equivalente a la realización de alteración, sea material o jurídica, por lo que incluye los actos de enajenación, aunque dicha regla prohibitiva no resulta aplicable cuando los referidos actos no exceden del ámbito delimitado por el objeto social, de modo que, si esto sucede, los actos dispositivos de cada socio estarán sometidos, salvo pacto, al mismo régimen general que contiene la regla 1ª del propio art. 1.695.

En cuanto a la obligatoriedad de los acuerdos reza la STS de 30-04-1999 "Hay que afirmar que la acción que se ha ejercitado en la pretensión de la parte actora es claramente una acción que pretende ejecutar un acuerdo mayoritario de comuneros, cuya base legal se encuentra en el art. 398-1 del Código Civil, y que se ha de realizar a través del cauce procesal del juicio ordinario, como se ha efectuado en el presente caso".

No obstante, hay actos que sí requieren acuerdos de los socios por así exigirlo la ley, a saber:

Competencia de la "Junta General". Los socios deben decidir, por lo menos a efectos internos, una serie de cuestiones, pues así se ve en preceptos aislados como:

Exclusión de socios por incumplimiento de obligaciones sociales (art. 1706 del C.c y 132 y 170 del C.d.c.).

Nombramiento de coadministrador (art. 132 del C.d.c.) o de administrador suplente (art. 1692 del C.c.).

Autorización para actos del socio en competencia (art. 136 del C.d.c.) e, implícitamente, aprobación de cuentas (art. 133 del C.d.c.).

Acuerdos internos entre los administradores sobre actos concretos (art. 1694 y 1695 del C.c. y 129 y 139 del C.d.c.).

Nueva entrada de socios (art. 1696 del C.c. y 143 del C.d.c.).

Prórroga de la duración de la sociedad (art. 1702 del C.c.).

Liquidación y partición del caudal común (art. 1058 y 1708 del C.c. y 232 del C.d.c.) o bien, nombramiento del o los liquidadores (art. 229 del C.d.c.).

Y en todos estos casos se distingue nítidamente entre los supuestos en que es precisa la novación del contrato social de los que no precisan tal novación, lo que induce a pensar en diferentes sistemas de mayorías, que luego veremos.

Convocatoria de la "Junta General": El art. 398 del C.c. no establece ninguna formalidad para la toma de acuerdos y ni siquiera se exige ningún tipo de reunión, según la jurisprudencia (STS de 8-07-1902, 30-10-1907, 12-12-1983, 18-06-1984 y STS de 04-03-1996), explicitando el Alto Tribunal en la precitada de diciembre de 1983 que ni el enunciado art. 398 del C.c. "*habla de la necesidad de junta comunitaria alguna para tomar los acuerdos que afecten a la administración y el mejor disfrute de la cosa común, ni es razonable tal exigencia cuando la voluntad de la mayoría de los partícipes, que es la expresión utilizada por el texto legal, se revela inequívocamente en determinado sentido*".

Por tanto, no es precisa formalidad alguna, sin perjuicio de la facultad que asiste al comunero afectado de impugnar el acuerdo tanto en los ca-

sos previstos en el art. 398.3, si no resultare la mayoría o le fuese gravemente perjudicial, como cuando los condueños mayoritarios actuasen sus derechos de forma antisocial o abusiva (art. 7 del C.c.).

La SAP de Barcelona, Sec. 11ª, de 26-09-2007 desestimó la demanda de convocatoria judicial de junta de socios pues no hay precepto que lo autorice y no estamos en presencia de Sociedad Anónima ni de Responsabilidad Limitada cuyas normas reguladoras sí lo prevén.

No obstante, alguna Doctrina de las Audiencias Provinciales discrepa de tal solución Jurisprudencial, pero es una corriente muy minoritaria. En la doctrina, algún autor (Miquel González, José Mª, Comentarios del Código civil, Ministerio de Justicia, Tomo Primero, págs. 1.094 y 1.095, Edición 1.991) se inclina por la tesis formalista, siendo seguido por varias Audiencias Provinciales, como las de León, Toledo y Madrid (SAP de Madrid, Sec. 18ª, de 23-02-2004, SAP de Madrid Sec. 14ª, de 4-07-2005 y la SAP de Toledo, Sec. 1ª, de 6-07-2000): “*La adopción de cualquier decisión relevante que afecte a la administración de los intereses en común y disfrute de la cosa común debe adoptarse por mayoría de cuotas con previa citación o convocatoria de la totalidad de los comuneros, de forma que todos ellos tengan la oportunidad de ser oídos, no siendo siquiera admisible que los comuneros que ostenten una posición de mayoría de intereses tomen por sí y ante sí las decisiones que les parezcan oportunas sin oír previamente a los demás, especialmente si media entre los comuneros posiciones enfrentadas o disidentes (...)* Podría entenderse que notificado el acuerdo a todos los comuneros las cuotas de los no disidentes se suman a las cuotas de quienes votaron a favor del acuerdo, pues la ley no establece ni regula para la comunidad ordinaria procedimiento o exigencia formal alguna para adoptar tales acuerdos y los mismos pueden derivarse de actos concluyentes, pero ello solo sería posible si en la propia convocatoria se hubiere establecido esa consecuencia o se hubieran producido actos concluyentes de los no asistentes...”.

Derecho de información. Internamente es de aplicación el régimen de información propio de toda sociedad mercantil irregular. Al contrario, la SAP de Sevilla, Sec. 8ª, de 9-02-2009 recuerda respecto, al derecho a

la información de los socios, que no resulta de aplicación la legislación mercantil, respecto de la sociedad civil. No obstante, queda siempre el recurso a las Diligencias Preeliminarias preparatorias de un juicio, entre las cuáles se encuentran (art. 256.1 de la LEC) la petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder.

Principio mayoritario: Hay un principio mayoritario salvo para los supuestos en que es precisa la unanimidad. Estos supuestos unánimes son en general todos los relativos a la modificación del pacto social (cfr. art. 50 y 116 del C.d.c. y 1203 y 1257 del C.c.). Por el contrario el principio meramente mayoritario aparece en:

Exclusión de socios por incumplimiento de obligaciones sociales (art. 1706 del C.c y 132 y 170 del C.d.c.).

Nombramiento de coadministrador (art. 132 del C.d.c.) o de administrador suplente (art. 1692 del C.c.).

Autorización para actos del socio en competencia (art. 136 del C.d.c.) e, implícitamente, rendición de cuentas (art. 133 del C.d.c.).

Acuerdos internos entre los administradores sobre actos concretos (art. 1694 y 1695 del C.c. y 129 y 139 del C.d.c.).

Actos de administración. El art. 1695.4 del C.c. afirma “*Ninguno de los socios puede, sin el consentimiento de los otros, hacer novedad en los bienes inmuebles sociales, aunque alegue que es útil a la sociedad*”. Recordemos que la STS, Sala 1ª de 10-11-2004 confirmada la semejanza entre dicho precepto y el art. 397 del C.c. y concluye que las palabras “hacer novedad” tienen el sentido equivalente a la realización de alteración, sea material o jurídica, por lo que incluye los actos de enajenación, aunque dicha regla prohibitiva no resulta aplicable cuando los referidos actos no exceden del ámbito delimitado por el objeto social.

La STS de 13-11-2001, entiende que el art. 397 del C.c. regula los actos de disposición, no de administración, e incluye tanto los actos materiales de alteración, como los actos jurídicos de disposición de una cosa en copropiedad, es decir, para los actos que vayan más allá de la administración y supongan una disposición o alteración de la cosa objeto de copropiedad, es precisa la unanimidad de todos los codueños, sin que pueda mantenerse la validez parcial respecto a la parte de los que han dispuesto, si ha faltado la unanimidad. Como la sociedad irregular no tiene personalidad jurídica aquí sí que será preciso el consentimiento de todos los condueños, para actos de disposición fuera del giro o tráfico ordinario.

En la comunidad de bienes los condóminos que representen la mayor suma de intereses pueden dar en arrendamiento la cosa común por un plazo no superior a seis años (cfr. art. 398 y 1548 del C.c.), sancionando con la nulidad radical aquellos contratos de arrendamiento que, bien por considerarse actos de disposición o por ser concertados por uno o varios comuneros sin contar respectivamente o con la unanimidad o con la mayoría de los demás partícipes (cfr. STS 28-03-1990, 25-09-1995 o 19-09-1997). Esta regla de administración con efectos frente a terceros en la comunidad de bienes en sentido propio, es extensible a la sociedad irregular pero sólo a efectos internos, es decir, para salvar la responsabilidad de un socio gestor para con sus consocios.

Igualmente, de manera supletoria queda el supuesto del art. 398, párrafo tercero del C.c., de modo que “*si no resultare mayoría, o el acuerdo de esta fuere gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un administrador*”, cuestión que se dilucida a través del proceso declarativo correspondiente (STS de 10-12-1926 y de 21-05-1963).

Conflicto de intereses. La STS de 12-11-1971 excluye de la votación a efectos de mayoría (precisamente en el supuesto que contempla, contraposición de intereses entre un comunero y el resto, para prorrogarle el arrendamiento de la cosa común), al comunero que tenga un interés

propio, y además no computa su parte a efectos de determinar dicha mayoría (con ello el comunero “no mayoritario” pudo decidir).

Se desprende de dicha Sentencia el deber de abstención en las deliberaciones de aquél que entre en conflicto de intereses, tanto al efecto de cómputo del quórum como de las mayorías para la toma de acuerdos, algo totalmente imbricado en nuestro ordenamiento jurídico y, sirvan de ejemplo: El art. 144 del Código de comercio, el art. 192 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital regulador del conflicto de intereses en las Juntas de Socios la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, el art. 167, 204, 226 y ss. y 224 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital. Dichos supuestos legales son taxativos conforme a Doctrina y Jurisprudencia.

Por lo que en la Sociedad irregular podremos hablar que el deber de abstención cuando hay conflicto de intereses extremos, como una cuestión de orden público, como recuerda la SAP de Cantabria, sec. 4ª, de 8-3-2005 al albur del art. 291 del C.P. que establece, precisamente, un tipo penal, que “*sanciona aquellas conductas que aun acogiendo a una mayoría lícita en la Junta de Accionistas u Órgano de Administración de la Sociedad, se imponga cualquier tipo de acuerdo abusivo para los otros socios, en perjuicio de estos y en beneficio de dicha mayoría, sin que ello aporte ningún beneficio a la sociedad*”.

Constancia en acta de los acuerdos sociales. En relación a las sociedades civiles irregulares no hay tal obligación por no imponerlo así la ley, lógica consecuencia de la falta de Juntas propiamente dichas, con lo cuál estaremos a las disposiciones generales del C.c. (art. 1278, 1279 y 1667 del C.c.).

En las sociedades mercantiles regulares, por el contrario impone el a art. 26.1 del C.d.c. la llevanza de un libro o libros de actas, en las que constarán, al menos todos los acuerdos tomados por las juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad, pues como dijo la ya citada STS de 25-04-1991 “*aunque no conste que la sociedad se constituyó en forma mercantil, es evidente, por su funcionamiento y participación*

de los socios en la gestión y en los beneficios y responsabilidades, que se trate de una sociedad que tenga por objeto realizar actos de comercio, el contrato de constitución y la sociedad, esté sujeta a las prescripciones mercantiles”.

Impugnación de los acuerdos de la Junta General. Recordemos que estamos hablando del efecto interno, entre los socios, cara a evitar quedar obligado por el acuerdo de los consocios, no la actuación frente a terceros, que quedan, en principio protegidos por los art. 1695.1 del C.c. y 129 del C.c.). Hecha esta precisión, si bien no es precisa formalidad alguna para las tomas de decisiones, sin perjuicio de la facultad que asiste al comunero afectado de impugnar el acuerdo tanto en los casos previstos en el art. 398.3, si no resultare la mayoría o le fuese gravemente perjudicial, como cuando los condueños mayoritarios actuasen sus derechos de forma antisocial o abusiva (art. 7 del C.c.).

Citamos en apoyo de lo dicho la SAP de Vizcaya, sec. 4ª, de 18-05-2005, nº con recordatorio de sus anteriores de 19-11-2004, 21-01-2002 y 24-11-2004, así como el principio de que todas las asociaciones, incluso los partidos políticos, están sometidos a control jurisdiccional, según Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– de 218/88 de 22-11-1988.

X.- CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

Formulación de Cuentas: Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, “*formular*” es “*Reducir a términos claros y precisos un mandato, una proposición, una denuncia, etc.*”, lo que en contabilidad supone, redactar, o sea expresar en los documentos contables obligatorios ocurridos en el ejercicio pasado.

En la sociedad mercantil regular dicha expresión se hace a través de la aplicación día a día la técnica contable a los hechos, actos o negocios jurídicos de la sociedad (las operaciones de que habla el art. 25 del C.d.c.) y, al cierre del ejercicio, efectuar ciertos movimientos contables comple-

mentarios, lo cuál se refleja en las Cuentas Anuales obligatorias, (Memoria cuenta de Pérdidas y Ganancias, Estados de Patrimonio Neto y Balance. Todo ello es extrapolable a la sociedad mercantil irregular pues, como ya hemos repetido, "aunque no conste que la sociedad se constituyó en forma mercantil, es evidente, por su funcionamiento y participación de los socios en la gestión y en los beneficios y responsabilidades, que se trate de una sociedad que tenga por objeto realizar actos de comercio, el contrato de constitución y la sociedad, esté sujeta a las prescripciones mercantiles" (STS de 25-04-1991).

En la sociedad civil irregular: Cada comunero o socio está obligado a rendir cuentas, no como obligación nacida de su condición de socio, sino en cuanto, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1695 del C.c. (STS de 20-12-1968), sin que pueda admitirse discrepancias respecto a la necesidad de rendirse cuentas recíprocas (STS de 24-7-1993), obligación que surge del propio contrato de sociedad, sin tener que acudir a la regulación del mandato, para imponer al administrador de una sociedad la obligación de rendir cuenta a los demás socios de la referida administración (STS, Sala 1ª, de 12-3-1994), obligación inherente al concepto del art. 1665 del C.c., de aportación de bienes o industria para un mismo fin negocial (STS de 14-07-2006) y de la que sólo cabe eximirse por imposibilidad física o jurídica conforme al art. 1184 del C.c. (STS, Sala 1ª, de 12-03-1994). Esta misma Sentencia afirma que este interés puede satisfacerse razonablemente exhibiendo la documentación contable de la empresa, así como otros datos de diferente orden que permitan conocer aquéllos extremos.

De ahí que el art. 256.1.4 de la LEC, como ya hemos visto legitime para pedir diligencias preliminares a todo socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder. La legitimación es la misma en el juicio declarativo correspondiente, acción sujeta a los plazos ordinarios de prescripción civil y mercantil, sin que sea dable el de seis años de obligación de conservar los antecedentes contables (STS de 22-05-2008).

Cuentas anuales: La Sociedad mercantil irregular, como hemos visto habrá de llevar los Libros de Diario, Inventario y Actas (art. 25 y 26 del C.d.c.) pues *aunque no conste que la sociedad se constituyó en forma mercantil, es evidente, por su funcionamiento y participación de los socios en la gestión y en los beneficios y responsabilidades, que se trate de una sociedad que tenga por objeto realizar actos de comercio, el contrato de constitución y la sociedad, esté sujeta a las prescripciones mercantiles* (STS de 25-04-1991).

En cuanto a la Sociedad civil irregular a la luz de las obligaciones formales de los contribuyentes impuestos en los art. 104 y ss. de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, cuyo art. 5 incluye un muy amplio concepto de empresario o profesional que incluye a "*Quienes realicen una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal o incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo*".

Los art. 164 y ss. de dicha Ley del IVA no sólo obliga a presentar declaraciones relativas al comienzo, modificación y cese de las actividades de estas entidades que sí lo son a efectos tributarios como hemos comentado (cfr. art. 35.4 Ley General Tributaria), solicitar de la Administración fiscal el número de identificación fiscal y comunicarlo y acreditarlo en los supuestos que se establezcan y, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código de Comercio y demás normas contables, llevar la contabilidad y los registros que establecen las normas fiscales, particularmente, conforme al art. 62 del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, Libro registro de facturas expedidas, Libro registro de facturas recibidas, Libro registro de bienes de inversión y Libro registro de determinadas operaciones intracomunitarias.

Aplicación de resultado. Tanto la sociedad irregular civil como la mercantil prohíben los pactos leoninos y por tanto dice el art. 1691 del C.c. que es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas.

El principio general (art. 1689 del C.c. y 140 del C.d.c.) es que las pérdidas y ganancias se repartirán en conformidad a lo pactado y, en defecto del mismo, la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas debe ser proporcionada a lo que haya aportado.

Por lo demás (art. 1695.2 del C.c.) cada socio, a falta de pacto, podrá aplicarse el resultado y coger su parte en las, con tal que no lo haga contra el interés de la sociedad, o de tal modo que impida el uso a que tienen derecho sus compañeros (véase art. 394 del C.c.).

XI.- FISCALIDAD DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

El acontecimiento de los hechos jurídicos, actos jurídicos y negocios jurídicos son los presupuestos establecidos por la normativa fiscal para el devengo o nacimiento de los tributos. Queremos decir que cualquier decisión acerca del nacimiento, vida y muerte de la sociedad irregular va a tener una consecuencia de carácter fiscal –sea la no sujeción a tributo alguno, sea la exención, sea la tributación, sean obligaciones formales. Vamos a dar unas pinceladas de las situaciones más importantes por ser las más frecuentes.

Tributación directa:

Constitución y extinción del régimen: (art. 33 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas –IRPF–): Las aportaciones de bienes y derechos a la sociedad supone una alteración del contenido patrimonial del aportante (art. 33.1 de la Ley del IRPF) pues la sociedad, irregular o no, es sujeto tributario (art. 35 de la Ley General Tributaria).

Con carácter general, el ejercicio de la acción de división no implica a efectos fiscales una alteración en la composición del patrimonio, ya que únicamente se especifica la participación indivisa que correspondía a cada uno de los copropietarios, y a efectos de futuras transmisiones, la fecha

de adquisición no es la de la adjudicación de los bienes a los comuneros, sino la originaria de adquisición de los mismos, sin perjuicio de las especialidades previstas en la normativa del Impuesto en relación con los bienes afectos. Ahora bien, para que opere lo previsto en este precepto, es preciso que las adjudicaciones que se lleven a cabo al deshacerse la indivisión, correspondan con la cuota de titularidad, ya que, en caso contrario, al producirse un exceso de adjudicación, se produciría una ganancia patrimonial. Del mismo modo, se producirá una ganancia patrimonial si al hacer la división de un bien en común, se acuerda adjudicarlo a una de las partes compensado en metálico a la otra. Así ocurre en el caso objeto de consulta, donde a uno de los matrimonios comuneros se le adjudica un inmueble que supera su cuota de titularidad y compensa al otro matrimonio por este exceso de adjudicación.

Vigencia del régimen: En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las comunidades de bienes, sociedades civiles y demás entidades a las que se refiere el art. 35 de la Ley General Tributaria no constituyen contribuyentes del Impuesto sino que se configuran como una agrupación de los mismos que se atribuyen las rentas generadas en la entidad, tal como establece el art. 6 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades –IS–.

Las rentas atribuidas tendrán la naturaleza derivada de la actividad o fuente de donde procedan para cada uno de los socios, herederos, comuneros o partícipes. El art. 27.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas establece que “*Se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En particular, tienen esta consideración los rendimientos de las actividades extractivas, de fabri-*

cación, comercio o prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras, y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas”.

Lo anterior supone que en el supuesto de una sociedad civil que desarrolle una actividad económica (empresarial, profesional o artística) los rendimientos atribuidos mantendrán ese mismo carácter de rendimientos de actividades económicas.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 30 de la Ley del IS, el rendimiento neto de las actividades económicas se determinará según las normas del Impuesto sobre Sociedades, con matices, de modo que la base imponible del impuesto se calculará corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en la presente Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas.

Impuesto sobre Actividades Económicas: Como resulta de los art. 79.1 y 80.1 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, así como de la Regla 3^a.1 de la Instrucción, aprobada junto con las Tarifas del Impuesto por el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, constituye el hecho imponible del Impuesto sobre Actividades Económicas el mero ejercicio en territorio nacional de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado y se hallen y no especificadas en las Tarifas del Impuesto; a tal efecto se considera que una actividad se ejerce con carácter empresarial, profesional o artístico, cuando suponga ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En consecuencia, para que una actividad sea considerada como económica y, por tanto, su ejercicio constitutivo del hecho imponible del tributo en estudio se requiere:

Tributación indirecta:

Impuesto sobre el Valor Añadido: El apartado tres del art. 84 de la mencionada Ley 37/1992, de 28 de diciembre reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) considera sujetos pasivos del Impuesto a “*las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, careciendo de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, cuando realicen operaciones sujetas al Impuesto*”. Por lo tanto por sus operaciones sujetas y no exentas del IVA deberán repercutir a sus clientes la correspondiente cuota de este impuesto.

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, Actos Jurídicos Documentados y Operaciones Societarias – ITPyAJD- (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados). En la constitución y la disolución quedan sujetas como operación societaria, siendo sujeto pasivo en el primer caso la propia entidad y en el segundo sus partícipes.

XII.- DISOLUCIÓN, SEPARACIÓN Y EXCLUSIÓN DE SOCIOS

Naturaleza Jurídica de la disolución: Conforme a la STS, Sala 1ª, de 21-10-2005 después de expresar que hay dos alternativas “*ya se entienda el proceso de liquidación como subsistencia transformada de la misma sociedad ya se piense que se produce la extinción social por venir a menos del vínculo, como ocurre en las llamadas sociedades internas*”, opta por la de la subsistencia de la sociedad, de modo que “*la disolución daría paso a una fase de liquidación con subsistencia de la sociedad, transformado su objeto precisamente en el fin de liquidar y genera*”.

La subsistencia entre los socios de una mera situación de comunidad, cuya división procederá por las reglas de la división de la herencia (art. 1708 CC). Por eso se ha dicho con justeza que una vez terminada la sociedad sobreviene una situación de comunidad regida por sus normas

específicas, que recae sobre el patrimonio que reste a la paralización de la actividad social.

Los medios patrimoniales afectos a la consecución del fin social pierden su destinación una vez que el fin común desaparece o deja de ser perseguido, con lo que falta la causa que justifica el especial estado en que el patrimonio común se encuentra mientras dura la sociedad, que es lo que vendría a decir el art. 1708 CC, como, por otra parte, ha dicho la jurisprudencia de la misma Sala en STS de 14-11-1997, o de 31-07-1997.

La liquidación se ha de llevar a efecto conforme a las reglas de la partición de herencia a que remite el art. 1708 del C.c.

Decae el derecho al reparto de beneficios, que se sustituye por el derecho a la cuota de liquidación, que mantiene lo que se ha denominado una relación de tensión frente a los intereses de terceros acreedores, puesto que no cabe el reparto del haber sin haber satisfecho o garantizado el derecho de los acreedores.

Causas de disolución: Señala la STS de 26-09-2008 que la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar el carácter no taxativo de las causas previstas en el art. 1700 del C.c. y la imposibilidad de desconocer el mutuo disenso como causa general de extinción de los contratos. La STS de 14-12-2006 afirma que "*la enumeración de causas de disolución que contiene el art. 1.700 del C.c. no es cerrada, sino que debe ser integrada con otras de indudable efecto disolutorio por su aptitud para abrir la fase de liquidación, como es, dada la naturaleza contractual de la sociedad, el mutuo disenso o acuerdo de quienes celebraron el contrato de extinguir la relación jurídica nacida de él*".

En cuanto a las causas de los art. 39 y 1700 del C.c. y 222 del C.d.c. concluimos que son:

Cuando expira el término por que fue constituida. Conforme al art. 1680 del C.c. "*La sociedad dura por el tiempo convenido; a falta de convenio, por el tiempo que dure el negocio que haya servido exclusivamente de objeto a la sociedad, si aquél por su naturaleza tiene una duración limitada; y en cualquier*

otro caso, por toda la vida de los asociados, salvo la facultad que se les reserva en el art. 1.700 y lo dispuesto en el art. 1.704”. Es decir salvo prórroga (art. 1702 y 1703 del C.c.), renuncia (art. 1704) y por las causas del art. 1700 del C.c., que estamos viendo

La muerte de uno de los socios, si no contiene la escritura social pacto expreso de continuar en la sociedad los herederos del socio difunto, o de subsistir ésta entre los socios sobrevivientes. Pero (art. 1704 de C.c.) es válido el pacto de que, en el caso de morir uno de los socios, continúe la sociedad entre los que sobrevivan. En este caso el heredero del que haya fallecido sólo tendrá derecho a que se haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquel día. Si el pacto fuere que la sociedad ha de continuar con el heredero, será guardado, sin perjuicio de la facultad de desistir.

La incapacitación o la inhabilitación de un socio gestor para administrar sus bienes. Aparte la incapacitación estricto sensu (cfr. art. 199 y ss. del C.c.) y la declaración de prodigalidad (art. 294 y ss. del C.c.), cabe recordar que la apertura de la fase de liquidación en el Concurso de acreedores de la sociedad (art. 145.3 de la Ley Concursal) o de cualquiera de los socios colectivos determina la disolución de la sociedad (art. 222.3 del C.d.c.)

Cuando se pierde la cosa, o se termina el negocio que le sirve de objeto. La STS de 26-2-1990 implícitamente admite las causa de extinción de la persona jurídica previstas en el art. 39 del C.c. a la sociedad irregular, o sea: “Si a) por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente, o b) por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o c) por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían, d) dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiesen en esta previsión asignado...”.

En cuanto a la pérdida de la cosa véase el art. 1701 del C.c.

A propósito del bloqueo societario como causa de disolución, sirvan como ejemplo la STS, Sala 1ª, de 25-07-1995, que ha declarado que en una sociedad de responsabilidad limitada, integrada sólo por dos socios con igual participación, puede concederse la disolución pedida por uno sólo de los socios con la oposición del otro, por cuanto en encontradas posturas no podría adoptarse ninguna decisión o, a propósito de la Propiedad Horizontal, forma embrionaria asociativa. Igualmente la STS, Sala 1ª, de 19-12-2008: “*En el caso, estamos ante una situación singular, en atención a que la finca tiene únicamente dos comuneros, de manera que, aunque no se ha celebrado Junta de Propietarios, está constatada en autos la negativa del demandado a autorizar la división, circunstancia que se ha ratificado en el proceso, de modo que tal actitud ha de apreciarse como sustitutivo del acuerdo de la Junta, sin necesidad de la celebración de la misma*”.

Por la voluntad de cualquiera de los socios (Separación):

Fundamento: Conforme a la STS de 15-10-1974 el derecho establecido de todo socio de desistir del contrato social tiene su razón de ser, en que una responsabilidad ilimitada en relación con las deudas sociales, no puede imponerse a perpetuidad. Por su parte, la STS de 16-06-1995 entiende que, como todo contrato, “*intuitu personae*”, permite a los socios disolverla cualquier que sea la razón del desistimiento y cita las STS de 17-01-1993 y 6-03-1992). Ello implica la completa desaparición de la voluntad de seguir asociado, conocida como “*affectio societatis*” o equivalente a la fiducia necesaria para el correcto funcionamiento de este tipo de sociedades de carácter eminentemente personalista. En idéntico sentido la STS de 06-10-1990.

Naturaleza: Conforme a la citada STS de 06-10-1990 no es un caso de resolución contractual en sentido estricto (art. 1.124 del C.c.), al tratarse de un contrato complejo, regido por normas específicas (íd. art. 1700.4 del C.c.). Consecuencia de lo cuál, concluimos nosotros, no procede la liquidación conforme a las reglas de los art. 1295 y 1303 del C.c.

(devolución de las cosas que hubieran sido objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses), sino a la apertura de la fase de liquidación, que luego veremos.

Clases: Conforme a la STS de 4-06-2001 y STS de 04-06-2001, cabe hablar de:

Denuncia ordinaria o libre, cuando la sociedad no está sujeta tiempo determinado el efecto de la renuncia. Según entiende la doctrina científica (ROCA SASTRE), es parecida a la revocación del mandato por parte del mandante, pues en ambos casos se trata de contratos que exigen o requieren que perdure la confianza con que procedieron las partes al contratar. Sus características son: a) es preciso se ponga en conocimiento de los otros socios (art. 1700.4 y 1705 del C.c.), pero no es preciso b) buena fe en la renuncia (STS de 27-01-1997) pues se basa “*en la conveniencia de prevenir los desacuerdos entre los socios que haría la vida social insostenible*” como, incluso, bloqueada al impedir las desavenencias la obtención de acuerdos entre los dos socios componentes por lo que la denuncia al contrato de mala fe que tratándose de sociedades indefinidas da lugar a la indemnización (art. 1.705 del C.c.), c) no hay necesidad de justificación, siendo por ello inoperante toda la prueba practicada para justificar o contrarrestar la pérdida de confianza entre los socios (STS de 24-2-1973) y d) las limitaciones a la facultad de renuncia (cfr. art. 1700.4, 1705, 1706 del C.c. y 224 y 225 del C.d.c.) han de interpretarse restrictivamente (STS de 10-11-1995 y 27-01-1997) pues el legislador pretende impedir un posible abuso en nombre del interés social, y evitar que quede en manos de cualquiera de ellos el modo de disolverla sin otra regla que su voluntad, bien si carece de razón o ya si atiende a causar perjuicio a las otras partes (STS de 20-06-1959 y 17-05-1973).

Denuncia extraordinaria, para cuando existe dicho tiempo pero concurre un justo motivo (cfr. art. 1707 del C.c. y STS de 18-10-2010) como “*el de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales, u otro semejante, a juicio de los Tribunales*”. Ello es

lógico pues (art. 131 del C.d.c. y 1692 del C.c.), como hemos visto, habiendo socios especialmente encargados de la administración, los demás no podrán contrariar ni entorpecer las gestiones de aquéllos ni impedir sus efectos y, asimismo, hemos estudiado la posibilidad de nombrar un coadministrador o revocar su mandato por causa grave en las sociedades irregulares mercantiles y civiles, respectivamente.

La referida STS de 18-10-2010 abandona definitivamente la asimilación que la Jurisprudencia de finales de la década de los 70 y comienzos de la los 80 hizo entre esta figura de “denuncia extraordinaria o causal del contrato de sociedad” y la resolución por incumplimiento (art. 1124 del C.c.) pues su presupuesto, aparte de haberse pactado un plazo determinado de vigencia del contrato social es que “concurra un justo motivo a criterio de los Tribunales, no necesariamente consistente en el incumplimiento de las obligaciones contractuales”. Ello es coherente con la citada STS de 06-10-1990 para la que la separación no es un caso de resolución contractual en sentido estricto y por ello procede la liquidación con arreglo a las normas de la herencia, solución ya avanzada por las STS de 3-11-1980 y de 12-05-1981.

Requisitos: Dispone el art. 1705 II del C.c. que “Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios”. Dicha comunicación puede hacerse judicial o extrajudicialmente (STS de 7-03-1964) e incluso mediante demanda reconvenicional (STS de 4-06-2001), que permitió a los socios tomar cabal conocimiento de la voluntad exteriorizada por los denunciantes, y poder oponerse por las causas que permite la ley, tal y como hicieron en trámite de contestación a la reconvenición. Conforme al art. 1706 del c.c. “Es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común. En este caso el renunciante no se libra para con sus socios, y éstos tienen facultad para excluirle de la sociedad” y “Se reputa hecha en tiempo inoportuno la renuncia, cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución. En este caso continuará la sociedad hasta la terminación de los negocios pendientes”.

Acuerdo de disolución: Amén del expreso, sea de uno sólo de los socios o de varios, la STS, Sala 1ª, de 14-9-2006 admite que la disolución puede ser de hecho, o sea, por voluntad tácita de los socios. Igualmente la STS de 25-10-1999 en un supuesto que trataba también sobre extinción de una sociedad civil declaró que "*este abandono fáctico, y consentido, por las partes contractuales, y sus manifestaciones, revelan la existencia de un supuesto de mutuo disenso que, aunque no previsto en el art. 1.156 del C.c., se admite por la Jurisprudencia (STS de 5-12-1940, 13-02-1965, 11-02-1982, 30-05-1984, entre otras)*". Se trata de una hipótesis de extinción o resolución contractual por retractación bilateral "*«contrarius consensus» o «contrarius voluntas» que determina una ineficacia sobrevenida por causa sobrevenida, y que se puede manifestar de forma conjunta (pacto), o por concurrencia de disentimientos unilaterales derivados de manifestaciones explícitas o de hechos de significación inequívoca*". Su consecuencia es que ha de situarse la liquidación y su valoración en el momento de la renuncia a la sociedad con la denuncia (STS de 6-11-1995 y las que luego veremos) y cuando se puso efectivamente fin a la relación societaria.

Exclusión de socios: La exclusión no es más que la disolución parcial de la compañía impuesta a uno de los socios por alguno o todos los demás, que da lugar a que se liquide su parte correspondiente (art. 220 del C.d.c. y 1704 del C.c., por analogía), cuando aquél incurra en las causas del art. 218 del C.d.c. o 1706 del C.c. Es un remedio excepcional pues ya el art. 1705 del C.c. prevé un amplio campo a la renuncia voluntaria a seguir en la compañía.

El fundamento de todos estos supuestos es la deslealtad o carácter abusivo o desconsideración a la sociedad, sin más razón o ánimo que perjudicar los intereses de la misma, pretendiendo con ello un lucro particular que el socio expulsado no hubiera obtenido de seguir subsistiendo la relación, pero en el sentido, dice la STS de 21-02-2007 interpretando el art. 1.705 CC. y el art. 224 del C.d.c., dado el término "*particular*", que califica el sustantivo "*lucro*" de que no basta la presencia de un lucro normal, el puramente crematístico o de ganancia, en punto a caracterizar la

buena o mala fe a los efectos de la facultad de disolver la sociedad, que es, por lo demás, consustancial a la existencia de ésta, en la medida en que constituye su propia finalidad, sino el que es revelador del propósito de apropiarse para sí solo del provecho que debía ser común (art. 1.706 del C.c. y **STS de 31-05-1993**).

XIII.- LIQUIDACIÓN

Período de liquidación: Ya hemos visto que conforme a la STS, Sala 1ª, de 21-10-2005 la fase de liquidación mantiene la subsistencia de la sociedad, transformado su objeto precisamente en el fin de liquidar y genera la subsistencia entre los socios de una mera situación de comunidad.

Nombramiento de liquidadores: En este punto debemos distinguir entre la sociedad mercantil irregular y la sociedad civil irregular.

Conforme al art. 229 del C.c. la liquidación de la primera debe practicarse por un liquidador (SAP de Barcelona, Sec. 16ª, de 17-03-2010). Por lo demás (STS de 21-03-1998) procede aplicar el art. 227 y, en general, lo establecido en el contrato, después las normas del Código de Comercio y, finalmente, las establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes y partición de la herencia.

En cuanto a la sociedad civil irregular (art. 1708 del C.c.) la partición entre socios se rige por las reglas de la de las herencias, así en su forma como en las obligaciones que de ella resultan.

Ello ha de ponerse en relación con el procedimiento de división judicial de herencias (de patrimonios) regulado en los art. 782 y ss, de la LEC, el cuál es aplicable sólo en defecto de comisario o contador-partidor (léase liquidador) designado por acuerdo entre los coherederos (léase socios) o designado por resolución judicial (caso de bloqueo del “*órgano*” deliberativo o nombramiento de liquidador dativo). Como veremos la diferencia práctica con la sociedad civil no es tal pues el art. 229 del C.d.c. instituye

liquidador al antiguo administrador sólo por acuerdo unánime (si quiera tácito, pues ningún socio se opone a tal cambio de cargo y permanencia de persona). A falta de tal acuerdo de permanencia, nuevamente será necesaria Junta de socios, la cuál, a falta de pacto que establezca alguna mayoría concreta, precisará unanimidad para decidir “*así en cuanto al nombramiento de liquidadores de dentro o fuera de la sociedad, como en lo relativo a la forma y trámites de la liquidación y a la administración del caudal común*”.

Y en esto es sensiblemente similar a la mayoría que para la Junta de Herederos (léase socios) para el nombramiento de contador-partidor (léase liquidador) judicial establece el art. 783 de la LEC, unanimidad y, en el fondo, da la misma solución que el art. 337.2 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital que permite que cuando la Junta de Sociedad Mercantil convocada al efecto no proceda al nombramiento de liquidadores, cualquier interesado podrá solicitar su designación al Juez de Primera Instancia del domicilio social.

Es decir, que en la sociedad mercantil irregular, una vez salvado el trámite de celebrar una Junta para el nombramiento de liquidadores, tendremos las mismas opciones de liquidación que en la sociedad civil irregular, es decir, que en la herencia, a saber:

Voluntariamente por acuerdo entre los socios y/o sus causahabientes (cfr. art. 1058 del C.c.

Contador-Partidor (liquidador) Dativo: A tenor de los art. 1057 del C.c., art. 782.1 de la LEC y Libro III de la LEC de 1881 y STS, Sala 1ª, de 13-05-1975, son actos de jurisdicción voluntaria como no solamente los específicamente expresados en el mismo, sino, conforme (art. 1.811 de la LEC de 1881), “*todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas*”. Cuando cualquier norma de derecho material, exija o autorice a solicitar la intervención judicial para que se declare, instituya, modifique o extinga determinada situación o modificación jurídica, que no provoque pretensión procesal contenciosa frente

a parte conocida o determinada, habrá de calificarse de "acto de jurisdicción voluntaria" sujeto a las normas de carácter general que en dicho Libro se establecen, conjugadas con las que especifique y exija la norma material que reclama, o autoriza a solicitar, aquella intervención judicial (STS, Sala 1ª, de 24-10-1975).

La partición del liquidador así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los socios. Respecto de la aprobación de los socios, llegamos al mismo punto de acuerdo unánime. La Resolución aprobatoria en defecto de tal acuerdo es un Auto, no es Sentencia, la cuál no produce efectos de cosa juzgada propiamente ni de "cosa juzgada atenuada" del art. 222.4 de la LEC pero es título inscribible y su impugnación deberá llevarse por los trámites del juicio declarativo que corresponda (cfr. art. 5 de la LEC).

Judicialmente: Art. 782 y ss. de la LEC. No corresponde aquí un estudio procesal en profundidad sobre la cuestión, baste reseñar sus hitos más significativos, que son:

Como medidas cautelares el inventario de bienes y la intervención del caudal.

Los acreedores no son citados a la división y liquidación del caudal pero pueden concurrir a su costa para evitar se haga en fraude de sus derechos.

Las operaciones divisorias son el inventario y avalúo, liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes. Luego lo vemos más en detalle.

Dichas operaciones se plasman en un cuaderno particional, el cuál, si no es impugnado en tiempo y forma, se aprueba por Decreto del Secretario Judicial, que no es título ejecutivo ni causa cosa juzgada, pero sí es título para la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero (art. 788 de la LEC) y causa acto propio de las partes. Caso de oposición de los interesados, el proceso termina en Sentencia, que no produce efectos

de cosa Juzgada pero, desde luego, ni es la “*cosa juzgada atenuada*”, precedente necesario del art. 222.4 de la LEC (art. 787 de la LEC).

Aprobadas definitivamente las particiones, el Secretario judicial procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en éstos por el actuario notas expresivas de la adjudicación (art. 788 de la LEC).

También cabe la terminación del procedimiento por acuerdo de todos los interesados.

Liquidación en el Procedimiento Concursal: Ya hemos visto que la sociedad mercantil irregular puede ser declarada en concurso, al igual que la sociedad civil regular. La sociedad civil irregular no puede ser objeto de declaración de concurso pero sí pedirse la de sus integrantes. La liquidación en sede concursal, en todos los casos, se rige por los art. 142 a 162 de la Ley Concursal.

Duración del cargo: Salvo disposición contraria de los estatutos o el título de su nombramiento, los liquidadores ejercerán su cargo por tiempo indefinido. Y ello tanto porque ni el C.c. ni el C.d.c. establecen limitación al efecto, como por analogía con el art. 378 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital.

Poder de representación: Entendemos aplicables lo que hemos visto sobre los administradores. Y a éstos se les aplicarán las correcciones inevitables propias de los liquidadores, particularmente que (cfr. art. 228 del C.d.c.) que, desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, cesará la representación de los socios administradores para hacer nuevos contratos y obligaciones, quedando limitadas sus facultades, en calidad de liquidadores, a percibir los créditos de la compañía, a extinguir las obligaciones contraídas de antemano, según vayan venciendo y a realizar las operaciones pendientes.

Separación de los liquidadores: Procede idéntica remisión a lo visto respecto de los Administradores de sociedades irregulares.

Régimen jurídico de los liquidadores: Serán de aplicación a los liquidadores las normas establecidas para los administradores que no se opongan a las especificidades de la liquidación.

Las cuentas durante la liquidación: Nos remitimos a lo visto anteriormente sobre cuentas.

Operaciones de liquidación: Tanto por la reiterada obligación de la sociedad mercantil irregular de sujetarse a la normativa mercantil (STS de 25-04-1991) es decir lo mandado por los art. 230 del C.d.c. y 383 y ss. del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital, como de la lógica, parece que el liquidador de una sociedad irregular debe hacer lo mismo que en la regular: a. Velar por la integridad del patrimonio social y llevar la contabilidad de la sociedad. b. Concluir las operaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad. c. Percibir los créditos y pagar las deudas sociales. d. Enajenar los bienes sociales. e. Comparecer en juicio y concertar transacciones y arbitrajes, cuando así convenga al interés social, f. Satisfacer a los socios la cuota resultante de la liquidación y g. elaborar un Balance final de liquidación, un informe completo las operaciones de liquidación y un proyecto de división entre los socios del activo resultante.

Cuota de liquidación: La valoración del activo y del pasivo según la doctrina jurisprudencial (STS de 31-07-1997, 16-06-1995, 30-06-1987, 12-03-1994 y de 6-11-1995) ha de hacerse en el momento de la disolución. Ello es coherente con lo dispuesto en el art. 1704 del C.c. ("*...el heredero del que haya fallecido sólo tendrá derecho a que se haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquel día*") pero excepciona la remisión general a la partición de las herencias (cfr. art. 1708 del C.c.) cuya regla general es la contraria (cfr. art. 1045 y 1074 del C.c.), que ha de estarse al tiempo de efectuarse la propia partición.

La regla general de la liquidación, es a proporción o prorratea del interés o valor de las cosas aportadas (cfr. art. 393, 1061, 1071, 1074, 1085, 1689 del C.c. y 140 y 141 del C.d.c.). No obstante hay algunas Reglas especiales:

Al socio de industria no puede aplicarse ninguna parte de los bienes aportados, sino sólo sus frutos y los beneficios, a no haberse pactado expresamente lo contrario (art. 1708 del C.c.). Sólo dicho socio industrial puede ser eximido de toda responsabilidad en las pérdidas (cfr. art. 1691 del C.c.), norma obviamente a efectos internos, pues no perjudica a los terceros relacionados con la sociedad irregular.

En la separación por causa de muerte de un socio, su heredero tendrá derecho a que se haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquel día (art. 1704 del C.c.).

La compañía deberá abonar a los socios los gastos que hicieren e indemnizarles de los perjuicios que experimentaren (art. 139, 142 y 236 del C.d.c. y 1688 y 1695.3ª del C.c.).

El daño que sobreviniere a los intereses de la compañía por malicia, abuso de facultades o negligencia grave de uno de los socios, constituirá a su causante en la obligación de indemnizarlo (art. 144 del C.d.c. y 1686 del C.c.).

Pago de la cuota de liquidación: Los liquidadores no podrán satisfacer la cuota de liquidación sin la previa satisfacción a los acreedores del importe de sus créditos. Ello se deduce del principio “antes es pagar que heredar” de los art. 403, 405, 1082, 1401 y 1699 del C.c., 174 y 235 del C.d.c. y 796.3 de la LEC. En fin, específicamente para la sociedad irregular, la STS, Sala 1ª, de 21-10-2005 declara que no cabe el reparto del haber sin haber satisfecho o garantizado el derecho de los acreedores.

Activo y pasivo sobrevenidos: No tiene mucho sentido transcribir este precepto típico de las sociedades de responsabilidad limitada, máxime cuando la ocultación de su existencia es lo propio, y por lo tanto los terceros desconocen si existe todavía o no, salvo a efectos didácticos. Y ello por la responsabilidad solidaria de sus miembros antes y después de su existencia que se deduce a) de la Jurisprudencia que establece su solidaridad, arriba vista, b) los art. 405 del C.c. (“*La división de una cosa común no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición. Conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad*”), 1699 (“*Los acreedores de la sociedad son preferentes a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales. Sin perjuicio de este derecho, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social*”) y 1085 (“*El coheredero que hubiese pagado más de lo que corresponda a su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional...*”).

El concierto económico vasco en el marco jurídico-constitucional de la restauración y de la II República¹

SANTIAGO LARRAZABAL BASAÑEZ

Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto.

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2011/09/07

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2011/12/30

Resumen: Este estudio profundiza en el desarrollo normativo que tuvo el Concierto Económico Vasco, desde su inicio en 1878 hasta su abolición para Bizkaia y Gipuzkoa en 1937, estudiando su entronque en el marco jurídico de la Restauración y de la II República, analizando el contexto jurídico constitucional, estatutario, legal y reglamentario en el que tuvo que insertarse para poder nacer, crecer y desarrollarse en medio de unos tiempos nada fáciles.

Palabras clave: Concierto Económico Vasco, Restauración, II República española.

¹ El presente texto actualiza mi intervención sobre el mismo tema en las I Jornadas de la Asociación para la Promoción y Difusión del Concierto Económico Vasco, AD CONCORDIAM, que tuvieron lugar en el Palacio Euskalduna (Palacio de Congresos y de la Música) de Bilbao los días 22 y 23 de octubre de 2003. Dado que se trata del texto ampliado de una ponencia, el texto se presenta sin notas al pie de página.

Laburpena: Idazlan honetan Euskal Ekonomi Itunaren arauzko garapena aztertzen da Ituna sortu zenetik, 1878tik, Bizkaia eta Gipuzkoan Ituna ezabatu zen arte, 1937ra arte. Ikertu ere, Itunaren lotura ikertu nahi da Berrezarpen eta II. Errepublikako esparru juridikoarekin. Garai latz horietan Itunak sortu, hazi eta garatu behar izan zuen; horregatik, ikusi nahi da garai hartako Konstituzioaren, Estatutuaren, legeen eta araudien testuinguru juridikoa.

Gako-hitzak: Euskal Ekonomi Itunak, Berrezarpena, Espainiako II. Errepublika.

Abstract: This study explores the development of regulations that were in the Basque Economic Agreement since its inception in 1878 until its abolition for Biscay and Gipuzkoa in 1937, studying how it corresponded to the legal framework of the Restoration and the Second Republic, analyzing the legal, constitutional, juridical and statutory context and regulations which had to be taken into account in order for it to begin, grow and develop in difficult times.

Key words: Basque Economic Agreement, Restoration, Second Spanish Republic.

1. DE LA ABOLICIÓN FORAL AL CONCIERTO ECONÓMICO (1876-1878). 2. EL CONCIERTO ECONÓMICO ENTRE 1878 Y 1887.- 3. EL CONCIERTO ECONÓMICO ENTRE 1887 Y 1894. 4. EL CONCIERTO ECONÓMICO ENTRE 1894 Y 1906. 5. EL CONCIERTO ECONÓMICO ENTRE 1906 Y 1925. 6. EL CONCIERTO ECONÓMICO ENTRE 1925 Y 1937.

1. DE LA ABOLICIÓN FORAL AL CONCIERTO ECONÓMICO (1876-1878)

En relación con el título de este artículo, hay que explicar que, entre toda la normativa vigente durante esta época, destacan la Constitución de 30 de junio de 1876, que no hace ninguna referencia a la cuestión foral y la Ley de 16 de septiembre de 1876, que reformaba las leyes municipal y provincial de 20 de agosto de 1870, que tampoco hacían referencia a la cuestión vasca. La que sí hacía referencia al modelo foral vasco de derecho público, precisamente para derogar lo que quedaba de él fue Ley de 21 de julio de 1876. Su artículo 2º acababa con la organización militar propia de los territorios forales, al imponer el sistema de quintas y su artículo 3º terminaba con el sistema financiero y tributario y con el modelo de Hacienda propia de los territorios forales. Por su parte, el artículo 4º, citando los precedentes de la Ley abolitoria de 19 de septiembre de 1837, el ominoso Decreto de Espartero de 29 de octubre de 1841 y la Ley Paccionada de Navarra de 16 de agosto de 1841, decía que “*se autoriza al Gobierno para que dando en su día cuenta a las Cortes... proceda a acordar, con audiencia de las provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya, si lo juzga oportuno, todas las reformas que en su antiguo régimen foral lo exijan, así el bienestar de los pueblos vascongados como el buen gobierno y la seguridad de la nación*”. Por último, el artículo 6º investía al Gobierno “*de todas las facultades extraordinarias y discrecionales que exija su exacta y cumplida ejecución*”.

Las instituciones forales vascas y el País entero consideraron que esta Ley ponía fin al régimen foral secular de derecho público del que habían disfrutado desde tiempo inmemorial. Las instituciones forales vizcaínas adoptaron una actitud frontalmente contraria a la Ley (la denominada postura “intransigente”), mientras que las guipuzcoanas y las alavesas intentaron negociar adoptando una postura “transigente”. Sin embargo, todas ellas fueron disueltas a lo largo de 1877, siendo sustituidas las Diputaciones Forales por Diputaciones Provinciales. Las instituciones forales vizcaínas fueron las primeras en ser igualadas a las de régimen común, por Real Decreto de 5 de mayo de 1877, en aplicación de la Ley de 21 de julio de 1876. Su artículo 1º dejaba bien claras las cosas: “El gobierno y la administración de los intereses peculiares de la provincia de Vizcaya se ajustará a las leyes y disposiciones que rigen para el de las demás de la Nación”.

Por su parte, las nuevas Leyes Provincial y Municipal de 2 de octubre de 1877 tampoco harían referencia al régimen especial de los territorios forales, si bien todas ellas se caracterizan por un acusado carácter centralizador, estableciendo una estructura provincial que giraba en torno al Gobernador, que lo controlaba casi todo, la Diputación provincial y la Comisión Provincial.

La puesta en marcha de los contenidos de la Ley de 21 de julio de 1876 requería el establecimiento de las quintas y el asunto de la tributación de las tres provincias. Una vez impuestas las quintas, CÁNOVAS, deseaba abordar el tema de la igualdad de la tributación. Para ello dictó el Real Decreto de 13 de noviembre de 1877, por el que se establecía la forma y la cuantía del pago de la Contribución de Inmuebles, Cultivo y Ganadería a las Provincias Vascongadas. Sin embargo, como la Hacienda central no tenía ningún arraigo en los territorios forales y, por tanto, carecía de datos para establecer las sumas de contribución que correspondía pagar a aquellos, se fijaron unilateralmente unos cupos para cada territorio a contar desde el 1 de julio anterior. De esta manera, no se imponía de golpe la fiscalidad del territorio común sino que se irían esta-

bleciendo impuestos poco a poco, permitiendo su artículo 4º a las Diputaciones que propusiesen al Gobierno la forma en que estimasen “... más en armonía con las circunstancias del país para realizar la contribución...”. Además, su artículo 10 decía que antes de cobrar los impuestos todavía no establecidos o sus equivalentes, el Gobierno oiría por separado a las Diputaciones a fin de resolver las reclamaciones procurando que, en lo posible, hubiese acuerdo.

La aplicación del Real Decreto no le planteó problemas a la Diputación Provincial de Bizkaia, puesto que las instituciones forales habían quedado disueltas en el Señorío, pero en las instituciones guipuzcoanas y alavesas, todavía forales, cayó como una bomba, negándose sus Diputaciones Forales a colaborar con su cumplimiento y pidiendo la convocatoria inmediata de las Juntas Generales. La reacción de CÁNOVAS fue fulminante: no permitió la convocatoria de Juntas Generales y disolvió las Diputaciones Forales. Para principios de diciembre, se constituyeron las nuevas Diputaciones Provinciales guipuzcoana y alavesa.

Ahora, las tres Diputaciones Provinciales negociaron por separado con el Gobierno CÁNOVAS, tal y como establecía el Real Decreto. CÁNOVAS ofreció la posibilidad de aceptar un “cupó” para ocho años y esta negociación dio lugar al Real Decreto de 28 de febrero de 1878 que estableció el Primer Concierto Económico. Sin embargo, nada se resolvió en él acerca de las atribuciones administrativas de las Diputaciones vascas, es decir, lo que en aquella época acabó denominándose *Concierto Administrativo*.

2. EL CONCIERTO ECONÓMICO ENTRE 1878 Y 1887

El Real Decreto de 28 de febrero de 1878, que aprobaba el Concierto Económico, era, en realidad, un acuerdo provisional para que las provincias vascas contribuyesen a las cargas fiscales de todo el País. Pero, al carecer la Hacienda central de datos y antecedentes en dichos territorios para poder fijar las cuotas y dada la difícil situación de dichos territorios

tras la guerra carlista, se estableció un período de ocho años con ciertos descuentos sobre la cantidad que el Gobierno central consideraba que les correspondía pagar. Transcurrido ese plazo, la intención del Gobierno CÁNOVAS era que las provincias vascas se homologasen a las demás en cuanto al pago de impuestos. De hecho, el Gobierno no tenía ninguna intención de que este sistema especial se mantuviese en el tiempo, pero como suele ocurrir en este país, una solución que, en principio, era provisional, dura ya 125 años y aún sigue vigente.

Las intenciones del Gobierno estaban bien claras en el primer párrafo del Preámbulo del Real Decreto: *“Establecida la unidad constitucional en las Provincias Vascongadas, verificada la primera quinta, y estándose llevando a cabo los preliminares de la del presente año con la misma regularidad que en las demás del Reino, faltaba sólo que entrasen en el Concierto económico: faltaba que, cuantas manifestaciones tributarias se consignasen en los presupuestos generales del Estado, y cuantos gravámenes pesasen sobre la propiedad, la industria y el comercio, afectasen de igual modo a los naturales de aquel país que al resto de los españoles. Y realizada quedará esta aspiración en un breve término”*. El encaje jurídico del Concierto era la Ley de 21 de julio de 1876 y la autorización que tenía el Gobierno *“para introducir en este punto las modificaciones que estuviesen más en armonía con los hábitos del país”*. Como las exenciones que se habían establecido en la Ley de 1876 para los que habían apoyado a los liberales en la reciente guerra carlista (que se calculaban de forma global sobre el cupo pues era imposible saber exactamente caso por caso quién tenía derecho a la deducción y cuánto le correspondía deducirse), podían durar un máximo de diez años contados desde 1876, por tanto, ocho años más si contamos desde 1878, éstas y el propio Concierto tendrían esta misma duración. Finalmente, el artículo 9º establecía que cualquier otra nueva contribución, renta o impuesto que las Leyes de presupuestos sucesivas estableciesen, serían obligatorias para las provincias vascas y la cantidad que les tocaba pagar se haría efectiva por los medios que el Gobierno determinase, *oyendo previamente a las respectivas Diputaciones Provinciales*.

El verdadero mérito de los negociadores de los distintos Concierptos fue convertir un sistema provisional en algo permanente, hacer del trámite de audiencia un verdadero pacto entre el Estado y las Provincias Vascas y permitir no sólo que la exacción de las contribuciones, rentas e impuestos en estas provincias no fuese la misma que en las demás del reino (como decía el Preámbulo del Real Decreto) sino que las provincias vascas pudiesen tener su propia política fiscal. Todo ello empezó a ser posible porque en el orden político, la situación se había ido normalizando, CÁNOVAS había adoptado una actitud moderada en lo referente a los territorios vascos y las nuevas Diputaciones Provinciales, se mostraban deseosas de colaborar con el Gobierno Central en una clara actitud “transigente”. De ahí que, en virtud del Real Decreto de 4 de noviembre de 1879, se restablecieran en los tres territorios las garantías constitucionales que habían estado suspendidas y el Gobierno renunciase a las facultades discrecionales y extraordinarias de las que había sido investido por el artículo 6º de la Ley de 21 de julio de 1876.

Paralelamente, se inició en esta época la práctica habitual durante la vigencia del Concierto, de introducir excepciones a las leyes generales mediante normas jurídicas de rango inferior, con lo que se fueron creando una serie de especialidades primero económicas y luego administrativas, que darían lugar al célebre “régimen económico-administrativo” derivado del mismo Concierto, que las renovaciones posteriores del mismo se encargarían de preservar.

Y como ejemplo de todo esto, me gustaría traer aquí a colación el asunto relativo a las facultades de las Diputaciones sobre los presupuestos municipales (asunto que, por cierto, es de la máxima actualidad tras la decisión de la Comisión Arbitral Vasca de 10 de abril de 2003 de dar la razón a la Diputación Foral de Bizkaia en la cuestión de competencia presentada por el Gobierno Vasco en relación con la Norma Foral Presupuestaria de las Entidades Locales de Bizkaia). La Real Orden de 8 de junio de 1878, que modificaba la anterior de 12 de diciembre de 1877 (que a su vez había

establecido un régimen especial para las Diputaciones y Comisiones Provinciales vascas en relación con los arbitrios y presupuestos municipales, diferente del régimen común regulado por la Ley de 2 de octubre de 1877) suponía una excepción al artículo 150 de la Ley Municipal para las provincias vascas en relación con la ejecutividad de los acuerdos de las Diputaciones sobre la creación de arbitrios y el control de los presupuestos municipales por parte de las Diputaciones.

Sin embargo, el asunto no era del todo pacífico pues la Circular de 9 de octubre de 1880 dirigida por el Ministro de la Gobernación (ROMERO ROBLEDO) a los Gobernadores Civiles disponía que se aplicasen en las provincias vascas las leyes provincial y municipal, quedando sin efecto la Real Orden de 8 de junio de 1878. El nuevo Gobierno de SAGASTA, en el Informe evacuado por el Ministerio de la Gobernación sobre disposiciones administrativas vigentes en las Vascongadas de 14 de junio de 1881, intentó buscar una conciliación entre el sistema de impuestos establecido en las provincias vascas y las leyes generales, oyendo el parecer del Consejo de Estado y suspendiendo de momento la vigencia de la anterior Circular. Pero el Informe del Consejo de Estado en pleno de 3 de mayo de 1882, resultaba demoledor para las pretensiones de las Diputaciones vascas, pues negaba sus especialidades y especificaba que, mientras el poder legislativo no dijese otra cosa, no había motivos para derogar la Circular de 9 de octubre de 1880.

Finalmente, el legislador sí dispuso otra cosa, puesto que la nueva Ley Provincial de 29 de agosto de 1882 establecía en su Disposición Transitoria Cuarta lo siguiente: “*Mientras subsista el Concierto Económico consignado en el Real Decreto de 28 de febrero de 1878 y las Diputaciones de las Provincias Vascongadas hayan de cumplir las obligaciones que les imponen los artículos 10 y 11 del mismo, se considerarán investidas dichas Corporaciones no sólo de las atribuciones consignadas en los artículos 6º y 10º de la presente ley, sino de las que con posterioridad a dicho convenio han venido ejercitando en el orden económico para hacerlo efectivo*”.

En opinión de la doctrina más autorizada, esta Disposición iba a amparar el régimen concertado durante varias décadas y en el país se entendió que anulaba la Circular de 9 de octubre de 1880 y que restablecía el conjunto normativo formado por el Real Decreto de 28 de febrero de 1878 y la Real Orden de 8 de junio del mismo año. Algo totalmente lógico si se tiene en cuenta que el propio Gobierno dictó la Real Orden de 13 de diciembre de 1882 que en su Preámbulo reconocía que, al amparo de las cláusulas 3ª y 4ª de la Real Orden de 8 de junio de 1878, se ejercitaron estas facultades especiales y, al darse cuenta de que no podían subordinarse todos los ingresos y gastos de los Ayuntamientos a los principios generales de la legislación local, se dictó la Disposición Transitoria 4ª de la Ley provincial. Sus atribuciones serían aquellas que según la Real Orden de 8 de junio de 1878 habían ejercido con posterioridad al Concierto, debiendo, por tanto, entender de la aprobación de cuentas y presupuestos municipales con sujeción a los números 3º y 4º de la mencionada Real Orden. El régimen especial derivado del Concierto Económico, estaba ya en marcha.

3. EL CONCIERTO ECONÓMICO ENTRE 1887 Y 1894

A punto de finalizar la vigencia del Primer Concierto Económico, éste quedó prorrogado hasta el 30 de junio de 1887 por la Ley de 12 de enero de 1886. Las negociaciones con el Gobierno de SAGASTA lograron un acuerdo en el campo del Concierto Económico, pero las Diputaciones pretendían también alcanzar un “Concierto Administrativo” y habían redactado unas Bases para la actualización de las Juntas Generales, Diputaciones y Ayuntamientos. Si el resultado en la negociación del “Concierto Económico” fue satisfactorio, no lo fue tanto en el ámbito administrativo. Así, la Ley de Presupuestos de 29 de junio de 1887 incorporaba en su artículo 14 la renovación del Concierto Económico, si bien en cuanto al Concierto Administrativo, sólo se consiguió que su último párrafo incluyese la siguiente cláusula: *“Para el cumplimiento de las*

obligaciones anteriormente consignadas, las Diputaciones de las tres provincias se considerarán investidas no sólo de las atribuciones establecidas en la ley provincial sino de las que con posterioridad al Real Decreto de 28 de febrero de 1878 han venido disfrutando.” Es decir, no sólo las competencias que estuviesen establecidas de derecho sino también las que “de hecho” venían disfrutando, lo que aunque no era una victoria en el campo administrativo, en la práctica les permitiría gozar de una autonomía administrativa nada despreciable.

La duración del Concierto no estaba determinada, ya que se decía: *“Las provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya contribuirán en lo sucesivo con arreglo al siguiente estado... Cualquiera otra nueva contribución, renta o impuesto que las leyes de presupuestos sucesivos establezcan, obligarán también a las provincias referidas en la cantidad que les corresponda satisfacer al Estado, y se harán efectivas en la forma que el Gobierno determine, oyendo previamente a las respectivas Diputaciones provinciales. Las cuotas podrán modificarse, oyendo a las Diputaciones, por alteraciones sensibles en la riqueza de las provincias, o en las bases de imposición consignadas en los Presupuestos del Estado, en la proporción que corresponda a aquellas alteraciones”.* Esto era más favorable que el artículo 12 del Concierto de 1878 en el que las cuotas podían ser alteradas unilateralmente por el Gobierno cuando lo deseara.

Durante el período de vigencia de este Segundo Concierto Económico, esto es entre los años 1887 y 1894 y en lo que se refiere al régimen económico-administrativo de las provincias vascas, sus atribuciones especiales fueron confirmadas en numerosas ocasiones por el propio Gobierno (Reales Órdenes de 12 de julio de 1886, 29 de julio de 1887, 8 de noviembre de 1887, 17 de mayo de 1887, 27 de agosto de 1887, 18 de mayo de 1888, 29 de septiembre de 1889, 1 de febrero de 1890, 16 de abril de 1890), al resolver recursos de alzada contra acuerdos de las Diputaciones que eran sistemáticamente desestimados. El argumento siempre era el mismo: su régimen especial derivado del Concierto. Veamos algunos ejemplos:

Por ejemplo, en la Real Orden de 12 de julio de 1886, se dice que el Consejo de Estado ya había resuelto, en un informe con el que el Ministerio se había conformado el 23 de noviembre, lo siguiente: "...El Consejo opina que la Diputación Provincial de Vizcaya y las de Alava y Guipúzcoa han de entender mientras subsista el Concierto Económico consignado en el Real Decreto de 28 de febrero de 1878 en el examen y aprobación de los presupuestos y cuentas municipales de los pueblos respectivos, pero con estricta sujeción a los números 3º y 4º de la Real Orden de 8 de junio de 1878".

También en la Real Orden de 29 de julio de 1887 se dice: "Considerando que este Ministerio no puede ni debe conocer del fondo del asunto que se reclama por tratarse de una materia en la cual las Comisiones provinciales vascongadas son las llamadas a resolver, según el Concierto Económico que media con las mismas provincias y sancionado por Real Decreto de 28 de febrero de 1878, en el cual se declara que dichas provincias tienen autonomía para conocer y resolver las cuestiones económicas que ante ellas se susciten..."

Pondré un tercer ejemplo para que se vea que la línea argumental es coincidente en todos. En la Real Orden de 8 de noviembre de 1887 se afirma: "Considerando que según la Ley de 16 de agosto de 1841, Real Orden de 1 de junio de 1876 y Convenio de 28 de febrero de 1878, las Diputaciones de las Provincias Vascongadas y Navarra son las llamadas a resolver en las cuestiones administrativas que se susciten en aquellos territorios..."

Llegamos así a la Real Orden de 8 de agosto de 1891, que fijaba las atribuciones de las Diputaciones vascas en materia de presupuestos y cuentas municipales, enajenaciones de bienes, derechos reales, títulos de la Deuda Pública y contratación de empréstitos. Tras analizar en su Preámbulo, todas las normas existentes hasta entonces, reconocía la especialidad de las provincias vascas en los siguientes términos:

“1º) La Real Orden de 8 de junio de 1878 está vigente en todos sus extremos en virtud de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Provincial mientras dure el Concierto Económico y que, por consiguiente, la aprobación de los presupuestos y cuentas de los Municipios de las Provincias Vascongadas debe verificarse con arreglo a los preceptos, lo mismo el 3º y 4º a que se refiere expresamente la R.O. de 13 de diciembre de 1882, que el 1º y 2º, enlazados de un modo inseparable con los demás.

2º) Que dicha R.O. de 13 de diciembre de 1882, dictada de conformidad con el Consejo de Estado, aunque recayendo sobre expediente particular incoado a instancia de la Diputación de Vizcaya y tan sólo comunicada reservadamente a ésta, es preceptiva para la aplicación e inteligencia de la Disposición Transitoria 4ª de la Ley Provincial. No puede menos de tener carácter general para las tres provincias a cuyo régimen se refiere y debe publicarse en la Gaceta a tenor de lo mandado en el Real Decreto de 7 de marzo de 1851...”

Por su parte, la Real Orden de 21 de febrero de 1892 insistía en el régimen especial de las provincias vascas y la Real Orden de 8 de marzo de 1892, refiriéndose a la Real Orden de 8 de agosto de 1891 en el asunto de los arbitrios y presupuestos municipales llegaba a decir: “... *que la escasa intervención que a los Gobernadores de las Provincias y al Poder Central reserva esta Real Orden, todas las atribuciones que en materia de presupuestos corresponden a los Gobernadores y al Gobierno en las demás provincias, quedan asumidas en las Vascongadas por las Diputaciones y Comisiones Provinciales*”.

Una vez estudiado el asunto relativo a las facultades especiales, hay que mencionar necesariamente las adaptaciones de que fue objeto el Concierto a lo largo de este período de su vigencia. El artículo 14 de la Ley de Presupuestos del Estado de 1887, que regulaba el Concierto, preveía que si se creaban nuevos impuestos, los cupos debían ser modificados, con audiencia a las Diputaciones. Tras la introducción del Impuesto de Alcoholes a través de la Ley de 26 de junio de 1888, hubo que modificar los cupos por Real Decreto de 16 de julio de 1888 y la nueva regu-

lación de la Ley de 21 de junio de 1889 requirió también una pequeña adaptación de los cupos por Real Decreto de 24 de septiembre de 1889. Tras el nuevo Reglamento de 26 de noviembre de 1892, que modificaba otra vez lo relativo al impuesto, la Hacienda central permitió a las Diputaciones vascas, mientras el Concierto no fuera modificado, seguir cobrando el impuesto, pero con arreglo a las nuevas tarifas. Por su parte, las Leyes de 15 y 25 de septiembre de 1892 modificaron los Impuestos del Timbre y de Derechos Reales y Transmisión de bienes respectivamente. También fueron adaptadas al contexto vasco mediante el Real Decreto de 15 de septiembre de 1892, estableciendo las reglas sobre el uso del timbre en las Provincias Vascas y el Real Decreto de 25 de septiembre de 1892, sobre la aplicación del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales y Transmisión de bienes en las Provincias Vascongadas y Navarra.

La Ley de Presupuestos de 30 de junio de 1892 creó el Impuesto del 1% sobre pagos a cargo de Presupuestos del Estado, provinciales y municipales y sobre la fabricación de alcoholes. Por tanto, había que modificar los cupos, y las Diputaciones estaban especialmente preocupadas por el impuesto sobre el 1%, no tanto por su importe sino por cómo se iba a recaudar, teniendo en cuenta que eran ellas quienes controlaban los presupuestos municipales y el control sobre sus propios presupuestos podía verse interferido de alguna manera. Las negociaciones con el Ministro de Hacienda (GAMAZO) concluyeron con el compromiso de éste de aceptar las cantidades acordadas por los Comisionados de las Diputaciones Vascas con los Directores Generales de Contribuciones y de Impuestos del Ministerio de Hacienda, que aparecieron en el Real Decreto de 16 de febrero de 1893. Una vez más, el procedimiento de adaptación del Concierto se hacía de manera pactada. Dice su Exposición de Motivos: “... *Convocadas las Diputaciones provinciales de las mencionadas provincias, en cumplimiento del precepto contenido en el referido artículo 14 de la ley de 1887-1888, que impone al Gobierno el deber de oír las para acordar las formas de hacer efectivos los aumentos aludidos, han acudido éstas al llamamiento,*

y, después de detenida discusión, se han concertado de perfecto acuerdo...". La segunda parte del acuerdo con GAMAZO era que, a su vez, las Diputaciones debían prepararse para ser llamadas a Madrid. Comenzaba, por tanto, la negociación para renovar el Concierto.

4. EL CONCIERTO ECONÓMICO ENTRE 1894 Y 1906

La renovación del Concierto Económico fue aprobada por Real Decreto de 1 de febrero de 1894, bajo el Gobierno de SAGASTA y con GAMAZO como Ministro de Hacienda. La consolidación del régimen económico y administrativo especial de las Provincias Vascas venía a reconocerse en el propio Preámbulo del Decreto: *"... También ha debido el Gobierno reconocer una vez más la independencia económica y administrativa de que las Diputaciones de las tres provincias gozaron casi constantemente y que las leyes de 29 de agosto de 1882 y 29 de junio de 1887 han reconocido y consagrado"*.

Consecuentemente, el artículo 14 del Real Decreto establecía una vez más la conocida cláusula: *"Las Diputaciones provinciales continuarán investidas, así en el orden administrativo como en el económico, de todas las atribuciones que vienen ejerciendo"*. A diferencia de lo ocurrido en la negociación del Concierto de 1887, las atribuciones económico-administrativas no fueron objeto de discusión puesto que el Gobierno confirmó que no tenía ninguna intención de limitarlas. De hecho, la ambigüedad de la cláusula, lejos de ser un obstáculo, resultó ser una ventaja ya que se hacía referencia a las facultades realmente ejercidas, no sólo a las reglamentadas. Parecía que ya nadie discutía el régimen de Concierto Económico, que ya no era algo provisional y transitorio sino una institución consolidada. No se discutía la esencia del Concierto, de lo que se discutía era de impuestos a concertar y de cupos.

En relación con el régimen económico-administrativo especial, las competencias especiales de las Diputaciones siguieron siendo reconocidas durante este período, tanto por el Gobierno (Reales Órdenes de 17

de octubre de 1894, 14 de noviembre de 1894, 18 de diciembre de 1897, 30 de marzo de 1895, 18 de diciembre de 1897, 10 de mayo de 1899, Real Decreto de 25 de octubre de 1900, Real Decreto de 26 octubre de 1901, Real Orden de 14 de agosto de 1902, de 5 de enero de 1903 y la importante Real Orden de 29 de junio de 1906) como por los Tribunales (en Sentencias como las del Tribunal Central de 16 de enero de 1896 o del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1904).

Por su parte, el artículo 10 estableció que cualquier otra nueva contribución que establecieran leyes sucesivas y que no tuviera relación con las encabezadas, obligaría a las provincias vascas, haciéndose efectiva del modo determinado por el Gobierno, oyendo previamente a las Diputaciones; si, por el contrario, las leyes sucesivas suprimían alguna contribución, se dejaría de satisfacer el cupo correspondiente a no ser que, al suprimirse un impuesto, se estableciera otro en equivalencia, representando la misma cuantía, en cuyo caso no habría alteración alguna. El artículo 11 establecía la vigencia de este Concierto hasta el 1 de julio de 1906, siendo sus cuotas inalterables hasta esa fecha (salvo en el caso de los artículos 6 y 10). Pasada esa fecha, podrían modificarse con sujeción al artículo 41 de la Ley de Presupuestos vigente, oyendo a las Diputaciones. Aunque el Concierto vencía el 1 de junio de 1906, como, mientras tanto, había cambiado la fecha del comienzo del año presupuestario (que a partir de 1900 comenzaba el 1 de enero) fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de ese mismo año por Real Decreto de 8 de mayo de 1906.

Durante todo este período, la situación política fue muy difícil. La insurrección cubana en Baire en 1895, la insurrección en Filipinas en agosto de 1896 y el asesinato de CÁNOVAS en 1897, fueron acontecimientos que precedieron al Desastre de 1898. La derrota en Cuba y en Filipinas supuso la liquidación de lo que quedaba del Imperio español y el comienzo de una de las crisis más graves de la historia española. Tras la mayoría de edad del Rey Alfonso XIII y su jura de la Constitución de 1876 en 1902, asistiremos al principio del fin del sistema diseñado por CÁNOVAS para la Restauración, sistema que tenía como fundamentos la

monarquía parlamentaria diseñada por la Constitución de 1876 y el artificial bipartidismo que hizo que los dos grandes partidos, el conservador y el liberal, se fueran turnando en el poder, dando lugar al famoso “turnismo”, basado en la manipulación electoral que tenía mucho que ver con el caciquismo, uno de los problemas endémicos del país.

Volviendo a la realidad instaurada en el País tras la reforma del Concierto Económico, es obligado mencionar las adaptaciones que sufrió en este período. En primer lugar, hay que citar el llamado donativo “voluntario” de 1898. Cuando el Ministerio de Hacienda intentó repercutir también en el Concierto los recargos que se habían establecido en varios impuestos, para hacer frente a la difícil situación generada por la guerra, las Diputaciones Vascas, que se dieron cuenta de que lo prudente era contribuir en circunstancias tan dramáticas a pesar de que el Concierto establecía que los cupos eran inalterables hasta 1906, recurrieron a una nueva versión del “donativo foral” y con carácter extraordinario, por ese año únicamente, ofrecieron 700.000 pesetas. Se trataba de un donativo extraordinario y no de un aumento del cupo. El Gobierno, por Real Orden de 9 de agosto de 1898 aceptó dicha cantidad, consideró que, en esencia, se había cumplido la Ley de Presupuestos de 28 de junio de 1898 (que había establecido los recargos transitorio y de guerra) y, en relación con el nuevo impuesto sobre el alumbrado establecido también por ella, concedió a las Diputaciones un plazo de dos meses para concertarlo. Cosa que finalmente se hizo por separado mediante los Reales Decretos de 1 de febrero de 1899 (para Bizkaia), de 9 de febrero de 1899 (para Gipuzkoa) y de 12 de mayo de 1899 (para Álava).

La reforma fiscal de VILLVERDE en 1900 provocó una nueva adaptación del Concierto. Su reforma fiscal permitió que los ejercicios económicos 1900-1908 se saldaran sin déficit, limitando los gastos e introduciendo importantes cambios en los ingresos: surgió un nuevo impuesto (la Contribución de Utilidades) y perdieron peso específico la Contribución de inmuebles, cultivo y ganadería y la Contribución de consumos, que habían sido la base de la fiscalidad de la segunda mitad del siglo

XIX. Ello suponía que había que adaptar el Concierto a los cambios introducidos, por lo que las Diputaciones fueron llamadas a Madrid a negociar. Finalmente, hubo acuerdo entre las partes, que se plasmó en el Real Decreto de 25 de octubre de 1900.

Parecía que con estos ajustes, no habría ya necesidad de retocar el Concierto hasta 1906, pero en 1904 se produjo un grave conflicto con el gobierno conservador de MAURA por la reforma del Impuesto de Alcoholes. La Ley de 19 de julio de 1904 creaba un impuesto sobre fabricación de alcoholes y otro sobre su consumo. Las Diputaciones pensaban que guardaba relación con los impuestos concertados, mientras que el Gobierno lo negaba. El Gobierno, a través de la Real Orden de 26 de septiembre de 1904, rebajó los cupos de consumos, patentes y contribución industrial por la aplicación de la Ley de Alcoholes, cuyo cobro había reservado para la Hacienda central.

Las Diputaciones, que temían que esta actuación unilateral del Gobierno sentase un peligroso precedente para la negociación de 1906, ya próxima, pretendían concertar el impuesto, pero el nuevo Gobierno no cedió, ya que a través de la Real Orden de 28 de octubre de 1904, afirmó que el Concierto de 1894 seguía subsistente y que la Real Orden de 26 de septiembre de 1904 habría de entenderse, no como una alteración de los cupos concertados sino en el sentido de que la cantidad asignada a cada provincia (es decir, la rebaja en los cupos) le sería abonada en cuenta como equivalencia de las percepciones fiscales alteradas por la nueva ley. De hecho, las rebajas en el cupo no eran muy importantes cuantitativamente, pero era la primera vez que un tributo desaparecía del Concierto, pasando a la administración directa de la Hacienda Central y eso era muy preocupante de cara a lo que pudiera pasar en 1906. El conflicto se politizó hasta el extremo de llegarse a proclamar el famoso manifiesto de las Diputaciones de 16 de diciembre de 1904 que, con la frase final de “UNION Y FUEROS”, iba dirigido al País Vascongado en los siguientes términos:

«Las Diputaciones de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava, cumpliendo un deber imperioso, y no pudiendo en manera alguna prestar su conformidad a las Reales Ordenes dictadas por el Ministerio de Hacienda en veintiséis de septiembre y por la Presidencia del Consejo de ministros en veintiocho de octubre último, con motivo de la aplicación de la ley de alcoholes en estas Provincias, creen llegado el momento de protestar ante el País de la manera más viril, más enérgica y más solemne contra disposiciones que barrenan el Concierto Económico y cercenan nuestra preciada autonomía económica, a fin de que jamás pueda invocarse su silencio, como señal de tácito asentimiento a las mencionadas Reales Órdenes.»

Lo peor de todo era que, en la práctica, el Gobierno MAURA no había aceptado la inamovilidad del cupo y había actuado unilateralmente, lo que cuestionaba la idea que parecía definitivamente consolidada del Concierto como pacto entre el Gobierno y las Provincias Vascas. Y con estas sombrías perspectivas había que afrontar la renovación del Concierto de 1906.

5. EL CONCIERTO ECONÓMICO ENTRE 1906 Y 1925

Los acontecimientos que tuvieron lugar en España entre 1906 y 1925, período de vigencia del Cuarto Concierto Económico, provocaron el colapso del sistema diseñado por CÁNOVAS. Los dos partidos que sostenían el régimen, habían sufrido una atomización progresiva tras la muerte de sus dos líderes carismáticos, lo que imposibilitó que se formasen mayorías parlamentarias sólidas. Entre 1902 y 1917 hubo ocho gobiernos conservadores y doce liberales que se fueron turnando. La situación siguió agravándose: el problema de Marruecos, la Semana trágica, el terrorismo, las huelgas, etc., hasta que en 1923 tuvo lugar el golpe militar de PRIMO DE RIVERA, comenzando así la Dictadura.

En el país vascongado, el conflicto promovido en 1904 en relación con la Ley de tributación de los alcoholes, iba a marcar una nueva época. Ante la oposición de los comisionados vascos a la misma y en ese con-

texto, se va a crear la Liga Foral Autonomista. El 3 de diciembre de 1904, la Liga presentó su Manifiesto, pidiendo la “restauración de nuestra Constitución secular” (art. 1º: “*En la reivindicación completa y absoluta de nuestra Constitución secular, basada en las libertades forales que formaban nuestro antiguo régimen y, por tanto, la organización de sus poderes con arreglo al fuero con sus juntas forales y sus diputaciones elegidas de segundo grado y sólo los Ayuntamientos por elección popular directa...*”) y una Ley paccionada donde se concretase esta situación (art. 2º: “*Una ley paccionada en que se concrete claramente y con permanencia inalterable estas relaciones, sometándose a la soberanía de España como en los tiempos forales, y recabando la autonomía completa en su gobierno interior, con justicia, educación, higiene, administrando sus bienes todos, como son aguas, montes, minas y todos los servicios públicos, según tenga por conveniente*”).

La Liga Foral obtuvo un excelente resultado en Gipuzkoa y si bien no consiguió consolidarse fuera de ella, tuvo mucho que ver con la renovación del Concierto. Por Real Decreto de 8 de mayo de 1906, se aprobó la prórroga de los cupos hasta el 31 de diciembre de 1906, a petición de las Diputaciones vascas, aprovechando también para adaptar el sistema de Concierto a las fechas de inauguración y término del año económico, establecidas por la Ley de 28 de diciembre de 1899, con la previsión de que en noviembre de 1906 se reanudarían las negociaciones para la renovación del mismo. Las negociaciones con el Ministro de Hacienda (NAVARRO REVERTER) fueron acompañadas de gestiones ante el Presidente del Consejo de Ministros y ante el propio Rey Alfonso XIII. Finalmente, se llegó a un acuerdo, materializado en el Real Decreto de 13 de diciembre de 1906, por el que se aprobaba la renovación del Concierto. Su artículo 1º repetía la conocida fórmula paccionada: “*Se aprueba el Concierto Económico celebrado entre los representantes de las Diputaciones de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava y la Comisión de Gobierno nombrada por Real Orden de 14 de noviembre de 1905*”. Por su parte, el plazo de vigencia del Concierto se establecía en el artículo 12, fijándose cuotas inalterables hasta el 31 de diciembre de 1916. Desde ese momento,

sufrirían un aumento de 500.000 pesetas hasta el 31 de diciembre de 1926. Transcurrida esa fecha, podrían modificarse según lo establecido en el art. 41 de la Ley de 5 de agosto de 1893 (es decir, el Gobierno quedaba facultado para incluir en el Concierto los impuestos que cobraba la Hacienda, si bien los cupos fijados no podían ser inferiores a la recaudación que obtendría por ellos la Hacienda Central).

En lo que se refería al régimen económico-administrativo, el artículo 15, introducía un pequeño cambio en la fórmula tradicional, con la añadidura de un segundo párrafo novedoso, a propuesta del Ministro de Estado (PÍO GULLÓN), que limitaba dichas atribuciones puesto que no podían estar en contradicción con los tratados internacionales ratificados por España. Decía así:

“Las Diputaciones de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava continuarán investidas, así en el orden administrativo como en el económico de todas las atribuciones que vienen ejerciendo.

No obstante, no podrán adoptar disposición alguna tributaria que se halle en contradicción con los pactos internacionales, ajustados por España con las naciones extranjeras”.

La importancia de este artículo en la historia del Concierto es tal que aún se mantiene en la actual redacción del Concierto Económico, aprobada por Ley 12/2002, de 23 de mayo, incorporado a su Disposición Adicional Tercera. En cuanto a las facultades en los órdenes económico y administrativo reconocidas en este artículo 15, hay que decir que el régimen especial se había consolidado definitivamente y fue reconocido por el Gobierno (por ejemplo, en las Reales Órdenes de 10 de diciembre de 1909 y 8 de febrero de 1915, en el Real Decreto de 23 de agosto de 1916 y en las Reales Órdenes de 3 de abril de 1919 y 14 de julio de 1921). Por su parte, los Tribunales lo confirmaron también en numerosas ocasiones como, por ejemplo, en las Sentencias del Tribunal Provincial Contencioso de Vizcaya de 1 de marzo de 1910, del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1910 (confirmatoria de la anterior), del

Tribunal Provincial de Guipúzcoa de 17 de diciembre de 1915, del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1917 (confirmatoria de la anterior), del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1916 y de 26 de diciembre de 1919, del Tribunal Provincial de Vizcaya de 25 de octubre de 1923 y del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1924 (confirmatoria de la anterior) y de 2 de octubre de 1925.

En cuanto a la segunda parte del Concierto, es decir, el asunto de la reintegración foral, las negociaciones con el Ministro de la Gobernación (ROMANONES) se vieron condicionadas por la inestabilidad gubernamental. Éste se comprometió, tomando como base el artículo 4º de la Ley de 21 de julio de 1876, a promover en el Consejo de Ministros la aprobación de un Real Decreto invitando a las Diputaciones Vascas a informar al Gobierno sobre el régimen foral. Sin embargo, este Real Decreto nunca llegó a ser aprobado. A finales de enero de 1907, entró en funciones un nuevo gobierno, esta vez no liberal sino conservador, presidido por MAURA, lo que no resultaba nada propicio para abordar la negociación de este tema. Las Diputaciones fracasaron en su intento de reintegración foral, aunque en Álava se llegaron a constituir las Juntas de Procuradores de Hermandad, que sugieren de algún modo la pervivencia de una cierta foralidad. Si bien tenían carácter consultivo y no tuvieron una gran influencia práctica en la administración provincial, han sido consideradas por la doctrina como una clara muestra de la pervivencia de la foralidad en la Restauración y de la consolidación de un régimen administrativo especial que iba más allá de las facultades derivadas del Concierto Económico.

Sin embargo, las reivindicaciones de restauración foral chocaban con lo que el Gobierno pretendía ofrecer para hacer frente a uno de los problemas básicos de la historia española de los últimos siglos: la articulación territorial de España. El Gobierno quiso hacer frente al problema con un tímido Proyecto de Ley de Administración Local, elaborado por MAURA, que intentaba dar satisfacción al regionalismo, permitiendo la articulación de regiones mediante la fórmula de la Mancomunidad de provin-

cias a las que se delegaba la ejecución de competencias. MAURA, que no era partidario de reconocer al País Vasco ningún derecho histórico, hizo saber que en el texto del proyecto, a través de un artículo adicional, se establecía la tradicional cláusula de que las Diputaciones Vascas, mientras estuviera vigente el Concierto Económico, seguirían investidas de las atribuciones especiales de las que disfrutaban. De este modo, aceptaba mantener el “statu quo” pero no estaba dispuesto a entrar en el meollo del problema: la cuestión foral. En cualquier caso, el Proyecto nunca fue aprobado puesto que MAURA tuvo que dimitir, con lo que todo el asunto quedó en nada.

Se acababa de renovar el Concierto y, sin embargo, comenzaron los primeros problemas en su aplicación, ya que las Diputaciones vascas tuvieron que hacer frente a algunas iniciativas del Gobierno que, a su entender, vulneraban sus atribuciones, como, por ejemplo, las relativas a las reformas del Impuesto del Timbre (modificado por Real Decreto de 14 de diciembre de 1906), o cuando se declaró obligatorio el Impuesto de Utilidades a las compañías domiciliadas en territorio vascongado cuando tuviesen negocios tanto dentro como fuera de las provincias vascas (según lo establecido por la Real Orden de 25 de junio de 1909). En particular, consideraban que el artículo 3º de dicha Real Orden vulneraba el Concierto y además, había sido dictada sin audiencia previa de las Diputaciones. Éstas pretendieron su derogación o modificación pero sus gestiones ante el Gobierno fueron difíciles, si bien la intervención de destacadas y muy influyentes personalidades vascas con buenos contactos en Madrid, acabarían dando lugar a un acuerdo ventajoso para los intereses de las tres Provincias.

De hecho, el Consejo de Estado aprobó un dictamen que fue recogido en la Real Orden de 22 de marzo de 1910 sobre la aplicación de la Contribución de Utilidades a las sociedades domiciliadas en las provincias vascas. La Resolución era favorable para los intereses de las sociedades vascas, de tal manera que tendrían que pagar a la Hacienda central por las actividades industriales desarrolladas en territorio común, pero

no por las que tuvieran lugar en las Provincias vascas y en el extranjero. Naturalmente, estas sociedades pagarían impuestos a las Diputaciones vascas pero no las Utilidades. Sin embargo, el éxito no fue completo porque hubo que ceder en la cuestión de la audiencia previa de las Diputaciones, ya que el Consejo de Estado afirmaba que la audiencia de las Diputaciones no era necesaria para dictar la Real Orden de 25 de junio de 1909 puesto que no menoscababa el Concierto, ya que sólo pretendía establecer las reglas que el Gobierno Central debía adoptar para fijar el criterio de las oficinas de Hacienda en relación con la Contribución de Utilidades exigible a Compañías y Sociedades domiciliadas en las provincias vascas. Finalmente, la Disposición Transitoria 1ª del Real Decreto de 25 de abril de 1911 regulaba el régimen jurídico aplicable a las Compañías domiciliadas en territorio vascongado.

El siguiente problema se planteó con el intento del Gobierno central de suprimir el Impuesto de consumos, lo que afectaba a un elemento clave en la financiación de las Diputaciones Vascas. La Ley de 12 de junio de 1911 suprimía el Impuesto de Consumos, si bien, afortunadamente, su Disposición Transitoria 5ª establecía que no se entenderían modificados por dicha Ley los regímenes especiales de las Provincias Vascongadas y de Navarra.

Donde sí se presentaron graves problemas fue en el tema de la Contribución de Utilidades que pagaban las compañías navieras. En este caso se producía una doble imposición, ya que la Hacienda central decía que se trataba de un nuevo impuesto o de la modificación de otro, entendiéndose que no estaba incluido en el Concierto (y sometido al impuesto del 7,70% sobre los beneficios obtenidos), mientras que las Diputaciones vascas entendían que se trataba de una actividad sujeta a un impuesto concertado (cobrándoles el 3% sobre los beneficios repartidos). Finalmente, se llegó a un acuerdo entre las partes que consistía en un aumento del cupo vizcaíno desde el 1º de enero de 1913 de 90.000 pesetas anuales, por la parte de las actividades no exentas, para evitar la doble imposición. Además, se entendían comprendidas en el Concierto todas

las Sociedades navieras anónimas y comanditarias por acciones establecidas en las provincias vascongadas hasta el 1 de enero de 1913 y las que en lo sucesivo se estableciesen, por la totalidad de sus operaciones, en cualquier lugar que éstas se realizasen (prohibiéndose los traslados fraudulentos de domicilio social de territorio común a territorio vascongado y estableciéndose un aumento proporcional en el cupo de 90.000 pesetas si el conjunto de las flotas de las navieras vascongadas aumentaban el 50% del tonelaje que tenían en aquella fecha).

Se definía a la Sociedad Naviera Vascongada como aquella que se dedicaba exclusivamente a la navegación o también a otros negocios incluidos en el Concierto a los pertinentes efectos tributarios, siempre que estuviese domiciliada en las Provincias Vascongadas y tuviese sus buques matriculados en alguno de los puertos de aquéllas. Por último, se consideró este acuerdo como una adición al Concierto de 1906 (rigiendo por tanto hasta el 31 de diciembre de 1926), a través del Real Decreto de 23 de octubre de 1913.

En 1916, según lo previsto en el artículo 12 del Real Decreto de 13 de diciembre de 1906 por el que se había renovado el Concierto Económico, tocaba aumentar el cupo en 500.000 pesetas. Por su parte, en el bienio 1917-1919 las cuestiones principales que afectaron a las Diputaciones tuvieron que ver con dos asuntos bien relevantes, uno de hondo calado político y otro de contenido económico: el movimiento a favor de un Estatuto de Autonomía, con el famoso Mensaje de las Diputaciones de 1917 y el problema que se planteó en relación con el pago de la Contribución de Utilidades por parte de las Compañías Extranjeras y de las Compañías Nacionales por actividades en el extranjero.

Comenzando por el célebre asunto del Mensaje de las Diputaciones Vascas, hay que decir que, en medio de la profunda crisis española de 1917, las Diputaciones vascas, reunidas en Vitoria en el mes de noviembre, decidieron elevar al Gobierno su famoso Mensaje. El Mensaje de las Diputaciones Vascas al Gobierno de S.M., entregado por los parlamentarios vas-

cos y los presidentes de las Diputaciones vascas a GARCÍA PRIETO, presidente del Gobierno liberal, el 17 de diciembre de 1917, pedía en primer lugar, la restauración foral y después, dejando siempre a salvo nuestros derechos, y en el caso de no poder obtenerla, se apuntaban las características que debería tener una autonomía para las provincias vascas. Comenzaba el Mensaje con la petición de la más amplia autonomía posible: *“Las Diputaciones de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava, unánimes en su aspiración a obtener, dentro de la unidad de la Nación española, las más amplias facultades autonómicas para el feliz y próspero desenvolvimiento de los intereses que les están encomendados, facultades que podrán ser ejercidas ya por las Diputaciones o por los organismos que se establezcan en el País para sustituirlas, ya por los Ayuntamientos, cada cual dentro de su esfera propia...”*.

Posteriormente, se recordaba cómo se mantuvo siempre ese anhelo de autonomía y cómo cuando desaparecieron esas instituciones, siempre con enérgicas protestas vascas, se tuvo que reconocer el régimen especial de los Conciertos Económicos con su régimen económico y administrativo especial. Sin embargo, no era suficiente y se pedía “el restablecimiento de sus instituciones seculares, de sus Fueros, feliz expresión y fórmula de la libertad del País Vasco”. Planteaba después que, si fuese imposible la completa reintegración foral, las Diputaciones pedían una autonomía mucho más amplia que la que existía en aquel tiempo, proponiendo un desglose de competencias entre el Estado y las Diputaciones, aclarando en todo caso que este nuevo sistema no implicaba una renuncia al régimen de Conciertos Económicos, que se juzgaba indispensable.

El Mensaje de las Diputaciones Vascas sufriría, sin embargo, un penoso olvido. Entregado al Gobierno de GARCÍA PRIETO, el cambio de gobierno y la inestabilidad de los sucesivos gabinetes hizo que el Mensaje cayese en saco roto. Hubo, sin embargo, nuevos impulsos en pro de la autonomía. Así, el 3 de noviembre de 1918, los diputados nacionalistas vascos presentaron en el Congreso un Proyecto de Ley, pidiendo la restauración foral. Su artículo 1º establecía la derogación de la ley de 25 de Octubre de 1839 y cuantas disposiciones se habían dictado para ejecu-

tarla o desarrollarla; el art. 2º establecía que las Diputaciones provinciales de Alava, Gipuzkoa y Bizkaia, y la Diputación Foral de Navarra, determinarían el régimen de transición con arreglo al cual se constituirían los organismos que en ellas hubieran de actuar; por último, el art. 3º autorizaba al Gobierno para que conviniese con las representaciones de las cuatro provincias las bases “en que ha de descansar la mutua y cordial convivencia de aquellos territorios con el Estado español”.

En medio de todo esto y por Real Decreto de 18 de diciembre, ROMANONES creó la denominada Comisión extraparlamentaria, que pretendía resolver armoniosamente las demandas de autonomía catalanas y vascas. La subponencia vasca de la misma, compuesta por ORUETA (liberal romanonista), SENANTE (integrista) y CHALBAUD (nacionalista) redactó un Dictamen que seguía a grandes rasgos la línea del Mensaje de las Diputaciones de 1917.

Así, el art. 1º aludía, en lo que constituye un precedente más de la actual Disposición Derogatoria 2ª de la Constitución de 1978 hoy vigente, a que quedaban derogadas las leyes de 19 de septiembre de 1837 y 25 de octubre de 1839, quedando sin efecto en cuanto a Álava, Gipuzkoa y Bizkaia y a todos sus municipios, cuantas leyes y disposiciones modificaron su régimen y funcionamiento, reintegrándoseles todas las atribuciones de que gozaban antes de aquellas leyes, dentro de la unidad de la nación española. El art. 2º establecía que quedaban restaurados los organismos forales con todos sus derechos y atribuciones. Serían ellos quienes determinarían su régimen, constitución, funcionamiento y fijación, de acuerdo con el Gobierno, determinando también la adaptación a la época actual de sus relaciones de derecho con el Estado. Por último, el artículo 3º investía provisionalmente a las Diputaciones vascas de esas competencias hasta que se constituyesen las Juntas Generales de las tres provincias.

En la misma línea del Mensaje de las Diputaciones de 1917, preveían, por si la petición de restauración foral no fuese acogida, ocho Bases que constituirían una solución autonómica. En cuanto a la materia que nos

afecta, su artículo 7º establecía un sistema tributario de corte concertado. El proyecto era ambicioso y la Comisión no lo aceptó pero la subponencia vasca mantuvo entonces su informe como voto particular, mientras la mayoría votaba la fórmula propuesta por ALCALÁ ZAMORA que, en suma, remitía, en lo tocante a las atribuciones propias de las instituciones vascas, a lo establecido para los territorios de régimen común. Finalmente, el Gobierno ROMANONES presentó al Congreso un Proyecto de Ley de autonomía, basado estrictamente en el de la Comisión extraparlamentaria. Sin embargo, la situación política era muy comprometida. En Cataluña, la Mancomunidad Catalana había aprobado su propio Estatuto de Autonomía. La Lliga presentó en el Congreso, a la vez que se presentaba el Estatuto Regional, su Estatuto catalán y los diputados vascos mantuvieron el texto de la subponencia como “voto particular”. ROMANONES presentó su dimisión en abril de 1919 y todo este asunto volvió a caer en el olvido.

En cuanto al tema de carácter económico al que me refería anteriormente, un nuevo motivo de discordia se presentó en la interpretación del Concierto: el Ministerio de Hacienda reclamaba el cobro de las Utilidades a las Compañías extranjeras que desarrollaban actividades económicas en las provincias vascas y a las demás creadas después de 1900, al interpretar que no estaban incluidas en el Concierto, mientras que las Diputaciones vascas mantenían la postura contraria. A pesar de todas las negociaciones, el Gobierno decidió desestimar la petición de la parte vasca y unilateralmente, por Real Orden de 16 de marzo de 1918, estableció que las Sociedades no constituidas en territorio vasco y con domicilio social en el extranjero tenían que pagar las Utilidades al Ministerio de Hacienda. Sin embargo, este asunto pasó un tanto desapercibido, pues la campaña autonomista iniciada en 1917 ocupaba toda la atención de la opinión pública. En 1919, y con este frente todavía abierto, el Ministro de Hacienda (GÓMEZ ACEBO Y CORTINA), Marqués de Cortina, firmó un importantísimo Real Decreto, que si bien no estaba directamente relacionado con el asunto de las Utilidades, sirvió no sólo

como instrumento para resolver ese problema concreto sino que también permitió preservar el régimen económico-administrativo especial derivado del Concierto. Es el conocido como Decreto CORTINA, sin duda, la norma jurídica más importante de este período para ratificar el carácter pactado del Concierto. Este famoso Real Decreto de 6 de marzo de 1919 reconoció expresamente que el Concierto era un pacto entre el Gobierno y las Provincias Vascas y, en consecuencia, estableció un procedimiento específico (bilateral y pactado) para solventar cualquier duda que pudiera surgir en el futuro en relación con la interpretación del mismo.

Su importante Exposición de Motivos dice así: “Desde la promulgación del Real Decreto de 13 de Diciembre de 1906, que contiene el Concierto económico vigente entre el Gobierno y las Provincias Vascongadas, ha venido entendiéndose que cualquier duda en la aplicación de los artículos que abarca la citada soberana disposición habría de dilucidarse, a ser posible, de común acuerdo y siempre con la formal audiencia de los legítimos representantes de las aludidas provincias (...) Siempre viene rigiendo el mismo espíritu y dominando en estas materias, aun dentro de la Ley de 21 de julio de 1876, *que abolió los Fueros*, (el carácter abolicionista de la Ley de 1876 viene expresamente reconocido aquí), y él corresponde al concepto jurídico y político del Concierto convenido por decreto-ley, que no es un arrendamiento de servicios, sino un acuerdo inserto en una Ley, y que sólo puede alterarse por otra disposición que tenga sus caracteres. *Genéricamente ninguna interpretación puede dar una de las partes al contrato por su sola autoridad, y si bien es cierto que en el pacto de referencia, si el conflicto se produce, la última palabra de la resolución administrativa corresponde al Estado, no lo es menos que cualquiera que se tome sin oír a las Provincias Vascongadas infiere agravio al concepto jurídico del Concierto*”.

De conformidad con esta concepción bilateral, el Real Decreto establecía en su artículo 1º que las cuestiones que surgiesen entre el Gobierno y las Provincias Vascongadas con motivo de la interpretación del

Concierto se resolverían siempre de acuerdo entre el Ministerio de Hacienda y la representación de dichas provincias, y cuando no se pudiera llegar a un acuerdo, la última decisión se tomaría por el Gobierno a través de expediente, oyendo siempre a las Provincias, oralmente o por escrito. Si se hacía oralmente, se levantarían Actas y en la última, constaría si había o no acuerdo, y tras oír al Consejo de Estado en pleno, el Ministro de Hacienda dictaría la resolución final que podría ser recurrida por las Diputaciones mediante la presentación de un recurso contencioso-administrativo. Por su parte, el art. 2º establecía que ni la Administración ni las Diputaciones podrían tomar por sí válidamente iniciativas que se refiriesen a la aplicación del Concierto Económico, y si las adoptaban, quedarían en suspenso mientras no se concluyese el expediente tramitado según el procedimiento previsto en el artículo 1º. Como ha destacado la doctrina más autorizada, la concepción del Concierto como contrato y las alusiones a la bilateralidad del mismo, suponían una concepción del Concierto que el Ministerio de Hacienda nunca había reconocido oficialmente hasta entonces.

Además permitía a las Diputaciones bloquear la ejecución unilateral de cualquier disposición que entendieran perjudicial para el Concierto hasta no completarse todo el procedimiento previsto en el Decreto, incluyendo el obligatorio trámite de audiencia a las Diputaciones y el dictamen preceptivo del Consejo de Estado en pleno. En otras palabras, no debía volver a ocurrir lo sucedido, por ejemplo, con la Real Orden de 16 de marzo de 1918 en relación con el conflicto surgido por la Contribución de Utilidades. El Decreto CORTINA permitió encaminar el asunto de las Utilidades de las Compañías que actuaban fuera del territorio vascongado, solucionándose el problema a través del Real Decreto de 28 de julio de 1920, que adoptó el criterio de la territorialidad.

Como las leyes de 29 de abril de 1920 habían establecido modificaciones de tarifas tanto en las Utilidades como en la Contribución de Industria y Comercio, ello exigía una modificación del Concierto. El artículo 5º del Real Decreto establecía el trámite de audiencia de las

Diputaciones para esta adaptación concreta, mientras que el artículo 6º recogía la cláusula del trámite de audiencia mientras durase el régimen concertado (es decir, hasta el final de 1926) para la adaptación del Concierto a las reformas tributarias a las que eventualmente pudieran dar lugar nuevas leyes. En el caso concreto de las leyes de 29 de abril de 1920 y una vez oídas las Diputaciones, la Real Orden de 30 de agosto de 1920 fue la encargada de la adaptación del Concierto a la nueva situación tributaria. Así, se fijaban en ella los aumentos del cupo, (que se declaraban invariables a partir de entonces hasta el 31 de diciembre de 1906, según lo establecido en el Real Decreto de 13 de diciembre de 1906 regulador de la renovación del Concierto Económico), se concertaban también nuevos impuestos y se declaraba que las modificaciones, ampliaciones y recargos que las leyes de 29 de abril establecían sobre los tributos concertados no serían exigibles en las provincias vascas. No habría ya más modificaciones hasta la renovación del Concierto prevista para 1926.

En cuanto a los acontecimientos históricos en los últimos años de este período, la descomposición del sistema diseñado por CÁNOVAS para la Restauración era evidente: tras el asesinato de DATO, el desastre de Annual, la inestabilidad gubernamental, etc., España se encaminaba hacia la Dictadura. Efectivamente, el 13 de septiembre de 1923, se produjo el golpe de Estado del general PRIMO DE RIVERA y la instauración de la Dictadura militar, que conllevó la disolución de Ayuntamientos y Diputaciones, disolución que no afectó a las Diputaciones vascongadas ni a la Diputación navarra. En plena Dictadura, volvieron a plantearse tanto la cuestión autonómica como la cuestión del Concierto Económico (que tocaba renovar).

En cuanto a la cuestión autonómica, PRIMO DE RIVERA había pedido el 27 de noviembre un memorial en el que se concretasen las aspiraciones de autonomía, lo que hizo que las Diputaciones vascas se pusieran de acuerdo para redactar cada una un texto por separado, concertándose después. Es entonces cuando va a surgir otro documento importante en la historia de la autonomía vasca: la Memoria de la Diputación de

Guipúzcoa al Directorio militar de 1923. La Diputación guipuzcoana había tomado la delantera en la defensa de la autonomía y aprobó el Proyecto en su sesión de 29 de diciembre de 1923. Una vez más, y siguiendo con la trayectoria que se inició en el Mensaje de las Diputaciones de 1917 se recogía en ella la formulación bipartita (foralidad/autonomía).

En sus Bases, se hacía referencia a la existencia de la región vascongada, entidad política que abarcaba dichos territorios vascos, con respeto exquisito a cada una de sus provincias y se establecían también las competencias de la administración de la región. En materia financiera y tributaria, se permitía la emisión de Deuda Pública y la creación y reglamentación de todos los impuestos excepto aquellos que el Estado se reservase para sí, con la única limitación de no contravenir los tratados internacionales en esta materia. Su Base Décima establecía un sistema de cupo en las relaciones económicas con el Estado y la Base Undécima mantenía el Concierto Económico en vigor mediante Real Decreto de 13 de diciembre de 1906. Álava aprobó el proyecto, pero en Bizkaia, la labor de zapa de la Liga Monárquica, que dominaba la Diputación, acabó con el intento. El Proyecto fue enviado al Directorio pero, una vez más, cayó en el olvido.

Finalmente, es obligado citar aquí dos textos jurídicos relevantes en la historia de la evolución local en España, frutos de la activa intervención de CALVO SOTELO: se trata de los Estatutos Municipal y Provincial de 1924. El Real Decreto-ley de 8 de marzo de 1924 aprobaba el Estatuto Municipal. Sin embargo, los Ayuntamientos vascos, sometidos al control de las Diputaciones, requerían que se realizasen adaptaciones de la novedosa normativa general a su situación particular. El propio Estatuto Municipal lo preveía en su Disposición Transitoria 26^a: “*Seguirán en vigor los regímenes especiales de las exacciones municipales de las Provincias Vascongadas y Navarra*”. Pero no se decía nada de las competencias especiales en materia económico-administrativa, exclusión deliberada si atendemos a las propias palabras de CALVO SOTELO, quien decía que los Ayuntamientos vascos “... por fuerza habían de organizarse al margen del Estatuto tratándose de ayuntamien-

tos vinculados financieramente a la Diputación correspondiente... pero en cambio me opuse a que se hiciera singularización alguna, como se pretendía, en el orden económico administrativo”.

A pesar de ello, las adaptaciones del Estatuto Municipal a las especialidades vascas fueron inevitables: la Real Orden de 14 de abril de 1924 establecía en su art. 1º que el Estatuto Municipal regiría en las tres provincias “*en todo lo que no se oponga a las especialidades de carácter económico y administrativo que caracterizan el régimen de aquellas, conforme al Real Decreto de 13 de diciembre de 1906*”. Se daba además un plazo de dos meses a las Diputaciones vascas para que, oyendo a los Ayuntamientos, aprobasen las Ordenanzas que armonizarían su régimen económico-administrativo con la autonomía concedida a todos los Ayuntamientos de la Nación, siendo elevadas éstas a la aprobación del Gobierno para que quedase así garantizada la autonomía de los Ayuntamientos vascos según los principios generales del Estatuto municipal.

Así se llegó al Real Decreto de 21 de octubre de 1924 por el que se adaptaba el Estatuto municipal al régimen económico vascongado. Su Preámbulo seguía afirmando que se respetaba el sistema de exacciones municipales vigente en las tres provincias, de acuerdo con la Disposición Transitoria 26ª del Estatuto Municipal, si bien hacía dos precisiones: en primer lugar, debía recogerse en un texto único el régimen de exacciones que regiría en cada provincia tras acuerdo entre cada Diputación y sus Ayuntamientos; en segundo lugar, si en el régimen general el Estado se reservaba un cierto control de los ayuntamientos en el ámbito económico por órganos jurídico-técnicos, en el caso de las tres provincias vascas se permitía a las Diputaciones que creasen órganos con amplias competencias en esta materia salvo las reclamaciones relativas al establecimiento de arbitrios o impuestos. En suma, permitía a cada Diputación establecer unos organismos económico-administrativos autónomos que agotaban la vía administrativa y que eran competentes en el examen y aprobación de los presupuestos y ordenanzas municipales y para resolver las reclamaciones formuladas contra ellos, así como los relativos a la percepción, aplicación y

efectividad de los arbitrios e impuestos municipales. En cualquier caso, el Real Decreto terminaba con una disposición final que incluía una cláusula de supletoriedad del Estatuto Municipal respecto al régimen especial de las provincias vascas: *“En todo lo que no esté expresamente previsto por el presente Real decreto, el Estatuto municipal será aplicable a los Ayuntamientos vascongados que, por consiguiente, habrán de disfrutar de los mismos derechos otorgados a las Corporaciones municipales de régimen común”*.

La Dictadura también aprobó el Estatuto Provincial, por Real Decreto de 20 marzo de 1925. En él, se concebía a la provincia como una entidad legal a la que se otorgaba, además de sus competencias tradicionales, aquellas que no fuesen exclusivas de los municipios y las que el Estado quisiera delegarle. Además, establecía un nuevo concepto jurídico: el de “región”, que no era suma de provincias sino de municipios, ya que su artículo 304 preveía que serían los municipios de varias provincias limítrofes con términos que formen territorio contiguo y tengan intereses comunes que les den fundamento económico o natural, los que podrían constituir las regiones para realizar los fines de carácter local regulados en la ley y los que realizaba el Estado que no fuesen intrasferibles por razones de soberanía. Ante la poca claridad de lo relativo a la región, las Diputaciones vascas se conformaron con que se incluyese una cláusula de salvaguardia en el texto. Y así se hizo a través de la Disposición Transitoria 11ª que afirmaba: *“Las Diputaciones Vascongadas conservarán las facultades que les concede su régimen especial de Concierto económico con el Estado, en lo que difieran de esta Ley, no siéndoles aplicables los preceptos de la misma que entrañen alteración del vigente régimen tributario”*.

6. EL CONCIERTO ECONÓMICO ENTRE 1925 Y 1937

El período de vigencia del Concierto tras su última renovación antes de la Guerra Civil española, conoció dos grandes etapas históricas: la de la Dictadura y el final de la Monarquía alfoncina y la correspondiente a la II República española. La primera etapa, la que abarca desde la Dicta-

dura primorriverista hasta la caída de la Monarquía, comenzó con las negociaciones para la renovación del Concierto, que hubieron de adelantarse a causa de la quiebra del Crédito de la Unión Minera. Siendo muchos los afectados por ella, sobre todo pequeños y medianos ahorradores, la Diputación vizcaína tuvo que hacer frente a la situación con la colaboración de las Diputaciones hermanas. La solución pasaba por una emisión de Deuda que sirviera para cubrir los daños producido por tan enorme “crack”. Los Bancos, Corporaciones y toda suerte de entidades económicas, apoyaron la idea pero, como la solidez de la garantía que daba la Diputación de Bizkaia dependía del Concierto Económico que concluía su vigencia en 1926, y como no se sabía si continuaría o no, y si continuaba, cuál sería el importe del cupo a pagar, hubo que adelantar las negociaciones del Concierto.

Las Diputaciones Vascas no habían sido disueltas por la Dictadura y sus especialidades económicas habían sido respetadas, tal y como acabamos de comprobar al analizar la Disposición Transitoria 11ª del Estatuto Provincial. El Directorio había aceptado renovar el Concierto siempre que las Diputaciones (en especial la Diputación de Bizkaia) acudiesen a “tapar” el agujero de la quiebra del Crédito de la Unión Minera, todo ello con la destacada mediación de Horacio ECHEVARRIETA. Las difíciles negociaciones dieron lugar a acordar unas Bases, sobre las que, el año siguiente, al finalizar la vigencia del Concierto (1926) se fundamentaría el acuerdo definitivo. En esta primera fase se trataba de fijar el montante total de los cupos (sin desglosar las cantidades) y el período de vigencia del Concierto. De este modo, las Diputaciones (sobre todo la de Bizkaia) tendrían ya la suficiente cobertura económica para negociar con las entidades financieras su participación en el empréstito destinado a hacer frente a la situación provocada por la quiebra del Crédito de la Unión Minera.

Tras arduas negociaciones, se llegó a un acuerdo que se plasmó en el Real Decreto de 9 de junio de 1925, que estableció las Bases del Concierto Económico. Un Concierto con un período de vigencia de 25 años a contar desde el 1 de enero de 1927 (Base Primera), por cuarenta

millones de pesetas líquidos con aumentos quinquenales de medio millón (Base Segunda). Se incluían dentro del Concierto los mismos tributos concertados hasta entonces y se le añadía la tarifa 2ª de la Contribución sobre las Utilidades de la riqueza mobiliaria (Base Tercera). En caso de nuevas contribuciones, éstas obligarían a las Diputaciones, que serían oídas previamente a su aplicación y, si se eliminaba algún tributo, se descontaría del cupo salvo que fuese reemplazado por otro similar (Base Octava). Finalmente, se transfería a las Diputaciones el cobro de las Cédulas Personales, según lo previsto en el artículo 226 del Estatuto Provincial. Por su parte, y en lo referente al régimen económico-administrativo especial, en la Base Séptima se recogía la confirmación de las competencias especiales que poseían las Diputaciones Vascas con una fórmula tradicional: “*Quedan subsistentes las facultades que en el orden económico y administrativo reconoció a las Diputaciones Vascongadas el artículo 15 del Real Decreto de 13 de diciembre de 1906*”. Por último, el artículo 1º nombraba una Comisión Mixta compuesta por representantes de las Diputaciones vascas y por representantes del Ministerio de Hacienda, presidida por el Subsecretario de Hacienda para que en un plazo razonable, procediese a la redacción detallada del nuevo Concierto sobre las bases antes indicadas.

Una vez constituido en diciembre de 1925 el Directorio civil de PRIMO DE RIVERA, con CALVO SOTELO como ministro de Hacienda, había que retomar las negociaciones con el nuevo Gobierno para llegar a un acuerdo sobre el Reglamento del Concierto. Estas duras negociaciones, que se prolongaron durante casi dos meses y medio, dieron lugar al Reglamento del Concierto Económico, aprobado mediante Real Decreto de 24 de diciembre de 1926. El artículo 2º del Reglamento recogía la vigencia del Concierto para veinticinco años (1927-1951) y el artículo 3º los aumentos del cupo inicial por quinquenios, según lo establecido en las Bases, hasta llegar a los 50 millones de pesetas en el año 1951, último del *presente* Concierto –se decía– y no último del Concierto como aparecía en las Base Segunda de 1925 (lo que suponía que el Reglamento acogía por fin la idea vascongada que el Concierto se trataba de un régimen permanen-

te que debía ser actualizado cada cierto tiempo). Por su parte, el artículo 4º recogía la distribución del cupo por impuestos y territorios, una distribución que resultaba en principio poco favorable para las Diputaciones. Después, en sucesivos artículos se recogía la reglamentación de los distintos tributos concertados, incluyendo una prolija regulación de la Contribución de Utilidades y del verdadero caballo de batalla de la negociación, lo relativo a los Jurados Mixtos de Utilidades.

En cuanto a las facultades económico-administrativas, el artículo 48 del mismo seguía respetándolas, añadiéndose un párrafo por el que a las Diputaciones vascas se les reconocían amplias facultades tributarias, pudiendo establecer el sistema tributario que estimasen pertinente, siempre que no adoptasen ninguna disposición que contradijera pactos internacionales celebrados por España, ni se refiriese a las contribuciones, rentas o impuestos cuya administración se reservase el Estado. A este respecto, hay que decir aquí que el Gobierno siguió reconociendo una y otra vez dichas facultades en sus Reales Ordenes de 23 de junio de 1926, 26 de junio de 1926, 13 de julio de 1925, 11 de agosto de 1927 y 22 de diciembre de 1928. Por su parte, la jurisprudencia las confirmó igualmente en Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1925, 2 de abril de 1928, 10 de diciembre de 1928 y 5 de junio de 1929. También hay que citar a este respecto, la Sentencia del Tribunal Provincial Contencioso-Administrativo de Bilbao de 7 de septiembre de 1929 o el propio Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 7 de diciembre de 1928.

En el orden político, la situación de la Dictadura primorriverista se fue complicando a partir de 1928: los problemas con el cuerpo de artillería, los surgidos con el Estatuto Universitario, el fracaso de su proyecto de Asamblea Nacional que promulgaría una nueva Constitución, el agravamiento de la crisis económica, el ambiente de pronunciamiento que se respiraba y la falta de apoyo del Ejército a PRIMO DE RIVERA provocaron su caída. En 1930 fue sustituido por el general BERENGUER, al frente de la popularmente conocida como “Dictablanda”. Su debili-

dad dio paso al breve gobierno de concentración monárquica presidido por el almirante AZNAR. Por otro lado, tras el Pacto de San Sebastián, el empuje de los republicanos parecía imparable y así, tras la celebración de las elecciones municipales el 12 de abril de 1931, su triunfo en las grandes ciudades hizo que el Rey “tirara la toalla” y se exiliase. Había caído la Monarquía y comenzaba una nueva época, la II República española.

Durante el período de vigencia de la II República en los territorios vascos (1931-1937), ésta mantuvo invariable el régimen económico-administrativo derivado del Concierto, por lo que el sistema siguió vigente en Bizkaia y Gipuzkoa hasta que fue derogado en junio de 1937, manteniéndose en vigor en Álava dado el apoyo que la causa franquista tuvo en dicha provincia. Durante este período, hay algunos pasajes en la vida del sistema concertado que deben ser mencionados necesariamente.

En primer lugar, hay que tener en cuenta el Decreto de 21 de abril de 1931, relativo a la organización de las Comisiones Gestoras de las Diputaciones vascas y de Navarra, que recogía en su artículo 4º la habitual cláusula de salvaguardia de sus facultades económico-administrativas: “...*Las Diputaciones de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava seguirán investidas, tanto para su régimen interior, como también para sus relaciones con los respectivos Ayuntamientos, de las atribuciones que les corresponden por virtud del Concierto Económico y de las demás disposiciones legales que reconocen su autonomía...*”.

El Decreto de 15 de abril de 1931 ordenaba la revisión por Departamentos de la obra legislativa de la Dictadura primorriverista. Siguiendo el procedimiento establecido en él, el Decreto de 29 de abril de 1931 declaraba subsistentes los Reales Decretos de 9 de junio de 1925, 24 de diciembre de 1926 y 15 de agosto de 1927, referentes al Concierto y régimen económico con las Diputaciones de Álava, Gipuzkoa, Bizkaia y la de Navarra. Finalmente, este Decreto de 29 de abril de 1931 fue elevado al rango de ley por el artículo 1º de la Ley de 9 de septiembre de 1931 con efecto retroactivo desde la fecha de su entrada en vigor.

Por su parte, el importante Decreto de 18 de mayo de 1931, fue dictado siendo Indalecio PRIETO Ministro de Hacienda y confirmó una vez más el procedimiento preceptivo de audiencia previa de las Diputaciones para resolver las dudas a que pudiera dar lugar la aplicación del régimen de Concierto Económico. Este Decreto, confirmaba e incluso ampliaba el Decreto CORTINA de 6 de marzo de 1919, restableciendo la práctica de llegar a un acuerdo bilateral y ampliando, si cabe, tal procedimiento, que había caído en cierto desuso, según denunciaban las Diputaciones vascas. Si bien la última decisión correspondía al Gobierno, la idea del “pacto” entre éste y las Diputaciones es evidente en su texto. Su artículo 1º establecía que las cuestiones que, con motivo de la interpretación y aplicación del Concierto Económico surgiesen entre el Gobierno y las Diputaciones Vascongadas, se resolverían mediante acuerdo entre el Ministerio de Hacienda y las propias Diputaciones, y si no fuera posible el acuerdo, se resolverían mediante expediente pero oyendo siempre a las Diputaciones. De las conferencias celebradas entre el Ministerio y los representantes de aquéllas se levantarían actas haciendo constar en la última de éstas si había o no acuerdo. El Consejo de Estado debía ser oído, y tras ello, el Ministerio de Hacienda dictaría la resolución que estimase procedente, contra la cual siempre cabía el recurso contencioso-administrativo.

El artículo 2º establecía que, si las Diputaciones vascas reclamaban la aplicación del Decreto, el Ministro de Hacienda, al dictar la orden de aplicación, fijaría en cada caso un plazo (no superior a los tres meses ni inferior a uno, según la importancia y volumen del expediente), para que la parte vasca emitiese su informe. Por fin, se atendía la aspiración de las Diputaciones de que se estableciese un plazo para el trámite de audiencia (cosa que no se había hecho en el Decreto CORTINA) para evitar que todo el procedimiento quedase en nada. Por su parte, el artículo 3º establecía que: “Ni la Administración, ni las Diputaciones vascongadas podrán tomar por sí válidamente iniciativas que se refieran a la aplicación del Concierto Económico, y si las adoptasen, quedarán en suspenso mientras se sustancie el expediente por el procedimiento definido en los artículos anteriores.”

En el debate de la Constitución de la II República, la cuestión del Concierto resultó también polémica. En el Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora, su artículo 98 apuntaba algunos rangos esenciales de la Hacienda regional (que se fundamentaría en sus propios impuestos y contribuciones sin que aquellos otros que figurasen en el Plan de ingresos de la República pudieran ser recargados para este fin, admitiéndose asignaciones por ley a las Haciendas regionales de los productos de determinados monopolios o impuestos que gravasen la transmisión o el consumo de los bienes, pero siempre sin beneficiar directa o indirectamente a unas regiones en perjuicio de otras). Pues bien, un grupo de catorce diputados, encabezados por Agustín VIÑALES y Manuel PEDROSO, presentaron a este artículo un voto particular que proponía suprimir sin más el régimen de Concierto Económico por considerarlo incompatible con el principio de igualdad de los contribuyentes, y por no poder impedir en algunos casos, la doble tributación y en otros, la evasión fiscal. Dicho voto particular fue incluido en la redacción del texto final del Proyecto de Constitución que fue presentado por la Comisión de Constitución a las Cortes el 18 de agosto de 1931. El antiguo artículo 98 pasaba a ser el 115 y el antiguo voto particular, el artículo 116. Inmediatamente, se presentaron varios votos particulares de todo tipo: unos, para lograr la preservación de los regímenes fiscales propios de las provincias vasco-navarras, abogando por la supresión del artículo que consagraba tamaño desafuero (LEIZAOLA, ANSÓ-AZAROLA-SUSAETA); otros, insistiendo en la supresión de los sistemas concertados (ALOMAR) y algunos otros, intentando ganar tiempo para aplazar la toma de una decisión definitiva al respecto (CASTRILLO).

La Comisión de Constitución decidió finalmente suprimir el artículo 116 que eliminaba los regímenes de Concierto Económico. La firme oposición de los diputados vasco-navarros, la influencia de Indalecio PRIETO y el temor a que el ya de por sí complicado proceso constituyente se enconase aún más de lo que ya estaba, hizo que se suprimiese del texto el artículo 116, como expresamente reconoció JIMÉNEZ DE ASÚA, presidente de

dicha Comisión. Sin embargo, el artículo 115, relativo a la Hacienda Regional, se mantenía, lo que podía dar lugar a todo tipo de equívocos según cómo se interpretase. Podía haberse incluido en él una cláusula de salvaguardia de las peculiaridades vasco-navarras para evitar que se pudiera interpretar que dicho artículo iba en contra de ellas pero, finalmente, se optó por suprimir también el artículo 115. Indalecio PRIETO opinaba que ese artículo sobraba, porque temía incluso que podía ser interpretado como contrario a la existencia de los regímenes económicos especiales vasco-navarros y proponía que debía ser en los Estatutos de Autonomía donde debía dilucidarse esta cuestión. Finalmente, para evitar problemas, los constituyentes optaron por no hacer ninguna referencia a la financiación regional y, por ende, tampoco al asunto del régimen especial de las Provincias Vascongadas y de Navarra en la Constitución de la II República Española de 9 de diciembre de 1931.

Por su parte, la Ley municipal de la II República de 31 de octubre de 1935 volvía al método tradicional de la excepción a la regla general en lo referente a las facultades económico-administrativas de las Provincias Vascas. Así, en su Disposición Transitoria 11^a afirmaba: “Las prescripciones de esta ley regirán en Alava, Guipúzcoa y Vizcaya e islas Canarias en cuanto no se opongan a lo que se halle estatuido en el régimen peculiar vigente en esas provincias.” De hecho, las facultades especiales derivadas del régimen concertado siguieron siendo confirmadas durante la República tanto por el Gobierno (Orden del Ministerio de Hacienda de 16 de mayo de 1931 y Orden del Ministerio de la Gobernación de 6 de noviembre de 1931) como por los Tribunales (Sentencias del Tribunal Provincial de Vizcaya de 30 de julio de 1931 y del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1931 y de 28 de octubre de 1931).

Sin embargo, y a pesar de la Sentencia favorable a la interpretación amplia del régimen concertado que había hecho el Tribunal Provincial Contencioso-Administrativo de Gipuzkoa en su Sentencia de 1 de marzo de 1933, relativa al caso del Secretario de la Diputación de dicho territorio, la Sala 4^a de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supre-

mo, al estudiar el recurso contra esta Sentencia, dictó otra de 7 de junio de 1935 que, en opinión de varios autores, abría una preocupante línea de argumentación, apoyando las posiciones más uniformizadoras que el Gobierno había empezado a defender, cuestionando la interpretación extensiva del Concierto en cuestiones no estrictamente económicas o económico-administrativas. Y decía lo siguiente: «*Considerando: que constituidas las Diputaciones Provinciales de una manera uniforme en todo el territorio nacional y atribuidas a ellas idénticos deberes y facultades, es innegable que cuanto constituye excepción a esta regla general ha de ser consignado expresamente en alguna disposición con fuerza de obligar sin que quepa, por lo que respecta a las Diputaciones de las Provincias Vascongadas dar a los preceptos reguladores de su concierto económico con el Estado, una extensión tal que en su área se comprendan atribuciones en otro orden que en el puramente económico y en el de la Administración de lo económico o económico-administrativo, ya que de aceptar la tesis contraria aquel concierto no quedaría reducido al aspecto que su adjetivo concreta, deslinda y acota, sino que, invadiendo toda suerte de actividades llevaría a la conclusión inadmisibile de que por su existencia y no obstante su concreción, las Corporaciones concertadas habrían de disfrutar de absoluta libertad en todas sus manifestaciones que directa, indirecta y aun remotamente guardan la más mínima relación con la economía, relación ciertamente difícil de eliminar*».

Finalmente, es obligado hacer referencia al tratamiento del Concierto Económico en el proceso estatutario vasco que terminaría con la aprobación del Estatuto de 1936. De entre los distintos proyectos de Estatuto, el Anteproyecto de la Sociedad de Estudios Vascos se refería a este asunto en su artículo 21, sin decir nada demasiado novedoso ya que, tras describir cómo el Concierto Económico con las tres provincias y el Convenio Económico con Navarra se encontraban vigentes, preveía que, una vez aprobado el Estatuto y establecidos los organismos dirigentes del Estado Vasco, éstos propondrían al Gobierno de la República en un plazo máximo de diez meses, una nueva regulación de las relaciones tributarias pero sobre la base del mantenimiento de los cupos con las correcciones inherentes a la delimitación de funciones establecidas en el propio Estatuto.

El denominado Estatuto de Estella, reproducía el artículo 21 del Anteproyecto de la Sociedad de Estudios Vascos y mantenía el tenor del texto con una modificación importante en consonancia con lo pretendido con el Movimiento de Alcaldes, que había sido el responsable de impulsar el Proyecto, ya que daba voz a los Ayuntamientos del País que, nunca hasta entonces, habían tenido protagonismo alguno en el asunto del Concierto: El Estado Vasco *previa consulta y aprobación por parte del Pueblo Vasco, representado por los Ayuntamientos*, propondría al Gobierno de la República esa nueva regulación de las relaciones tributarias sobre la base del mantenimiento de los cupos con las correcciones y en el plazo antes citados.

En el llamado Estatuto de las Gestoras, la regulación del régimen económico y tributario era mucho más detallado. Su articulado apostaba también por el régimen de Concierto Económico para las tres Provincias y de Convenio Económico para Navarra. Pero además de esto, se daba un paso importante: el artículo 46 establecía que, para sufragar los gastos derivados de las competencias que con el Estatuto asumía el País Vasco-Navarro, se establecía una Hacienda Vasca (artículo 46), de tal manera que se le atribuirían a ésta una serie de impuestos que hasta entonces cobraba el Estado (artículos 47 y ss.), con la previsión de que se introducirían modificaciones en la reglamentación tanto del Concierto como del Convenio junto con la aplicación de deducciones en los cupos establecidos, con amplia libertad para adoptar el sistema tributario que juzgase más justo y conveniente para los intereses generales, pudiendo establecer impuestos y tasas como estimase oportuno, con el único límite de respetar los tratados internacionales que España hubiese convenido anteriormente o conviniese en el futuro (artículo 51).

Sin embargo, con la autoexclusión navarra del proceso estatuario común, hubo que reajustar el Proyecto de Estatuto a la nueva realidad (el Estatuto sería ya sólo para tres provincias). El texto aprobado por las Comisiones Gestoras de las tres Diputaciones y por la Asamblea de Ayuntamientos vascos y que, según lo previsto en el artículo 12 de la

Constitución de la II República, fue sometido a plebiscito el 5 de noviembre de 1933, y en relación con el tema que nos ocupa, apostaba en su artículo 40 por la validez del sistema de Concierto, sin que en ningún caso supusiera ningún tipo de novación del pacto alcanzado con el Estado sino más bien su ratificación, de tal manera que el Concierto económico-administrativo se entendía subsistente aunque el Estatuto fuera modificado o derogado. Y para dotar económicamente los nuevos servicios de los que se hacía cargo el País Vasco, el artículo 41 recogía el establecimiento de una Hacienda propia, la elasticidad del sistema tributario, la atribución al País Vasco de impuestos que hasta entonces percibía el Estado, la modificación de la reglamentación del Concierto y las deducciones de los cupos establecidos. Por su parte, se preveía la cesión de algunos impuestos al País Vasco y el artículo 46 dotaba al País Vasco de amplias facultades para adoptar el sistema tributario que considerase mejor, con la única limitación de los Tratados internacionales suscritos por España, incluyendo una cláusula especial en relación con el trato tributario a los productos agrícolas del País.

Como es de todos sabido, este Proyecto de Estatuto obtuvo un amplísimo respaldo en el plebiscito de ratificación, pero su negociación se atascó en las Cortes, debido a la composición de centro-derecha de la mayoría parlamentaria y por tanto de los Gobiernos que se sucedieron entre 1933 y 1936. Las tensiones en esa época fueron muy importantes. En el ámbito financiero y tributario, la actuación de un acérrimo enemigo del Concierto Económico como el Ministro de Hacienda (MARRACO) provocó un fuerte enfrentamiento por causa de lo siguiente: la Ley de 12 de abril de 1932, reguladora del Impuesto del Timbre, establecía en su artículo 210 un gravamen sobre la venta de los artículos de lujo. Por Orden del Ministerio de Hacienda de 9 de febrero de 1933, se declaraba que el impuesto sobre artículos de lujo no estaba comprendido ni en el Concierto con las Provincias Vascongadas ni en el régimen especial de Navarra, establecido por Decreto de 15 de agosto de 1927 y que, por tanto, debía pagarse también en dichas Provincias. Esta Orden fue reite-

rada por otra de 14 de julio del mismo año. Por su parte, la Ley de 20 de diciembre de 1932 había creado la Contribución General sobre la Renta y, por Orden del Ministerio de Hacienda de 2 de diciembre de 1933, se declaró que las Diputaciones Vascongadas y la de Navarra estaban obligadas al pago de dicha contribución que se administraría, liquidaría y recaudaría directamente por el Estado al igual que en las demás provincias.

En 1934 los Ayuntamientos vascos declararon que ambos impuestos debían ser concertados, pero el Gobierno intentó recaudarlos directamente, sin concertarlos. Para terminar de agravar las cosas, la derecha presentó una Proposición de Ley en las Cortes sobre el Estatuto del Vino, que eliminaba cualquier gravamen sobre la entrada, circulación, inspección y consumo de vinos de producción nacional, lo que afectaba directamente a las Provincias Vascas. Los Ayuntamientos vascos reaccionaron inmediatamente en defensa del Concierto y, por todo ello, en el verano de 1934 se desató un agrio conflicto entre los Ayuntamientos vascos y el Gobierno SAMPER. Éstos acusaron a las Gestoras de las Diputaciones de no defender adecuadamente el Concierto por su nombramiento gubernamental y pidieron la sustitución de las Gestoras por nuevas Diputaciones surgidas de las urnas, mediante la convocatoria de elecciones provinciales. Se intentó negociar con MARRACO pero éste no cedió, y las disputas entre las Gestoras (que no creían amenazado el Concierto) y los Alcaldes (que consideraban que éste había sido violado) fueron subiendo de tono. Los alcaldes convocaron a una Asamblea de Ayuntamientos para tratar el tema del Estatuto del Vino y la defensa del Concierto, formándose una Comisión interina en cada Provincia hasta que se eligiese una definitiva en defensa del Concierto. Se fijó la fecha del 12 de agosto para la elección de la Comisión Permanente en defensa del Concierto Económico y de la Autonomía Municipal. El Ministro de la Gobernación (SALAZAR ALONSO) optó por la represión, y las fuerzas de seguridad ocuparon los Ayuntamientos para impedir las votaciones, deteniéndose a decenas de alcaldes.

Las Comisiones intermunicipales elegidas nombraron Comités Ejecutivos que, a su vez, formaron la Comisión Ejecutiva Permanente del País Vasco, que fue la que convocó una Asamblea de Comisiones Interprovinciales en Zumárraga para el 2 de octubre de 1934, Asamblea que finalmente se celebró a pesar de estar ocupada la localidad por las fuerzas del orden público. En Bizkaia, la tensión subió aún más porque el gobernador civil (VELARDE) ordenó cargar contra los parlamentarios catalanistas y nacionalistas que estaban de visita en Gernika. Ante este panorama, casi todos los Ayuntamientos vizcaínos y guipuzcoanos y también algunos alaveses dimitieron y muchos alcaldes y concejales fueron procesados y encarcelados (incluido el entonces alcalde de Bilbao, Ernesto ERCORECA), siendo sustituidos por Gestoras de orientación derechista, nombradas por los gobernadores civiles.

Por su parte, el Ministro de Hacienda (MARRACO) volvió a la carga a finales de 1934 al dictar la Orden de 7 de diciembre de 1934 aplicando la Contribución General sobre la Renta en las Provincias Vascas sin concertarla. La violación del Concierto era tan burda que hasta las propias Gestoras de las Diputaciones (de orientación conservadora) protestaron y algunos de sus miembros dimitieron. El propio gobierno LERROUTX tuvo que dar marcha atrás y suspender la ejecución de dicho impuesto en el País Vasco por Orden de 14 de diciembre de 1934. A este respecto, en junio de 1935, los parlamentarios nacionalistas vascos presentaron una Proposición de Ley de Amnistía en las Cortes para que se repusiera en sus cargos a los alcaldes y concejales represaliados, pero ello no ocurriría hasta el triunfo del Frente Popular en las elecciones de febrero de 1936.

Fue precisamente esta victoria del Frente Popular, la que posibilitó que la tramitación en las Cortes del Estatuto Vasco sufriese un fuerte empujón, gracias al entendimiento entre socialistas y nacionalistas, con Indalecio PRIETO y José Antonio AGIRRE como principales protagonistas. Para agilizar su aprobación en las Cortes, PRIETO propuso simplificar el texto, centrándolo en la enumeración de las facultades de la autonomía vasca y dejando la regulación de los poderes del País Vasco a las

Diputaciones que fueran elegidas tras la entrada en vigor del Estatuto. La tramitación fue rápida, si bien el título correspondiente a la Hacienda fue un tanto problemático. De hecho, algunos parlamentarios derechistas (ORIOI, CALVO SOTELO, etc.) alegaban incompatibilidad entre el Concierto y el Estatuto, mientras que los diputados nacionalistas, socialistas y comunistas defendían lo contrario. Pero también hubo problemas con el propio Gobierno del Frente Popular y con la burocracia del Ministerio de Hacienda. Para solventarlos, los Diputados, encabezados por PRIETO y los Alcaldes de las tres capitales vascas, negociaron el Título IV con el Ministro de Hacienda (Enrique RAMOS) y con el propio Presidente del Gobierno (CASARES QUIROGA), sobre el criterio de Indalecio PRIETO, que abogaba por el mantenimiento del Concierto y por dar la oportunidad al País Vasco para que adoptase el sistema tributario que juzgase más justo y conveniente.

Cuando ya se había resuelto el problema y el texto del Estatuto iba a pasar al Pleno de las Cortes, se produjo la sublevación del 18 de julio, que desembocaría en la guerra civil. En la segunda quincena de septiembre, se terminó el Dictamen sobre el Estatuto y el 1 de octubre se aprobó en las Cortes, siendo ratificado por aclamación por los diputados presentes y promulgado por Ley de 6 de octubre de 1936. En relación con el tema que nos ocupa, su Título IV (compuesto por dos artículos) regulaba el peleagudo asunto de la Hacienda y las relaciones tributarias. Se redujo mucho el texto en relación con el plebiscitado en 1933, a diferencia del caso catalán, cuya regulación era mucho más detallada, y se recogieron los principios que habían sido expuestos por PRIETO:

a) se zanjaba la discusión acerca de la compatibilidad entre el Estatuto y el Concierto, manteniéndose la vigencia del Concierto Económico sin nombrarlo directamente, al afirmarse que Alava, Gipuzkoa y Bizkaia continuarían haciendo efectiva su contribución a las cargas generales del Estado en la forma y condiciones sancionadas con fuerza de ley por las Cortes Constituyentes el 9 de septiembre de 1931 (artículo 13);

b) se autorizaba al País Vasco para que adoptase el sistema tributario que juzgase más justo y conveniente (art. 12, “in fine”);

c) se creaba una Hacienda regional vasca que debía respetar (al igual que la del Estado) los ingresos que entonces tenían las Haciendas locales Vascas.

El texto final del Estatuto era muy distinto al plebiscitado en 1933 y recogía los principios sugeridos por PRIETO. Los impuestos transferidos no figuraban en él, dejándose para un acuerdo posterior entre el Gobierno de la República y el Gobierno Vasco, previo informe de una Comisión mixta prevista en la Disposición Transitoria Cuarta, que debía constituirse en el plazo no superior a dos meses contados desde la promulgación del Estatuto y que a causa de la guerra, no se llegó a constituir nunca.

El Gobierno Vasco desarrolló sus funciones en medio de la guerra civil entre octubre de 1936 y junio de 1937 (fecha de la caída de Bilbao en manos de las tropas alzadas en armas contra la República). Después de esa fecha, las instituciones legítimas del País tuvieron que exiliarse y fueron sustituidas por el régimen de fuerza impuesto por los vencedores en la guerra, encabezados por el Dictador, el general FRANCO. Este régimen fue quien decidió abolir de un plumazo el sistema económico-administrativo especial derivado del Concierto para Bizkaia y Gipuzkoa, como represalia a la falta de apoyo que su “causa” había encontrado en esos dos territorios tras su victoria en la guerra civil. Lo hizo mediante Decreto-Ley de 23 de junio de 1937, manteniéndolo el Concierto para Alava (y el Convenio homólogo para Navarra), precisamente por el apoyo de estos dos territorios a la sublevación militar.

Este Decreto intentaba justificar lo que no es sino una represalia, con los ya conocidos argumentos de que el sistema concertado suponía un privilegio por la autonomía de la que disfrutaban sus Diputaciones y por su sistema fiscal. Naturalmente, no se entiende por qué era un privilegio para Bizkaia y Gipuzkoa y no lo era para Álava y Navarra, donde se per-

mitía su subsistencia dado el apoyo que la causa franquista había recibido en aquellos territorios. Al final, se acababa confesando la verdad, es decir, el verdadero motivo que no era sino la represalia misma.

El Preámbulo del citado Decreto no tiene desperdicio si se tiene en cuenta además, la escandalosa tergiversación histórica que profesa, ya que hay que recordar que los alzados en armas contra el régimen legítimo y constitucional fueron quienes promovieron el denominado “movimiento nacional” y el Decreto aun se atrevía a calificar de “traidores” a quienes defendieron el régimen legal frente a tal levantamiento. El “tufillo” que se desprende del Preámbulo, es un buen ejemplo de lo que ocurre cuando la fuerza se convierte en derecho. Unas pocas palabras son suficientes para entender lo que acabo de decir: “...*Olvidando muchísimos de los favorecidos por el Concierto esta prodigalidad que les dispensó el Poder público se alzaron en armas en Guipúzcoa y Vizcaya contra el Movimiento Nacional iniciado el 17 de julio último, correspondiendo así con la traición...*”.

Y en uno de los más claros ejemplos del viejo adagio latino “excusatio non petita, accusatio manifesta” se decía: “*Finalmente, interesa hacer constar que, al promulgar esta disposición, se tiene muy presente que tanto en Guipúzcoa como en Vizcaya, existen españoles de acendrado patriotismo que antes y ahora sintieron vivamente la causa de España. Reconocido y proclamado así nadie en definitiva podrá afirmar, con fundamento, que el equiparar unas provincias a la inmensa mayoría de las que integran la Nación someténdolas a idéntico régimen tributario, no obstante ser notoria las diferencias en su manera de proceder, sea acto de mera represalia y no medida de estricta justicia*”. La argumentación es insostenible si se tiene en cuenta que el régimen se mantuvo en Alava y Navarra. Huelgan, por tanto, más comentarios.

Pues bien, en virtud de este Decreto-ley de infausto recuerdo, y concretamente de su artículo Primero, quedó suprimido el régimen concertado para Bizkaia y Gipuzkoa: “*Desde el día primero de julio próximo, la gestión y recaudación de todas las contribuciones, rentas e impuestos ordinarios y extraordinarios del Estado, se realizará en las provincias de Guipúzcoa y Vizca-*

ya, con arreglo al régimen común vigente y en la forma que establecen las disposiciones de la Hacienda Pública que constituye la norma general de la Administración nacional.

Queda, por tanto, sin efecto en aquellas provincias, desde la indicada fecha, el régimen concertado con sus Diputaciones que en materia económica estaba vigente en la actualidad”.

Eliminado por la fuerza el régimen económico-administrativo especial derivado del sistema del Concierto Económico para Bizkaia y Gipuzkoa, se mantuvo éste para Álava en virtud del artículo cuarto del mismo texto: “*El Concierto Económico aprobado por Decreto de 9 de junio de 1925 y reglamentado por el de 24 de Diciembre de 1926, subsistirá en toda su integridad para la provincia de Alava, continuando, por tanto, la Diputación de la misma investida de las facultades que aquél la reconoce*”. Habría que esperar hasta el final de la Dictadura, la aprobación de la Constitución española de 1978, el Estatuto de Gernika de 1979 y, por fin, a la Ley de 13 de mayo de 1981, para que Bizkaia y Gipuzkoa recuperasen el Concierto, de tal manera que los tres territorios pudieran gozar de uno de sus más importantes derechos históricos.

NOTAS
OHARRAK
EXPLANATORY NOTES

Erregistro Zibilaren azken eraldaketa, dagoeneko indarrean jarri den zatiari dagokionez

ESTHER URRUTIA IDOAGA

Deustuko Unibertsitateko zuzenbide zibileko irakaslea

1. OHAR HONEN HELBURUA

Estatuaren Aldizkari Ofizialak, 2011ko uztailaren 22an¹, Erregistro Zibilari buruzko bi lege-testu argitaratu ditu: bata, Erregistro Zibilaren Legea, hots, uztailaren 21eko 20/2011 Legea; eta, bestea, uztailaren 21eko 8/2011 Lege Organikoa, Erregistro Zibilaren Legea osatu, eta Botere Judizialaren Lege Organikoa, hau da, uztailaren 1eko 6/1985 Lege Organikoa, aldarazi duena. Argitaratutako bi lege horiek indarrean jarriko dira, argitalpen-datatik hiru urtera, alegia, 2014ko uztailaren 22n. Salbuespenez, Erregistro Zibilaren Legeko zazpigarren eta zortzigarren xedapen gehigarriak, eta azken xedapenetatik hirugarrena eta seigarrena indarrean jarri dira, beroriek Estatuaren Aldizkari Ofizialean argitaratzeko egunaren biharamunean; beraz, indarrean daude.

Ohar honek helburu du, labur-zurrean, dagoeneko Erregistro Zibilaren arloan, eta, oro har, zuzenbide zibilaren arloan indarrean jarri diren arau berriak aztertzea. Horretarako, behin lau xedapen horiek orokorretan aipatuta, banan-banan aztertuko dira, eta, banako azterketa horretan, bereizi egingo dira, batetik, ganbera legegileetan egindako ibilbidea, eta, bestetik, xedapen bakoitzaren ondoriozko berrikuntza.

¹ 175. zenbakian.

Hiru urte barru indarrean jarriko den eraldaketa, ziur asko, beste ohar baten edo beste azterlan baten nahiz batzuen xedea izango da.

2. ERALDAKETAREN NONDIK NORAKOAK ZEHATZ-MEHATZ

Erregistro Zibilaren Legeak, hots, uztailaren 21eko 20/2011 Legeak, hauxe ezartzen du azken xedapenetatik hamargarrenean:

Azken xedapenetatik hamargarrena. Indarrean jartzea.

Lege hau indarrean jarriko da, «Estatuaren Aldizkari Ofizial»ean argitaratu eta hiru urte igarotakoan; salbuespenez, zazpigarren eta zortzigarren xedapen gehigarriak, eta azken xedapenetatik hirugarrena eta seiagarrena indarrean jarriko dira, beroriek «Estatuaren Aldizkari Ofizial»ean argitaratzen diren egunaren biharamunean.

Lege hau indarrean jartzen ez den bitartean, Justizia Ministerioak beharrezkoak diren neurriak eta arau-aldaketak prestatuko ditu, betiere neurri eta arau-aldaketa horiek, justizia modernizatzeako prozesuaren barruan, erregistro zibilaren antolaketa eta jardunbidearen gainean eragina duten heinean.

Hitzurrearen azken lerroakadak honetara justifikatzen du *vacatio legis* luze hori:

*Legea konplexua da, eta, aurreko ereduari begira, erro-errotiko aldaketa dakar. Horregatik, komeni da *vacatio legis* deiturikoaren epea luzea izatea, hiru urtekoa, hain justu ere. Horrexek ahalbidetuko du eredu berria ezari-ezarian abiaraztea, eta, aldi berean, erregistro-informazioaren gaineko tratamendua egitean eta antolaketaren egitura berria ezartzeko orduan, disfuntzioak gertatzea saihestuko du.*

Hiru urteko *vacatio legis* horren salbuespenak dira, izan ere, ohar hone-tan aztertuko diren xedapenak, xedapenok dagoeneko indarrekoak baitira. Gobernuak lege-proiektua Diputatuen Kongresuari igorri zion

2010eko irailaren 8an, ganbera legegile horretan eztabaidatua izan². Bada, Gobernuaren proiektu horretan ez zen agertzen hemen aztergai diren xedapenetatik bat ere. Hortaz, diputatuek, eta, batez ere, senatariek egindako ekarpenen ondorio dira xedapenok, legegintza-prozesuan zehar txertatu baitzaizkio hasierako lege-proiektuari. Justizia ministroak, Caamaño Rodríguez jaunak, 2011ko uztailaren 14an, Diputatuen Kongresuaren osoko bilkuran, honako adierazpen hauek egin zituen³, esandakoaren harira, Erregistro Zibilari buruzko lege-proiektuari azken onspena eman zitzaionean:

Lege hau eredu ona da, talde politikoen arteko elkarrizketa ireki eta aberasgarria agerian uzteko. Elkarrizketa hori Kongresuaren nahiz Senatuaren justizia-batzordeetan gauzatu da, batik bat. Eta nik, Justizia-ministroa naizen heinean, eskerrak eman nahi dizkiet bi batzorde horiei, lan bikaina egin dutelako. Lan horri esker, gizakiari nortasuna aitortu zaio, jaiotza-UNETIK bertatik, eta hori oso garrantzitsua da, Kode Zibilak antzinako eskemei eusten zielako. Era berean, Parlamentuko ganberen arteko lankidetzara eta ekimenen ondorioz, agiritegi berezia sortu da, sei hiletik gorako haurdunaldiaz geroztikako hilotzentzat. Agiritegi horrek ahalbidetzen du, besteak beste, gurasoek hilotzari izena jartzea $\frac{3}{4}$ Convergència i Unió taldeko bozeramaileak aipatutako Amanda-eraldaketaren harira $\frac{3}{4}$. Ganbera legegileen arteko elkarlanak eragin du, halaber, osasun-arloko langileek egiaztapen egokiak egin ahal izatea, jaioberrien nortasuna bermatzeko; edota hamasei urtetik gorakoek, legezko kasuetan, izen-abizenak aldatzeko eskubidea izatea etab. Bereziki azpimarratu nahi ditut eta balioa aitortu nahi diet proiektu honetan Senatuak zuzenketen bitartez egindako eraldaketa esanguratsuei; halakoak dira, batetik, erbesteratutako amen kasua, oroimen historikoa berresku-

² Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Diputatuen Kongresua, A saila, 90-1 zk., 2010eko urriaren 8koa.

³ Gorte Nagusiak. Diputatuen Kongresuaren Bilera Egunkaria, 2011. urtea, 262. zk., osoko bilkuraren 249. bilera, 2011ko uztailaren 14koa, 31. or.

ratzeko eta erbestea jasan behar izan dutenei aitortza egiteko balio duelako, eta, bestetik, diktaduraren ondorioz desagertutako en kasua, halakoak erregistroan agerraraztea errazten duelako.

2.1. Zazpigarren xedapen gehigarria

Xedapenak banan-banan aztertzeari ekinez gero, hona hemen aurrenekoaren testua:

Zazpigarren xedapen gehigarria. Naziokoen nahiz atzerritarren identifikazio pertsonalerako datuak eskura jartzea.

Lege honen 6. artikuluan aipatutako kode pertsonala egoki prestatzeko, bai eta kode hori beharrezkoak diren aplikazio informatiko guztietan erabiltzeko ere, Barne Arazoetarako Ministerioak Justizia Ministerioaren eskura jarriko ditu kasuan kasuko segida alfanumerikoak, indarreko sistema informatikoak nortasun-agiriari eratxikitzen dizkionak, eta eskura jarriko ditu, orobat, atzerritarren identifikazio-zenbakia eta identifikaziorako balio duten gainerako datu pertsonalak, aipatu agirien datu-baseetan halako datuak agertzen direnean.

Era berean, Justizia Ministerioak Barne Arazoetarako Ministerioaren eskura jarriko ditu Erregistro Zibilean inskribatutako identifikazio-datu pertsonalak, datu horiek nortasun-agirian edo atzerritarren identifikazio-zenbakian agertu behar direnean.

2.1.a. Ganbera legegileetan egindako ibilbidea

Egia esan, Diputatuen Kongresuak, lege-proiektuaren hasierako orrazketa egitean, ez zuen arau honen inguruko aipamenik ere egin. Senatuan, aitzitik, Justizia Batzordeak irizpena eman zuenean⁴, xedapen ge-

⁴ Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Senatua, I. saila, 81-530 zk., 2011ko ekainaren 21ekoa, 57. or.

higarri berria jaso zuen, hain zuzen ere, zazpigarrena, egun indarrean dagoena eta orain hitzez hitz duen testuarekin. Senatuaren osoko bilkurak, 2011ko ekainaren 22ko bileran, irizpen hori onetsi zuen⁵, eta, ondorenez, zazpigarren xedapen gehigarriari eutsi zion. 2011ko ekainaren 29an, Senatuak mezu zioduna bidali zion Diputatuen Kongresuari⁶, testuan egindako zuzenketak arrazoitzeko. Zazpigarren xedapen gehigarriari buruz, mezu ziodunak honako arrazoi hauek azaldu zituen:

Zazpigarren xedapen gehigarri (berria)

Xedapen gehigarri berri honetan ezarritakoaren arabera, Barne Arazoetarako Ministerioak eta Justizia Ministerioak elkarren eskura jarri beharko dituzte naziokoen nahiz atzerritarren identifikaziorako datu pertsonalak⁷.

Diputatuen Kongresuko osoko bilkurak, 2011ko uztailaren 14ko bileran, Erregistro Zibilaren Legeari buruzko proiektua behin betiko onetsi zuenean⁸, ez zuen ukitu ere egin zazpigarren xedapen gehigarria, eta bere horretan geratu zen, Estatuaren Aldizkari Ofizialean argitaratzeko.

2.1.b. *Xedapen honen ondoriozko berrikuntza*

Uztailaren 21eko 20/2011 Legeak, oro har, itxura berria eman dio Erregistro Zibilari, erakunde hori, estatu osoan bakarra izanik, moderno, azkar eta eskuragarri gerta dadin; horretarako, teknologia berriak barruratu ditu eta herritarren beharrezanean erreparatu die. Erregistroko liburu-bildumen orde, datu-base elektronikoko bakarra ezarri du. Lege berri-

⁵ Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Senatua, I. saila, 86-556 zk., 2011ko ekainaren 29koa, 2.etik 33.erako orr.

⁶ Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Senatua, I. saila, 86-557 zk., 2011ko ekainaren 29koa, 34.etik 84.erako orr.

⁷ 34. or.

⁸ Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Diputatuen Kongresua, A saila, 90-31 zk., 2011ko uztailaren 21ekoa.

aren ondorioz, Erregistro Zibilean ez dira lau atal bereiziko (jaiotzak eta orokorra; ezkontzak; heriotzak; tutoretza eta lege-ordezkaritzak). Atalen arteko bereizketa hori alde batera utzita, gizaki bakoitzak bere erregistro banakako eta pertsonala izango du, jaiotza-UNETIK bertatik edo naziotasuna eskuratzen duenetik (hau da, gizakiari buruz lehenengo idazkuna egiten denetik); bertan agertuko dira, elkarren segidan eta hurrenkera kronologikoaren arabera, nortasunari, egoera zibilari eta legez ezarritako beste inguruabarrei buruzko egitateak eta egintzak. Fitxa pertsonal bakar horri kode pertsonal zehatz bat esleituko zaio; kode pertsonal hori izango da, hain justu ere, indarreko sistema informatikoak nortasun-agiriari eratzikitzen dion segida alfanumerikoa. Hortaz, Erregistro Zibila, egitateen erregistroa izan beharrean, pertsonen erregistro bilakatuko da, eta, segida alfanumerikoari esker, erabiltzaileak orotariko izapideak egin ahal izango ditu Erregistro Zibilean. Are gehiago, fitxa pertsonala bide telematikoetatik kontsultatu ahal izango da, ziurtagiriak Interneten bitartez lortu ahal izango dira, eta administrazioek ere, izapideak egin behar dituztenerako, eskuragarri izango dute segida alfanumeriko hori.

2.2. Zortzigarren xedapen gehigarria

Hona hemen, jarraian, bigarren arau berriaren testua:

Zortzigarren xedapen gehigarria. Gerra zibilean nahiz diktaduragaraian desagertutako en heriotza inskribatzea.

Gerra zibilean nahiz haren ostekoxeko errepresio politikoan desagertutako en heriotza inskribatzeko, titulu nahikoa izango da eskatzailearen mesederako ebatzitako erregistro-espeditentea, baldin eta hark ekarritako frogak zentzuz ondorioztatzen badute desagertutako en heriotza gertatu izana, nahiz eta frogok heriotzaren ostekoxekoak izan ez. Frogak balioesteko orduan, kontuan hartuko dira, bereziki, igarotako denbora, arriskuari dagozkion inguruabarrak eta pertsekuzio- nahiz indarkeria-zantzuak.

2.2.a. Ganbera legegileetan egindako ibilbidea

Gobernuak lege-proiektua Diputatuen Kongresuari igorri eta gero, ganbera legegile horretan zuzenketak aurkezteko epea orpoz orpo luzatu zen. Luzapenak luzapen, zuzenketak aurkezteko azken data 2011ko martxoaren 29a izan zen. Diputatuen Kongresuari buruzko Araudiaren 97. artikuluan xedatutakoa betetzeko, Gorte Nagusien Aldizkari Ofizialak argitaratu egin zituen diputatu jaun-andreek Erregistro Zibilaren lege-proiektuari aurkeztutako zuzenketak⁹.

Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds parlamentu-taldeak, besteak beste, 43. zuzenketa aurkeztu zuen, lege-proiektuari honako xedapen gehigarri hau erants zekion¹⁰:

Lege hau argitaratzen denetik, gehienez ere, sei hileko epean, errege-lamendu bidez administrazio-prozedura berezia arautuko da, prozedura horrek, gerra zibilaren nahiz diktadura frankistaren biktimei dagokionez, hurrengoak ahalbide ditzan:

- Desagertutako pertsonen buruz Erregistro Zibilean inskripzioa egitea, horien datuak oraindik Erregistro Zibilean agertzen ez badira;
- Heriotzaren arrazoiari buruz erregistro horretan ager daitezkeen datuak eta inguruabarrak zuzentzea;
- Desagertutako pertsonen familiei doan aholku juridikoak ematea, Erregistro Zibilean inskripzioa behar bezala egin dadin.

Prozedurak aukera emango die, bai desagertutako pertsonen senideei, bai desagertutakoak euren bizitzako edozein unetan zein udalgetan erroldatuta egon eta udal horiei, inskripzio- nahiz zuzenketa-eskabideak egiteko. Era berean, kasuan-kasuan inskribatu nahi diren datuak benetakoak direla egiaztatzeko, prozedura horretan balioz-

⁹ Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Diputatuen Kongresua, A saila, 90-26 zk., 2011ko apirilaren 6koa.

¹⁰ 18 eta 19. orr.

*koak izango dira zentzuz eskuratzeko moduko agiri ofizial nahiz lekukotza gehienak*¹¹.

Talde katalanak, idatzizko justifikazioa egitean, oroimen historikoa ekarri zuen gogora. Izan ere, gerra zibilak eta horren ondorengo agintaldiak hainbat herritar desagerrarazi zituen, Errepublikaren legezotasuna defendatzeagatik edota askatasunak berreskuratzearen alde borrokatzeagatik. Katalanek esandakoaren harira, Francoren estatu-kolpea gertatu eta egun gutxi batzuetara, jarraibide zehatzak eman ziren, eraildako pertsonen heriotzak erregistro zibiletan ez inskribatzeko; horrela, genozidioaren zantzurik txikiena ere ezabatu nahi zen. Egia esan, geroago aitortu egin zen eraildako pertsonen heriotza erregistratzeko aukera; baina, horretarako, “gerraren ondorioz desagertuta” eta antzeko esamoldeak erabili behar ziren, heriotzaren arrazoia faltsutzea onartuz, alarguntasun-pentsioa kobratzearen truk edota seme nagusiak soldadutzatik aske gelditzearen truk. Talde katalanaren ustez, bidezkoa da isildutako erailketak edo errepresio-kasuak azalaraztea eta faltsututako heriotza-arrazoiak zuzentzea. Ildo beretik, Tardà i Coma jaunak, *Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds* taldearen izenean, ahoz egin zuen 43. zuzenketaren gaineko justifikazioa¹². Haren hitzetan, xedapenaren helburu zehatza zen biktimei eta horien ondorengoei merezi duten aitortza egitea, eta, bide batez, Espainiako estatuan gertatutako gehiegikeriak salatzea, bihar-etziko belaunaldiak horien berri izan zezaten. Alabaina, Justizia Batzordean zuzenketa horren gaineko botazioa egin zenean, emaitza argia izan zen: zuzenketaren alde, boto bakarra; zuzenketaren kontra, 35 boto; eta 2 abstentzio. Hortaz, 43. zuzenketa baztertuta geratu zen Diputatuen Kongresuan.

Ponentziaren txostena ikusita, Diputatuen Kongresuko Justizia Batzordeak bere testua onetsi zuen, Erregistro Zibilari buruzko lege-proiektuaren gainean, eta, 2011ko maiatzaren 16an, Diputatuen Kongre-

¹¹ 18 eta 19. orr.

¹² Gorte Nagusiak. Diputatuen Kongresuaren Bilera Egunkaria, Justizia Batzordea, 769. zk., 2011ko maiatzaren 4koa, 3 eta 4. orr.

suak Senatuari igorri zion Justizia Batzordeak onetsitako testu hori. Senatuan, zuzenketak aurkezteko epea maiatzaren 27an bukatu zen¹³. *En-tesa Catalana de Progrés* taldeak 56. zuzenketa aurkeztu zuen, Diputatuen Kongresuan aurkeztutako (eta baztertutako) 43. xedapena hitzez hitz jasota, idatzizko justifikazio berberarekin.

Sozialisten parlamentu-taldeak, gai berberari buruz, 65. zuzenketa aurkeztu zuen Senatuan, eta zuzenketa horrek bere horretan jaso zuen, hain zuzen ere, egun indarrean dagoen xedapen gehigarria¹⁴. Idatzizko justifikazioan, sozialisten taldeak adierazi zuen, zortzigarren xedapen gehigarriaren bitartez, erregistroko espedientearen aplikazio-esparrua zabaltzen zela, antzinako errebindikazioari men eginez. Xedapena indarrean jarri aurretik, bi bide hauek erabil zitezkeen, gerra zibilean desagertutako pertsonen heriotzak inskribatzeko eta halako egoerak erregularizatzeko: bata, borondatezko jurisdikzio-espedientearen, heriotzaren inguruko adierazpen judiziala lortzea, eta, bestea, gobernu-espedientearen izapideak egitea. Borondatezko jurisdikzio-espedientearen, heriotzaren inguruko adierazpen judiziala lortzeko, lehen auzialdiko epailearengana jo behar da, eta hori, konplexua izateaz gain, garestia ere bada, batez ere, Estatuaren Aldizkari Ofizialean eta egunkarrietan ediktuak argitaratu behar direlako, eta, gainera, abokatuaren laguntza teknikoa izan behar delako. Gobernu-espedientea edo erregistro espedientea jurisdikzio-espedientea baino merkeagoa eta errazagoa da, baina honako zailtasun hau du: heriotza ziur-ziur frogatu beharra dago. Ildo horretatik, Erregistro Zibilaren Erregelamenduak, 278.1 artikuluan, argi uzten du inskripzioa egiteko ez dela nahikoa heriotza ezaguna izatea; aitzitik, ziurtasuna lortu behar da, eta ziurtasun horrek zentzuzko zalantza guztiak ezabatu behar ditu. Bistan denez, sozialistek proposatutako arauaren ondorioz, heriotzari buruzko frogaren zorroztasuna malgutu egiten zen.

¹³ Zuzenketa guztien berri izateko, ikus Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Senatua, I. saila, 74 zk., 2011ko ekainaren 7koa, 66.etik 117.erako orr.

¹⁴ 103. or.

Senatuan egindako ibilbideari dagokionez, 2011ko ekainaren 1ean, Justizia Batzordeak Ponentzia izendatu zuen eta Ponentziak bilera egin zuen ekainaren 16an. Bilera horretan, Ponentziak sakon aztertu zituen lege-proiektuaren testua eta horri Kongresuan egindako zuzenketa, baina ez zuen txostenik luzatu. Horregatik, Justizia Batzordean egin zen zuzenketa guztien azterketa, ekainaren 16an bertan¹⁵. Botazioan, *Entesa Catalana de Progrés* taldearen 56. zuzenketa baztertuta geratu zen; onetsi egin zen, ordea, sozialisten 65. zuzenketa. Gauzak horrela, Justizia Batzordeak bere irizpena luzatu zion Senatuaren lehendakariari, eta, irizpen horretan¹⁶, zortzigarren xedapen gehigarriak hitzez hitz jasotzen zuen sozialisten proposamena, egun ere indarrean dagoena.

Senatuaren osoko bilkurak, 2011ko ekainaren 22an egindako bileran, Justizia Batzordearen irizpena onetsi zuen, zortzigarren xedapen gehigarria bere horretan utziz¹⁷. Nolanahi den ere, *Entesa Catalana de Progrés* taldearen izenean, Bofill Abelló senatariak 56. zuzenketaren aldeko aldarrikapena egin zuen osoko bilkura horretan, transakzioa ezinezkoa izan zela gogoraziz; alabaina, botazioak berriro ere ezezkoa ekarri zuen: 239 bototik, 9 zuzenketaren alde eta 230 zuzenketaren kontra.

2011ko ekainaren 29an, Senatuak mezu zioduna bidali zion Diputatuen Kongresuari¹⁸, testuan egindako zuzenketak arrazoitzeko. Zortzigarren xedapen gehigarriari buruz, mezu ziodunak honako arrazoi hauek azaldu zituen:

¹⁵ Gorte Nagusiak. Senatuaren Bilera Egunkaria, Batzordeak, 536. zk., 2011ko ekainaren 16koa.

¹⁶ Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Senatua, I. saila, 81-530 zk., 2011ko ekainaren 21ekoa, 30.etik 62.erako orr.

¹⁷ Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Senatua, I. saila, 86-556 zk., 2011ko ekainaren 29koa, 2.etik 33.erako orr.

¹⁸ Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Senatua, I. saila, 86-557 zk., 2011ko ekainaren 29koa, 34.etik 84.erako orr.

Zortzigarren xedapen gehigarri (berria)

Xedapen gehigarri honek arautzen du gerra zibilean nahiz diktadura-garaian desagertutakoen heriotza inskribatzea, eta, heriotzari buruzko frogaren zorrotasuna malgutzen duen neurrian, erraztu egiten du erregistro-espediterearen bidea erabiltzea, prozedura hori borondatezko jurisdikzioarena baino azkarragoa eta merkeagoa baita.

Bukatzeko, Diputatuen Kongresuko osoko bilkurak, 2011ko uztailaren 14ko bileran, Erregistro Zibilaren Legeari buruzko proiektua behin betiko onetsi zuenean¹⁹, ez zuen ukitu ere egin zortzigarren xedapen gehigarria. Osoko bilkurak testuaren gainean egindako azken eztabaida horretan, Ridaó i Martín jaunak *Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds* taldearen izenean hitz egin zuen, eta, haren esanetan²⁰, onetsitako testua aurrerakada apal eta partziala besterik ez da, desagertutakoen inskripzioa sustatzeko bidean, eurena osatuagoa omen zelako.

2.2.b. *Xedapen honen ondoriozko berrikuntza*

Azken xedapenetatik seigarrenarekin gertatzen den bezala, zortzigarren xedapen gehigarria ere aurrerapausoa da, oroimen historikoa berreskuratze-ko bidean. Biktimen ondorengo aldarrikapen historikoa jasota geratzen da xedapen horretan, gaur egun arte prozedura luze eta garestiak erabili behar baitzituzten ondorengo horiek, desagertutakoen egoera Erregistro Zibilean erregularizatu ahal izateko. Eraldaketaz geroztik, horretarako nahikoa da ohiko administrazio-espediterearen izapideak egitea; eta, espeditere horretan, gainera, frogaren zorrotasuna malgutu da, ez baita erabateko eta zailtzarrik gabeko frogabiderik eskatzen. Ohiko administrazio-espeditere erabili ahal izateak, bestalde, bi abantaila ditu²¹. Lehenengo abantaila guztiz

¹⁹ Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Diputatuen Kongresua, A saila, 90-31 zk., 2011ko uztailaren 21ekoa.

²⁰ Gorte Nagusiak. Diputatuen Kongresuaren Bilera Egunkaria, Osoko bilkura eta batzorde iraunkorra, 262. zk., 2011ko uztailaren 14koa, 26. or.

²¹ Ikus <http://lamemoriaviva.files.wordpress.com/2011/07/documento509-inscripcion-de-defuncion-de-desaparecidos.pdf>

praktikoa da: Erregistro Zibileko espedienteak doakoak dira. Bigarren abantaila legitimazio aktibo anitzari dagokio. Izan ere, erregistro-espedientea sustatu ahal dute edo alderdi izan daitezke espedienteotan interes legitimoa duten guztiak. Are gehiago, espedientea sustatzeko betebeharra dute egitatearen inskripzioa sustatzeko betebeharra duten guztiak; beste modu batera esanda, heriotzaren inskripzioa sustatzeko betebeharra dutenak (senideak; auzokoak; heriotza zein establezimendutan gertatu eta establezimendu horretako burua; gobernu-agintaria...) behartuta daude, orobat, espedientea sustatzera. Gainera, Fiskaltzak ere espedienteak sustatzeko betebeharra du, espediente horien helburua denean erregistroa eta erregistrotik kanpoko errealitatea bat etortzea.

Bukatzeko, eta xedapenaren testuari erreparatuta, argi dago erregistro-espedientearen aplikazio-esparrua zabaldu egiten dela. Izan ere, orain arte indarrean egon den araubidearen arabera, erregistro-espedientea bidezkoa izan zedin, nahitaezkoa zen hilotza desagertzea, ez, ordea, bizirik dagoen pertsona desagertzea. Guztiz desberdina da hilotza desagertzea (kasu horretan, zalantzarik gabe, jakina da pertsona hil dela) eta bizirik dagoen gizakia desagertzea, nahiz eta azkenean haren heriotza ondorioztatu, haren berririk izan gabe hainbat denbora igaro delako (Kode Zibilaren 193. artikulua eta ondorengoak). Bestalde, eta jakina denez, heriotza-adierazpenak epailearen deklarazioa behar du. Alabaina, arau berriaren ondorioz, erregistro-espedientearen aplikazio-esparrua zabaldu egiten da, eta espediente hori titulu nahikoa bihurtzen da, gerra zibilean eta diktadura-garaian desagertutakoen heriotza inskribatzeko, ez baita heriotza-adierazpena bide judizialek lortu behar.

2.3. Azken xedapenetatik hirugarrena

Azken xedapenetatik hirugarrena, aurreko xedapen gehigarriak bezala, indarrean dago 2011ko uztailaren 23az geroztik. Beraren testua, hitzez hitz, hurrengo da:

Azken xedapenetatik hirugarrena. Kode Zibilaren eraldaketa.

Kode Zibilaren 30. artikulua aldarazi da, eta, aurrerantzean, idazkera hau izango du:

«30. artikulua.

Nortasuna eskuratzen da, bizirik jaiotzen den unean bertan, behin amaren sabeletik oso-osorik askatuta.»

2.3.a. Ganbera legegileetan egindako ibilbidea

Convergència i Unió taldeak aurkeztu zuen, Diputatuen Kongresuan, 77. zuzenketa, bihar-etzi azken xedapenetatik hirugarrenaren aurrekaria izango zena, honako idazkera honekin²²:

Azken xedapen (berria). Kode Zibila aldaraztea.

Bat. Kode Zibilaren 29. artikulua idazkera hau izango du:

«29. artikulua

Nortasun zibila pertsona fisikoari datzekio, jaiotze denetik.»

Bi. Kode Zibilaren 30. artikulua idazkera hau izango du:

«30. artikulua

Ernaldia pertsonatzat jotzen da, mesedegarri zaizkion ondore guztietarako, baldin eta jaiotzen bada.»

Hiru. Kode Zibilaren 745. artikulua idazkera hau izango du:

«745. artikulua

Ez dira oinordeko izateko gai:

1. Abortukinak.

2. Legeak onartzen ez dituen elkarte edo korporazioak.»

²² Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Diputatuen Kongresua, A saila, 90-26 zk., 2011ko apirilaren 6koa, 30 eta 31. orr.

Talde katalanak, aurkeztutako zuzenketaren idatzizko justifikazioa egi-tean, adierazi zuen oso garrantzitsua dela zehaztea zuzenbide zibilak, eta, oro har, zuzenbideak noiz aitortzen duen gizakia pertsona dela, eta, beraz, eskubideen subjektua izatez gain, nortasun juridikoa duela. Zientziaren eta teknikaren egungo egoera kontuan hartuta, talde katalanak anakronikotzat eta desegokitzat jotzen zuen ordu arte indarrean zegoen araubidea. Araubide horretan, ezinbesteko baldintzak ziren “giza itxura izatea” eta “hogeita lau orduz amaren sabeletik oso-osorik askatuta bizitzea”. Bi baldintza horiek, ziur asko, zentzuzkoak ziren Kode Zibila argitaratu zeneko garaian, baina gaur egun zentzurik gabekoak dira, batez ere, nazioarteko legeriak ezartzen dituen mugak gogoan izanik. Europako kode gehienetan, nortasun juridikoaren eta jaiotzaren arteko lotura zuzen-zuzenekoa da, inolako bitartekorik gabekoa, eta, talde katalanaren iritziz, Erregistro Zibila eraldatzeko abagunea aproposa izan zitekeen, lege-hizkera gure eta inguruko errealitate juridikoari egokitzeko; are gehiago, jaiotza Erregistro Zibilean inskribatzeko aurretiazko baldintza denean Kode Zibilaren 30. artikuluko baldintzak betetzea.

Diputatuen Kongresuko Justizia Batzordean, Jané i Guasch jaunak, *Convergència i Unió* taldearen izenean, 77. zuzenketaren ahozko justifikazioa egitean²³, gogorarazi zuen Kataluniako Kode Zibilaren Legean ere nortasunaren eta jaiotzaren arteko lotura zuzen-zuzenekoa dela, adingabeen eskubideei buruzko nazioarteko hitzarmenek ezartzen dutenaren harira. Estatuko lege zibil nagusiak ere, diputatu katalanaren ustez, hogeita lau orduko betekizuna eta giza itxura izatearena ezabatu behar zituen, bi horiek guztiz zaharkituta baitzeuden.

Justizia Batzordeko Ponentziak, bere txostena luzatu zuenean, ez zituen jaso Kode Zibilaren 29 eta 745. artikulua aldatzeko proposamenak; eta, 30. artikuluari dagokionez, beste testu hau barruratu zuen²⁴:

²³ Gorte Nagusiak. Diputatuen Kongresuaren Bilera Egunkaria, Justizia Batzordea, 769. zk., 2011ko maiatzaren 4koa, 10. or.

²⁴ Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Diputatuen Kongresua, A saila, 90-28 zk., 2011ko apirilaren 6koa, 41. or.

«30. artikulua

Nortasuna eskuratzen da, bizirik eta amaren sabeletik oso-osorik askatuta jaiotzen den unean.»

Senatuan egindako ibilbideari dagokionez, *Convergència i Unió* taldeak 60. zuzenketa aurkeztu zuen. Proposamen horren xedea zen, izatez, Diputatuen Kongresutik jasotako testuan zuzenketa gramatikala egitea honetara:

«30. artikulua

Nortasuna eskuratzen da, bizirik jaiotzen den unean bertan, behin amaren sabeletik oso-osorik askatuta.»

Senatuko Justizia Batzordeak, 2011ko ekainaren 16an, zuzenketak banan-banan aztertu zituenean, onetsi egin zuen *Convergència i Unió* taldearen 60. zuzenketa, eta, beraz, halaxe jaso zen batzordearen irizpenean²⁵. Senatuaren osoko bilkurak, ekainaren 22an, Justizia Batzordearen irizpenean onetsi zuen, xedapenaren testua bere horretan onartzuz²⁶.

Ondoren, 2011ko ekainaren 29an, Senatuak mezu zioduna bidali zion Diputatuen Kongresuari²⁷, testuan egindako zuzenketak arrazoitzeko. Azken xedapenetatik hirugarrenari buruz, mezuak honako arrazoi hauek azaldu zituen:

Azken xedapenetatik hirugarrena

Kode Zibilaren 30. artikuluko idazkera berriak zehatzago ezartzen du noiz eskuratzen den nortasuna.

²⁵ Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Senatua, I. saila, 81-530 zk., 2011ko ekainaren 21ekoa, 60. or.

²⁶ Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Senatua, I. saila, 86-556 zk., 2011ko ekainaren 29koa, 32. or.

²⁷ Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Senatua, I. saila, 86-557 zk., 2011ko ekainaren 29koa, 35. or.

Diputatuen Kongresuko osoko bilkurak, 2011ko uztailaren 14ko bil-eran, Erregistro Zibilaren Legeari buruzko proiektua behin betiko onetsi zuenean²⁸, ez zuen ukitu ere egin atal honetan aztergai den xedapena.

Osoko bilkurak testuaren gainean egindako azken eztabaida horretan, Emilio Olabarria Muñoz jaunak Euzko Alderdi Jeltzalearen parlamentu- taldearen izenean hitz egin zuen, eta, haren esanetan²⁹, Senatuak hobetu egin zuen proiektua, gai garrantzitsu batzuetan; kasurako, Senatuak argi zehaztu zuen noiz eskuratzen den erregistroan inskribatu beharreko nortasuna: behin amaren sabeletik oso-osorik askatuta. Olabarria jauna- ren ustez, definizioa korapilatsuegi gerta daiteke, baina Diputatuen Kon- gresuan adostutakoa baino ulergarriagoa da.

2.3.b. *Xedapen honen ondoriozko berrikuntza*

Orain arte, Kode Zibilak nortasun juridikoa eratxikitzen zion jaiolari, bi baldintza betez gero: giza itxura izatea eta hogeita lau orduz amaren sabeletik oso-osorik askatuta bizitzea³⁰.

Giza itxura izatea Erdi Aroko testu juridikoen eskakizuna da. Gaur egungo aditu batzuen ustez, arkaismo iraingarri, zentzugabe eta alferre- koa da. Ez da arrazoizkoa pentsatzea emakumezkoek giza espeziak bes- teko izakiak erdiko dituztenik. Gainera, egun zalantzarik gabekoa da emakumeak bizirik erditzen duen izaki orori duintasuna dagokiola, giza-

²⁸ Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Diputatuen Kongresua, A saila, 90-31 zk., 2011ko uztailaren 21ekoa, 23. or.

²⁹ Gorte Nagusiak. Diputatuen Kongresuaren Bilera Egunkaria, Osoko bilkura eta bat- zorde iraunkorra, 262. zk., 2011ko uztailaren 14koa, 27. or.

³⁰ Ángel Aznárez jaunak, Asturiaseko notarioak, bi baldintza horien zentzugabekeriak idatzi zuen, 2011ko urtarrilaren 23an. Dagoeneko, Gobernuak aurkeztua zuen Erregistro Zibilari buruzko Legearen proiektua Diputatuen Kongresuan, eta, proiektu horretan, ez zen inolako aipamenik ageri Kode Zibilaren 30. artikulua inguruan. Aznárez jaunaren hausnarketak eragingo omen zuen parlamentuko kideren batek zuzenketa egokia aurkeztea? Baliteke. Ikus Aznárez jaunaren testua, in [http://www.lne.es/opin- ion/2011/01/23/registro-vidas-muertes/1023691.html](http://www.lne.es/opinion/2011/01/23/registro-vidas-muertes/1023691.html)

ki orori dagokion bezala, kanpotik nahiz barrutik akatsak edo gabeziak eduki arren. Emakumezkoek munstroak erdiko dituztela eta animaliek emakumezkoak ernalduko dituztela aurrez ikustea, besterik gabe, misoginiaren eta emakumezkoenganako beldurraren erakusgarriak dira.

Hogeita lau orduz amaren sabeletik oso-osorik askatuta bizitzeak, bestalde, bi motibazio zituen. Lehendabizikoa ulergarria zen antzinako garaietan. Izan ere, eskakizun horrekin saihestu nahi ziren fetua bizirik ala hilda jaio zen jakiteko auziak, bai eta erditzearen inguruko itxura-egiteak ere. Egun nekez gerta daiteke halakorik, osasun-etxeetan erabat kontrolatzen baitira erditzeak. Bigarren motibazioa oinordetzari zegokion: jaioberria hilez gero, familiaren ondasunek euren ibilbidea alda zezaketen, eta, aitarengandik edo amarengandik zetorrena beste lerrora igaro zitekeenez gero, hori saihestu beharra zegoen. Ez du ematen egungo lege-gileek kezka hori dutenik, beste arau batzuekin (adibidez, haurdunaldia borondatez geldiarazteari buruzkoarekin) ez baitute hori erakutsi. Bigarren eskakizun honek berarekin zekarren, ondorenez, jaioberriak bere lehenengo eguna lege- nahiz administrazio-linboan egitea.

Bi baldintza horien ondorioz, hogeita lau orduz amaren sabeletik oso-osorik askatuta irauten ez zuena, aurreko legeriaren arabera, ez zen jaiotzat hartzen, eta, beraz, jaiotzarik ez zegoenez, ez zen inskripziorik egiten Erregistro Zibilean (medikuaren espedientean eta abortukinen paper-sortan ager zitekeenari kalterik egin gabe). Horrela, amatasun- eta aitatasun-eskubideak, neurri batean behintzat, urraturik geratzen ziren, ezin baitzen modu ofizialean agerrarazi semea edo alaba jaio izana, hogeita lau ordu igaro baino arinago hiltzeagatik. Esate baterako, emakumezkoak ume osasuntsua erditzen du, baina, sei ordu igarota, ohetik erori egiten zaio eta hil egitean da. Eraldaketa gertatu arte, Kode Zibila aplikatuta, ume hori abortukina zen eta amak ezin zuen inola egiaztatu ume hori izan zuenik; are gehiago, ikuspuntu administratiboari helduta, emakume horrek ez zuen umerik izan. Eraldaketaz geroztik, ordea, ume hori pertsona da, jaio den unetik.

Eraldaketari esker, Espainiak bere antolamendu juridikoa egokitu du, Kode Zibilaren 30. artikuluari dagokionez bederen, nazioarteko hitzarmenetan ezarritakoa betez. Besteak beste, Umearen Eskubideei buruzko Hitzarmenak, Nazio Batzuen Biltzar Nagusiak 1989ko azaroaren 20ko 44/25 Ebazpenaren bitartez onetsitakoak eta 1990eko irailaren 2an indarrean jarri zenak, beren-beregi ezartzen du, 7. artikuluan, umea jaio eta segidan inskribatuko dela³¹.

2.4. Azken xedapenetatik seigarrena

Bukatzeko, azken xedapenetatik seigarrena ere indarrean dago, honako idazkera honekin:

Azken xedapenetatik seigarrena. Gerra Zibilean nahiz diktaduragaraiari erbesteratutakoekin ilobek Espainiako naziotasuna eskuratzea.

Abenduaren 26ko 52/2007 Legeak, gerra zibilean nahiz diktadura-garaian pertsekuzioa edo bortizkeria jasan zutenen mesederako, eskubideak aitortu nahiz zabaldu, eta neurriak ezarri zitueneko, eta lege horren zazpigarren xedapen gehigarriak aukera-eskubidea arautu zuela kontuan hartuta, aukera-eskubide hori berori egikaritu ahal izango dute erbesteratutako emakumeen ilobek ere, baldin eta emakume horiek Espainiako naziotasunari eutsi bazioten, 1954ko abuztuaren 5az geroztik atzerritar batekin ezkontzeagatik, data horretan indarrean jarri baitzen 1954ko uztailaren 15eko Legea; horretarako, nahitaezkoa da emakumeok Espainiako naziotasuna ez eskualdatzea euren seme-alabei, horiek aitarenari eutsi ziotelako, eta nahitaezkoa da, orobat, ilobek horren inguruko adierazpena formalizatzea, xedapen hau indarrean jarri eta urte bateko epean.

³¹ Ikus hitzarmenaren testua, in <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

2.4.a. *Ganbera legegileetan egindako ibilbidea*

Diputatuen Kongresuak lege-proiektuaren hasierako orrazketa egin zuenean, ez zuen ekarpenik egin arazo honen inguruan. Senatuan, ordea, Sozialisten Parlamentu Taldeak 67. zuzenketa aurkeztu zuen, azken xedapenetatik seigarrenaren testua hitzez hitz proposatzeko³².

Sozialisten taldeak, zuzenketaren idatzizko justifikazioa egitean, 52/2007 Legearen zazpigarren xedapen gehigarria gogorarazi zuen. Izan ere, xedapen horrek gerra zibilean nahiz diktadura-garaian erbesteratutako seme-alabei eta ilobei ahalbidetu zien Espainiako naziotasuna aukera-erabaketa bitartez eskuratzea, euren gurasoek edo aitona-amonek ezin izan zietenean eskualdatu, naziotasun hori galtzera behartuak izan baitziren, harrera-herrialdeetan bizimodu berria hastekotan. Xedapen horrek, nolahi ere, bidegabeko ondorioa eragin zuen praktikan, erbesteratutako emakume espainiar batzuen iloben kalterako; egin-eginean ere, emakumeok euren naziotasunari eutsi ziotenez gero, ezinezko gertatzen zen haien ilobei aipatu xedapena aplikatzea. Horrela, amonak Espainiako naziotasuna galduz gero, ilobek aplikagarri zuten 52/2007 Legearen zazpigarren xedapen gehigarria; aitzitik, amonak, 1954ko uztailaren 15eko Legea indarrean jarri ondoren ezkontzeagatik, Espainiako naziotasunari eutsiz gero, ilobek ez zuten aplikagarri aipatu xedapena, nahiz eta amona horiek Espainiako naziotasuna euren seme-alabei eskualdatu ez, seme-alabok aitarengatik eusten ziotelako. Bidegabekeria hori zuzentzeko aurkeztu zen, aurkeztu ere, atal honetan aztergai den xedapena.

Senatuan egindako ibilbideari dagokionez, Senatuko Justizia Batzordeak, 2011ko ekainaren 16an, zuzenketa guztien azterketa egin zuenean, aho batez onetsi zuen Sozialisten Taldeak aurkeztutako 67. zuzenketa, eta halaxe jasotzen zuen Justizia Batzordeak bere irizpenean³³, “bosgarren ter” zenbakia jarritz.

³² Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Senatu, I. saila, 74 zk., 2011ko ekainaren 7koa, 104. or.

³³ Gorte Nagusiak. Senatuaren Bilera Egunkaria, Batzordeak, 536. zk., 2011ko ekainaren 16koa, 5. or.

Senatuak, 2011ko ekainaren 29an, mezu zioduna bidali zionean Diputatuen Kongresuari³⁴, honako arrazoi hauek azaldu zituen azken xedapen honi buruz:

Azken xedapenetatik bosgarren ter (berria)

Azken xedapen honen xedea da, erbesteratutako emakume espainiar batzuen iloben kontra, 52/2007 Legearen zazpigarren xedapen gehigarria dela eta, nahi gabe gertatu diren ondorioak saihestea, emakumeok euren naziotasunari eutsi zioten neurrian.

Diputatuen Kongresuko osoko bilkurak, 2011ko uztailaren 14ko bilera, Erregistro Zibilaren Legeari buruzko proiektua behin betiko onetsi zuenean³⁵, xedapenari zenbakia aldatu zion, eta, “bosgarren ter” zenbakiaren ordean, “seigarrena” jarri zion; ez zuen, ordea, testuan inolako ukiturik egin.

2.4.b. Xedapen honen ondoriozko berrikuntza

Zortzigarren xedapen gehigarriarekin gertatzen den bezala, azken xedapenetatik seigarrena ere aurrerapausoa da, oroimen historikoa berreskuratzeko bidean. Oroimen historikoa berreskuratzeko bide horretan kokatu behar da, berebat, abenduaren 26ko 52/2007 Legea, gerra zibilean nahiz diktadura-garaian pertsekuzioa edo bortizkeria jasan zutenen mesederako, eskubideak aitortu nahiz zabaldu, eta neurriak ezarri zituen³⁶. Lege horren zazpigarren xedapen gehigarriak hauxe ezarri zuen hitzez hitz:

³⁴ Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Senatua, I. saila, 81-530 zk., 2011ko ekainaren 21ekoa, 61. or.

³⁵ Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Senatua, I. saila, 86-557 zk., 2011ko ekainaren 29koa, 35. or.

³⁶ Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Diputatuen Kongresua, A saila, 90-31 zk., 2011ko uztailaren 21ekoa, 24. or.

Zazpigarren xedapen gehigarria. Espainiako naziotasuna eskuratzea

1. Aita edo ama jatorriz espainiarra duten pertsonak Espainiako jatorrizko naziotasuna aukeratu ahal izango dute, baldin eta horren gaineko adierazpena formalizatzen badute, xedapen gehigarri hau indarrean jarri eta bi urteko epean. Ministroen Kontseiluak epe hori luzatu ahal izango du beste urte batez.

2. Eskubide hori aitortuko zaie ilobei ere, baldin eta aitona-amonak, erbestearen ondorioz, Espainiako naziotasuna galdu bazuten edo horri uko egin behar izan bazioten.

Bistan denez, xedapen horrek ahalbidetu zuen erbesteratuen seme-alabek eta ilobek, aukera-eskubidearen bitartez, Espainiako naziotasuna eskuratzea, euren gurasoek edota aitona-amonak ezin izan zieten naziotasun hori eskualdatu, harrera-herrialdeetan bizimodu berria egiteagatik, galdu egitera behartuta egon zirelako. Ondorio horietarako, erbesteratutzat jotzen dira 1936ko uztailaren 18tik 1955eko abenduaren 31 bitartean Espainiatik atera ziren espainiar guztiak. Horixe argitu zuen Erregistroen eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiak, 2008ko azaroaren 4an emandako ebazpenaren bitartez³⁷, abenduaren 26ko 52/2007 Legearen zazpigarren xedapen gehigarria interpretatzean.

Xedapenaren helburua, edonondik begira dakiola, bidezko eta ulergarria zen. Alabaina, nahigabeko ondorioa sorrarazi zuen, batzuei tratua hobe eman eta besteei tratua okerragoa aitortu baitzien³⁸. Egin-eginean ere, zazpigarren xedapen gehigarri hori hitzez-hitz interpretatuta (Erregistroen eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiak egin zuen bezala), ezin zitzairen aukera-eskubidea aitortu erbesteratutako emakumeen ilobei, emakume horiek Espainiako naziotasunari eutsi ziotenean, 1954ko abuztuaren 5az gozotik atzerritar batekin ezkontzeagatik, baldin eta

³⁷ Estatuaren Aldizkari Ofiziala, 310. zk., 2007ko abenduaren 27koa.

³⁸ Estatuaren Aldizkari Ofiziala, 285. zk., 2008ko azaroaren 26koa.

emakumeok ez bazieten Espainiako naziotasuna euren seme-alabei eskualdatu, horiek aitarenari eutsi ziotelako. Erregistro Zibilaren Legeak, ordea, iloba horiek aintzakotzat hartzen ditu, eta, azken xedapenetatik seigarrenaren bitartez, horiei ere aukera-eskubidea aitortzen die, arauaren aplikazio-esparrua zabalduz.

Horrela, erbesteratuen ilobei aukera-eskubidea aitortzeko tenorean, elkarren osagarri dira abenduaren 26ko 52/2007 Legearen zazpigarren xedapen gehigarria eta uztailaren 21eko 20/2011 Legearen azken xedapenetatik seigarrena. Egungo arautegiak, ondorenez, helburu bikoitza betetzen du: batetik, Konstituzioaren 11 (naziotasunari buruzkoa), 14 (berdintasunari buruzkoa), 39 (familiar, eta, bereziki, adingabeei eman beharreko babesari buruzkoa) eta 42. artikulua (atzerrian lanean ari diren espainiarrei buruzkoa) betearazten ditu, eta, bestetik, emakumezkoaren kontrako bereizkeriak haien ondorengoengan izan dituen ondorio latzetatik batzuk ezabatzen ditu.

³⁹ Interneten, tratu-desberdintasun horren inguruko kritikarik gogorrena, in <http://nacionalidades.blogspot.com/2010/02/nietos-de-exiliadas-la-farsa-continua.html>

La organización Foral y la revisión de sus actos en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSÉ LUIS ETXEBERRIA MONASTERIO

Licenciado en Derecho (Especialidad Jurídico Económica)

Universidad de Deusto. Abogado del ICASV

Letrado/Jefe Servicio Asesoría Jurídica Diputación Foral de Bizkaia

* A) El artículo tiene hoy en día una doble razón de actualidad y un propósito ligado a ellas.

1ª La propuesta de suprimir las Diputaciones Provinciales, lo que obliga a diferenciarlas de las Diputaciones Forales, tanto por su distinta Organización, como por sus distintas competencias, como incluso por la distinta forma de revisión jurisdiccional de sus actos administrativos

2ª La segunda, la propuesta de Reforma Constitucional del art 135 de la Constitución española. En la nueva redacción que se propone del art 135 de la Constitución española se cita al Estado, a la Comunidades Autónomas y a la Entidades Locales, a las que se obliga a equilibrio presupuestario. En esa reforma se olvidan los TERRITORIOS FORALES, citados en la Disposición Adicional Primera de la Constitución Española: “DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”.

Esa situación de olvido ya se produjo con respecto de la LJCA 29/1998, de 13 de julio que debió ser corregida por el TS en Auto de 15-6-2006 que estableció, la equiparación de los Territorios Forales ,reconocidos en la DA 1ª de la Constitución, a las CCAA por ejercer competencias que en otros ámbitos territoriales corresponden a las CCAA y disponer de competencias pertenecientes al núcleo foral intangible de naturaleza estatal establecidas en el Estatuto vasco tales como las contenidas en el Concierto Económico, o las relativas a carreteras (STC 76/1988; STS de 7-6-1993; 19-5-1 977;3-5-2001; 22-5-2001).

Esa situación de olvido de los Territorios Históricos debería ser resuelta mediante una enmienda que los contemplara explícitamente, reconociendo que no son Entidades Locales

B) El propósito del artículo es por lo tanto es recopilar y comentar esas sentencias tanto del TC, como del TS, que han ido definiendo quienes son los Territorios Forales, cuales su núcleo foral intangible, cual es su naturaleza distinta de las entidades locales, cual es su organización y cuales son sus principales competencias, en especial en materia tri-

Es cuestión candente en el debate político actual, la pretendida reducción de determinadas instituciones de la Administración local, léase Diputaciones Provinciales.

Y el *Deia* del 17-8-2011 da la noticia: Rubalcaba: “Las diputaciones sobran”

El Correo Español 17-8-2011 da esta noticia PSOE y PP coinciden en que hay que reformar las diputaciones provinciales Rubalcaba cree que «sobran» y Ana Mato aboga por modernizarlas, en un debate que excluye a las instituciones vascas

Es correcta la exclusión de ese debate de las Diputaciones Forales vascas, que no son meras Diputaciones Provinciales: La especial y privativa naturaleza de las Instituciones Forales, que en el caso de las Diputaciones ha sido juzgada en numerosas ocasiones.

Pretende este artículo recordar que ha sido el Tribunal Supremo quien ha reconocido, perfilado y consagrado mediante su jurisprudencia la particular y privativa organización foral de los territorios históricos vascos, es decir: Las Juntas Generales como órgano normativo y las Diputaciones Forales órganos ejecutivos o de gobierno de los territorios.

Igualmente, ha sido Tribunal Supremo quien ha perfilado cuales han de ser los órganos jurisdicciones revisores de los actos administrativos de las Diputaciones forales según las materias de que se trate, cuestión de particular transcendencia para la ciudadanía que decide recurrirlos.

Recordemos, también, que la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal Español ha sido fijada, en numerosas ocasiones, en contra del criterio que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco había ido estableciendo en sus resoluciones de instancia.

butaria equiparable a la estatal y que ha dado lugar a la LO 1-2010, mal llamada del Blindaje del Concierto Económico y al reconocimiento del Concierto Económico en el ámbito de la UE en Sentencia del TJUE de 11 septiembre de 2008.

En definitiva el Tribunal Constitucional, cuya doctrina no va a ser objeto de comentario aquí, y el Tribunal Supremo han recordado que el régimen foral es amparado y respetado en la Constitución de 1978.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA ORGANIZACIÓN FORAL

A) Las Juntas Generales órganos normativos de representación popular

Las Juntas Generales son verdaderos órganos de representación política cuya función principal es dictar Normas en sus territorios y ejercer el control sobre sus gobiernos (las Diputaciones Forales). En esa Función son iguales a los Parlamentos o Asambleas y no integran la administración pública ordinaria.

1^o) Dicha naturaleza parlamentaria es reconocida en la STS de 9-12-2009, Ponente: EMILIO FRÍAS PONCE, al estimar el recurso de casación interpuesto por la Diputación Foral de Bizkaia contra la sentencia de 27 de febrero de 2004 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal de Justicia del País Vasco, cuyo fallo estimó en parte el recurso interpuesto por la Administración del Estado contra la Norma Foral 11/2000, de TH de Bizkaia, y anuló determinados artículos confirmando otros.

La cuestión que estimó Tribunal Supremo tenía que ver con el cómputo del plazo de interposición del recurso contencioso administrativo y la aplicación al caso del art. 44 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El artículo reseñado preceptúa que en los litigios entre administraciones públicas, *no cabrá interponer recurso en vía administrativa. No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso- administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto,*

haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada... 3. El requerimiento se entenderá rechazado si, dentro del mes siguiente a su recepción, el requerido no lo contestara.

Para la Sala de Instancia, “a estos efectos la expresión Administraciones Públicas tiene un sentido más general que no debe excluir esa posibilidad de requerimiento de derogación y búsqueda de previa composición entre los contendientes y superación de litigios, sino que debe englobar a los sujetos pasivos del proceso que designa el artículo 21.1 a) en la medida en que sean autores de la disposición impugnada”.

Es decir, el TSJPV declaró que las JJGG eran administración pública y podían ser requeridas para que derogaran sus normas por otra Administración, en el caso la Administración general del estado, pero el Tribunal Supremo no compartió esta interpretación y dejó dicho:

La Constitución Española reconoce las peculiaridades históricas que por razón del territorio se dan en ciertas áreas geográficas y así lo establece en su Disposición Adicional Primera en relación a los Territorios Históricos del País Vasco y a Navarra, lo que deriva en el establecimiento de un sistema de financiación peculiar que los singulariza respecto al resto de Comunidades Autónomas.

El Estatuto de Autonomía del País Vasco se refiere a los Territorios Históricos como titulares del derecho a formar parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco, recogiendo el art. 37 las competencias de los órganos forales, entre las que figuran las relativas al régimen tributario.

Reconocida potestad tributaria a las autoridades de los Territorios Históricos Vascos, la naturaleza de las Normas Forales ha suscitado una gran controversia, estando sometido el producto normativo de las Juntas Generales, por la falta de una previsión expresa en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que permita residenciar ante este Tribunal la impugnación de las Normas Forales, al control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para hacer efectivas las exigen-

cias de tutela judicial art. 24.1 CE) y de sometimiento a Derecho de los poderes públicos.

Ahora bien, esta circunstancia no puede ser determinante para aplicar a las Juntas Generales lo previsto en el art. 44 de la Ley de la Jurisdicción, porque no son Administración Pública cuando actúan su potestad normativa regulando el régimen tributario. El referido precepto contempla los litigios entre Administraciones Públicas, no entre una Administración Pública y el órgano legislativo foral competente, por lo que el plazo de impugnación debe computarse, tratándose de impugnación de Normas Forales de las Juntas Generales, desde la publicación en el Boletín Oficial correspondiente.

Así las cosas, hay que reconocer que el recurso contra la Norma Foral 11/2000, publicada el 30 de diciembre de 2000, por haberse interpuesto el 14 de mayo de 2001, resulta inadmisibile.

2º) Y es que ya en la STS de de 3 de mayo de 2001, Ponente: JAIME ROUANET MOSCARDÓ, se determinó que las Normas Forales Fiscales son equivalentes a las Leyes tributarias estatales, confirmando en el caso la Sentencia de instancia. Dice sobre lo que ahora nos ocupa:

UNDÉCIMO.- No goza, en absoluto, de virtualidad el noveno de los motivos casacionales, consistente en la denuncia del principio de legalidad o de reserva legal, habida cuenta que, (a), lo aducido por las recurrentes -es decir, el que la supresión de un beneficio fiscal no puede realizarse mediante un Reglamento, como sin duda lo es la Norma Foral 9/1992- puede llevar al absurdo de considerar inconstitucionales todas las Normas Forales emanadas de los Territorios Históricos, en la medida en que las mismas regulan con toda normalidad materias que en Territorio Común están reservadas a la Ley; (b), ya hemos dejado sentado que el artículo 41.2.a) del Estatuto de 1979 determina que los Territorios Históricos pueden mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario, con los límites indicados en tal mismo precepto; (c), aquí estamos ante la presencia de la dero-

gación de parte de un artículo de la Norma Foral 9/1991 por una Disposición Adicional de otra Norma Foral, la 9/1992, entre las cuales existe, por tanto, idéntica jerarquía normativa y viabilidad, en consecuencia, para tal abrogación; (d), la citada LTH,27/1 983, tiene reconocido a los Territorios Históricos, en las materias de su exclusiva competencia, como las de estos autos, una llamada potestad normativa de nuevo cuño, que expresamente se distingue de la mera potestad reglamentaria y que se expresa a través de las 'Normas Forales' de las Juntas Generales (ocupando el primer puesto en la jerarquía interna de cada ordenamiento foral), y, si bien dichas Normas Forales tienen una naturaleza reglamentaria (pues las Leyes de la Comunidad Autónoma Vasca emanan sólo de su Parlamento), su posición en el ordenamiento general es singular, pues se ordenan directamente al Estatuto de 1979 y a la Constitución sin intermedio de Ley alguna, ni estatal ni autonómica (dentro del respeto al régimen de concierto con el Estado), que son insusceptibles de invadir el marco reservado con exclusividad a los ordenamientos forales por la Disposición Adicional Primera de la Constitución y por el Estatuto de 1979, de modo que vienen a configurar unos "reglamentos autónomos en sentido propio"; y, (e), la sentencia de esta Sala de 28 de octubre de 1995, reiterando lo acabado de exponer, ha dejado sentado que la competencia tributaria ejercida en los indicados términos aparece configurada, en la doctrina constitucional (S. TC. 76/1 988, de 26 de abril), como "un núcleo intangible, por prescripción estatutaria, del contenido del régimen foral, y resulta ser, por tanto, el mínimo sin el que desaparecería la misma imagen de la foralidad", y, aunque tal regulación debe atenerse a la estructura general impositiva del Estado, respetando los principios generales y las normas de armonización de los artículos 3 y 4 del Estatuto de 1979, supone que las Juntas Generales disfrutaban, a través de las Normas Forales, de la plena capacidad para realizar lo mismo que la Ley tributaria estatal, y, en tal sentido, al ser equiparable dicha capacidad normativa del Territorio Histórico, en el ámbito de sus competencias, a la del legislador estatal, el artículo 10.b) de la Norma Foral

General Tributaria tiene el mismo tenor que el artículo 10.b) de la LGT, si bien con la puntualización de que la reserva de Ley en el ámbito estatal se convierte en reserva de Norma Foral en el ámbito del Territorio Histórico.

B) LAS DIPUTACIONES FORALES NO SON DIPUTACIONES PROVINCIALES OSTENTAN LA POTESTAD DE ORGANIZARSE

1^o) Fue la sentencia del TS de 7 de junio de 1993, Ponente Excmo. Sr. don Vicente Conde Martín de Hijas, la que por primera vez acepto la específica organización foral y fijó la doctrina de que, dadas las potestades exclusivas de autoorganización de los territorios históricos y las potestades reconocidas a éstos en la Ley 27/1983 de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sobre Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus territorios históricos, se imponía una organización interna de la Diputación Foral netamente diferenciada de la prevista legalmente para las Diputaciones Provinciales.

Se juzgaba el recurso de Apelación interpuesto por la Diputación Foral de Álava contra la Sentencia de 16 de octubre de 1989 de la Sala de lo contencioso administrativo del TSJPV que había estimado el recurso contencioso administrativo 486/86 contra un Decreto Foral que había designado Director General de Carreteras, Medio Ambiente y Transportes.

Tras una dura y agria crítica a la sentencia del TSJPV, el TS estima el recurso. Leamos parte de la misma:

Parece como si detrás de los argumentos concretos existiese ya una opción radical de rectificar por vía interpretativa el primario sentido de las normas comunitarias y forales, atribuyendo diferente sentido normativo a elementos ausentes y presentes en ella, en función del resultado interpretativo previamente elegido.

En un nuevo argumento complementario de los que se llevan analizados, la sentencia minimiza el significado normativo del dato de la provisión del cargo por

libre designación, argumentando al respecto, según se reseñó en su momento, que «la concreta proposición normativa por la que se dispone la provisión del cargo “por libre designación” tampoco comporta la exclusión del régimen jurídico regulador de la relación de servicio profesional con las Administraciones públicas, por cuanto que, de conformidad con la normativa estatal básica aplicable al tiempo de dictado el Decreto foral recurrido -art. 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto - el sistema de libre designación constituye un procedimiento común para la provisión de puestos de trabajo adscritos a funcionarios, así como para la provisión de puestos reservados a personal eventual».

También este argumento resulta artificioso. Lo es que se desconozca el indudable sentido normativo de la expresión «cargo de libre designación», por el hecho de que entre los puestos asignados a funcionarios, según la legislación estatal, haya algunos para cuya provisión la Ley establezca e procedimiento de libre designación, sin advertir que la Ley estatal, a la que se refiere, alude a «puestos de trabajo», y sin detenerse a examinar si la diferencia de terminología empleada (cargo y no puesto de trabajo) tiene un significado. Y lo es, sobre todo, que el argumento se sustente sobre la base de la Ley 30/1984, que ciertamente era la norma vigente al dictarse el Decreto Foral recurrido; pero que no lo era cuando se dictó la Norma Foral de 7 de marzo de 1983, creadora de las direcciones generales específicas, que es la norma de cuya interpretación se trata. Mal puede pretenderse asignar un sentido a los términos de esta norma, o mejor, rectificar el sentido primario de la misma, a partir de los de una norma estatal que aún no se había dictado.

Vamos comprobando hasta aquí, como la sentencia va negando significado a una serie de elementos, que cada uno de por sí, y más añadidos unos a otros, son indiciarios del carácter político del cargo, y vemos que cada uno de los argumentos, con los que se niega el significado del dato, resulta inconsistente a la postre, por lo que, una vez revelada su debilidad, se restablece para cada elemento interpretativo de que se trata el significado que los argumentos de la sentencia le pretendía negar.

Por último, se cierra la argumentación del fundamento de Derecho quinto de la sentencia apelada, aludiendo a una pretendida interpretación sistemática de la Norma Foral de 7 de marzo de 1983, cuya enunciación en dicha sentencia, a

efectos de nuestro análisis crítico, podemos descomponer en dos partes. Primero se dice que «las direcciones generales aparecen diseñadas como unidades de dirección y gestión de la actividad administrativa prestada en cada área de gobierno de la Diputación Foral»; y a renglón seguido se dice: «de forma que la economía del sistema no exige, por sí misma, que dichos centros incluyan un órgano de desarrollo de la función de gobierno, lo que explica racionalmente que la norma institucional no contemple ningún órgano de carácter político, en línea de mando entre los Diputados forales, como responsables del gobierno de cada área, y las “direcciones generales específicas”, como centros directivos de gestión administrativa».

Respecto a la primera parte del argumento, se ha de hacer la observación de que ese pregonado carácter de cargo («unidades de dirección y gestión de la actividad administrativa prestada en cada área de gobierno de la Diputación»), en modo alguno se opone a su posible caracterización como cargo político, pues la función de un cargo tal puede ser perfectamente la que en la sentencia se indica.

Pero lo que es más destacable es la existencia de un salto lógico en el argumento, de la primera a la segunda parte, cuando a partir de aquélla se pretende extraer en ésta una determinada consecuencia para la economía del sistema. Del hecho de que el cargo aparezca diseñado en los términos que se dice en esa primera parte del argumento que analizamos, no es dable extraer la consecuencia que se propone en la segunda («de forma que la economía del sistema no exige...», etc.).

A parte de ello, esa segunda parte resulta argumen talmente débil. Que «la economía del sistema no [exija], por sí misma, que dichos centros incluyan un órgano de desarrollo de la función de gobierno», no supone de principio que, aunque no lo exigiera, no lo admitiese, y que el concreto órgano cuestionado no pueda tener encomendada esa función de desarrollo de la función de gobierno.

Por otra parte, cuando el argumento que analizamos dice: «lo que explica que la norma institucional no contemple ningún órgano de carácter político, en línea de mando entre los Diputados Forales, como responsables del gobierno de cada área, y las “direcciones generales específicas”, como centros directivos de gestión administrativa», se está incurriendo en una cierta petición de principio. Parece darse por sentada la posibilidad teórica de un «órgano de carácter político, en línea

de mando», situado en un nivel inferior al de los Diputados Forales; de la inexistencia de un órgano tal se extrae una valoración para calificar a las «direcciones generales específicas». Mas el argumento provoca de inmediato el interrogante de por qué no puedan considerarse a las «direcciones generales específicas» precisamente como «órgano político, en línea de mando», y si no puede considerarse como función de tal la que antes se ha calificado como de «dirección y gestión de la actividad administrativa prestada en cada área de Gobierno de la Diputación». Es difícilmente aprehensible la línea de separación entre la función de «desarrollo de la función de gobierno» (propia, según la sentencia, de un cargo político), y la de «dirección y gestión de la actividad administrativa prestada en cada área de Gobierno de la Diputación» (propia, según la misma sentencia, de un puesto funcional).

Ha de concluirse, en suma, que tampoco este último argumento de la sentencia es lógicamente eficaz y convincente para calificar el cuestionado cargo como correspondiente a una relación funcional.

Así pues, el fundamento de Derecho quinto de la sentencia, que junto con el precedente son la clave de la calificación del cargo, no resulta convincente.

Noveno: En su fundamento de Derecho sexto, la sentencia apelada procede a una verdadera petición de principio, y a una inversión de los términos del problema planteado, que no es otro que el de si, dada la naturaleza del cargo de Director General de la Diputación, es aplicable para su provisión la normativa sobre funcionarios públicos. Es claro que en ese problema la calificación de la naturaleza del cargo es antecedente obligado para, en su caso, y una vez establecida, poder aplicar o no la legislación de funcionarios.

La sentencia, sin embargo, invierte los términos y propone que «la aplicación al cargo de Director General de la Diputación Foral de la normativa básica reguladora del régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones públicas -recogidas en la Ley 30/1984, de 20 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública-, permite alcanzar una nítida conclusión sobre la naturaleza del puesto, y consecuentemente, sobre el procedimiento legalmente previsto para su provisión». Tal inversión es argumen talmente rechazable.

Pero es que además la explicación, que sigue a ese inadecuado planteamiento, no guarda coherencia con el mismo, que es, no lo olvidemos, el de explicar que la aplicación de la legislación que cita «permite alcanzar una nítida conclusión sobre la naturaleza del cargo». De un planteamiento tal se espera la explicación de qué preceptos de esa legislación dan la clave de esa naturaleza. Y lejos de ello la explicación que sigue es una mera afirmación de la sentencia, que nada tiene que ver con la legislación previamente invocada, y que adolece de un exceso de voluntarismo.

En todo caso, conviene observar lo que ya se dejó dicho en otro momento, que la Ley 30/1984, de 2 de agosto, no se había promulgado cuando se dictó la Norma Foral de 7 de marzo de 1983, la que estableció las Direcciones Generales, por lo que mal podía interpretarse la naturaleza del cargo creado por esta Norma Foral por la aplicación de una norma estatal inexistente entonces.

La argumentación del fundamento sexto de la sentencia apelada resulta por tanto rechazable. Y ello sentado, quiebra ya la base para exigir que el procedimiento para el nombramiento del cargo debiera ser el establecido en el art. 20.1, b) de la Ley 30/1984, pues para ello es necesario que se trate de un puesto de funcionario y no de un cargo político. Como quiebra asimismo la base del ulterior fundamento de Derecho séptimo, que es continuación del anterior.

Décimo: Desvirtuadas las argumentaciones de la sentencia en los fundamentos precedentes, priman sobre ellas las alegaciones apelatorias de la Diputación Foral acerca del carácter político del cargo, cuyas argumentaciones, sintetizadas en el fundamento de Derecho cuarto, hacemos aquí nuestras.

Décimo: Desvirtuadas las argumentaciones de la sentencia en los fundamentos precedentes, priman sobre ellas las alegaciones apelatorias de la Diputación Foral acerca del carácter político del cargo, cuyas argumentaciones, sintetizadas en el fundamento de Derecho cuarto, hacemos aquí nuestras.

Es convincente que por la peculiaridad organizativa de los territorios históricos del País Vasco (disposición adicional primera de la Constitución Española; arts. 3.º, 24.2 y 37.3 y 4 del Estatuto Vasco y Ley del Parlamento Vasco 27/1983, de 25 de noviembre), la Norma Foral de Organización Institucional del Territorio

Histórico de Álava, aprobada por las Juntas Generales de Álava de 7 de marzo de 1983, de tan reiterada cita, estableciera la estructura de su organización en paralelo con la del Estado, siendo así el significado relativo de las Direcciones Generales en esa estructura el mismo que el del puesto homónimo en la estructura de la organización estatal; esto es, el de un cargo político de libre designación, y no el de un puesto funcionarial.

Por otra parte, ese carácter se ratifica en la normativa foral ulterior, citada en la apelación de la Diputación Foral, que en este punto constituye un ordenamiento coherente, y que dejaría de serlo de prosperar la tesis de la sentencia.

Ha de concluirse por ello que no es aplicable la legislación funcionarial, y que el cargo político aludido no se comprende en el supuesto del art. 20.1. b) de la Ley 30/1984, por la definitiva razón de que dicho precepto tiene como presupuesto el de que se trate de «puestos de trabajo adscritos a funcionarios», que no es aquí el caso. En consecuencia, al no existir la infracción que decía la sentencia apelada, no se da la nulidad que en ella se declaraba.

Por el contrario ha de afirmarse que el nombramiento cuestionado se ajusta correctamente a la normativa aplicable.

Se impone por lo expuesto el éxito de la apelación, la revocación de la sentencia apelada, y en su lugar la desestimación del recurso contencioso-administrativo que dicha sentencia estimó en parte.

2º) Otra frente de discusión sobre la distinta naturaleza de las Diputaciones Forales lo constituyó la obligación o no de contar en sus plantillas con “funcionarios secretarios de habilitación nacional”.

La STS de 19-5-1997, Ponente ENRIQUE CÁNCER LALANNE, estimó el recurso de Casación de la Diputación Foral de Gipuzkoa contra la sentencia de la Sala contencioso administrativo del TSJPV de 18-7-1995 que había desestimado el recurso contencioso por ella interpuesto contra la Resolución de la Dirección General de Función Pública de Administraciones Públicas por la que se aprobaba la relación de puestos de ha-

bilitación nacional entre el que se hallaba el de Secretario de la Diputación Foral de Gipuzkoa. Se transcribe lo más contundente:

SEGUNDO.- Para el enjuiciamiento que ahora se realiza es de tener en cuenta que la sentencia impugnada entiende que la competencia que las citadas normas Constitucionales y del Estatuto Vasco reconocen al Territorio Histórico de Guipúzcoa para dotar a su Institución Foral, Diputación Foral de Guipúzcoa, de una organización propia, diferenciada de la que es común de las Diputaciones Provinciales subsistentes fuera de la Comunidad Autónoma Vasca, no llega a permitir la supresión del puesto de Secretaria de la Diputación Foral citada. De ahí la legitimidad de la resolución de la Dirección General de la Función Pública, del Ministerio para las Administraciones Públicas, que anunció como vacante entre los puestos de trabajo reservados a funcionarios de la Administración Local, con habilitación nacional, al de Secretario de la Diputación de Guipúzcoa, y que es el acto origen de este pleito. Y ello en consideración, sintéticamente, a que las funciones de Secretaría, reservadas por el art. 93 de la L.B.R.L. a funcionarios con habilitación de carácter nacional tienen carácter básico, citando al efecto sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 de Diciembre, reiterada por la 159/1993, de 6 de Mayo, siendo por tanto de aplicación a todas las Corporaciones Locales, incluso a la Diputación Foral de Guipúzcoa, pues el régimen excepcional que para los territorios Históricos Vascos y sus Instituciones Forales establece la Disposición Adicional 2ª, L.B.R.L., en función de los antes nombrados preceptos de la Constitución y del Estatuto Vasco, solo alcanza al puesto de Intervención y contabilidad tal como se desprende del apartado 10 de esa Disposición Adicional

TERCERO.- A la vista de las actuaciones y de la normativa de aplicación la casación debe prosperar, ya que como se dijo en la sentencia de este Tribunal, de 7 de Junio de 1993, no hay ninguna exigencia desde la legislación estatal relativa a la estructura orgánica de la Diputación que imponga una determinada caracterización de los órganos de la Diputación Foral de Guipúzcoa, dado que la competencia de los Territorios Históricos (en aplicación de la Disposición Adicional 1ª.p. 1 de la Constitución, art. 3º.2 y 37,3,a) del Estatuto Vasco), para

configurar su propia organización, justifica la autoexclusión de la normativa estatal de Régimen Local, prevista en el apartado 1º de la Disposición Adicional 2ª de la L.B.R.L., respecto de la reguladora de la organización provincial. De modo que si es legítimo que el territorio Histórico de Guipúzcoa en el proceso de actualización general del régimen foral y al objeto de regular la organización de la Diputación Foral, a través de la Norma Foral 3/1984, de 30 de Mayo, sobre Gobierno y Administración de ese Territorio Histórico, complementando la anterior de 26 de Febrero de 1983, sobre Organización Institucional de los Territorios Históricos, haya establecido un modelo de organización construido bajo el principio democrático, en el que las Juntas Generales son el supremo órgano de representación y participación popular, con funciones parlamentarias, de normación y de impulso y control de la Diputación Foral, que realiza las propias del Ejecutivo y que responde ante ellas, organizándose la Diputación con el sistema de departamentalización, bajo la dependencia en cada departamento de un Diputado, previéndose que uno de ellos sea designado por el Diputado General, para actuar como Secretario de la Diputación (Consejo de Diputados), al frente de una dependencia que, conforme al decreto Foral 24/1988, de 28 de Junio, se organiza como Dirección General, con funciones de asistencia al Diputado Secretario, y apareciendo atribuidas las genéricas de asesoramiento jurídico en las materias propias de cada Departamento a su propia Secretaría -arts. 30 y 34, Norma Foral 3/1984-, toda esta organización de la Diputación impone como consecuencia ineludible el desplazamiento de ella de los Secretarios extraídos de entre los funcionarios con habilitación nacional, pues sus funciones no tienen cabida, o no son posibles en dicha organización. Visto que en la misma que reproduce, según se ha expuesto, el modelo constitucional del Gobierno Estatal y el de la Comunidad Autónoma Vasca, no es dable encajar materialmente un cargo configurado de forma que deba ser cubierto conforme a los arts. 88 a 99 de la L.B.R.L., 133 a 166 del D.Legislativo 761/1986, Texto Refundido de Disposiciones Vigentes sobre Régimen Local y Decreto 1174/1987, de 18 de Septiembre, que reglamenta los Cuerpos Nacionales con Habilitación Nacional, por un funcionario inamovible, miembro de pleno derecho del organismo en que actúe, jefe de los servicios jurídicos y del personal, coordinador de las dependencias

y servicios, y depositario de la fe pública, ya que incluso en el caso de ser mantenido además del mencionado de Diputado Secretario del Consejo y del de Director General del Servicio a éste adscrito, cuya posibilidad da a entender que es admisible la sentencia recurrida, difícilmente podría desempeñar las funciones que le son propias, al venir en la nueva organización de la Institución Foral las mismas encomendadas a esos otros cargos, con lo que quedaría además por completo desnaturalizado el contenido de ese otro a mantener duplicado en relación a los funciones que caracterizan a esa categoría de funcionarios con habilitación nacional, si se le atribuyeran otras diferentes.

CUARTO.- *En conclusión, la sentencia impugnada aplicó indebidamente el art. 93,2,a) de la L.B.R.L., pues no tuvo en cuenta lo establecido en el nº 1 de su Disposición Adicional 2ª, que permite a los Territorios Históricos organizar libremente sus propias Instituciones Forales, dando cumplimiento a la Disposición Adicional 1ª de la Constitución, preservando la singularidad misma de ese régimen foral en los aspectos organizatorios, para garantizar el contenido de la foralidad como imagen identificable del que le era tradicional. Lo que comportaba un tratamiento normativo singular dentro del que es básico para las demás Diputaciones Provinciales, respecto de los funcionarios con habilitación nacional.*

3º) Se reitera la doctrina antedicha en la STS de 22-5-2001, Ponente: MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, al estimar el recurso de Casación de la Diputación Foral de Bizkaia contra la sentencia de la Sala contencioso administrativo del TSJPV de 26-11-1994 que estimó parcialmente el recurso de UGT.

El recurso se interpuso contra el Decreto foral 168/1991 de Estructura orgánica del Departamento de Medio Ambiente y Acción Territorial de la Diputación Foral de Bizkaia, en lo que respecta al artículo 38.5 del en cuanto faculta al Jefe de los Servicios Generales a emitir Certificaciones. Se transcribe en parte:

Quinto.- Las facultades de autoorganización que el artículo 37.3.c) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, el artículo 39 y la Disposición Adicional

Segunda de la Ley 7/1985 (por no referirnos a la Ley del Parlamento Vasco 27/1983) han reconocido a los Territorios Históricos les permiten dotarse de una estructura propia que no tiene por qué coincidir con la existente en las Diputaciones Provinciales de régimen común.

De hecho, como es bien sabido, el modelo adoptado —así se observa en el caso de Vizcaya al examinar la Norma Foral 3/1 987, de 13 de febrero, sobre Elección, Organización, Régimen y Funcionamiento de las Instituciones Forales del Territorio Histórico de Vizcaya—, tras distinguir entre el Órgano Foral de representación y participación popular (las Juntas Generales) y el Órgano Ejecutivo (la Diputación Foral), incorpora para éste una estructura semejante a la existente en las administraciones central y autonómica, según la cual los órganos superiores de la Administración Foral son la Diputación Foral, organizada en Departamentos Forales, el Diputado General y los Diputados Forales, bajo cuya dirección superior se encuentran aquellos departamentos.

Este régimen organizativo sui generis, coherente con la competencia que en materia de “organización, régimen y funcionamiento de sus propias instituciones” reconoce el artículo 37.3.a) del Estatuto de Autonomía del País Vasco, no puede entenderse contrario a, sino respetado por, la Ley 7/1 985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, pues tanto su artículo 39 (“Los órganos forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya conservan su régimen peculiar en el marco del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del País Vasco. No obstante, las disposiciones de la presente Ley les serán de aplicación con carácter supletorio”) como su Disposición Adicional Segunda así lo prescriben. En concreto, esta última Disposición admite, bajo la fórmula clásica del “sin perjuicio”, las peculiaridades forales precisamente en materia de autoorganización con estos términos:

“Las disposiciones de la presente Ley, de acuerdo con la Constitución y el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, se aplicarán en los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, sin perjuicio de las siguientes peculiaridades: 1. De acuerdo con la disposición adicional primera de la Constitución y con lo dispuesto en los arts. 3, 24.2 y 37 del Estatuto Vasco, los Territorios Históricos de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya organizarán libremente sus propias Instituciones y dictarán las

normas necesarias para su funcionamiento, sin que les sean de aplicación las contenidas en la presente Ley en materia de organización provincial”.

La jurisprudencia constitucional y la de esta Sala del Tribunal Supremo han defendido, en cuanto parte sustancial del régimen foral, la autonomía organizativa de cada uno de los Territorios Históricos. Por limitarnos a las sentencias de esta Sala, recordaremos los términos de las dictadas el 7 de junio de 1993 y el 19 de mayo de 1997, cuya incidencia en el presente recurso será relevante.

[...] la sentencia ahora recurrida. La Sala territorial, al “examinar la cuestión atinente a si la disposición impugnada incurre en nulidad de pleno derecho al propiciar que el Jefe de los Servicios Generales departamentales expida certificaciones, función ésta que, según arguye el sindicato actor, corresponde en exclusiva al Secretario de la Diputación”, acoge la tesis de dicho sindicato en estos términos:

“[...] no puede olvidarse que la regulación legal del régimen local en el campo de las competencias ha de tener presente la opción constitucional expresada en el artículo 149.1.18 en favor de una ordenación común; en este sentido interesa destacar que el artículo 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local dispone en su párrafo 2º que: ‘Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcionarial, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo...’, estableciendo el punto 3 del citado precepto que: ‘Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones Locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter nacional: a) La de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo...’.

En igual sentido se pronuncia el R.D. 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional al establecer en el artículo 1 apartado a) que son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones Locales la de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo, y en el párrafo 2º del citado artículo 1 que ‘la responsabilidad administrativa de las funciones enumeradas en el apartado anterior está reservada a funcionarios en posesión de la habilitación de carácter nacional...’.

Por su parte, el artículo 2 en su apartado e) previene que la función de fe pública comprende, entre otras, 'Certificar de todos los actos o resoluciones de la Presidencia y los acuerdos de los órganos colegiados decisorios, así como de los antecedentes, libros y documentos de la entidad'.

Las proposiciones normativas antedichas conducen a entender que no le falta razón al sindicato recurrente cuando propugna que la emisión de certificaciones es una función pública incardinada en la fe pública local y que en la Administración Local se confiere a los Secretarios de las Corporaciones Locales; habiendo de concluirse que, al ser la Ley la que atribuye exclusivamente, en un precepto que es básico, la fe pública al Secretario no puede, en consecuencia, atribuirse a órgano distinto, de lo que se sigue la procedencia de declarar la nulidad de pleno derecho del artículo 38.5 de la disposición combatida en la medida en que dicho precepto consigna la posibilidad de expedición de certificaciones por parte del Jefe de Servicio Central de Servicios Generales”.

Séptimo.- Dicha conclusión, y el pronunciamiento anulatorio que lleva aparejado, incurre en el error de derecho que denuncia la Diputación Foral recurrente por no respetar la capacidad autoorganizativa de esta Institución Foral, capacidad que le reconocen los preceptos analizados en los anteriores fundamentos jurídicos (especialmente en el quinto).

...La legalidad del sistema de atribución de funciones certificadoras (y de otro carácter) a funcionarios sin habilitación nacional fue corroborada por esta Sala del Tribunal Supremo, además de en la sentencia ya citada de 9 de diciembre de 1990, en las de 24 de diciembre de 1992 (recurso 560/1990), 25 de febrero de 1993 (recurso de apelación 10502/90), 28 de septiembre de 1994 (recurso de apelación 7468/92), 12 de junio de 1995 (recurso de apelación 9541/1991) y 24 de junio de 1995 (recurso de apelación 1144/1992), todas las cuales desestimaron la impugnación directa –en el caso de la de 9 de diciembre de 1990– o indirecta del artículo 13.2 citado.

Siendo esto así para las corporaciones locales de régimen común, con tanta más razón podrán las Diputaciones Forales atribuir determinadas funciones certificadoras -limitadas, en este caso, a un concreto departamento- a funcionarios distintos

del Secretario. Su capacidad autoorganizativa y la especificidad foral que les reconoce la tan citada Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el 39 del mismo texto, al excluir para ellas la “aplicación de las normas contenidas en la presente Ley en materia de organización provincial”, legitiman, a juicio de esta Sala, una regulación como la ahora analizada. El hecho de que la Diputación Foral de Vizcaya extienda esa función a las certificaciones y copias de los documentos archivados y de los asientos de los libros de registro, unos y otros referidos a una unidad organizativa que no se corresponde con las juntas, órganos o entidades locales mencionadas en el artículo 13.2 del Real Decreto 1174/1987, y de que la atribución de la competencia no se haga ad casum sino con carácter general y predeterminado a favor de quien en cada momento ostente la jefatura de la sección correspondiente, con lo que ello supone de excluir la propuesta del Secretario, asimismo exigida por la norma estatal, pueden reputarse particularidades legítimas incluidas en la potestad de autoorganización que ha de reconocerse a aquella Diputación Foral.

La consecuencia de cuanto se deja expuesto es que procede estimar esta parte del motivo único de casación invocado por la Diputación Foral.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA REVISIÓN DE ACTOS FORALES

Como cuestión conexas a la distinta naturaleza de las Instituciones Forales respecto a las entidades que componen la Administración Local, se encuentra a que órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa –Sala del Tribunal Superior Justicia País Vasco o Juzgados de lo Contencioso Administrativo– corresponde la revisión de los actos y disposiciones forales, como decíamos al principio cuestión de particular trascendencia para la ciudadanía que decide recurrirlos, así como que sea la una o el otro el órgano competente determinará el régimen de recursos.

Hasta el Auto del Tribunal Supremo de 15-6-2006, Ponente JUAN GARCIÁRAMOS ITURRALDE, la cuestión suscitaba interpretaciones diversas.

El Artículo 8. 1 de la LRJCA establece la regla general de que los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocen los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales o de las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico.

El Auto que se ha citado establece a cuál o a cuáles de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde la fiscalización de los actos y disposiciones emanados de los órganos de los Territorios Forales

Dice el Auto

QUINTO.- Por lo tanto, habrá de atenderse a la naturaleza jurídica dual de los órganos forales o, lo que es lo mismo, a la naturaleza de las competencias ejercitadas en cada caso por tales órganos – de régimen común o foral- para asimilarlas, según el caso, a las Entidades locales o a las Comunidades Autónomas, a los efectos de proceder a la aplicación de los artículos 8 y 10 de la LRJCA.

Ante lo expuesto, cuando las Diputaciones Forales ejerzan competencias de “régimen común”, esto es, las que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen local, atribuye con carácter general a las Diputaciones Provinciales (disposición adicional segunda, apartado segundo, de dicha Ley), habrá de tomarse en consideración el artículo 8.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las Entidades locales, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico (estas últimas se atribuirían a la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia), así como el artículo 10.1. b) que atribuye a dicha Sala el conocimiento de los recursos que se deduzcan contra las disposiciones generales de las Entidades locales.

Finalmente, cuando ejerzan competencias de “régimen foral”, esto es, las que exceden de las propias de una Diputación Provincial y que en un territorio no

foral corresponderían a las Comunidades Autónomas, habrán de tomarse en consideración los apartados segundo y tercero del artículo 8 de la Ley Jurisdiccional sin que puedan equipararse, no obstante, las Diputaciones Forales a la Administración periférica de las Comunidades Autónomas, de tal manera que el artículo 8.3 únicamente entrará en juego, a falta de una organización periférica del correspondiente Territorio Histórico, respecto de la Administración institucional dependiente de la Diputación Foral. Por último, habrán de tomarse en consideración los artículos 10.1.a), que atribuye a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, el conocimiento de tales actos que no estén atribuidos a los Juzgados, el artículo 10.1. b) que igualmente atribuye a dicha Sala el conocimiento de las disposiciones generales emanadas de la Administración autonómica, y el artículo 10.1 j) que asigna a la mencionada Sala el conocimiento de cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional.

EPILOGO

Para terminar se ha de recordar la Sentencia 76/1988 de 26 Abr. 1988, del Pleno Tribunal Constitucional, Ponente: López Guerra, Luis, que fue la que delimitó el llamado “núcleo intangible de la foralidad”, intangible para el legislador ordinario, cuando dice:

6. En cuanto al primer aspecto –el reconocimiento y garantía genéricos– se confirma la garantía constitucional consagrada en la Disposición adicional primera C, en el art. 3 del Estatuto, en cuanto a la organización e instituciones privativas de autogobierno de cada uno de los territorios históricos, y en el art. 37.2, respecto, tanto al régimen foral, como a las competencias de los territorios históricos, al establecer que «lo dispuesto en el presente Estatuto no supondrá alteración de la naturaleza del régimen foral específico o de las competencias de los regímenes privativos de cada territorio histórico». Claramente, esta disposición no representa –como parecen sostener los recurrentes– que el Estatuto no implica ninguna limitación del régimen

foral históricamente definido y del correspondiente e indeterminado elenco de derechos históricos. Si tal fuera el caso, el Estatuto no podría, evidentemente, llevar a cabo ninguna actualización, y resultarían inexplicables cláusulas estatutarias –como las referentes al régimen fiscal– que suponen una clara alteración de la posición histórica de los territorios forales. Como resulta de la consideración conjunta de las diversas disposiciones estatutarias, el art. 37.2 lo que viene a establecer es que, tanto los poderes y atribuciones que se confieren a los nuevos órganos que se crean –las Instituciones comunes– como el reparto competencial que se efectúa en relación con las Instituciones centrales del Estado habrán de entenderse siempre sin menoscabo de la garantía del régimen foral y las inherentes competencias de los territorios históricos que el mismo Estatuto determina. Se trata, pues, de una regla de garantía e interpretación, que coloca en lugar preferente, en cuanto a su respeto y protección, a los regímenes forales en su definición estatutaria, tanto frente a las Instituciones comunes del País Vasco como a los poderes centrales del Estado; regímenes forales que el mismo Estatuto precisa en cuanto a cuál sea su contenido esencial, intocable por los poderes autonómicos o estatales. Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que el mismo Estatuto, en otras ocasiones, recoge el límite que la garantía foral representa respecto a otras instituciones de la Comunidad Autónoma; así, en su art. 10, apartados 1 y 3, al referirse a determinadas competencias de la Comunidad Autónoma, lo hace «sin perjuicio de las facultades correspondientes a los territorios históricos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 37 del mismo (Estatuto)», expresión que se repite en el art. 25.1, como límite a los poderes del Parlamento Vasco.

El contenido de esa garantía foral, que aparece así como punto de referencia obligado para la aplicación e interpretación de las disposiciones del Estatuto de Autonomía, viene expresado en su art. 37, apartados 3 y 4. Y esto se lleva a cabo en forma que en manera alguna puede considerarse «meramente enunciativa» o ejemplificativa, como mantienen los recurrentes. Por el contrario, viene a precisar dos tipos de competencias que corresponden a los territorios históricos:

a) *Competencias exclusivas que derivan directamente del Estatuto: Se trata de las especificadas nominalmente en el apartado 3, subapartados a) a e), y de las comprendidas en el primer inciso del subapartado 1), «todas aquellas que se especifiquen en el presente Estatuto».*

b) Competencias que habrán de precisarse a través de la actuación concreta de los poderes de la Comunidad, y que comprenden, tanto competencias exclusivas «que les sean transferidas» [art. 37.3 f)], sin que el Estatuto precise por parte de quién, como «el desarrollo normativo y la ejecución, dentro de su territorio, de las materias que el Parlamento Vasco señale» (art. 37.4).

Aparecen así definidos un núcleo intangible, por prescripción estatutaria, del contenido del régimen foral –y que resulta por tanto ser el mínimo sin el que desaparecería la misma imagen de la foralidad– y, además, un ámbito de expansión de ese régimen, que se hace depender de la actuación de otros órganos. Se contempla pues la posibilidad de transferencia o atribución de competencias adicionales al núcleo de la foralidad, competencias que pueden derivar, bien del Estatuto de Autonomía, bien de los procedimientos previstos en el art. 150.1 y 2 de la Constitución.

Difícilmente puede considerarse, en consecuencia, que el ámbito actual y actualizado de los derechos históricos de los territorios forales haya quedado indeterminado, y dependiente de investigaciones históricas o decisiones judiciales caso por caso. Ciertamente, y como afirmó este Tribunal en su STC 11/1984, de 2 Feb., la delimitación de las competencias de los territorios históricos podrá exigir una investigación histórica acerca de cuáles sean tales derechos. Pero si desde luego esa investigación histórica podría contribuir a facilitar la solución de conflictos competenciales en caso de duda, imprecisión o aparente concurrencia, no puede admitirse en modo alguno que tal investigación pueda sustituir o desplazar los mandatos estatutarios o legales que actualicen el régimen foral, ni cabe sostener que ese régimen deriva única y directamente de una legitimidad histórica, independientemente de las normas que lo actualicen.

Como consecuencia de todo lo que se ha dicho, debemos concluir:

1º. Ha sido la Sala Tercera –Contencioso Administrativa del Tribunal Supremo quien ha consagrando con su jurisprudencia que las Diputaciones Forales no sean Corporaciones Locales de Régimen común, con un Secretario de habilitación nacional, sin organizarse en Departamentos dirigidos por Directores Generales y sin capacidad para certificar sus propios acuerdos.

2º. Es extremadamente importante que también el TS haya determinado que las Juntas Generales no son Administración Pública cuando aprueban Normas Forales Fiscales (equivalentes a Leyes estatales tributarias y no simples actuaciones administrativas) pues con ello evita cualquier duda sobre la vulneración del artículo 106.3 de la Constitución española y 38.3 del Estatuto vasco y posibilita la existencia de la Ley Orgánica 1/2010, que somete esas Normas Fiscales Forales al control Tribunal Constitucional y no al la jurisdicción contencioso administrativa como sería el caso de ser meras las Juntas Generales meras Administraciones y las NF Fiscales simples actuaciones administrativas y no el ejercicio e una potestad tributaria equivalente a la estatal.

3º. También ha sido el TS quien ha reconocido la “naturaleza dual” –local y foral– de las Diputaciones Forales vascas, estableciendo según la materia que se ejerce a que órgano jurisdiccional, bien Sala del TSJPV, bien Juzgado unipersonal, corresponde el control de cada disposición o actuación administrativa de que se trate.

En suma: al TS debemos la consolidación jurisprudencial del modelo foral de los territorios históricos vascos de Alava/Araba; Bizkaia y Gipuzkoa: Juntas Generales, órgano normativo y de participación y representación popular; y Diputaciones Forales, órgano ejecutivo estructurado en Departamentos.

Norma Foral 3/1987: 25 años de gobierno y administración del Territorio Histórico de Bizkaia

En memoria del Excmo Diputado General,

D Jose Maria Makua Zarandona

http://www.jjggbizkaia.net/home/document/normativa_foral/A2.pdf

JOSÉ LUIS ETXEBERRIA MONASTERIO

Licenciado en Derecho (Especialidad Jurídico Económica)

Universidad de Deusto. Abogado del ICASV

Letrado/Jefe Servicio Asesoría Jurídica Diputación Foral de Bizkaia

1º

El recordado D. José María Makua Zarandona, al ser elegido Diputado General por las Juntas Generales de Bizkaia el 28 de Abril de 1979 en la Villa Foral de Gernika (habían transcurrido 102 años desde su anterior reunión en la que se impuso su disolución el 18 de abril de 1877) expuso su intención de continuar firme en tres trayectorias claras (cito textualmente):

“Exigencia y asunción de todas las competencias previstas en la Ley Orgánica del Estatuto de Autonomía.

Financiación de las mismas mediante el sistema foral tradicional del Concerto Económico, procedimiento genérico inherente a nuestra Autonomía.

Recuperación efectiva del Gobierno y Administración de nuestros Territorios Históricos por las Instituciones de los mismos, Diputaciones y Juntas Generales.

Sólo así y cuando esto suceda plena y realmente, nuestras Instituciones, al servicio eficaz del Pueblo Vasco, habrán merecido el calificativo de

Forales. Hasta que tal no suceda, la foralidad de nuestras Corporaciones será una entelequia desprovista de valor real”.

2º

Ya al final del segundo mandato del Diputado General D. Jose M^a Makua, el Boletín Oficial de BIZKAIA publicaba: NORMA FORAL 3/1987, DE 13 DE FEBRERO, SOBRE ELECCION, ORGANIZACION, REGIMEN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES FORALES DEL TERRITORIO HISTORICO DE BIZKAIA. (Anexo al BOB nº 44, de 23 de febrero de 1987)

Se daba con ello cumplimiento al objetivo de recuperación del gobierno y administración del Territorio Histórico de Bizkaia, y se consolidaba la normativa foral que de forma incipiente había comenzado esa tarea, contenida hasta entonces en:

- a) El Acuerdo adoptado por las Juntas Generales el 5 de enero de 1983 por el que se aprueba la Norma Foral de Organización de las Juntas Generales y Diputación Foral
- b) Norma Foral de Gobierno y Administración del Territorio Histórico de Bizkaia aprobada por las Juntas Generales en sesiones de 1 y 2 de marzo de 1984.

La Norma Foral 3/1987 sustituía a las dos anteriores .Su regulación sobre Elección esta derogada por Ley vasca 1/1987 de 27.3-BOPV 10.4.1987.

Tal y como señala el Profesor D Santiago Larrazábal , en 1987, de forma muy, pero que muy discutible, la LTH fue reformada expresamente para modificar la competencia exclusiva de los Territorios Históricos en materia de normas electorales, organización, régimen y funcionamiento de sus Órganos Forales, que aparecía en su redacción inicial. Mediante la Ley 1/1987, de 27 de marzo, de elecciones para las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Araba, Bizkaia y Gi-

puzkoa¹, fue suprimido el inciso “normas electorales” de la redacción inicial de la LTH, de tal manera que, a partir de dicha reforma, todo lo relativo a las normas electorales para las Juntas Generales de los Territorios Históricos pasó a formar parte de las competencias de la Comunidad Autónoma Vasca. En este caso se invadió por parte del Parlamento Vasco el núcleo intangible de la foralidad, protegido por el Estatuto de Gernika y por la propia Disposición Adicional Primera de la Constitución, lo que es decir tanto como decir que dicha Ley es inconstitucional, pero dado que los Territorios Históricos no tenían legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley, —como dejó claro el propio Tribunal Constitucional en sendos Autos²— ni existía todavía la Comisión Arbitral, los Territorios Históricos quedaron en la más absoluta indefensión y perdieron una competencia esencial y claramente perteneciente al *núcleo intangible de la foralidad*.

4°

La Norma Foral 3/1987 consolidaba un modelo organizativo foral diseñado con:

- a) unas Juntas Generales como órgano de representación y de participación y legislativo del Territorio Histórico
- b) Una Diputación Foral como órgano ejecutivo del Territorio Histórico.

Así lo dice la Exposición Motivos de la propia NF 3/1987: “... *que configuran una organización propia donde las Juntas Generales son el Órgano Nor-*

¹ Publicada en el Boletín Oficial del País Vasco de 10 de abril de 1987, nº 72.

² El Tribunal Constitucional por Auto 1021/1987, de 22 de septiembre (*Jurisprudencia Constitucional*, Ed. Tribunal Constitucional / Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1988, Tomo XIX, págs. 769-771), no admitió a trámite el recurso por falta de legitimación de la Diputación Foral de Bizkaia. Presentado un recurso de súplica contra dicho Auto, el Tribunal Constitucional se reafirmó en su criterio y lo desestimó por Auto 1142/1987, de 14 de octubre (*Jurisprudencia Constitucional*, Ed. Tribunal Constitucional / Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1988, Tomo XIX, págs. 978-981).

mativo y de control de la Diputación Foral, que se constituye en el Organismo Ejecutivo del Territorio Histórico de Bizkaia”.

Este modelo organizativo y la propia Norma Foral 3/1987 ha quedado confirmado por distintas sentencias del Tribunal Supremo.

Señaladamente:

STS de 7-6-1993, quien por primera vez aceptó la específica organización foral y admitió la designación de Directores Generales en las Diputaciones Forales como cargos políticos

PONENTE: Excmo. Sr. don Vicente Conde Martín de Hijas. MATERIA: Diputación Foral de Álava. Nombramiento de Director General de Carreteras, Medio Ambiente y Transportes. Naturaleza del cargo.

NORMAS APLICADAS: Disposición adicional primera de la Constitución, arts. 3.º, 24.2, 37.3 y 4 del Estatuto Vasco, Ley del Parlamento Vasco 27/83, de 25 de noviembre; art. 94.1, a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, art. 5, A de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local y Norma Foral de Organización Institucional del Territorio Histórico de Álava de 7 de marzo de 1983.

JURISPRUDENCIA CITADA: Sentencia del Tribunal Constitucional 214/ 1989

STS de 19-5-1997, que con base en esa organización foral específica, determino la Secretaria de la Diputación puede atribuirse a un Diputado Foral Secretario, no correspondiendo a un Secretario – funcionario con habilitación nacional

PONENTE: ENRIQUE CANCER LALANNE. RECURSO DE CASACION. TERRITORIO HISTORICO DE GUIPUZCOA. SECRETARIO DE LA DIPUTACION.

La STS de 19-5-1997 estima el recurso de Casación de la DF Gipuzkoa contra la sentencia de la Sala contencioso administrativo del TSJPV de 18-7-1995 que había desestimado el recurso contencioso de la DFG con-

tra la Resolución de la Dirección General de Función Pública de Administraciones Públicas por la que se aprobaba la relación de puestos de habilitación nacional entre el que se hallaba el de Secretario de la DFG.

STS 22-5-2001, quien reafirmando que las Diputaciones Forales son órganos ejecutivos organizados en Departamentos, estableció que corresponde a sus Jefes de Servicios Generales la emisión de Certificaciones.

Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA RECURSO CASACIÓN. Diputación Foral de Vizcaya. Organización. Funcionarios de Habilitación Nacional. Capacidad para firmar certificaciones: delegable.

Esta última sentencia del TS recoge lo dicho en las dos anteriores y es el mejor resumen de lo que supone la Norma Foral 3/1987

La STS de 22-5-2001 estima el recurso de Casación de la Diputación Foral de Bizkaia contra la sentencia de la Sala contencioso administrativo del TSJPV de 26-11-1994 que estimo parcialmente el recurso de UGT en lo que respecta al artículo 38.5 del Decreto foral 168/1991 de Estructura orgánica del Departamento de Medio Ambiente y Acción Territorial de la Diputación Foral de Bizkaia, en cuanto faculta al Jefe de los Servicios Generales a emitir Certificaciones.

Dicha sentencia literalmente dice:

Quinto.- Las facultades de autoorganización que el artículo 37.3.c) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, el artículo 39 y la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/1985 (por no referirnos a la Ley del Parlamento Vasco 27/1983) han reconocido a los Territorios Históricos les permiten dotarse de una estructura propia que no tiene por qué coincidir con la existente en las Diputaciones Provinciales de régimen común.

De hecho, como es bien sabido, el modelo adoptado -así se observa en el caso de Vizcaya al examinar la Norma Foral 3/1987, de 13 de febrero, sobre Elección, Organización, Régimen y Funcionamiento de las Instituciones Forales del Territorio

Histórico de Vizcaya-, tras distinguir entre el Órgano Foral de representación y participación popular (las Juntas Generales) y el Órgano Ejecutivo (la Diputación Foral), incorpora para éste una estructura semejante a la existente en las administraciones central y autonómica, según la cual los órganos superiores de la Administración Foral son la Diputación Foral, organizada en Departamentos Forales, el Diputado General y los Diputados Forales, bajo cuya dirección superior se encuentran aquellos departamentos.

5°

Se cumplen ahora en 2012, 25 años de la vigencia de esa NF 3/1987 que ha regido con eficacia y con mínimas modificaciones el gobierno y administración del Territorio Histórico de Bizkaia,

Se han consolidado un modelo integrado por:

- a) unas Juntas Generales como órgano legislativo foral, que aprueban las Normas Forales, que en el ámbito tributario son competencia exclusiva foral e integran el núcleo foral intangible (STC 76/88) ,y que por Ley Orgánica 1-2010, solo son revisables por el propio Tribunal Constitucional ,y
- b) una Diputación Foral, órgano ejecutivo, presidida por el Diputado General, integrada como máximo por diez(10) Diputados Forales, actualmente son ocho(8), uno de los cuales es además Secretario de la Diputación Foral de Bizkaia.

Finalmente, es obligado agradecer a todos los que en su momento redactaron y colaboraron a aprobar esta Norma Foral que ahora con discreción y eficacia cumple 25 años. Y muy especialmente a la memoria del Excmo Diputado General, D Jose Maria Makua Zarandona, que por méritos esta entre los ilustres bizkainos y que tal y como prometió, devolvió a nuestras instituciones el verdadero calificativo de Forales.

La “devaluación” del Estatuto de Autonomía en la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Cataluña

F. JAVIER FLÓREZ TURRADO

Universidad de Deusto

INTRODUCCIÓN: UNA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL LIMITADA

La lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 99 diputados del Partido Popular sobre buena parte de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (el primero *in extenso*, como lo refiere el Tribunal), produce un desasosiego creciente a medida que comprobamos el cambio de criterio experimentado por el Alto Tribunal en lo concerniente al concepto y valoración jurídica que otorga a nuestra principal norma territorial, el Estatuto de Autonomía. Cambio de criterio amplio y reciente, si tomamos como referente anterior la sentencia del mismo Tribunal 247/2007, de 12 de diciembre, que más allá de resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Aragón contra un precepto del nuevo Estatuto valenciano, se adentra en la doctrina jurisprudencial sobre la estructura territorial del Estado surgida de la Constitución de 1978, resituándola en los tiempos actuales, con una visión más audaz y que abría nuevas posibilidades para el desarrollo de la Constitución territorial.

La nueva sentencia degrada el nivel del Estatuto de Autonomía y desvirtúa su función constitucional. Omitiendo su papel esencial en la conformación del Estado Autonómico, así como su inclusión en el bloque de

constitucionalidad, el TC se limita a realizar su función interpretativa apelando únicamente a la Constitución, en contradicción con lo que dispone su propia ley orgánica en su artículo 28.1 LOTC, según el cual deberá considerar, además de los preceptos constitucionales, las leyes que se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas (CCAA) o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas, es decir, los Estatutos de Autonomía (EEAA) y las leyes, por cierto inéditas, a las que se refiere el artículo 150.1 CE.

LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA

El Tribunal Constitucional (TC) aprovecha la sentencia 247/2007 para adentrarse en la doctrina sobre la organización territorial del Estado, repasando sus postulados principales y, por momentos, releyéndolos con nueva visión.

Un rápido sumario de la misma recogería sin duda la adecuada integración del principio de autonomía en el de unidad, como pilar de nuestro sistema constitucional. Resaltaría de nuevo el principio dispositivo y su papel en el sistema competencial, en buena medida desconstitucionalizado.

También la novedosa distinción entre la validez de los preceptos estatutarios y su eficacia, que no parece inocua como teoría interpretativa, a la vista de los nuevos contenidos estatutarios, y que el Tribunal aplica incluso en relación con los contenidos materiales de otras leyes orgánicas, cuya reserva constitucional parece no ser absoluta.

La función delimitadora de las competencias que ostenta el Estatuto de Autonomía, norma estatal y autonómica, que se atiene al marco competencial del artículo 149.1 CE, permitiendo la concreción de los aspectos de las materias estatales hasta el límite que permita la *recognoscibilidad* de las mismas, en una concepción difícil de aprehender y que otorga un amplio margen de actuación a los Estatutos.

Aborda así mismo el espinoso tema del contenido constitucionalmente legítimo de los EEAA, remitiéndose a la Constitución en su totalidad, más allá por tanto de la disposición general contenida en el artículo 147.2 CE, o en las disposiciones específicas repartidas por el propio texto. Se refiere a contenidos “conectados” con su singular posición como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, utilizando de nuevo un término difuso y de difícil acotación.

Enfrenta las declaraciones de derechos contenidas en los EEAA con el principio de igualdad y con la posible vulneración de los artículos 139.1 y 149.1 CE. Las salva frente al primero de ellos recordando que el mismo no equivale a una uniformidad absoluta del régimen de derechos constitucionales en todo el territorio nacional, sino una igualdad sustancial, susceptible de modulaciones en las CCAA. En cuanto al artículo 149.1.1 CE niega el TC su relación con los derechos y principios estatutarios, al recaer su materia sobre los derechos constitucionales en sentido estricto y en concreto sobre la regulación de sus condiciones básicas, no sobre su contenido normativo.

Pues bien, fijémonos con más detalle en sus postulados relativos al Estatuto de Autonomía. La STC 247/2007, sorprendentemente ausente en el texto de la reciente sentencia 31/2010, avalaba la nueva fase del proceso autonómico, manifestada a través de las reformas estatutarias emprendidas a partir de 2006. En sus Fundamentos Jurídicos (FFJJ) 5º a 12º condensa, si bien de manera un tanto farragosa y asistemática, su doctrina anterior sobre el Estado Autonómico y, particularmente, sobre el Estatuto de Autonomía como norma jurídica que lo posibilita. Una nueva visión, que fue aplaudida y también criticada, al sospecharse como anticipo de la sentencia sobre el Estatuto catalán, que pudiera servir de espaldarazo para consolidar el cambio operado por el Tribunal¹.

¹ Recordamos algunos de los trabajos publicados a raíz de la STC 247/2007, con opiniones contrapuestas: Fernández Farreres, G.J. *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del estado autonómico?. Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*. Civitas, Madrid, 2008; Solozábal, J.J. “La auto-

En la citada sentencia de 2007, el TC resalta, de entrada, en coherencia con su doctrina anterior (STC 35/1982 FJ 2), que el Estado compuesto que prefigura la Constitución en su artículo 2, determina que hayan de interpretarse todos los preceptos constitucionales en congruencia con dicha estructura territorial. Dicho de otro modo, el Estatuto de Autonomía también es norma estatal y forma parte de su ordenamiento, además de ser la primera norma autonómica, y con esa consideración debe ser tratado. Dibujado de esta manera el escenario y el fiel de la balanza que lo regula, las discrepancias posibles no deben ser las de una parte contra el todo, sino aquellas que tienen que ver con la inversión o la negación de los papeles de que cada uno de los actores dispone.

En el Estado Autonómico, los EEAA constituyen una “pieza esencial” (FJ 5), son las normas a través de las cuales opera el principio dispositivo y con él la determinación sobre la propia constitución de la Comunidad Autónoma. Son la norma de cabecera de su propio ordenamiento autonómico y manifestación de la autonomía política de su territorio. Sus especiales características (carácter paccionado en su elaboración y reforma, primera norma autonómica pero también norma estatal e integrante del bloque de constitucionalidad) lo convierten en complemento ideal de la Constitución a la que se subordinan (FJ 6). Son la pieza esencial para la Comunidad Autónoma, pero también para el Estado, como instrumento necesario para la distribución territorial del poder político.

mía en serio”, *El País*, 27 de diciembre de 2007; Álvarez Conde, E. “La inocentada navideña del TC”, *ABC*, 3 de enero de 2008; Sosa Wagner, F. “Valencia, las aguas y el Tribunal Constitucional”, *El Mundo*, 11 de enero de 2008; Muñoz Machado, S. “La senda constitucional hacia la Edad Media”, *El Mundo*, 16 de enero de 2008; y con algún interesante debate entre juristas: Díez-Picazo, L.M. (“¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”. *REDC*, núm. 78, pp.63-75) afirma que los Estatutos carecen de base constitucional para incluir declaraciones de derechos, en tanto que Caamaño Domínguez, F. (“Sí, pueden (declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”. *REDC*, núm. 79, pp. 33-46) opina en sentido contrario, pues son expresión de su autonomía, no son fundamentales y la Constitución lo posibilita. Replica finalmente Díez-Picazo (“De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño”. *REDC*, núm. 81, pp. 63-70) reafirmando su posición contraria.

Resalta el Tribunal la posición singular del Estatuto de Autonomía en el sistema de fuentes, debido al especial procedimiento para su elaboración y reforma, tanto con respecto a su propio ordenamiento, del que sirve de vértice, como del resto del ordenamiento estatal, del que forma parte. Si bien por lo que hace al resto de leyes estatales su relación viene determinada por criterios materiales, la función que el Estatuto desempeña, así como su notable rigidez, lo hacen indisponible para el Estado. Con respecto al resto de leyes orgánicas, para el TC, los EEAA parecen tener vedado su ámbito al señalar que “no pueden desconocer los criterios materiales empleados por la Constitución cuando reenvía los aspectos específicos a las correspondientes leyes orgánicas... pues dichos criterios... determinan el ámbito que la Constitución les reserva a cada una de ellas, ámbito que... se configura como límite para la regulación estatutaria” (FJ 6). Sin embargo, para el Alto Tribunal, son los propios EEAA, como normas atributivas de las competencias que asumen las CCAA (FJ 7), quienes pueden delimitar su propio ámbito material, de acuerdo con la Constitución, reservándose aquél la competencia en caso de colisión entre leyes orgánicas, para apreciar la *validez o eficacia* de la normativa estatutaria.

Anticipa por tanto la dificultad de aplicar el exclusivo criterio material en el caso de los EEAA que, a diferencia de otras leyes orgánicas, no tienen prefijado por igual el alcance de su ámbito material de competencias, y reconoce un ámbito desconstitucionalizado en nuestra norma suprema, dentro del sistema competencial, sobre el que puede actuar el Estatuto, como norma apta para completar la Constitución, dentro del marco prefijado por ella misma.

Por otro lado, al plantear la teoría de la validez y la eficacia de los preceptos contenidos en el Estatuto, posibilita su incursión en ámbitos reservados a ley orgánica. Admite la posibilidad de que el estatuto de Autonomía acceda válidamente a ámbitos materiales de reserva orgánica, aunque no sean contenidos eficaces. Para el Alto Tribunal (FJ 7), esta función atributiva de las competencias que asume la Comunidad Autónoma y que ostenta el Estatuto de Autonomía, produce, como efecto reflejo, la delimi-

tación de las competencias que corresponden al Estado en el territorio autonómico que se trate. En el FJ 9 se precisa la modalidad de norma estatutaria delimitadora de la competencia estatal, apuntando a las llamadas “cláusulas subrogatorias”, por las que las CCAA han asumido aspectos de materias estatales tan relevantes como “Administración de Justicia”, “Hacienda General” o “seguridad pública” (art. 149.1.5, 14 y 29 CE).

Insiste el TC (FJ 10) en este tema cuando considera que el Estatuto, en cuanto norma estatal que es, puede llevar a cabo su función atributiva de competencias a la Comunidad Autónoma y delimitadora con las del Estado, nada menos que hasta el extremo que permita la reconocibilidad de las mismas. Por su parte, como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma (art. 147.1 CE), el Estatuto puede fijar el alcance de las competencias propias, sin incurrir por ello en inconstitucionalidad por interpretación de la Constitución.

Y qué decir respecto de los contenidos “constitucionalmente legítimos”, en expresión del propio TC, del Estatuto de Autonomía. Esta sentencia de 2007 es la primera en los treinta años de historia del Tribunal en la que aborda en toda su extensión esta importantísima cuestión (FJ 11). Junto al contenido mínimo y necesario que debe contener un Estatuto de Autonomía, establecido en el artículo 147.2 CE (al que se podría añadir el relativo al procedimiento de reforma, consignado en el apartado 3 del mismo artículo), se incluyen las disposiciones específicas previstas en el texto constitucional (arts. 3.2, 4.2, 69.5, 145.2, 149.1.29, 152.1, 156.2, y DA 1ª y 4ª CE) y la posibilidad definitiva y cierta, certificando la jurisprudencia parcial existente, de incorporar al texto estatutario otras regulaciones dentro del marco de la Constitución, en su conjunto (art. 147.1 CE), siempre y cuando estén relacionadas con su papel como norma institucional básica de su Comunidad Autónoma. El TC lo resume de la siguiente manera (FJ 12): “...la configuración por el artículo 147.1 CE de los EEAA como norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma con referencia al marco de la Constitución, nos conduce, ... a la función que la Constitución les atribuye, haciendo realidad en el territorio correspondiente el derecho a la autonomía (art. 2 CE)”.

El contenido estatutario está íntimamente relacionado con el principio dispositivo del que disfrutaban las CCAA (FJ 12). Principio dispositivo que se manifiesta no en un único precepto constitucional, sino de manera repartida por todo su texto. Por ejemplo, en lo referente a las instituciones autónomas propias (art. 147.2 c), donde el TC entiende como lícita “en la perspectiva constitucional” la inclusión de otras instituciones, además de las dispuestas en el artículo 152.1 CE). El principio dispositivo ofrece un amplio margen de maniobra a las CCAA, posibilitando de hecho su asimetría no ya sólo en las formas de acceso a la autonomía, sino en “la determinación concreta del contenido autonómico... y en cuanto a su complejo competencial”.

LAS FUNCIONES MATERIALMENTE CONSTITUCIONALES DE LOS ESTATUTOS

Pero la sentencia 31/2010, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad sobre una parte considerable de preceptos del nuevo Estatuto catalán (nada menos que 113 artículos sobre 223, además de otras disposiciones), no ha continuado el camino iniciado en la sentencia 247/2007. Sus fundamentos jurídicos, conocidos el 9 de julio, tras más de tres años y medio de deliberaciones, no acompañan el esfuerzo desplegado por el estatuyente catalán para avanzar en el desarrollo autonómico, en ausencia de reforma constitucional. La doctrina iuspublicista ha anticipado sus primeras consideraciones, en algunos casos antes incluso de conocer los fundamentos de la misma, consideraciones que sin duda serán objeto de una reflexión más profunda en los próximos meses.

Por referirnos sólo a algunas de ellas, Montilla Martos² se detiene en que la sentencia convalida un modelo de Estatutos de segunda generación, que abren una nueva etapa en la evolución del Estado Autonómico.

² “Un Estatuto constitucional”. *El País*, 11 de julio de 2010.

Muñoz Machado³ pone el acento en que la sentencia destroza las principales aspiraciones innovativas del Estatuto de 2006, al negar cualquier atisbo de soberanía propia al pueblo de Cataluña, privar de la significación pretendida al concepto de nación y referir el origen de la potestad estatutaria a la Constitución y no a los derechos históricos precedentes, y que las interpretaciones determinan que algunas de las instituciones centrales del Estatut han quedado desfiguradas, y que la parte concerniente a las competencias de la Generalitat tiene que volver a entenderse de modo que no contradiga las competencias del Estado.

Por su parte, Fernández Farreres⁴ la califica de sentencia equívoca, pero que tras la lectura de sus fundamentos puede afirmarse que el Estatuto catalán de 2006 ya no es lo que pretendía ser, aunque critica no obstante el carácter fuertemente interpretativo de la misma, que no dejará de generar dificultades para la plena efectividad de las declaraciones que contiene; Tomás Ramón Fernández⁵ se refiere al tema lingüístico y habla de extrema benevolencia del TC, por su empeño en evitar la inconstitucionalidad de los preceptos recurridos a través de interpretaciones conforme, que añaden al texto lo que no dice ni quiere decir y que califica este autor de “obra de legislador”; Javier Barnes⁶ distingue la previsibilidad y la moderación como los rasgos que cabe reconocer en la sentencia.

Para Carles Viver⁷, antiguo magistrado del TC y uno de los asesores del nuevo texto estatutario catalán, los efectos jurídicos más negativos de

³ “La verdad sobre el caso del Estatut”, serie de tres artículos publicados en el diario *El Imparcial* los días, 30 de junio, 7 de julio y 14 de julio de 2010.

⁴ “La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña: algunas precisiones sobre su verdadero significado y alcance”. Iustel. *Diario del Derecho*, 13 de julio de 2010.

⁵ “La benevolencia del TC”. *El País*, 20 de julio de 2010.

⁶ “El Estatut y la sentencia a escala real”. *El País*, 15 de julio de 2010.

⁷ “Los efectos jurídicos de la sentencia sobre el Estatuto”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentencia sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010. Trabajo que corrige y amplía el artículo publicado en el diario *El País*, el 20 de julio de 2010 (p. 3).

la sentencia se producen en lo tocante a las competencias y opina que degrada la función constitucional de los Estatutos al negarles la posibilidad de contribuir a la delimitación de las competencias, función que reserva a la Constitución y al propio Tribunal. Este autor valora muy negativamente la sentencia, discrepando de su fundamentación jurídica, del tono utilizado, de la prevención política que entiende rezuma y del desconocimiento de la realidad catalana.

Miguel Angel Aparicio⁸ habla de juicio político y recuerda la frase de García de Enterría al situar al TC como “comisario del poder constituyente”; Mercé Barceló⁹, igualmente crítica, lamenta su falta de deferencia al legislador y la presunción de constitucionalidad de las leyes y señala cómo la interpretación jurídica se torna en decisión arbitraria, sorprendiéndose de la autoproclamación del TC como poder constituyente.

Joaquim Ferret¹⁰ abunda en esta idea y denuncia el cambio de función del TC que se produce cuando no se limita a pronunciarse sobre una interpretación posible y pasa a efectuar auténticas funciones legislativas; habla de recelo y desconfianza de la sentencia hacia el Estatut, de manipulación en algunos casos y de motivos de oportunidad política. Lamenta finalmente que la sentencia dificulte avanzar en el modelo federal, al orientarse hacia un modelo regionalista; Por su parte, Xavier Arbós¹¹, en relación al concepto de nación en el Preámbulo, habla de expansión de las facultades del TC sin argumentos convincentes, al hacer

⁸ “Alguna consideración sobre la STC 31/2010 y el rol atribuido al Tribunal Constitucional”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentència sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010 (p. 3).

⁹ “Breves consideraciones sobre la STC 31/2010”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentència sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010 (p. 1).

¹⁰ “Una visión global de la sentencia”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentència sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010 (p. 2).

¹¹ “La Nación. Un paso adelante y dos atrás”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentència sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010.

objeto de su declaración algo que no es objeto de recurso, declaración por cierto de antijuridicidad, que no de inconstitucionalidad.

Finalmente, Miguel Angel Cabellos¹² comenta el tema del Poder Judicial y el modelo de Estado, resaltando que en este ámbito no opera la colaboración *internormativa*, que el TC intenta dar entrada de modo sorprendente, transformando el Consejo de Justicia en algo diferente a lo previsto estatutariamente, de modo que ahora es el legislador orgánico quien tiene la palabra.

¿Qué ha ocurrido en estos tres años para que el TC opere el cambio inverso y se olvide de la sentencia de 2007?

Previene en el fundamento jurídico primero de su sentencia 31/2010 que el verdadero núcleo del recurso contra la reforma del Estatuto catalán se refiere a la definición de la función y el contenido propios de los EEAA, su posición en el sistema de fuentes y su relación con la Constitución y con el resto de normas del ordenamiento. Si es ese su núcleo, se trataría de un recurso dirigido a la misma línea de flotación del Estado Autonómico, conformado sólo a partir de la existencia de los EEAA, como normas esenciales para la constitución de las distintas CCAA y normas además singulares para identificar el peculiar modelo descentralizado español.

Cabría suponer, por tanto, que su respuesta a este trascendental debate se revestiría con un ropaje acorde a su importancia. No es así, lamentablemente. En contra de lo esperado ó quizás sería más certero decir en contra de lo deseado, esta sentencia no pasará a la pequeña historia de la jurisprudencia constitucional autonómica por su brillantez expositiva y su riqueza argumentativa, aunque, obviamente, el TC ha hablado y deberán tenerse muy en cuenta sus criterios interpretativos¹³.

¹² “Poder Judicial y modelo de Estado en la sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentencia sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010 (p. 2).

¹³ El profesor Albertí (“El Estado de las Autonomías después de la STC sobre el Estatuto de Cataluña”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre

Comienza el Tribunal (FJ 3) afirmando una obviedad, cual es considerar el Estatuto de Autonomía una norma subordinada a la Constitución, de la que deriva, y no ser una norma expresiva de un poder soberano. Se extiende en una especie de panegírico sobre las virtudes de la Constitución *stricto sensu* como norma suprema del ordenamiento, que nadie discute, para llegar a una primera y sorprendente conclusión: las funciones *materialmente constitucionales* que cabe atribuir a los EEAA, por servir a los fines propios de la Constitución, no tienen mayor alcance que el “puramente doctrinal o académico”, sin valor normativo añadido. Estamos de acuerdo con la reflexión muy crítica del profesor Balaguer¹⁴, al cuestionar el alcance que el TC le otorga a la relación entre Constitución y Estatuto, cuando afirma que el hecho de que las normas estatutarias sean materialmente constitucionales y se configuren como “normas sobre la producción jurídica” implica un valor diferente respecto de las normas de contenido material. La función que este tipo de normas tiene en el ordenamiento jurídico no se puede simplificar con la afirmación de que “no tienen valor normativo añadido al que estrictamente corresponde a todas las normas situadas extramuros de la Constitución formal”. Detrás de esta afirmación del TC late una visión muy estrecha del Derecho Constitucional del Estado Autonomístico integrado en Europa: a un lado, la Constitución de 1978, al otro lado “todo lo demás” constituyendo una masa normativa indiferenciada que integra tanto los Tratados

2010, p. 90) señala que la sentencia estaba llamada a formar parte de las grandes sentencias que han marcado la evolución y el desarrollo del Estado Autonomístico, junto a la más general STC 76/1983 y otras en aspectos más acotados: configuración (32/1981, 1/1982 y 69/1988), bases (37/1981 y 29/1986), competencias estatales sobre economía (18/1982 y 80/1985), principio de colaboración (25/1983), coordinación (32/1983), ejecución del derecho comunitario europeo (252/1988), supletoriedad del derecho estatal (13/1992), potestad de fomento (163/1995 y cláusula de prevalencia (163/1995), entre otras. Destaca, no obstante, unas notas críticas sobre la STC 31/2010, empezando por su tono general, la brevedad de sus argumentos o su marcado carácter preventivo, que coronan nada menos que cuatro años de pendencia.

¹⁴ “Las cuestiones institucionales en la STC 31/2010, de 28 de junio”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre 2010, p. 68.

Europeos como los EEAA. Y continúa este autor señalando que la permeabilidad entre el texto de la Constitución de 1978 y su contexto autonómico y europeo, que es casi imposible no apreciar, no ya desde una visión doctrinal o académica, sino de los puros términos del día a día, desde la realidad que clamorosamente se ofrece a la vista, se pretende negar aquí, como si las construcciones doctrinales o académicas surgieran espontáneamente por el mero capricho de los juristas.

Si no tienen valor como normas jurídicas y se trata únicamente de meras declaraciones o manifestaciones de los poderes territoriales constituidos, el sentido de su norma de cabecera cambia radicalmente, alejándose de la propia opinión jurisprudencial anterior. El lugar ocupado hasta ahora por los EEAA, como complemento de la Constitución (STC 247/2007, FJ 6), pasaría a ocuparlo el TC. Curiosa manera de separar la Norma Fundamental del resto de normas subordinadas.

No se olvide que, como justamente reconoce la sentencia que nos ocupa, la primera función constitucional que lleva a cabo un Estatuto de Autonomía es la diversificación del ordenamiento jurídico (FJ 4), a través de la creación de ordenamientos propios, a los que sirve como norma de cabecera y parámetro de validez (art. 28.1 LOTC). Y que también ostenta el Estatuto la función constitucional de atribución de las competencias propias de la Comunidad que constituye y, mediatamente, “contribuye a perfilar el ámbito de formación y poder político del Estado”, sin que esto signifique para el TC una norma atributiva de las competencias del Estado.

Se podría sostener que los EEAA son, materialmente, nuestras *leyes constitucionales*, por más que se trate de un tipo de ley inexistente en nuestro ordenamiento. Por la rigidez de su procedimiento de elaboración y reforma, por el carácter paccionado, necesitado del concurso de dos voluntades, la estatal y la autonómica, por el concurso del referendo popular para su aprobación, en los casos de los EEAA elaborados por la vía del artículo 151 CE, y ante todo, por la función constitucional que de-

sempañan, como conformadores del Estado compuesto, fundadores de la Comunidad territorial en que se descentraliza el poder político y pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA, UNA LEY ORGÁNICA MÁS

La relación de los EEAA con el resto de leyes orgánicas también es objeto de atención en la sentencia 31/2010, separándose igualmente en esta ocasión de la doctrina expuesta en la cercana STC 247/2007. La posición en el sistema de fuentes que el Alto Tribunal reserva a los Estatutos es la propia de las leyes orgánicas, exclusivamente. Esto es, se relaciona con el resto de normas en función del principio de competencia, del ámbito material reservado a ella por la Constitución. Un criterio material no tan fácil de determinar en el caso de los EEAA, como se desprende de la propia sentencia, así como de la doctrina constitucional imperante. Porque, ¿cuál es el contenido constitucional del Estatuto de Autonomía?. El TC se “líá” distinguiendo entre la reserva a favor de un género y la que se concreta en una de sus especies, como es el caso, para el Tribunal, de la ley reguladora del Poder Judicial, e, incomprensiblemente, de cada una de las leyes orgánicas que aprueban cada uno de los EEAA, sin mayores explicaciones.

Los EEAA se relacionarían por tanto con las otras leyes orgánicas de acuerdo con el principio de distribución competencial, aún reconociendo, de manera un tanto contradictoria, que existe un contenido estatutario necesario y otro eventualmente posible. Contenido constitucional necesario y obligado para el Estatuto de Autonomía, al que se refiere el artículo 147.2 CE (“deberán contener”: denominación, territorio, organización institucional y competencias), al que se puede unir el mandato constitucional específico del artículo 69.5 CE (designación de los senadores autonómicos). Además, el texto constitucional contempla un contenido posible para el Estatuto en los artículos 3.2 CE (cooficialidad de otras lenguas) y 4.2 CE (reconocimiento de banderas y enseñas propias).

Pero la STC 247/2007, recordada en este punto por la nueva sentencia, ya predijo que estos contenidos no agotaban la posibilidad de que los Estatutos albergaran otros no expresamente dispuestos en la Constitución, pero que encontrarán su fundamento en la función que desempeñan aquellos como normas institucionales básicas de su Comunidad. El “galimatías”, por tanto, está servido. Si el Estatuto de Autonomía es, para el Alto Tribunal, una ley orgánica más, que se relaciona con el resto de leyes orgánicas de acuerdo al principio de competencia, criterio que rige igualmente su posición en el sistema de fuentes, pero el ámbito de su reserva material no está clara, o bien se trata de una ley orgánica singular, para cuya distinción será preciso apelar a la función que ocupa en el entramado institucional del Estado, o bien el criterio competencial no debe ser el único que guíe su infraordenación normativa.

Se refiere también el Tribunal a los límites de los contenidos estatutarios, y exhorta (FJ 6) sobre los riesgos de petrificación de aquellos de mantenerse una concepción maximalista, por la especial rigidez de los Estatutos, que pudiera menoscabar la participación política y el ejercicio de los poderes estatuidos. Estaría hablando por tanto de una limitación cuantitativa deseable de los contenidos estatutarios, sin olvidar, no obstante, que el Estatuto de Autonomía también es obra del legislador democrático. Ahora bien, respecto a la técnica de la regulación de detalle, por un lado el Tribunal no da relevancia a las objeciones que pueda recibir, achacándolas a juicios de oportunidad, pero por otro, sin embargo, parece excluirlas por cuanto no formarían parte de los aspectos centrales o nucleares de las instituciones y de las competencias que le son propias y a las que se refiere en la sentencia 247/2007.

Se ocupa también el Tribunal de la limitación cualitativa en los contenidos estatutarios, trayendo a colación para ello las diferencias entre la Constitución y los Estatutos y los ámbitos del poder constituyente, por un lado, y de los poderes constituidos, por el otro. En concreto, hablaríamos de las definiciones de categorías y conceptos constitucionales, incluyendo aquí lo que se ha dado en llamar “competencia de la compe-

tencia” que, como acto de soberanía, queda reservado a la Constitución. Abunda el TC sobre la limitación cualitativa en el FJ 57, hasta dejar totalmente inerte al Estatuto como norma constitucionalmente habilitada para conformar el entramado institucional y competencial de la Comunidad que crea. La interpretación omnicompreensiva que se atribuye el Tribunal (“Qué sea legislar, administrar, ejecutar o juzgar; cuáles sean los términos de relación entre las distintas funciones normativas y los actos y disposiciones que resulten de su ejercicio; cuál el contenido de los derechos, deberes y potestades que la Constitución erige y regula son cuestiones que, por constitutivas del lenguaje en el que ha de entenderse la voluntad constituyente, no pueden tener otra sede que la Constitución formal, ni más sentido que el prescrito por su intérprete supremo”) deja viciada cualquier manifestación estatutaria relacionada. ¡Qué otro significado puede albergar cuando leemos que “el Estatuto puede atribuir una competencia legislativa sobre determinada materia, pero qué haya de entenderse por “competencia” y qué potestades comprenda la legislativa frente a la competencia de ejecución son presupuestos de la definición misma del sistema en el que el Ordenamiento consiste y, por tanto, reservados a la Norma primera que lo constituye”!

Cuando el TC aduce como fundamento para la reserva a favor del Estado central de las competencias cuya titularidad ostenta, el que éstas consistan en idénticas facultades y se proyecten sobre las mismas realidades materiales, desmerece la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía modulen la atribución de sus propias competencias.

El colofón a este maxicriterio interpretativo lo pone el mismo Tribunal, autoatribuyéndose nada menos que un poder constituyente prorrogado, cuando sostiene que “en su condición de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica –e indiscutible– de las categorías y principios constitucionales. Ninguna norma infraconstitucional, justamente por serlo, puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido, formalizando uno entre los varios sentidos que pueda admitir una catego-

ría constitucional. Ese cometido es privativo del Tribunal Constitucional. Y lo es, además, en todo tiempo; por un principio elemental de defensa y garantía de la Constitución: el que la asegura frente a la infracción y, en defecto de reforma expresa, permite la acomodación de su sentido a las circunstancias del tiempo histórico”, posición que va más allá de la que le confiere la Carta Magna, y que en lugar de servir como garantía y defensa de la misma, más pareciera que la convierte en su rehén.

“HAZ LO QUE DIGO, NO LO QUE HAGO”

El temor que manifiesta el TC (FJ 58) cuando impide que su jurisprudencia se eleve a la categoría estatutaria es parecido al del dicho popular que encabeza este apartado (“...al formalizar como voluntad legislativa la sustancia normativa de ésta, la desposee de la condición que le es propia, en tanto que resultado del ejercicio de la función jurisdiccional reservada a este Tribunal como intérprete supremo de las normas constitucionales”). La consecuencia es la indefensión de las CCAA, que deben legislar y ejecutar las normas en el sentido constitucional expresado por el TC, pero sin aprehender dicha doctrina en su norma de cabecera. Nos parece un celo excesivo, que puede provocar parálisis en el legislador autonómico y abonar la crítica por la imprevisibilidad y la provisionalidad de la doctrina del Tribunal.

El derecho a la autonomía, garantizado constitucionalmente (art. 2 CE), al igual que el principio dispositivo del que gozan las CCAA (entre otros, arts. 137, 143, 148, 149, 152 CE), con el único límite infranqueable de la propia Constitución, en su totalidad (“dentro de los términos de la presente Constitución”, art. 147.1 CE), se ve mediatizado con el apósito que interpone el TC, al referenciar las potestades de las que puede ser titular una Comunidad Autónoma no a lo que derive la Constitución misma, sino a la interpretación que de la misma efectúe el Tribunal Constitucional. Convierte así su interpretación en una categoría

supra legal, una suerte de *continuum* del legislador constitucional, más cercano por tanto a una labor legislativa que judicial.

En este desigual reparto de papeles, el Tribunal reserva a los EEAA una labor meramente difusora de la obra jurisprudencial “perfectamente acabada” en materia competencial, debiendo limitarse por ello a describir una realidad que le es propia pero indisponible. Una posición que degrada la función constitucional de los Estatutos como normas integradas en el bloque de constitucionalidad, en opinión de Viver que compartimos¹⁵. Para este autor, una de las claves de la sentencia está en que, alterando la jurisprudencia anterior, el Tribunal declara que los Estatutos no pueden contribuir a delimitar el contenido y alcance de las competencias, que corresponde en exclusiva a la Constitución y al propio TC.

Fossas, por su parte, habla de que el acervo conceptual del Estatuto como norma se va desvirtuando en la sentencia, tanto por lo que se dice por lo que no se omite, hasta el punto de manifestar que el Tribunal ha modificado sustancialmente su doctrina sobre las características del Estatuto¹⁶.

Albertí, a su vez, comenta el papel limitado que la STC 31/2010 confiere a los Estatutos y la devaluación de su concepción¹⁷. Vintró concluye su trabajo afirmando de manera contundente que los Estatutos han quedado invalidados como instrumentos normativos para la profundización del autogobierno de las CCAA¹⁸.

¹⁵ “Los efectos jurídicos de la sentencia sobre el Estatuto”, op. cit., p. 3.

¹⁶ “El Estatuto como norma y su función constitucional. Comentario a la STC 31/2010”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentència sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010, p.2.

¹⁷ “Concepto y función del Estatuto de Autonomía en la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentència sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010, p.2.

¹⁸ “Valoración general de la STC 31/2010”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentència sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010, p. 10.

Carrillo se refiere a la labor meramente descriptiva del Estatuto que le asigna el TC, y destaca que de esta forma queda enervada la función del Estatuto como norma institucional básica, para ejercer una función complementaria de la Constitución¹⁹.

Tornos, pesimista, entiende acotado tras la sentencia el valor del Estatuto como norma complementaria de la Constitución, al impedirle avanzar en el diseño del Estado de las Autonomías interpretando los conceptos constitucionales²⁰.

Otros ilustres juristas han manifestado, por el contrario, opiniones divergentes a las anteriores. Así, Montilla Martos, para quien la sentencia delimita de forma adecuada la posición constitucional del Estatuto²¹.

Por su parte, García Roca afirma que la sentencia repudia un entendimiento expansivo de la “función constitucional” del Estatuto, que le lleva a invadir el lugar del poder de reforma constitucional²².

Muñoz Machado se muestra de acuerdo con la sentencia y sostiene que la Constitución no deja apenas margen para que las reformas de los primeros Estatutos de Autonomía conduzcan a un incremento sustancial y significativo del poder de las CCAA o su posición dentro del Estado. Cree que no es verdad que el principio dispositivo en materia de autonomías conduzca, si se ejerce dentro de la Constitución, a una sucesiva e imparable ampliación de los poderes autonómicos²³.

¹⁹ “Después de la sentencia, un Estatuto desactivado”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre 2010, p. 28.

²⁰ “El Estatuto de Autonomía de Cataluña y el Estado Autonómico, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre 2010, p. 24.

²¹ “Un Estatuto constitucional”, op. cit.

²² “De las competencias en el Estatuto de Cataluña según la STC 31/2010, de 28 de junio: una primera lectura integradora”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre 2010, p. 53.

²³ “La verdad sobre el caso del Estatut”, op. cit.

Para De la Quadra-Salcedo se trata de una sentencia clarificadora, y niega nuevamente que la Constitución tenga abierto el alcance material de las competencias del Estado²⁴.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Las características y función del Estatuto de Autonomía dentro del modelo territorial dibujado en la Constitución de 1978, resaltadas en la jurisprudencia constitucional, particularmente en la aludida sentencia de 2007, se han visto veladas tras el juicio del Tribunal sobre el Estatuto de Cataluña. Si para el TC de 2007, la Constitución había dejado un espacio desconstitucionalizado en el ámbito competencial que los Estatutos podían libremente asumir, tres años más tarde, el mismo Tribunal les niega esa posibilidad, se olvida aquí del principio dispositivo y se enroca en la Constitución formal y en su única interpretación. Con esta misma visión, difícilmente hubiera sido posible llevar a cabo la actualización institucional autonómica ni, menos aún, ponerla en práctica en algunos casos restando campo de acción al órgano estatal homónimo (piénsese por ejemplo en el Consejo de Estado).

El Estatuto ya no es norma delimitadora de competencias y, en cuanto al bloque de constitucionalidad, del que forma parte, su posición queda desarbolada al no desencadenar su reforma la revisión consecuen- te de la doctrina constitucional. Pareciera que, con esta nueva doctrina, la fuerza del Estatuto hubiera quedado agotada con la creación de la Comunidad Autónoma, y relegada su importancia normativa, pasando a ser la propia Constitución *stricto sensu* y su intérprete supremo los instru- mentos principales de que se sirviera el nuevo Estado descentralizado para regularse. Pensamos, por el contrario, que la realidad actual no es la misma de 1978, y el TC no debe atribuirse la cualidad de único intér-

²⁴ “El modelo competencial en la STC 31/2010, de 28 de junio”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre 2010, p. 78.

prete de la Constitución y hacerlo después con una visión anterior al desarrollo del Estado Autonómico.

En ausencia de reforma del texto constitucional, posibilidad cada vez más lejana, y colapsada la vía estatutaria como cauce para seguir completando la solución territorial, sólo queda esperar que la doctrina jurisprudencial mude con la misma prontitud que lo ha hecho en los tres últimos años.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTÍ ROVIRA, E. “Concepto y función del Estatuto de Autonomía en la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentencia sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010.

ALBERTÍ ROVIRA, E. “El Estado de las Autonomías después de la STC sobre el Estatuto de Cataluña”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre 2010, pp. 90-97.

APARICIO PÉREZ, M.A. “Alguna consideración sobre la STC 31/2010 y el rol atribuido al Tribunal Constitucional”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentencia sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010.

ARBÓS MARÍN, X. “La Nación. Un paso adelante y dos atrás”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentencia sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010

BALAGUER CALLEJÓN, F. “Las cuestiones institucionales en la STC 31/2010, de 28 de junio”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre 2010, pp. 62-69.

BARCELÓ I SERRAMALERA, M. “Breves consideraciones sobre la STC 31/2010”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentencia sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010.

BARNES, J. “El Estatut y la sentencia a escala real”. *El País*, 15 de julio de 2010.

CABELLOS ESPÍERREZ, M. A. “Poder Judicial y modelo de Estado en la sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentencia sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010.

CARRILLO, M. “Después de la sentencia, un Estatuto desactivado”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre 2010, pp. 26-37.

CASTELLÀ ANDREU, J. M^a. “La funció constitucional de l'Estatut en la sentència 31/2010 sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentència sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010.

CORRETJA TORRENS, M. “Los efectos de la sentencia sobre la definición estatutaria de las competencias: la “devaluación” jurídica de los Estatutos de Autonomía”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentència sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. “El modelo competencial en la STC 31/2010, de 28 de junio”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre 2010, pp. 70-79.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. “La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña: algunas precisiones sobre su verdadero significado y alcance”. *Diario del Derecho*, 13 de julio de 2010. Iustel.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. “Las competencias de Cataluña tras la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatut”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre 2010, pp. 38-49.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “La sentencia que el TC no se atrevió a dictar”. *El Mundo*, 9 de julio de 2010.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “La benevolencia del TC”. *El País*, 20 de julio de 2010.

FERRET JACAS, J. “Una visión global de la sentencia”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentència sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010.

FOSSAS ESPADALER, E. “El Estatuto como norma y su función constitucional. Comentario a la STC 31/2010”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentència sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010.

GARCÍA ROCA, J. “De las competencias en el Estatuto de Cataluña según la STC 31/2010, de 28 de junio: una primera lectura integradora”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre 2010, pp. 50-61.

MONTILLA MARTOS, J.A. “Un Estatuto constitucional”. *El País*, 11 de julio de 2010.

MUÑOZ MACHADO, S. “La verdad sobre el caso del Estatut”, serie de tres artículos publicados en el diario *El Imparcial* los días, 30 de junio, 7 de julio y 14 de julio de 2010.

MUÑOZ MACHADO, S. “Dentro de los términos de la presente Constitución”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre 2010, pp. 4-11.

TORNOS MAS, J. “L'Estatut com a norma jurídica”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentència sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010.

TORNOS MAS, J. “El Estatuto de Autonomía de Cataluña y el Estado Autonómico, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre 2010, pp. 18-25.

VINTRÓ CASTELLS, J. “Valoración general de la STC 31/2010”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentència sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010.

VIVER PI-SUNYER, C. “Los efectos jurídicos de la sentencia sobre el Estatuto”. *Revista catalana de dret públic. Especial sentència sobre el Estatuto*. Barcelona, septiembre 2010.

La aplicación directa del Derecho comunitario en materia de fiscalidad directa: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2011

FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL
Abogado

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2011 supone un nuevo paso en la aplicación directa del Derecho comunitario por los órganos judiciales internos de los países miembros; en ella el alto tribunal ratifica la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (en adelante, TSJ) de 18 de septiembre de 2006 relativa a la normativa vizcaína del Impuesto sobre Sociedades, y que consideraba nula, por ser contraria a los Tratados, la normativa en materia de subcapitalización vigente hasta el 31 de diciembre de 2003.

En el supuesto de autos una entidad residente en Bizkaia había concertado una serie de préstamos por importes elevados con su matriz, residente en otro país de la Unión Europea, en concreto en el Reino Unido. Durante un procedimiento de comprobación incoado a la misma la Inspección consideró que los citados préstamos contravenían la norma antielusión recogida en el artículo 21 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades, proponiendo la correspondiente regularización, que fue ratificada en vía administrativa y por el Tribunal Económico-administrativo Foral de Bizkaia. En concreto, la redacción vigente del precepto era la siguiente:

“Artículo 21 Subcapitalización

1. Cuando el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad, excluidas las entidades financieras, con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español, con las que esté vinculada, exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal, los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos.

2. Para la aplicación de lo establecido en el apartado anterior, tanto el endeudamiento neto remunerado como el capital fiscal se reducirán a su estado medio a lo largo del período impositivo.

Se entenderá por capital fiscal el importe de los fondos propios de la entidad, no incluyéndose el resultado del ejercicio.

3. Cuando medie un convenio para evitar la doble imposición y a condición de reciprocidad, los sujetos pasivos podrán someter a la Administración tributaria, en los términos del apartado 6 del artículo 16 de esta Norma Foral, una propuesta para la aplicación de un coeficiente distinto del establecido en el apartado 1 anterior. La propuesta se fundamentará en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas”.

Es decir, que a salvo de lo establecido en el párrafo tercero, y que no ha sido nunca de excesiva aplicación práctica, la ley presumía *iuris et de iure* –lo que veremos será muy importante a la hora de ser enjuiciada por el TS– que no eran deducibles en el Impuesto sobre Sociedades los intereses pagados a entidades vinculadas residentes en el extranjero en lo que se excediese del referido ratio 1-capital / 3-deuda; por tanto, esta norma (i) no aplicaba en el caso de endeudamiento con entidades vinculadas residentes, y (ii) no tenía en cuenta para nada cuál era el país extranjero de residencia de la entidad prestamista.

La adecuación de esta normativa al Derecho comunitario fue puesta en duda durante todo el proceso, teniendo en cuenta la jurisprudencia existente en materia de tributación directa del Tribunal de Justicia de la

Unión Europea (en adelante, TJ), por considerarla contraria al principio de no discriminación, así como restrictiva de las libertades comunitarias de establecimiento y circulación de capitales, aspectos sobre los que entró de lleno la sentencia del TSJ de 18 de septiembre de 2006, que recogiendo las pautas marcadas por el TJ en la sentencia *Lankhorst-Hohorst* consideró contrario a derecho comunitario, y por tanto nula, la normativa vizcaína en materia de subcapitalización, de acuerdo con el siguiente razonamiento:

Esta normativa supone una diferencia de trato para las sociedades dependiendo de si están domiciliadas o no en España, lo que supone un obstáculo a la libertad de establecimiento regulada en el artículo 43 del Tratado de Roma –hoy artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea–:

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.”

No existe justificación a esta diferencia de trato que pueda ampararse en la normativa comunitaria, ya que es jurisprudencia reiterada del TJ que la sola disminución de la recaudación tributaria no sirve para fundamentarla.

Por tanto, ya el Tribunal de instancia realizó una aplicación directa del Derecho comunitario, anulando la aplicación del mencionado artículo 21 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades en la regularización practicada al recurrente.

Frente la sentencia de instancia se interpuso, por parte de la Diputación Foral de Bizkaia, recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, alegando, entre otros motivos de casación, en lo que aquí interesa, que reitera jurisprudencia del Tribunal comunitario –por ejemplo, los asuntos *Cadbury* y *Marks & Spencer*– establece la doctrina de que una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico oponerse a montajes puramente artificiales y carentes de una realidad económica más allá de eludir las obligaciones tributarias.

Pues bien, el TS, siguiendo los razonamientos expresados en su propia sentencia de 21 de febrero de 2008 relativa a la normativa de subcapitalización vigente en territorio común, la citada sentencia *Lankhorst-Hohorst* y la más reciente en el asunto *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, referente a la normativa en materia de subcapitalización vigente en el Reino Unido, viene a concluir que “... una legislación interna en materia de subcapitalización sería válida si se basa en un examen de elementos objetivos y verificables que permitan identificar la existencia de un montaje puramente artificial con fines exclusivamente fiscales, lo que no ocurre con la norma examinada que no establece la posibilidad de que se pueda presentar, en su caso, y sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos relativos a los motivos comerciales subyacentes a la operación de que se trata”.

Este pronunciamiento, que es fácilmente extrapolable a otras materia en las que se discrimina al no residente, como puede ser la transparencia fiscal internacional, supone que la redacción del artículo 21 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades vigente en el ejercicio de autos debe considerarse contraria a las libertades comunitarias en tanto impedía probar al contribuyente que el ratio de capital / endeudamiento con empresas del grupo superior a 1/3 no se había gestado con el solo fin de rebajar la base imponible y que podía obtenerse uno similar de entidades no vinculadas. Adicionalmente, debemos extraer de esta sentencia que el TS considera, siguiendo la jurisprudencia comunitaria, que el

legislador puede imponer restricciones a las libertades comunitarias en la normativa tributaria con el sólo fin de evitar el fraude fiscal y siempre que se dé al contribuyente un procedimiento razonable para probar que la operación se concertó con un fin honesto.

Idéntica normativa se encontraba vigente en territorio común y en los restantes territorios forales, por lo que debemos entender que este criterio jurisprudencial debe hacerse extensivo a todas ellas.

El Consulado de Bilbao y sus ordenanzas. Ordenanzas manuscritas e impresas

CLOTILDE OLARAN MUGICA

Historiadora

Facultativo de Archivos, Bibliotecas y Museos

Casi desde su misma fundación a comienzos del siglo XIV, Bilbao intentó absorber todo el comercio del Reino de Castilla con el norte europeo. A finales de la siguiente centuria, se había convertido ya en la plaza marítima más importante desde Bayona de Francia hasta Bayona de Vigo, después de haberse sacudido de la tutela del emporio burgalés. Y fue en Sevilla, un 22 de junio de 1511, cuando la Reina Doña Juana marcaría esta nueva etapa en el porvenir de la villa, al otorgar mediante una Real Cédula la fundación del Consulado bilbaíno. En ella se reproduce la carta que había sido dada anteriormente por los Reyes Católicos para la constitución del Consulado de la ciudad de Burgos, completándola con los usos y costumbres que desde tiempos remotos tenían los mercaderes bilbaínos

La Universidad y Casa de Contratación de Bilbao gozó desde sus principios de la facultad de hacer ordenanzas referidas a su propio régimen, siempre que éstas fueran confirmadas por el Rey de Castilla. Estas Ordenanzas determinaban las reglas por las que se debía regir la Comunidad, regulando lo referente a las personas, actos e instituciones mercantiles y al ejercicio de las acciones judiciales ante el Tribunal del Consulado. La jurisdicción concedida afectaba a los pleitos entre mercaderes, factores y maeses de naves, mercaderías, compras, ventas, cambios, seguros, cuentas, compañías, fletamentos y averías, siempre con el objetivo de aligerar la resolución de conflictos para favorecer el comercio

El Consulado de Bilbao, tuvo tres cuerpos de Ordenanzas, denominadas por muchos tratadistas del Derecho como “*primitivas*”, “*antiguas*” y “*nuevas*”.

Las llamadas “*primitivas*” son en realidad disposiciones aisladas e inconexas. La primera Ordenanza es la de 11 de agosto de 1447 y está transcrita literalmente en la Carta Ejecutoria del Rey D. Felipe II, de 2 de abril de 1563. Se habla de unas ordenanzas de 1459 que no son conocidas actualmente. Tras las ordenanzas de 1447, vinieron las de 1489, 1490 y 1517.

Las denominadas “*antiguas*”, confirmadas por Felipe II el 15 de diciembre de 1560, constituyen un cuerpo de ley en 74 capítulos que regulan aspectos variados, tales como las elecciones para cargos de la Universidad, la administración de justicia consular e importantísimos aspectos relacionados con el comercio. A éstas le siguen las hechas por el Consulado el 22 de octubre de 1561 confirmadas el 15 de mayo de 1562 que estaban referidas a los “*pilotos lemanes*”. Otras ordenanzas hechas por el Consulado (17 de octubre de 1587, 6 de febrero de 1588, 4 de febrero de 1589 y 11 de octubre de 1591) no llegaron a utilizarse por no estar confirmadas. De hecho, tenemos constancia de que en el Archivo del Consulado, en su cajón 18, registro 2, número 10, se conservaban una serie de ordenanzas que llevaban adjunta la siguiente nota: “*Ordenanzas del Consulado de esta noble Villa, en los años 1587, 1588, 1589 y 1591, en reformación de las antiguas y parece que no han sido usadas por no estar confirmadas*”.

En cambio si se confirmarían el 1 de septiembre de 1597 unas ordenanzas que disponían las atribuciones que tenían el *Corregidor y Colegas* en primera apelación o el *Corregidor y Recolegas* en la segunda.

El 10 de octubre de 1669 y el 7 de agosto de 1674, el Consulado de Bilbao dictó algunas disposiciones de poca importancia sobre letras de cambio y elecciones que fueron confirmadas por Carlos II. Mucho más importantes que éstas, resultaron las Ordenanzas de 1675, 1687 y 1730, que versan sobre las letras de cambio, libranzas de comercio, jurisdicción y elecciones y régimen de la Comunidad y Casa de Contratación de la

Villa, constituyendo ya una preparación de las que se desarrollaron con posterioridad en el año 1737.

Las denominadas ordenanzas “nuevas” comenzaron a elaborarse por Junta General del año 1725 para “*determinación de los pleytos y diferencias que se ofrecen en el Tribunal del Consulado, en punto de letras y otras cosas de comercio y navegación*”. En cumplimiento de este acuerdo, el 4 de noviembre de 1730 se hicieron unas ordenanzas que tan solo trataban del régimen de la comunidad. Ahora bien, estas ordenanzas no satisfacían las aspiraciones de la Casa de Contratación, por lo que a petición de la Junta General, se reunieron seis comisionados para recopilar “*las ordenanzas antecedentes*” (15 de diciembre de 1560, 19 de febrero de 1672, 28 de junio de 1675, 6 de marzo de 1677, 20 de julio de 1688 y 7 de mayo de 1731), dando lugar a las famosas “*Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M.N. y M. L. Villa de Bilbao*”, que representan el momento culminante de toda la actividad legislativa relativa al comercio de Bilbao en el siglo XVIII. Aprobadas y confirmadas por Felipe V el 2 de diciembre de 1737, estuvieron en vigor hasta la aprobación del Código de Comercio de 1829, llevando la fama del Consulado de Bilbao y haciendo célebre el próspero comercio bilbaíno en todo el mundo.

La constante reproducción impresa a lo largo de los siglos de estas ordenanzas, ha dado lugar a no pocos equívocos a la hora de identificar y referenciar historiográfica y bibliográficamente las diferentes ediciones y reimpressiones. Estos errores bibliográficos derivan en gran parte de la forma en que los historiadores y tratadistas citan en sus estudios las diferentes ordenanzas, sin precisar si se trata de manuscritas o impresas, y sin haber efectuado el debido cotejo con las fuentes y documentos primarios, lo que ha dado lugar a múltiples confusiones y la aparición de “*ediciones fantasma*”.

Se ha venido afirmando indebidamente y sin ningún rigor científico, la existencia de dos impresiones de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao: una supuesta impresión de las Ordenanzas del Consulado de 1552 y otra de Juan de Elorza de 1570. La primera mencionada, de 1552, en realidad

no es una impresión de las Ordenanzas del Consulado, sino que contenía exclusivamente el Privilegio de 1511 y ciertas reglamentaciones que gobernaron el Consulado de Burgos desde 1494 hasta 1511. Respecto a la segunda supuesta impresión de las Ordenanzas por Juan de Elorza en 1570, podemos afirmar otro tanto. En este caso, la impresión tampoco contenía propiamente las ordenanzas, sino nuevamente el Privilegio.

Así pues, las Ordenanzas “*Primitivas*” (las de 1459), como ya se ha indicado no fueron tales, y como corpus de ordenanzas no se llegaron a imprimir.

Las denominadas “*antiguas*”, que son las confirmadas por el monarca Felipe II el 15 de diciembre de 1560 constituyen ya un cuerpo de ley. Fueron impresas en Bilbao, en 43 folios por Roque Rico de Miranda, impresor del Señorío, en 1669, el mismo año en que también imprimiría las Ordenanzas de la Villa de Bilbao. Esta edición incorporaba diversas provisiones, y lleva por título “*Ordenanzas de la casa de la Contratación de la muy Noble y Leal Villa de Bilbao*”, mostrando en su portada el escudo primitivo de Bilbao. Se trata de una edición rarísima, de la que actualmente se conocen tan solo tres ejemplares. Uno, propiedad de la familia de los Condes de Heredia Spínola que procede de D. Francisco Zabalburu, otro, propiedad de la Biblioteca Pública de Navarra que está encuadernado junto a dos Cédulas Reales y un tercero, propiedad de la colección particular de don José María Arriola, que se exhibe actualmente en la Biblioteca Foral, en la exposición titulada “*Erakusketa. Ilustratzaileak Bizkaian (XVI-XX) Odisea Grafikoa. Exposición Ilustradores en Bizkaia (XVI-XX) Una odisea gráfica*”. Además hay constancia de que en el Archivo del Consulado de Bilbao, existía un ejemplar, hoy desaparecido.

Esta edición de 1669 iba acompañada de una nueva impresión del privilegio de erección del Consulado, editado en 1552. Ambas impresiones, las de las Ordenanzas y el Privilegio no fueron hechas por la misma mano tipográfica, ya que las segundas fueron impresas por Juan de Elorza, y ambas fueron encuadernadas juntas por Asensio de Elorza.

Las ordenanzas antiguas o de 1560 sufrirían posteriores modificaciones. Confirmadas por Carlos II, estas ordenanzas reformadas serían impresas en Bilbao por Joseph Gutiérrez Barahona en 1691. La edición de 1691 contiene ordenanzas suplementarias sobre letras de cambio (adoptadas en 1672 y 1677) y sobre elecciones del gremio (1675 y 1688).

Tras su aprobación en 1737 las denominadas ordenanzas “*nuevas*” fueron impresas en Bilbao en 1738 por la viuda de Antonio Zafra y Rueda. Las Ordenanzas impresas en 1738 se han confundido en ocasiones con las denominadas “*Ordenanzas Nuevas de la Universidad y Casa de Contratación de Bilbao*” que fueron impresas también en Bilbao por la Viuda de Zafra en 1732. La edición de 1732, se refiere en realidad a las Ordenanzas en 26 capítulos, confirmadas por Felipe V el 7 de mayo de 1731 que tratan exclusivamente del régimen de la comunidad, del modo de las elecciones y manejo de averías. Se trata pues, de una edición que nada tiene que ver con las “*nuevas ordenanzas*” confirmadas el 2 de diciembre de 1737 que constan de 723 números, ordenanzas y leyes distribuidos en 29 capítulos, de los que la mayoría están basados en la legislación local. Constituyen por tanto el momento culminante del desarrollo de la reglamentación del comercio que coincide con la época de mayor esplendor del Consulado y se manifiesta como una recopilación conjunta del Derecho Mercantil marítimo junto con el terrestre.

Estas Ordenanzas de 1737, se reimprimieron en muchas ocasiones, hasta 1829, fecha de entrada en vigor del Código de Comercio y fueron parte integrante de la subsiguiente ley comercial en España y América dando lugar a constantes ediciones y reimpresiones: edición de 1741, Bilbao: Zafra; edición de 1760, Bilbao: Pedro Gayangos; edición de 1769, Madrid: Viuda de D. Manuel Fernández; edición de 1775, Madrid, Antonio Fernández; edición de 1787, Madrid: Pedro Marín; edición de 1794, Madrid: Sancha; edición de 1796, Madrid. Sancha; edición de 1813, Villanueva y Geltrú: J. Rubio. De esta edición se hizo otra facsimilar en Bilbao, por la Editorial Amigos del Libro Vasco, en 1984; edición de 1819: Madrid: Miguel de Burgos. Palau y Guiard Larrauri citan una edición en Bilbao en 1818, sin que se haya localizado ningún ejemplar.

Posteriormente a la promulgación del Código de Comercio, ya en los siglos XIX y XX, se reeditarían de nuevo en: París: Librería de Rosa y Bouret, 1829; París: Librería de Rosa y Bouret, 1837; París: Librería de Rosa y Bouret, 1844; París: Vicente Salvá, 1846; París: Garnier Hermanos, Sucesores de V. Salvá, 1854; París: Librería de Rosa y Bouret, 1859 (esta edición contiene tanto las Ordenanzas de 1737 como un “*Código de Comercio y Navegación*” actualmente en vigor en los Estados Unidos de América, conocido bajo el nombre de “*Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M.N. y M.L. Villa de Bilbao*”); y París: Librería de Rosa y Bouret, 1869, que se trata de una reedición de las impresas también por Rosa en 1859, a las que se han añadido 259 páginas relativas a los “*Elementos de Jurisprudencia Mercantil*” de Eugenio Tapia; edición realizada en Bilbao: Talleres Grafo, 2000. Contamos también con una edición facsímil, editada por la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao en el año 2005, como conmemoración del VII Centenario de la fundación de la Villa. Se trata de una composición efectuada a partir de dos ejemplares reales existentes en la Biblioteca de la Diputación Foral de Bizkaia y en la Biblioteca de la Universidad de Deusto, por lo que es una reproducción facsimilar “*ideal*”. Cuenta además con dos estudios introductorios, en hoja desplegable anexa. Por último debemos señalar la reciente publicación: “*Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la Muy Noble y Muy Leal Villa de Bilbao (insertos sus reales privilegios) aprobadas y confirmadas por el Rey ... Phelipe Quinto... año de 1737*”, editada en Valladolid por Maxtor en el año 2008.

Esta profusión de ediciones y reimpressiones, muchas de ellas realizadas en el extranjero, constituye el mejor testimonio de la repercusión que tuvieron las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, tomadas como ejemplo y modelo en otros países. De hecho, la indiscutible importancia que tuvieron dichas Ordenanzas, impulsó su uso en las Ligas de Comerciantes de diecinueve países de Iberoamérica permaneciendo en algunos de ellos en vigor hasta finales del siglo XIX, tal es el caso de Uruguay (hasta 1865), de Chile (hasta 1867), de Paraguay (hasta 1870) de Guatemala (hasta 1877) y finalmente de México donde perduraron hasta 1884.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAPHY

El Código Civil bilingüe

(castellano-euskera)

3ª edición

La Universidad de Deusto y el Instituto Vasco de Administración Pública han publicado la 3.ª edición del Código civil en su versión bilingüe castellano-euskera. La edición ha sido preparada por D. Andres Urrutia, notario, profesor de la Universidad de Deusto y vicepresidente de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia. La edición está cerrada a fecha 1 de septiembre de 2011 e incluye las últimas reformas de este texto legal junto con los habituales índices analíticos bilingües.



Título: CÓDIGO CIVIL
Edición: 3.ª, septiembre 2011
Lugar: Bilbao
Edita: Universidad de Deusto
Instituto Vasco de
Administración Pública
Edición: Andres Urrutia
D.L. BI-2.753-2011
ISBN: 978-84-9830-088-8

Kode Zibilaren 3. argitaraldi elebiduna

(gaztelania-euskara)

Deustuko Unibertsitateak eta Herri Ardularitzaren Euskal Erakundeak Kode zibilaren testu elebiduna (gaztelania-euskara) argitaratu dute 3. aldiz. 3. argitaraldi hau prestatu du Andres Urrutiak, notarioa, Deustuko Unibertsitatearen irakaslea eta Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademiaren buruordeak. Argitaraldi honek 2011. urteko irailaren 1era arte eguneraturik dago eta ohiko aurkibide analitiko elebidunak ere baditu.



Izenburua:	KODE ZIBILA
Argitaraldia:	3., 2011ko iraila
Lekua:	Bilbo
Argitaratzailea:	Deustuko Unibertsitatea Herri Ardularitzaren Euskal Erakundea
Egokitzalea:	Andres Urrutia
L.G.:	BI-2.753-2011
ISBN:	978-84-9830-088-8

ACTIVIDADES DE LA ACADEMIA
AKADEMIAREN JARDUNAK

Actividades de la Academia / Akademiaren jardunak

JAVIER OLEAGA ECHEVERRIA
Secretario de la AVD-ZEA

El lunes 7 de noviembre se presentó en el salón árabe del Ayuntamiento de Bilbao la reedición facsímil del libro de D. Andrés de Mañaricua, “Las Ordenanzas de Bilbao de 1593”, que se ha publicado con un prólogo de D. Adrian Celaya. En el acto, presidido por la Teniente de Alcalde Dña. Ibone Bengoetxea, intervino D. Adrian Celaya quien desglosó la figura y la obra de D. Andrés de Mañaricua. Las Ordenanzas de Bilbao de 1593 que, en palabras de D. Adrian, fueron las primeras de la villa que tuvieron una efectiva publicidad, se habían dado durante muchos años por desaparecidas hasta que Mañaricua descubrió un ejemplar de las mismas en el Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, mientras investigaba para la elaboración de su obra sobre la Inmaculada Concepción en Bizkaia. Recogen, con minucioso detalle, las normas de obligado cumplimiento que debían observar los vecinos del Bilbao del siglo XVI, no sólo en el cumplimiento de sus deberes cívicos, sino incluso en algunos aspectos de su vida privada, como el concerniente a la indumentaria de las damas.

Azaroaren 7an aurkeztu zen Bilboko Udaletxean, arabiar aretoan, Zuzenbidearen Euskal Akademiak bere *Abeurrea* bilduman argitaratu duen “Las Ordenanzas de Bilbao de 1593”. Liburuaren atarikoak Adrián Celaya AVD-ZEAren buruarena da. Argitalpena babestu dute Bilboko Udalak, BBK-k eta Instituto Bibliográfico Manuel de Larramendi-k.

Las ACTIVIDADES DE LA ACADEMIA, que se recogen en el presente Boletín, se refieren al período que va del 1 de Junio de 2011 al 31 de Diciembre de 2011.

Durante este período las actuaciones de la Academia relacionadas su-
cintamente han sido las siguientes: la Junta Directiva se ha reunido los
días 13 de junio, 12 de septiembre y 7 de noviembre.

Están próximas a recibirse todas las subvenciones comprometidas.

La página WEB se está ampliando y actualizando en su contenido, en
el que destaca la incorporación de la jurisprudencia sobre la Ley de De-
recho Civil Foral del País Vasco.

Se han celebrado diferentes actividades: el 17 de octubre se celebró la
apertura del curso académico 2011-2012; El 30 de noviembre se cele-
bró la décima Jornada Práctica sobre el Derecho Civil Foral del País Vas-
co y el 15 de diciembre la Jornada anual sobre Cooperativas.

Sobra exponer que se siguen realizando las acostumbradas gestiones
para el buen funcionamiento y eficacia de la Academia.

JADO

NORMAS DE PUBLICACIÓN
ARGITALPENERAKO ARAUAK
PUBLICATION STANDARDS

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Las personas interesadas en publicar materiales en la Revista *JADO-Boletín de la Academia Vasca de Derecho / Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria* deben tener en cuenta las observaciones siguientes a la hora de preparar los originales:

1. Los materiales deben ser originales e inéditos. Deben dirigirse al director de la Revista y hay que presentarlos por correo electrónico a la dirección siguiente: secretaria@avd-zea.com.

2. La extensión recomendada para los materiales, en el caso de los estudios, es de 10 a 25 páginas ISO A4 (es decir, aprox. de 21.500 a 56.000 caracteres), a 1,5 de interlínea, en soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable. En el caso de las notas, es de 5 a 10 páginas ISO A4 (es decir, aprox. como máximo 21.500 caracteres), a 1,5 de interlínea, en soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable.

3. Los plazos de presentación de originales finalizan habitualmente:

- el 30 de junio, para el número que se publica en diciembre;
- el 30 de diciembre, para el número que se publica en junio;

Los materiales se publicarán, preferentemente, en castellano y en euskera. Todo ello sin perjuicio de la publicación de números especiales y extraordinarios, cuya periodicidad se ajustará a la convocatoria correspondiente.

4. Los autores/ras deben indicar el título del texto, su nombre y apellidos, y el cargo o la profesión con que quieren aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.

5. Es necesario que los autores/ras aporten con el texto los datos suficientes para que la revista JADO se pueda poner en contacto con ellos de forma rápida (dirección, teléfonos y correo electrónico).

6. La revista JADO incluye un resumen de los textos publicados en la sección de estudios, que deben elaborar los autores/ras y presentar a la vez que el texto. La extensión máxima del resumen es de 1.000 caracteres (es decir, aproximadamente media página ISO A4, a 1,5 de interlínea). También hay que incluir una lista de palabras clave o descriptores de la materia (máximo 5).

7. Los textos deben ir precedidos de un breve sumario de los diferentes apartados en que se estructuran.

8. Se recomienda la utilización de notas a pie de página a fin de que los lectores de los textos puedan localizar las fuentes de las afirmaciones que se hacen o puedan ampliar el estudio de un punto determinado del artículo.

9. Se recomienda la inclusión de un apartado final de bibliografía, en que se recojan las obras utilizadas en la elaboración del texto o las que se consideran de referencia sobre la materia de que trata el texto.

10. Es necesario que los autores/ras organicen el contenido del texto con una introducción que defina el objeto, un desarrollo que incluya los datos y los argumentos que el autor considere oportuno aportar y una conclusión que presente una propuesta, una valoración o una reflexión final.

11. Se recomienda seguir el siguiente sistema en cuanto a la bibliografía citada:

Apellidos, Nombre, «Título del artículo», *Título de la Revista o del libro* (si el título de la revista es una sigla, no se debe escribir en cursiva), volumen, nº, ciudad de edición, editorial, año de publicación, páginas afectadas.

12. Las citas de las leyes deben seguir el modelo siguiente (o el modelo de citación usual en cada ordenamiento jurídico):

Ex.: Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.

Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.

13. Las siglas se tienen que escribir sin puntos, p.ej. LPL. La primera vez que aparezca en un artículo una sigla poco difundida, se tiene que escribir el nombre completo seguido de la sigla entre paréntesis.

14. La revista JADO publica los textos en la lengua original, si se trata de artículos escritos en castellano o euskera. Igualmente, se aceptarán textos en francés o inglés. Las palabras, expresiones y citas que aparezcan en una lengua diferente de la del texto deben escribirse en cursiva.

Los ejemplares de la revista se encuentran a disposición del público, en formato digital, en la siguiente dirección: <http://www.avd-zea.com>.

15. El autor o autores del texto ceden en exclusiva a la Academia los derechos de reproducción de los artículos publicados, incluidos soportes CD-rom, en Internet o por cualquier otro medio informático, así como su inclusión en bases de datos. Los textos publicados serán remunerados en la cuantía que se establezca por la Academia y cada autor recibirá 5 ejemplares de la Revista.

16. El Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos sobre la base de una evaluación, que en el caso de los estudios se realizará por evaluadores externos desconociendo la identidad del autor o autores. La evaluación tendrá en cuenta los siguientes criterios: la calidad y rigor de los argumentos presentados; la oportunidad y relevancia del artículo; y la creatividad, metodología, propuestas y aportaciones.

Se comunicará a los autores la decisión sobre publicación (en su caso, condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original) o no de los trabajos enviados, en un plazo inferior a 6 meses. Los

trabajos serán publicados como “Estudios” o como “Notas” según su naturaleza y extensión. Los autores de textos aceptados para su publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 10 días. Los originales enviados que no se considere conveniente publicar no serán devueltos al autor, ni se mantendrá correspondencia con ellos.

ARGITALPENERAKO ARAUAK

Norbaitek interesa baldin badu *JADO* aldizkarian, hau da, *Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkarian* materialak argitaratzeko, honako ohar hauek kontuan hartu beharko ditu, jatorrizkoak prestatzeko orduan:

1. Materialak jatorrizkoak eta argitaragabeak izan behar dira. Aldizkariaren zuzendariari helarazi behar zaizkio, eta, gainera, posta elektronikoz bidali behar dira honako helbide honetara: secretaria@avd-zea.com

2. Materialen neurriari dagokionez, gomendatzen da azterlanek 10-25 orrialde izatea; orrialdeok ISO A4 motakoak izan behar dira eta lerro-arteak 1,5ekoa izan behar da (beste modu batera esanda, azterlanek 21500-56000 karaktere izan behar dituzte, gutxi gorabehera). Azterlanak euskarri informatikoan eman behar dira, ahal bada, Word formatuan edo berrikusteko moduko antzeko formaturen batean. Gomendatzen da, bestalde, oharrek 5-10 orrialde izatea; orrialdeok ISO A4 motakoak izan behar dira eta lerroarteak 1,5ekoa izan behar da (beste modu batera esanda, oharrek, gehienez ere, 21.500 karaktere izan ahal dituzte, gutxi gorabehera). Oharrak euskarri informatikoan eman behar dira, ahal bada, Word formatuan edo berrikusteko moduko antzeko formaturen batean.

3. Jatorrizkoak aurkezteko epeak data hauetan bukatu ohi dira:

- ekainaren 30ean, abenduan argitaratzen den zenbakiari dagokionez;
- abenduaren 30ean, ekainean argitaratzen den zenbakiari dagokionez;

Materialak gaztelaniaz eta euskaraz argitaratuko dira, batik bat. Horri guztiari kalterik egin gabe, zenbaki berezi eta ezohikoak argitara daitezke; deialdi egokiak argituko du zenbaki berezi eta ezohiko horien aldizkakotasuna.

4. Egileek adierazi behar dute zein den testuaren izenburua, zein diren haien izen-abizenak, eta zein kargu edo lanbiderekin identifikatu nahi duten euren burua, artikuluaeren goiko aldean.

5. Egileek, testuarekin batera, zenbait datu eman behar dituzte (helbidea, telefonoak eta helbide elektronikoa), JADO aldizkaria ahalik azkarren eurekin harremanetan jar dadin.

6. JADO aldizkariak, azterlanei dagokien atalean, argitaratutako testuen laburpena jasoko du; laburpen hori egileek eurek prestatu behar dute, eta testuarekin batera aldizkariari helarazi behar diote. Laburpenak, askoz jota, 1000 karaktere izan ditzake (beste modu batera esanda, lerroartea 1,5ekoa izanik, laburpena ISO A4 motako orrialde erdikoa izan behar da, gutxi gorabehera). Orobat gaineratu behar dute egileek gaiari buruzko gako-hitzen zerrenda (gehienez ere, 5 gako-hitz izan daitezke).

7. Testuaren barruko atalak zein izan eta atal horiei buruzko aurkibide laburra jarri behar da testuaren hasieran.

8. Testuen irakurleei erraztu behar zaie egileek egindako baieztapenen iturriak bilatu ahal izatea, eta, orobat, artikuluaeren puntu zehatz bati buruzko ikerketa sakontzea. Hori dela eta, oin-oharrak erabiltzea gomendatzen da.

9. Berebat gomendatzen da azken atala bibliografiari buruzkoa izatea. Atal horretan jaso behar dira testua prestatzeko erabili diren lanak edota testuaren gaiari buruz eredugarri izan daitezkeenak.

10. Egileek, testuaren edukia antolatzen dutenean, sarrera idatzi behar dute, testuaren xedea definitzeko; ondoren, gaia garatu behar dute, eta, garatze horretan, egileak egoki ikusten dituen datuak eta argudioak jaso behar dira; eta, bukatzeko, ondorioetan, proposamena, balorazioa edo azken hausnarketa egin behar da.

11. Bibliografia aipatzeko orduan, honako sistema hau erabiltzea gomendatzen da:

Abizenak, Izena, «Artikuluaren izenburua», *Aldizkariaren edo liburuaren izenburua* (aldizkariaren izenburua siglaren bidez eman bada, hori ez da etzanez idatzi behar), liburukia, zenbakia, argitaratze-hiria, argitaletxea, argitaratze-urtea, aipatu beharreko orrialdeak.

12. Legeak aipatzeko orduan, honako eredu hau bete behar da (edo, bestela, kasuan kasuko antolamendu juridikoan ohiko den eredu):

Ex.: Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.

Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.

13. Siglak punturik gabe idatzi behar dira; esate baterako, HPL. Erabileran urriko siglaren bat artikuluan lehen aldiz agertzen denean, izen osoa idatzi behar da, eta, ondoren, sigla jarri behar da kakotzen artean.

14. JADO aldizkariak jatorrizko hizkuntzan argitaratzen ditu testuak, baldin eta artikulua gaztelaniaz edo euskaraz idatzita badaude. Era berean, frantsesez nahiz ingelesez idatzitako testuak onartuko dira. Testuan hizkuntza zehatza erabilita, zenbait hitz, esamolde edo aipamen beste hizkuntza batean agertzen badira, horiek letra etzanez idatzi behar dira.

Aldizkariaren aleak jendearen esku jarriko dira, formatu digitalean, honako helbide elektroniko honetan: <http://www.avd-zea.com>.

15. Testuaren egileak edo egileek modu eskusiboan lagatzen dizkiote Akademiari argitaratutako artikuluen gaineko erreproduktzio-eskubideak; lagatze horrek bere barruan hartzen ditu CD ROM euskarriak, Internet nahiz bestelako baliabide informatikoak, baita datu-baseetan sartzeko aukera ere. Argitaratutako testuak ordaindu egingo dira, Akademiak berak ezarritako kopuruarekin, eta egile bakoitzak aldizkariaren 5 ale jasoko ditu.

16. Erredakzio batzordeak erabakiko du zein lan argitaratzen den, eta, horretarako, lanen gaineko ebaluazioa egingo du; azterlanen kasuan, kanpoko ebaluatzaileek egingo dute hori, eta ebaluatzaileok ez dute jakingo nor diren egileak. Ebaluazioak kontuan hartuko ditu honako irizpide hauek: aurkeztutako argudioen kalitatea eta zorrozatasuna; artikuluaeren egokitasuna eta garrantzia; eta, halaber, sormena, metodologia, proposamenak eta ekarpenak.

Egileei jakinaraziko zaie, askoz jota 6 hileko epean, haiek bidalitako lana argitaratuko den (hala denean, jatorrizko bertsiotan zenbait aldaketa eginez eta horren baldintzapean) edo ez den argitaratuko. Lanen izaera eta neurria aintzakotzat hartuta, lanok “azterlanak” edo “oharrak” izango dira. Behin testuen argitaratzea onartuta, egileei eskatu ahal zaie inprimatze-probak zuzentzea; proba horiek 10 eguneko epean itzuli beharko dira zuzenduta. Jatorrizkoak bidali arren, ez bada egokitzen jo horien argitalpena, ez zaizkio jatorrizko horiek egileari itzuliko, eta ez da egileekin posta-harremanik abiaraziko.

PUBLICATION STANDARDS

Those persons interested in publishing articles in the *JADO Review of the Basque Academy of Law / Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria* magazine must take into account the following points when drafting the original:

1. The articles must be original and unpublished. They should be addressed to the editor of the magazine and must be submitted by email to the following address: secretaria@avd-zea.com.

2. The recommended article length is, in the case of field studies that of 10-25 A4 pages (that is, approx. 21,500-56,000 characters), 1.5 spacing between lines, on electronic format, preferably in Word or Revisable Form Text. In the case of explanatory notes, 5- 10 A4 pages (that is, approx. a maximum of 21,500 characters), 1.5 spacing between lines, on electronic format, preferably in Word or Revisable Form Text.

3. The submission deadlines of original papers customarily ends on:

- 30th June, for the issue published in December;

- 30th December, for the issue published in June;

The articles will be published, preferably in Spanish and Basque that is, notwithstanding the publication of special and extraordinary issues, whose frequency is adapted to the corresponding tender.

4. The authors should indicate the manuscript title, name and surnames, and the job title or profession with which they wish to be identified by in the heading of the article.

5. It is necessary that authors furnish with the manuscript sufficient information so that the JADO magazine may get into touch with them quickly (address, telephone numbers and email)

6. The JADO magazine includes an abstract of all manuscripts published in the field studies section, which must be drafted by the authors and submitted at the same time as the manuscript. The maximum length of the abstract is 1,000 characters (that is, approximately half an A4 page, 1.5 spacing between lines). It must also include a list of key words or subject descriptors (max. 5).

7. The texts are preceded by a brief summary of the different sections which the article is structured.

8. The use of footnotes is recommended so that the readers of the manuscripts may locate the sources of the statements made or to broaden the scope of the field study of a specific point of the article.

9. The inclusion of a final bibliography is recommended, where the sources used in the drafting of the manuscript or those that are considered as references concerning the subject matter of the manuscript are complied.

10. It is necessary that the authors organise manuscript contents with an introduction defining the purpose, and a chronology which includes the information and arguments that the author considers appropriate to do so and a conclusion that proffers a proposal, an assessment or a final deliberation.

11. The use of the following system in terms of the aforementioned bibliography is recommended:

Surnames, Name, «Article title», *Magazine or Book title* (if the title of the magazine is an acronym, it must not be written in italics), volume no., city of publication, publisher, year of publication, affected pages.

12. The citing of laws should follow the following model (or the usual model of citation in each legal framework):

Ex.: Law 1 /1998, of 7 January, on Political Linguistics.

Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.

13. The acronyms should be written without dots, e.g. LPL. The first reference to an acronym that appears in an article even if it is a little known acronym should always be written in full, followed by the abbreviation in parentheses after that first full reference,

14. The JADO magazine publishes the texts in the original languages, if it deals with articles written in Spanish or Basque. Likewise, texts in French or English are accepted. Words, phrases and quotations which appear in a different language to that of the text should be written in italics.

Copies of the magazine are available to the public, in digital format at the following address: <http://www.avd-zea.com>.

15. The author or authors of the text assign to the Academy the exclusive reproduction rights of the published articles, including CD-ROMs, on the Internet or by any other IT medium, as well as its inclusion into databases. The published texts will be paid an amount that is set by the Academy and each author will receive five copies of the Magazine.

16. The Publishing Committee will decide which papers are published on the basis of an evaluation system that in the case of studies shall be a blind evaluation carried out by external reviewers who are unaware of the identity of the author or authors. The evaluation shall take into account the following criteria: quality and precision of the arguments raised; the timeliness and relevance of the article; and the creativity, methodology, proposals and contributions.

Authors will be notified of the decision with regards to publication (where appropriate, subject to the introduction of changes with respect to the original version) or otherwise of the papers submitted, within a period of less than 6 months.

The papers will be published as “Field Studies” or as “Explanatory notes” according to its nature and length. The authors of the texts accepted for publication may be required to correct the printing proofs, which must be returned within 10 days. Submitted originals that are rejected as not suitable for publication will not be returned to the author, nor will correspondence be entered into with same.

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA
VASCA DE DERECHO*
ZUZENBIDEAREN EUSKAL
AKADEMIAREN ARGITALPENAK*
PUBLICATIONS LIST OF THE
BASQUE ACADEMY OF LAW

* El catálogo de publicaciones de la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia se halla disponible, igualmente, en www.avd-zea.com.

Zuzenbidearen Euskal Akademiaren argitalpen-katalogoa eskura dago, halaber, www.avd-zea.com webgunean.

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA

VASCA DE DERECHO

BOLETÍN

- Boletín nº 0, junio de 2003, 47 págs. Contiene los Estatutos de la Academia.
- Boletín nº 1, noviembre de 2003, 72 págs.
- Boletín nº 2, junio de 2004, 88 págs.
- Boletín nº 3, septiembre de 2004, 100 págs.
- Boletín nº 4, diciembre de 2004, 110 págs.
- Boletín nº 5, marzo de 2005, 120 págs.
- Boletín nº 6, junio de 2005, 120 págs.
- Boletín nº 7, septiembre de 2005, 152 págs.
- Boletín nº 8, diciembre de 2005, 176 págs.
- Boletín nº 9, marzo de 2006, 184 págs.
- Boletín nº 10, noviembre de 2006, 188 págs.
- Boletín nº 11, diciembre de 2006, 198 págs.
- Boletín nº 12, marzo de 2007, 224 págs.
- Boletín nº 13, septiembre de 2007, 232 págs.
- Boletín nº 14, diciembre de 2007, 192 págs.
- Boletín nº 15, junio de 2008, 254 págs.
- Boletín nº 16, septiembre-diciembre de 2008, 336 págs.
- Boletín nº 17, septiembre de 2009, 346 págs.
- Boletín nº 18, diciembre de 2009, 324 págs.
- Boletín nº 19, mayo de 2010, 420 págs.
- Boletín nº 20, diciembre de 2010, 300 págs.
- Boletín nº 21, mayo de 2011, 313 págs.

- Boletín extraordinario nº 1, diciembre de 2004, 222 págs. Jornada sobre el poder testatorio y el artículo 831 del Código Civil.
- Boletín extraordinario nº 2, junio de 2006, 112 págs. Jornada sobre la implantación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.
- Boletín extraordinario nº 3, diciembre de 2006, 192 págs. Jornada sobre la Ley vasca para la igualdad de mujeres y hombres.
- Boletín extraordinario nº 4, junio de 2007, 254 págs. Jornada “Hacia la primera Ley Civil Vasca”.
- Boletín extraordinario nº 5, marzo de 2008, 144 págs. Jornada “El proyecto de Ley Civil Vasca: cuestiones prácticas”.

COLECCIÓN ABEURREA

1. *Señores de Bizkaia. De Don Diego López de Haro V a Isabel la Católica.* Por Adrián Celaya Ibarra. 500 págs.
2. *Así nació Bizkaia. De Arrigorriaga al Fundador de Bilbao.* Por Adrián Celaya Ibarra. 344 págs.
3. *El Derecho Vasco.* Por Jesús Galíndez; con introducciones de Adrián Celaya Ibarra y Santiago Larrazabal Basañez. XXVI + 232 págs.
4. *Los Fueros de Bizkaia.* Por Adrián Celaya Ibarra. 285 págs.
5. *El Consulado de Bilbao y sus ordenanzas de Comercio de 1737.* Por Javier Divar Garteiz-Aurrecoa, 136 págs.
6. *José Miguel Azaola. El genio personalista.* Por Adrián Celaya Ibarra, Juan Aguirre, Miguel Unzeta Uzcanga y Alfonso C. Sanz Valdivieso. 272 págs.
7. *No excediendo sino moderando.* Por Jody Guetta. 198 págs.

COLECCIÓN CLÁSICOS DE DERECHO VASCO (REPRODUCCIÓN EN FACSIMIL)

1. *Derecho Civil de Vizcaya*, por Rodrigo Jado y Ventades, reproducción de la segunda edición publicada en 1923, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra, XXX + 676 págs.

2. *Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya* (1902), con una introducción de Andrés Urrutia Badiola, XXVI + 277 págs.
3. *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya* (1898), por Luis Chalbaud con una introducción de Javier Chalbaud, XIX + 137 págs.
4. *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya* (1918), por José Solano y Polanco, con una introducción de José Miguel Gorostiza Vicente, XXXII + 376 págs.
5. *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil dentro y fuera del Señorío de aquel nombre* (1899), por Carlos de la Plaza y Salazar, dos tomos en un volumen, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra, XXXI + 250 + 288 págs.
6. *Derecho Privado de Vizcaya* (1903), por Diego Angulo Laguna, con una introducción de José M^a Arriola Arana, XXVIII + 275 págs.
7. *El Derecho Civil de Bizkaia antes del Código Civil*, con textos de Antonio de Trueba, Miguel de Unamuno, Ángel Allende Salazar, Manuel Lecanda y la Sociedad de Economía Social de París. Con una introducción y comentarios de Adrián Celaya Ibarra, 232 págs.
8. *Fuero de las M.N. y L. Encartaciones* (1916), por Fernando de la Quadra Salcedo, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra y una semblanza biográfica por Ángel M^a Ortiz Alfau. 2^a edición, 1899. XX + 264 págs.
9. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, por Álvaro Navajas Laporte, con una introducción de José María M. Aycart Orbegozo, XIX + 290 págs.

COLECCIÓN LANBIDEAK

1. *Becas: Una cuestión de contornos*, por Francisco Javier Arrieta Idiakez. 135 págs.
2. *El respaldo europeo al Concierto Económico Vasco*, por Iñaki Alonso Arce, 454 págs.

**OTRAS OBRAS EN LAS QUE HA COLABORADO LA
ACADEMIA VASCA DE DERECHO**

- *Dufau bi anaiak*, por Henri Duhau, con una introducción de Andrés Urrutia, publicado por Elkar, 356 págs.

ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAREN ARGITALPENAK

ALDIZKARIA

- 0. zk., 2003ko ekaina, 48 or. Akademiaren barne-araudia dakar.
- 1. zk., 2003ko azaroa, 72 or.
- 2. zk., 2004ko ekaina, 88 or.
- 3. zk., 2004ko iraila, 100 or.
- 4. zk., 2004ko abendua, 110 or.
- 5. zk., 2005eko martxoa, 112 or.
- 6. zk., 2005eko ekaina, 120 or.
- 7. zk., 2005eko iraila, 152 or., euskaraz oso-osorik.
- 8. zk., 2005eko abendua, 176 or.
- 9. zk., 2006ko martxoa, 184 or.
- 10. zk., 2006ko azaroa, 188 or., euskaraz oso-osorik.
- 11. zk., 2006ko abendua, 198 or.
- 12. zk., 2007ko martxoa, 224 or.
- 13. zk., 2007ko iraila, 232 or., euskaraz oso-osorik.
- 14. zk., 2007ko iraila, 192 or.
- 15. zk., 2008ko ekaina, 254 or.
- 16. zk., 2008ko iraila-abendua, 336 or.
- 17. zk., 2009ko iraila, 346 or.
- 18. zk., 2010eko martxoa, 324 or.
- 19. zk., 2010eko maiatza, 420 or.
- 20. zk., 2010eko abendua, 300 or.
- 21. zk., 2011ko maiatza, 313 or.

- 1. zenbaki berezia, 2004ko abendua, 222 or. Gaia: Oinordetza-zuzenbidea: Testamentu-ahalordea eta Kode Zibilaren 831. artikuluko arauketa berria.
- 2. zenbaki berezia, 2006ko ekaina, 112 or. Gaia: Europako Kooperatiba-Sozietatearen Estatutua ezartzea.
- 3. zenbaki berezia, 2006ko abendua, 192 or. Gaia: Emakumezkoen eta gizonezkoen arteko berdintasunari buruzko euskal legea.
- 4. zenbaki berezia, 2007ko ekaina, 254 or. Gaia: Euskal Lege Zibil Berria.
- 5. zenbaki berezia, 2008ko martxoa, 144 or.; gaia: Euskal Lege Zibilaren proiektua: arazo praktikoak.

ABEURREA BILDUMA

1. *Señores de Bizkaia. De Don Diego López de Haro V a Isabel la Católica.* Egilea: Adrián Celaya Ibarra, 500 or.
2. *Así nació Bizkaia. De Arrigorriaga al Fundador de Bilbao.* Egilea: Adrián Celaya Ibarra, 342 or.
3. *El Derecho Vasco.* Egilea: Jesús Galindez; sarrerak: Adrián Celaya Ibarra eta Santiago Larrazabal Basañez, XXVI + 232 or.
4. *Los Fueros de Bizkaia.* Egilea: Adrián Celaya Ibarra. 285 or.
5. *El Consulado de Bilbao y sus ordenanzas de Comercio de 1737.* Egilea: Javier Divar Garteiz-Aurrecoa, 136 or.
6. *José Miguel Azaola. El genio personalista.* Egileak: Adrián Celaya Ibarra, Juan Aguirre, Miguel Unzeta Uzcanga eta Alfonso C. Sanz Valdivieso. 272 or.
7. *No excediendo sino moderando.* Egilea: Jody Guetta. 198 or.

EUSKAL ZUZENBIDEAREN KLASIKOAK BILDUMA (FAK-SIMIL ITXURAN ARGITARATUAK)

1. *Derecho Civil de Vizcaya.* Egilea: Rodrigo Jado y Ventades; 1923an agertutako bigarren edizioaren berrargitalpena; sarrera: Adrián Celaya Ibarra; XXX + 676 or.

2. *Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya* (1902); sarrera: Andres Urrutia Badiola, XXVI + 277 or.
3. *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya* (1898). Egilea: Luis Chalbaud; sarrera: Javier Chalbaud, XIX + 137 or.
4. *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya* (1918). Egilea: José Solano y Polanco; sarrera: José Miguel Gorostiza Vicente, XXXII + 376 or.
5. *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil dentro y fuera del Señorío de aquel nombre* (1899). Egilea: Carlos de la Plaza y Salazar; liburuki bi ale bakar batean; sarrera: Adrián Celaya Ibarra, XXXI + 250 + 288 or.
6. *Derecho Privado de Vizcaya* (1903). Egilea: Diego Angulo Laguna; sarrera: José M^a Arriola Arana, XXVIII + 275 or.
7. *El Derecho Civil de Vizcaya antes del Código Civil*; Testuak: Antonio de Trueba, Miguel de Unamuno, Ángel Allende Salazar, Manuel Lecanda eta “Sociedad de Economía Social de París”; Sarrera eta iruzkinak: Adrián Celaya Ibarra, 232 or.
8. *Fuero de las M.N. y L. Encartaciones* (1916). Egilea: Fernando de la Quadra Salcedo; Sarrera: Adrián Celaya Ibarra; Biografia laburra: Ángel M^a Ortiz Alfau. 2, argitaraldia, 1899. XX + 264 or.
9. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*. Egilea: Álvaro Navajas Laporte; sarrera: José María M. Aycart Orbegozo, XIX + 290 or.

LANBIDEAK BILDUMA

1. *Becas: Una cuestión de contornos*. Egilea: Francisco Javier Arrieta Idiakez. 135 or.
2. *El respaldo europeo al Concierto Económico Vasco*. Egilea: Iñaki Alonso Arce, 454 or.

AVD-ZEA-REN LAGUNTZAZ ARGITARATUTAKO LANAK

- *Dufau bi anaiak*. Egilea: Henri Duhau; sarrera: Andres Urrutia; argitaletxea: Elkar, 356 or.



www.avd-zea.com

BABESLEAK / PATROCINADORES:

