



ANNALS

DE

L'ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

XI

Curs Acadèmic 2022

Amb el suport de



Generalitat de Catalunya
**Departament
de Justícia**

© Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Dipòsit Legal: B. 50686-2007

Impressió: Offset Derra S. L.

Índex

ÍNDIX

PRESENTACIÓ

Francesc Tusquets i Trias de Bes, President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya	7
---	---

MEMBRES DE L'ACADÈMIA

(de l'1 de gener al 31 de desembre de 2022).....	11
--	----

CURS ACADÈMIC 2022

SESSIÓ INAUGURAL DEL CURS ACADÈMIC 2022-2023

<i>Memòria de les activitats de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Curs 2021-2022</i>	19
--	----

COMUNICACIONS

<i>La vacunación obligatoria. Cuestiones jurídicas</i> (11-1-2022) Joaquín Tornos Mas	31
<i>La acción de anulación del laudo arbitral y la motivación de los laudos arbitrales en la doctrina del TC</i> (15-03-2022) M. Eugènia Alegret Burgués	53
<i>Notas sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2001, con ciertos ecos del arbitraje</i> (15-03-2022) Elías Campo Villegas	67
<i>Derechos fundamentales: derecho a la vida y objeción de conciencia</i> (22-11-2022) Eugení Gay Montalvo	77

NECROLÒGIQUES

<i>Alegría Borrás i Rodríguez: Des de Barcelona a Europa</i> Encarna Roca Trias	95
<i>Robert Follia Camps, un constructor</i> Lluís Jou i Mirabent	107

ACTES ESPECIALS

<i>Homenatge i XIV Premi Puig Salellas a títol pòstum al Sr. Elías Campo Villegas</i> <i>Necrològica Elías Campo Villegas</i> Josep D. Guàrdia Canela	119
<i>Necrològica de l'acadèmi i notari Elías Campo Villegas</i> Francesc Tusquets i Trias de Bes	135

SESSIONS SOLEMNES

Sessió solemne d'inauguració del curs i discurs d'ingrés

La protección del heredero frente a las deudas de su causante. Discurs d'ingrés. Antonio Recio Córdoba 141

Contestació. M. Eugènia Alegret Burgués 175

Paraules de cloenda de la sessió de recepció com a acadèmic numerari de l'Il·lm. Sr. Antonio Recio Córdoba

Francesc Tusquets i Trias de Bes 185

Repensar els límits del control constitucional sobre les activitats parlamentàries. (La inviolabilitat institucional de les cambres i els actes parlamentaris interns)

Discurs d'ingrés

Carles Viver Pi-Sunyer 189

Contestació

Joaquín Tornos Mas 239

Paraules de cloenda del curs 2021/2022

Francesc Tusquets i Trias de Bes 249

La ciutat i el seu dret. El règim especial de Barcelona

Discurs d'ingrés

Tomàs Font i Llovet 253

Contestació

Josep E. Rebés i Solé 339

Discurs de cloenda de la sessió pública i solemne d'apertura del curs 2022-2023 i discurs d'ingrés de nou acadèmic numerari

Francesc Tusquets i Trias de Bes 347

Presentació

PRESENTACIÓ

per

FRANCESC TUSQUETS TRIAS DE BES

President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Desembre de 2023

Un any més, tenim el goig de presentar el volum XI dels Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, que recull els treballs acadèmics de l'any 2022.

Hi ha una gran diversitat de temàtiques abordades en els treballs d'aquest volum, atesa la composició plural dels acadèmics, tant pel que fa a la seva professió jurídica com a les diverses disciplines o especialitats que conreen els diferents membres de l'Acadèmia.

També podem distingir qüestions de gran actualitat i d'altres de més tradició.

Especial consideració tenen els discursos d'ingrés a l'Acadèmia, que solen ser d'una gran vàlua jurídica i llurs contestacions per part d'acadèmics numeraris, que d'aquesta manera representen a l'Acadèmia.

Durant l'any 2022, i a conseqüència de la decidida voluntat de l'Acadèmia de potenciar la seva activitat, excepcionalment vàrem aconseguir que es llegissin tres discursos d'ingrés:

- El del magistrat Antonio Recio Córdova sobre: *“La protección del heredero frente a las deudas de su causante”*, que va contestar l'acadèmica Maria Eugènia Alegret Burgués.
- El del catedràtic Carles Viver Pi-Sunyer sobre: *“Repensar els límits del control constitucional sobre les activitats parlamentàries”*, que contestà el secretari de l'Acadèmia Dr. Joaquín Tornos Mas.
- El del catedràtic Tomás Font Llovet sobre: *“La ciutat i el seu dret. El règim especial de Barcelona”*, que va contestar l'acadèmic Josep Enric Rebés.

Els tres treballs reflecteixen un dels objectius de l'Acadèmia, com és la col·laboració en la reforma legislativa, i en aquest sentit tenen en comú que els seus respectius autors, proposen canvis o reformes legislatives en les matèries que estudien.

Cal reflexionar i analitzar el dret amb visió crítica, per després construir.

Volem per tant, amb la publicació d'aquests treballs acadèmics, contribuir al progrés de la cultura jurídica, perquè com vam aprendre de Ihering, la defensa del dret és un deure que tenim amb la societat.

Membres de l'Acadèmia de
Jurisprudència i Legislació
de Catalunya

Curs 2022

MEMBRES DE L'ACADÈMIA

(01.01.2022 – 31.12.2022)

JUNTA DE GOVERN

President:	Francesc Tusquets i Trias de Bes
Vicepresidenta:	Ma Eugènia Alegret Burgués
Censor:	Joan Egea Fernández
Tresorer:	Antonio Cumella Gaminde
Secretari:	Joaquim Tornos Mas
Vicesecretari:	Tomàs Font Llovet

ACADÈMICS DE NÚMERO

Josep-D. Guàrdia Canela	Encarna Roca Trias
Enric Brancós Nuñez	Joan Josep López Burniol
Rafael Jiménez de Parga Cabrera	Agustín Luna Serrano
Josep-E. Rebés Solé	Núria de Gispert Català
Eugení Gay Montalvo	Lluís Jou i Mirabent
Ma Eugènia Alegret Burgués	Joan Egea Fernández
José Juan Ferreiro Lapatza	Francesc Tusquets i Trias de Bes
Pau Salvador Coderch	Lluís Martínez Sistach
Antonio Cumella Gaminde	Joaquim Tornos Mas
Tomás Giménez Duart	Ma José Magaldi Paternostro
Antonio Recio Córdova	Carles Viver Pi Sunyer
Tomás Font Llovet	

ACADÈMICS HONORARIS

Ignacio Sancho Gargallo

ACADÈMICS ELECTES

Ferran Badosa i Coll	Eudald Vendrell i Ferrer
Miquel Tarragona i Coromina	Pilar Fernández-Bozal
Cristina González Beilfuss	Antonio Huber Company

* A 31 de desembre de 2022 es trobaven pendents de declarar les vacants corresponents als acadèmics numeraris, Josep-Joan Pintó i Ruiz (+2020), Juan Córdoba Roda (+2020), Lluís Puig Ferriol (+2020), Enric Argullol, Alegria Borrás (+2020), Robert Follia Camps (+2021), Elías Campo Villegas (+2022)

CURS ACADÈMIC
2022

Sessió inaugural
del Curs Acadèmic
2022-2023

MEMÒRIA DE LES ACTIVITATS DE L'ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ DE CATALUNYA CURS 2021/2022

per
JOAQUÍN TORNOS MAS
Secretari de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
8 de novembre de 2022

Es presenta la Memòria de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya del curs 21/22.

Presentem la Memòria en la sessió inaugural del curs 2022/2023, en la que tindrà lloc la lectura del discurs d'ingrés de l'Il·lm. Sr. Tomàs Font i Llovet i la seva recepció com a nou acadèmic de número.

I. SESSIONS CELEBRADES

El curs 2021/2022 es varen celebrar 14 sessions: 7 ordinàries, 3 extraordinàries, 3 solemnes i 1 oberta.

La sessió de dimarts 21 de setembre de 2021 es va fer de forma presencial i per vídeo conferència, així com la sessió oberta del 15 de febrer de 2022, però les restants sessions ja es varen celebrar de forma íntegrament presencial. Destaquem dues sessions.

A. *Sessió extraordinària commemorativa del 50 aniversari del II Congrés Jurídic Català. 16 de novembre de 2021*

La sessió commemorativa del 50 aniversari del II Congrés Jurídic es va celebrar sota la presidència del president de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Excm. Sr. Francesc Tusquets i Trias de Bes. A la mesa presidencial, presidida per l'Excm. Sr. Francesc Tusquets i Trias de Bes, varen ser presents l'Il·lm. Sr. Jesús Sánchez García, vice-degà de l'ICAB, l'Il·lm. Sr. Joaquim de Miquel, secretari de l'ICAB, l'Il·lm. Sr. Joan Ramon Casals i Matas, director general

de Dret i d'Entitats Jurídiques del Departament de Justícia, l'acadèmica Sra. Maria Eugènia Alegret, i els acadèmics Srs. Cumella, Egea, Guàrdia i Tornos.

Varen assistir acadèmics i acadèmiques i els degans emèrits Excms. Srs. Balcells, Leira i Antràs, així com un nombrós públic, amb molts representants dels congressistes del II Congrés Jurídic Català.

L'acte s'inicià amb la projecció d'unes imatges de la celebració del II Congrés que varen finalitzar amb la projecció del gravat commemoratiu del II Congrés que va realitzar Joan Miró.

Posteriorment varen intervenir l'Il·lm. Sr. Jesús Sánchez, qui va excusar l'absència de la Degana de l'ICAB, va recordar la importància del II Congrés així com del llibre que va recollir totes les ponències i va animar als presents a treballar per la celebració d'un tercer Congrés.

A continuació el President de l'Acadèmia va donar la paraula als acadèmics Josep Guàrdia i Joan Egea i a l'acadèmica Maria Eugènia Alegret per tal de que recordessin l'esperit i context així com l'organització del II Congrés, la seva incidència en el desenvolupament del dret civil català i la seva incidència en la universitat, i el seu reflex en la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia.

El President va pronunciar les paraules de cloenda de l'acte. En les seves paraules va recordar el moment en el que es va celebrar el II Congrés, les 175 conclusions i la seva incidència en el del dret civil català actual, un dret que és fruit de la història i que es desenvolupa vinculat a la realitat de cada moment.

L'acte va finalitzar de forma solemne amb el Cant de la Senyera pel cor de l'ICAB, rememorant d'aquesta forma el mateix acte de cloenda del II Congrés.

B. *Sessió oberta de dimarts 15 de febrer de 2022*

Amb la sessió oberta de 15 de febrer de 2022 l'Acadèmia va voler recuperar la tradició de sessions extraordinàries i obertes al públic en les que tractar temes d'especial interès amb la intervenció de juristes de reconegut prestigi. Degut a les limitacions derivades del Covid19, la sessió va tenir lloc al pati de columnes de l'ICAB, amb un aforament limitat i oberta a l'exterior telemàticament.

La sessió va comptar amb la intervenció del Sr. Cándido Paz-Ares, catedràtic de dret mercantil a la Universitat Autònoma de Madrid, i advocat, un jurista de gran prestigi, amb una profunda formació ius privatista, que va tractar el tema de la clàusula *rebus sic stantibus*, clàusula que la pandèmia Covid19 ha posat en primer lloc del debat jurídic.

L'acadèmic Salvador Coderch va presentar al conferenciant destacant que el Sr. Paz-Ares, més enllà de la distinció clàssica universitària entre les matèries de dret civil, dret mercantil o dret internacional privat, és un dels pocs juristes que tenen la qualitat de ser com arbres de profundes arrels generals que es poden qualificar com a privatistes, com a grans coneixedors de tots els aspectes del dret privat.

El Sr. Paz-Ares va desenvolupar una molt brillant intervenció i va facilitar als assistents un document, titulat «anatomia de la clàusula rebus».

Finalitzada la intervenció del Sr. Paz-Ares es va obrir un interessant col·loqui dirigit per l'acadèmic Salvador Coderch, amb diverses intervencions que van plantejar qüestions sobre la funcionalitat de la *rebus*, el debat sobre la disponibilitat o imperativitat, i la importància de l'excepcionalitat.

Va tancar l'acte el President, felicitant al conferenciant per la seva brillant dissertació, i reiterant el seu agraïment al Sr. Paz-Ares i a l'acadèmic Salvador Coderch. Finalment va manifestar la seva satisfacció pel desenvolupament de la sessió oberta, així com la voluntat d'impulsar aquest tipus de sessions dintre de les activitats de l'Acadèmia.

II. NOUS ACADÈMICS

El 21 de setembre de 2021 es va acordar declarar la vacant corresponent a la medalla Benvingut Oliver i Estelles per el traspàs de l'acadèmic Sr. Felip Tallada. El 15 de desembre es va convocar la votació per cobrir la vacant. L'Il·lm. Sr. Anton Huber Company va obtenir 16 vots a favor, cap en blanc i cap en contra, i va ser proclamat acadèmic electe en primera votació.

En la sessió de l'11 de gener de 2022, l'Il·lm. Sr. Huber va acceptar el càrrec i va agrair als acadèmics i acadèmiques la confiança en ell dipositada, i es va comprometre a respectar les normes de l'Acadèmia i treballar pel seu desenvolupament.

III. DISCURSOS D'INGRÈS

L'Acadèmia vol manifestar la seva satisfacció perquè en el curs 2021-2022 s'han llegit tres discursos d'ingrés, tots ells de gran qualitat.

A. *Discurs d'ingrés de la Il·lma. Sra. María José Magaldi Paternostro*

En la sessió de 28 d'octubre de 2021 es va llegir el discurs de la Il·lma. Sra. María José Magaldi Paternostro a la sala de columnes de l'ICAB.

La Mesa presidencial va estar composta pels acadèmics Srs. Cumella, Egea, Tornos i Tusquets, pel Sr. Jesús María Barrientos, president del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i el Sr. Casals i Mata, director general de dret i entitats jurídiques i mediació de la Generalitat de Catalunya.

Juntament amb els acadèmics i acadèmiques van assistir a la sessió els degans emèrits Srs. Josep Maria Antràs i Oriol Rusca, un nombrós número de membres de la carrera judicial i fiscal, i familiars i amics i amigues de la Sra. Magaldi.

El President després d'anunciar que començava la sessió d'investidura va demanar als Padrins de la nova acadèmica, la Sra. Maria Eugènia Alegret i el Sr. Pablo Salvador, que anessin a buscar a la recipiendària a la Sala de l'Acadèmia. El President donà la paraula a la Il·lma. Sra. María José Magaldi per a que pronunciés el seu discurs d'ingrés amb el títol «*El delito de administración desleal en el sistema penal español: pasado y presente*».

La Sra. Magaldi va pronunciar un magnífic discurs en el que va analitzar críticament la construcció jurisprudencial i normativa del delictes d'administració deslleial en el sistema penal espanyol.

La Sra. Roca, en nom de l'Acadèmia va pronunciar el discurs de contestació. Un discurs també magnífic, en el que després de destacar la figura de la Sra. Magaldi com a universitària i membre del poder judicial, va comentar el discurs d'ingrés.

Un cop llegits els discursos, el President lliurà la medalla i el diploma a la Sra. Magaldi que l'acrediten com a Acadèmica de número. El President va pronunciar les paraules de cloenda. A continuació es va lliurar als assistents el llibre amb el discurs de la Il·lma. Sra. Magaldi i la resposta de la Il·lma. Sra. Roca i es va servir un còctel.

B. *Discurs d'ingrés de l'Il·lm. Sr. Antonio Recio*

En la sessió de 26 d'abril de 2022 es va llegir el discurs d'ingrés de l'Il·lm. Sr. Recio a la sala d'actes de l'ICAB. La Mesa presidencial presidida per l'Excm. Sr. Tusquets, va estar composta pels acadèmics: censor de l'Acadèmia, Hble. Sr. Joan Egea, el tresorer, Il·lm. Sr. Antonio Cumella Gaminde i la vicepresidenta de l'Acadèmia Excm. Sra. M. Eugènia Alegret i el secretari Il·lm. Sr. Tornos Mas. També estaven presents el degà de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, Excm. Sr. Jesús Sánchez García, el fiscal superior de Catalunya, Excm. Sr. Francisco Bañeres, el vocal del Consejo General del Poder Judicial, Excm. Sr. José María Macías, el secretari general de Justícia de la Generalitat, Sr. Joaquim Clavaguera i la vicedegana de l'ICAB, Il·lma. Sra. Susana Ferrer.

Juntament amb els acadèmics i acadèmiques van assistir també a l'acte els degans emèrits, Excm. Sr. Oriol Rusca, Excm. Sr. Pedro Yúfera i Excm. Sr. Josep M. Balcells, així com un nombrós número de membres de la carrera judicial i fiscal, i familiars i amics i amigues del Sr. Antonio Recio Córdova.

El President després d'anunciar que començava la sessió d'investidura i va demanar als padrins del nou acadèmic, Srs. Elías Campo i Agustín Luna, que anessin a buscar al recipiendari a la Sala de l'Acadèmia. Un cop rebut a la sala va donar la paraula a l'Il·lm. Sr. Antonio Recio Córdova per què pronunciés el seu discurs d'ingrés amb el títol «*La protección del heredero frente a las deudas de su causante*».

El Sr. Recio va pronunciar un magnífic discurs en el que va exposar de forma brillant el contingut del seu treball d'ingrés, en el que analitza, al seu criteri, la insuficient protecció de l'hereu davant els deutes del seu causant en el dret civil català.

La Sra. Alegret, en nom de l'Acadèmia, va pronunciar el discurs de contestació. Un discurs també magnífic, en el que va fer una breu semblança de la trajectòria professional de l'Il·lm. Sr. Recio en les activitats jurisdiccionals, governativa i docent. Pel que fa al discurs va destacar l'anàlisi rigorós i valent del tema estudiat, en particular del tractament del tema de la protecció de l'hereu davant dels deutes del seu causant en el dret civil català.

A continuació el President de l'Acadèmia va lliurar al nou acadèmic la medalla i el diploma que l'acrediten com a Acadèmic de número i va pronunciar el discurs de cloenda. A continuació es va servir un còctel al Pati de Columnes de l'ICAB i es va entregar als assistents un exemplar del discurs del Sr. Recio i la resposta de la Sra. Alegret.

C. *Discurs d'ingrés de l'Il·lm. Sr. Viver Pi-Sunyer*

En la sessió de 14 de juny de 2022 es va llegir el discurs d'ingrés de l'Il·lm. Sr. Viver Pi-Sunyer a la sala d'actes de l'ICAB. La Mesa presidencial presidida per l'Excm. Sr. Tusquets, va estar composta pels acadèmics: censor de l'Acadèmia, Hble. Sr. Joan Egea, el tresorer, Il·lm. Sr. Antonio Cumella Gaminde, la vicepresidenta de l'Acadèmica Excm. Sra. M. Eugènia Alegret i el secretari de l'Acadèmia Il·lm. Sr. Tornos Mas. Varen completar la presidència: el president del Consell de Garanties Estatutàries, Excm. Sr. Joan Vintró i el Degà de l'il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, Excm. Sr. Jesús Sánchez García.

Assisteixen a la sessió els acadèmics i acadèmiques, el degà emèrit Excm. Sr. Josep M. Antràs i també un nombrós número de familiars, amics i companys del Sr. Carles Viver Pi-Sunyer.

El President després d'anunciar l'inici de la sessió d'investidura va demanar als padrins del nou acadèmic, Srs. Josep-D. Guàrdia i Pablo Salvador, que anessin a buscar al recipiendari a la Sala de l'Acadèmia. Un cop rebut el recipiendari el President va donar la paraula a l'Il·lm. Sr. Carles Viver Pi-Sunyer per què pronunciés el seu discurs d'ingrés amb el títol «*Repensar els límits del control constitucional sobre les activitats parlamentàries. La inviolabilitat institucional de les cambres i els actes parlamentaris interns*».

El Sr. Viver Pi-Sunyer va pronunciar un magnífic discurs en el que va exposar de forma brillant el contingut del seu treball d'ingrés, centrat en l'abast del control dels interna corporis de l'activitat parlamentària, analitzant fins a quin punt el principi de la inviolabilitat de les cambres parlamentàries suposa un especial límit al control del Tribunal Constitucional, per tal de respectar les exigències que es deriven de l'estat de dret constitucional i democràtic.

L'Il·lm. Sr. Joaquín Tornos, en nom de l'Acadèmia, va pronunciar el discurs de contestació. En el seu discurs va fer una breu semblança de la trajectòria acadèmica, docent, professional i institucional de l'Il·lm. Sr. Viver Pi-Sunyer i el va felicitar pel contingut del seu treball, destacant l'anàlisi rigorós del tema estudiat, amb propostes d'indubtable interès per tal de repensar l'exercici de la discrecionalitat dels Tribunals Constitucionals en el control dels interna corporis.

A continuació el President de l'Acadèmia va lliurar al nou Acadèmic la medalla i el diploma que l'acrediten com a Acadèmic de número i va pronunciar el discurs de cloenda.

A continuació es va servir un còctel al Pati de Columnes de l'ICAB i es va entregar als assistents un exemplar del discurs del Sr. Viver Pi-Sunyer i la resposta del Sr. Joaquín Tornos.

IV. COMUNICACIONS

Al llarg del curs 2021-2022 s'han llegit les següents comunicacions:

30 de novembre de 2021. Il·lm. Sr. Giménez Duart i Il·lm. Sr. Sancho Gargallo. La ley 8/2021 de apoyo a las personas con discapacidad y la Sentencia del Tribunal Supremo 589/2021.

11 de gener de 2022. Il·lm. Sr. Joaquín Tornos. Problemàtica jurídica de la vacunació obligatòria.

15 de març de 2022. Il·lm. Sr. Elías Campo i Il·lma. Sra. Eugènia Alegret. Tribunal Constitucional y arbitraje.

V. NECROLÒGIQUES

A. *En record i homenatge de l'Il·lm. Sr. Josep Joan Pintó Ruiz*

En la sessió extraordinària de 5 d'octubre es va llegir la necrològica en record i homenatge de l'acadèmic Josep Joan Pintó Ruiz. L'acte va ser organitzat conjuntament amb l'ICAB, la sessió va tenir lloc al Saló d'actes de l'ICAB i la necrològica va estar a càrrec de l'Il·lm. Sr. Eugeni Gay.

Va obrir l'acte la degana de l'ICAB, Excma. Sra. Eugènia Gay a les 18 hores, qui després de saludar als assistents, als degans i deganes emèrits presents i a la família del Sr. Pintó Ruiz, va manifestar que l'acte d'homenatge al Sr. Pintó Ruiz era un acte degut, per mantenir viva la memòria de qui va ser un autèntic referent de l'advocacia i la societat civil catalana. Destaca la seva defensa dels valors de justícia i humanisme, i la seva brillant oratòria i eloqüència, així com les seves aportacions a l'estudi del dret civil català.

A continuació es va projectar un vídeo en el que intervenen el fill Jordi del Sr. Pintó Ruiz, el degà emèrit Sr. Josep Maria Antràs Badia, i l'acadèmic Sr. Josep Guàrdia Canela. Amb breus i sentits parlaments destaquen respectivament la figura del Sr. Pintó Ruiz com a pare, advocat i acadèmic.

A continuació l'acadèmic Il·lm. Sr. Eugeni Gay pronuncià una brillant necrològica del Sr. Pintó Ruiz que es va acompanyar a l'acta de la sessió.

Finalment va cloure l'acte el president de l'Acadèmia Sr. Tusquets, destacant la figura del Sr. Pintó com un jurista extraordinari, amb una gran cultura i coneixements molt amplis en diferents àmbits de la vida jurídica i social. Va concloure la seva intervenció manifestant que el seu exemple ens ha de guiar en la nostra activitat present.

B. *En record i homenatge de l'Il·lm. Sr. Joan Córdoba i Roda*

En la sessió extraordinària de 12 de desembre de 2021 es va llegir la necrològica en record i homenatge de l'acadèmic Il·lm. Sr. Joan Córdoba i Roda.

La mesa presidencial va estar formada pel president de la nostra Acadèmia, Excm. Sr. Francesc Tusquets i Trias de Bes, la degana de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, M. Eugènia Gay Rosell, l'acadèmic de número, Il·lm. Sr. Agustín Luna Serrano, la vicepresidenta de l'Acadèmia, Excm. Sra. M. Eugènia Alegret, el secretari, Il·lm. Sr. Joaquín Tornos, el tresorer de l'Acadèmia, Il·lm. Sr. Antonio Cumella, a més de l'Excm. Sr. Francisco Bañeres, fiscal superior de Catalunya.

Van assistir els acadèmics i acadèmiques, els degans emèrits de l'ICAB Excm. Sr. Antràs i l'Excm. Sr. Balcells, així com nombrosos membres de la família Córdoba i altres persones, doctors en dret, professors universitaris i figures destacades del món del dret.

Va obrir l'acte la degana de l'ICAB, Sra. Maria Eugènia Gay, qui va destacar la trajectòria acadèmica i professional del Sr. Córdoba, així com el seu brillant exercici de l'advocacia amb independència, llibertat i coneixement, amb respecte i comprensió per als seus clients, i amb total compromís en els assumptes que va defensar. Va concloure dient que és un deure de l'ICAB retre homenatge als seus membres que ja formen part de la història de la institució.

A continuació es va projectar un vídeo amb les intervencions dels seus deixebles María José Magaldí, Miguel Capuz, Fermín Morales, Cristóbal Martell i Francesc Jufresa, de l'acadèmic i exdegà de l'ICAB Excm. Sr. Eugeni Gay, i dels seus fills Carlos i Queralt Córdoba.

L'acadèmic Il·lm. Sr. Agustín Luna va pronunciar una sentida i completa necrològica de l'acadèmic traspassat Joan Córdoba Roda. Va glosar la gran figura de Córdoba Roda destacant quatre diferents facetes de la seva vida, la universitària, la científica, la professional i l'acadèmica a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació, facetes en les que va excel·lir de forma extraordinària.

Finalment va tancar l'acte el President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació.

El President va recordar el seu gran mestratge a la Universitat així com la capacitat per unir l'excel·lència en la vida acadèmica i en l'exercici de l'advocacia. Una integració brillant de coneixements teòrics i pràctics, com va posar de manifest l'acadèmica, i deixeble seva, María José Magaldi en el seu recent discurs d'ingrés a l'Acadèmia.

Va concloure les seves paraules dient que hem de tenir molt presents les seves virtuts i el seu exemple.

C. En record i homenatge de la Il·lma. Sra. Alegría Borrás

En la sessió extraordinària de primer de març de 2022 es va llegir la necrològica en record i homenatge de l'acadèmica Il·lma. Sra. Alegría Borrás.

Un cop el President va finalitzar el seu Informe corresponent a la sessió ordinària, s'invità a la família de l'acadèmica Alegría Borrás a què s'incorporés a la sessió i es va demanar a l'acadèmica Sra. Roca que pronunciés la necrològica de la Sra. Alegría Borrás. Es varen incorporar a la sessió l'espòs i un fill de la Sra. Alegría Borrás i la catedràtica de dret internacional privat Beatriz Añoveros, deixeble de la Sra. Alegría Borrás.

La Sra. Roca va pronunciar una sentida necrològica donant compte de la trajectòria acadèmica i vital de la Sra. Alegría Borrás. Es va acompanyar la necrològica a l'Acta de la sessió.

El fill de la Sra. Alegría Borrás va prendre la paraula, en nom seu i del seu pare, per agrair a l'Acadèmia l'acte de record i homenatge a la seva mare. Varen intervenir a continuació l'acadèmica Il·lma. Sra. Cristina González Beilfuss i l'acadèmic Il·lm. Sr. Eudald Vendrell, per recordar diferents aspectes d'Alegría Borrás, destacant els seus grans valors com acadèmica, estudiosa del dret internacional i com a persona.

VI. ALTRES ACTIVITATS

A. Informe sobre la situació econòmica de les Acadèmies elaborat en el Consell Inter acadèmic

L'Acadèmia ha participat activament en les reunions del Consell Inter Acadèmic amb la finalitat de fer arribar a l'administració catalana la preocupació per la manca de finançament públic de totes les acadèmies.

En el Consell Inter Acadèmic es va acordar elaborar un Informe per adreçar a la Generalitat de Catalunya, Informe que constaria de tres parts. La primera, relativa a la funció social de les Acadèmies i la vinculació amb les administracions,

seria coordinat pel President de l'Acadèmia amb la col·laboració del Secretari. La segona, relativa a les activitats de les Acadèmies, comptaria amb la participació de l'acadèmic Sr. Font, amb el suport de l'acadèmic Sr. Guàrdia, i la tercera, relativa al finançament, comptaria amb la participació de l'acadèmic Sr. Salvador.

Els diferents grups van elaborar els seus treballs i el Consell Inter Acadèmic va elaborar el document definitiu que es va fer arribar a la Conselleria de Justícia.

B. *Elaboració d'un Dictamen per a la Conselleria de Justícia*

Dintre de les funcions pròpies de l'Acadèmia es troba l'elaboració d'estudis o informes en matèria jurídica d'especial interès per a Catalunya. L'Acadèmia ha manifestat la seva voluntat de donar contingut a aquesta funció, i en aquest sentit ha acordat amb la Conselleria de Justícia l'elaboració d'un Dictamen sobre mediació i arbitratge per un preu de 14.000 euros. Un cop rebut l'encàrrec es va crear una comissió formada per acadèmics i acadèmiques que han treballat en l'elaboració d'un dictamen que s'entregarà el 15 de novembre de 2022.

VII. QÜESTIONS ECONÒMIQUES

Atenent a un suggeriment de l'acadèmic Il·lm. Sr. Guàrdia es va demanar un ajut econòmic al Col·legi de Notaris, que va acordar atorgar a l'Acadèmia un ajut de 3.000 euros. Gràcies a les gestions de l'acadèmic Il·lm. Sr. Cumella, el Col·legi de Registradors també ha concedit un ajut de 3.000 euros.

En la sessió de 29 de març de 2022 el tesorero de l'Acadèmia, Il·lm. Sr. Cumella va informar sobre els comptes de l'Acadèmia de l'any 2021 i el pressupost de l'any 2022.

Pel que fa als comptes de l'any va destacar que l'any 2021 es va obtenir un estalvi de 12.389,25 euros, un increment d'ingressos de 10.060,65 euros (53,50% respecte de l'any 2020) i un benefici de 15.160,01 euros, i va acompanyar el Document «Resum de situació comptabilitat abans del tancament de l'exercici 2021».

Pel que fa al Pressupost de 2022 es preveuen uns ingressos de 22.400,00 euros i unes despeses de 18.770,00 el que comporta un benefici previst de 3.630 euros, sense comptabilitzar el possible ingrés derivat de l'encàrrec d'un Dictamen al que abans s'ha fet referència.

VIII. MODIFICACIÓ DEL REGLAMENT

En la sessió de 30 de novembre de 2021 el secretari va recordar que el 10 de novembre de 2020, per raó de la situació excepcional creada per la pandèmia Co-

vid 19, es va aprovar un reglament per permetre el vot per correu, reglament que va ser ratificat en la sessió de 2 de febrer de 2021, i que es va aplicar en les votacions en què varen resultar elegits els acadèmics Font i Viver Pi Sunyer. Atenent a la nova situació sanitària, i a les dificultats que planteja el vot per correu, el secretari va proposar la seva derogació i tornar al sistema tradicional de vot presencial.

La derogació del reglament de vot per correu es va aprovar per unanimitat.

Comunicacions

LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA. CUESTIONES JURÍDICAS

por

JOAQUÍN TORNOS MAS

Secretario y Académico de Número de la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
11 de enero de 2022

I. INTRODUCCIÓN

La historia de la humanidad está marcada por la lucha del hombre frente a los peligros que acechan a su vida en común. Los peligros son hechos externos a su propia actividad que pueden causar graves daños a los seres humanos. Inundaciones, terremotos, erupciones de volcanes, sequías...o pandemias. Frente a los peligros el ser humano ha reaccionado con la técnica, utilizando su inteligencia para prevenir y combatir estos peligros. Pero el recurso a la técnica, a las medidas que proponen los técnicos, ha generado riesgos, la posibilidad de que el medio utilizado para luchar contra el peligro dé lugar a unos perjuicios difíciles de prever, a unos perjuicios mayores que los daños derivados del peligro externo. De este modo hemos pasado de la sociedad de los peligros a la sociedad del riesgo¹.

En la sociedad del riesgo el ataque a la vida humana ya no tiene su origen en factores externos, sino en decisiones del propio hombre, de aquellos que con sus nuevas técnicas generan nuevos riesgos. En esta situación el derecho entra en juego, ya que es posible controlar la decisión de los hombres, la puesta en práctica de sus técnicas. La forma de regular estos riesgos es recurrir al control preventivo, a la autorización administrativa. De este modo los responsables políticos determinarán el nivel de riesgo asumible para hacer frente al peligro. Frente a la sequía y las hambrunas se producen alimentos transgénicos. Frente a las pandemias se crean vacunas. Pero las vacunas deben ser autorizadas, deben estar sometidas a rigurosos procesos de comprobación antes de ser comercializadas.

¹ Sobre la sociedad del riesgo, vid. ESTEVE PARDO, J. *La regulación de riesgos. Gestionar la incertidumbre*, en el Cronista del Estado Social y Democrático de derecho, nº 96-97 de 2021, págs. 32 a 45.

Entrando ya en el caso del Covid-19 y las vacunas, podemos concluir que el hombre ha demostrado su fuerza, con el recurso que ha hecho de los medios técnicos para fabricar en un plazo récord vacunas eficaces frente a la Covid-19, reaccionando así frente a un peligro desconocido e inesperado. En este caso, las vacunas aprobadas se han reconocido como un riesgo aceptable, más aún, como el riesgo necesario para poder hacer frente a la pandemia. En este sentido cabe citar el Informe emitido en el mes de enero de 2021 por el Comité de Bioética de Catalunya «Consideracions del Comitè de Bioètica de Catalunya sobre la vacunació contra el SARS-Cov-2». En dicho Informe se afirma que la vacunación contra el SARS-Cov-2 es la única alternativa para limitar y evitar los efectos de la pandemia de la Covid-19, mientras que las medidas de prevención utilizadas pueden ayudar a mitigar sus efectos, pero no eliminan la circulación, la transmisión y el contagio del virus. El mismo Informe añade que las vacunas aprobadas por la Agencia Europea del Medicamento y la Administración de Alimentos y Fármacos de los Estados Unidos son eficaces y seguras.

Tenemos las vacunas. Pero ¿cuál debe ser su grado de utilización? El poder político ha autorizado las vacunas, pero si su eficacia requiere procesos de vacunación masivos ¿debe dar un paso más? ¿debe imponer la vacunación obligatoria? La resistencia del virus a desaparecer, la aparición de nuevas variantes, y la sucesión de olas que de forma sucesiva vuelven a incrementar los contagios, una vez parecían controlados, ha llevado a diversos Gobiernos europeos y de nuestras Comunidades Autónomas a plantearse la necesidad de imponer la vacunación forzosa de sus ciudadanos/as con el fin de contener la difusión de los contagios. Austria y Alemania lo han impuesto, y entre nosotros lo impuso la Comunidad Autónoma de Galicia.

Como hemos dicho en el momento actual ya no hay duda dentro de la comunidad científica sobre la utilidad y seguridad de las vacunas. Pero surge el debate jurídico sobre la posibilidad de imponer esta medida, debate jurídico que tiene diversos frentes. En este breve trabajo analizaremos esta cuestión siguiendo el siguiente guión:

1. Marco legal vigente en España.
2. La necesaria precisión conceptual de qué se entiende por vacunación obligatoria.
3. El debate Constitucional.
4. La posibilidad de imponer la vacunación condicionante u obligatoria de conformidad con el marco constitucional y legal vigente.
5. La intervención judicial previa.
6. ¿Es posible imponer medidas más intensas a determinados profesionales?
7. Conclusiones.

II. MARCO LEGAL VIGENTE

En la actualidad no existe en España una norma legal que imponga, con carácter general, el deber de vacunarse. Si nos remontamos a los antecedentes encontramos una Real Cédula de Carlos IV de 21 de abril de 1805 que estableció la obligación de vacunarse frente a determinadas enfermedades, obligación que se mantuvo en la ley de bases de sanidad nacional de 25 de noviembre de 1944². Con la Ley 22/1980 de 24 de abril, que modificó la base cuarta de la ley anterior de sanidad nacional, se pasó a un régimen general de recomendación, estableciéndose tan solo la obligación en supuestos concretos. Así se estableció que las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno.

III. LA NECESARIA PRECISIÓN CONCEPTUAL DE QUÉ SE ENTIENDE POR VACUNACIÓN OBLIGATORIA

Al plantearse en la actualidad el debate sobre la vacunación obligatoria se suscitan diversas cuestiones de orden constitucional y legal. Para dar respuesta a estas cuestiones es imprescindible precisar de qué hablamos cuando hablamos de vacunación obligatoria.

En este sentido partimos de los siguientes conceptos³:

—Vacunación voluntaria. El acto de vacunarse depende de la libre decisión de los particulares. La administración se limita a autorizar las vacunas según la legislación del medicamento.

—Vacunación recomendada. El acto de vacunarse sigue dependiendo de la libre decisión de los particulares, pero la administración además de autorizar las vacunas recomienda determinado tipo de vacunas, organiza campañas de vacunación y facilita el acceso a las mismas.

—Vacunación condicionante. La vacunación se convierte en un requisito o presupuesto que condiciona determinada utilidad o beneficio. Estar vacunado condiciona, por ejemplo, el acceso a las guarderías o colegios, poder viajar, acceder a determinados lugares de concurrencia pública. Es lo que

² Tomo la cita del libro del profesor Edorta COBREROS, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, IVAP, Oñati, 1988, pág. 353. Sobre la evolución de la regulación de la vacunación en nuestro país vid. CIERCO, C. *Vacunación, libertades individuales y derecho público*, Marcial Pons, Madrid 2018, págs. 18 a 40.

³ La clasificación de tipos de vacunación la tomo del trabajo de CIERCO, C. *La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la Covid 19*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de derecho*, n° 93-94, 2021, págs. 20 a 22.

ahora se conoce como pasaporte Covid. Se puede decir que la vacunación no es obligatoria, pero ciertamente se modifica la percepción social de la voluntariedad.

—Vacunación obligatoria. Se impone la obligación de vacunarse, y el incumplimiento de esta obligación conlleva una sanción, en principio económica.

—Vacunación forzosa. Se impone la vacunación, y si se incumple la obligación se recurre a la fuerza, a la compulsión sobre la persona, para imponer la vacuna.

El problema jurídico queda centrado en la posibilidad de pasar de la vacunación recomendada (situación actual) a la vacunación condicionante, obligatoria o forzosa.

IV. EL DEBATE CONSTITUCIONAL

Desde el punto de vista del derecho, el primer debate que plantea la posibilidad de introducir medidas de vacunación forzosa, condicionante u obligatoria, es el relativo a la constitucionalidad de estas medidas, debate que se concreta en el necesario juicio de ponderación.

La imposición de medidas a favor de la vacunación afecta negativamente a derechos fundamentales como el de la integridad física, si se pretende la vacunación forzosa, o a la libertad personal si se trata de sancionar por no vacunarse (vacunación obligatoria), o a otros derechos como la movilidad o el derecho de reunión, si se exige la vacunación para acceder a determinados establecimientos de concurrencia pública (vacunación condicionante). Frente a estos derechos fundamentales afectados se sitúa la necesaria protección del derecho a la vida o a la protección de la salud. Ante este conflicto se debe acudir al principio de ponderación para determinar qué derecho debe prevalecer, cuál debe ceder para poder proteger el derecho que se juzga prevalente.

En el caso de que se tratara de imponer la vacunación forzosa se debe tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en su Sentencia 37/2011 de 28 de marzo en la que hizo prevalecer el derecho de toda persona a su integridad física ante la posibilidad de aplicar tratamientos forzosos, lo que podemos equiparar a la vacunación forzosa. La vacunación forzosa no superaría el juicio de ponderación.

El juicio de ponderación será diferente si lo que se pretende es imponer la vacunación condicionante. Esta vacunación creemos que sí que superaría el juicio de ponderación. Así se desprende de diversos pronunciamientos jurisdiccionales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se ha pronunciado en diversos casos sobre las políticas de vacunación condicionante. Así en la sentencia en el asunto Vavříčka y otros contra la República Checa del mes de abril de 2021, el

TEDH avaló las *medidas de protección poblacional* (exigencia de vacunación para ser aceptado en una escuela preescolar) *frente a derechos individuales* (a no vacunar a los hijos). El TEDH admite que las medidas del Gobierno checo suponen una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada de las personas (párrafo primero del art. 8 del CEDH), pero afirma que se dan las circunstancias que la hacen legítima (segundo párrafo de la norma citada). En particular el TEDH insiste en el hecho de que la injerencia en los derechos afectados es necesaria en una sociedad democrática.

En sentido parecido la Court Constitutionnel francesa, en su sentencia de 5 de agosto de 2021, 2021-824 DC, también se mostró favorable a este tipo de medidas al enjuiciar la ley de gestión de la crisis sanitaria, en concreto en los apartados 32 a 48 de su decisión, en los que se analizan los preceptos de la ley que condicionan el acceso a determinados lugares al hecho de disponer del pasaporte Covid. En un juicio muy deferente hacia el legislador la Corte afirma que corresponde al legislador asegurar la conciliación entre el objetivo de valor constitucional de protección de la salud y el respeto de los derechos y libertades garantizados constitucionalmente para concluir afirmando que los preceptos recurridos llevan a cabo una conciliación equilibrada entre las exigencias constitucionales.

Especialmente importante es el juicio de ponderación sobre la relación entre los diferentes derechos fundamentales afectados, por las medidas de lucha contra la Covid-19, que llevó a cabo la sentencia del Tribunal Supremo 1112/2021, a la que volveremos más adelante, en los términos siguientes: «Sabido es que los derechos fundamentales, como cualquier derecho subjetivo, no son absolutos ni ilimitados, como viene declarando el Tribunal Constitucional desde la STC 11/1981, 8 de abril, y ello no sólo por los límites específicos que fija la propia Constitución cuando reconoce algunos de estos derechos y por el respeto a su contenido esencial, sino porque la limitación resulta precisa para permitir su pacífica coexistencia con los demás derechos fundamentales y con los bienes constitucionalmente protegidos que se traducen, en este caso, en una potente presencia del derecho a la vida y a la integridad física, y a la defensa y protección de la salud de los ciudadanos. Es lo que sucede en este caso, al confrontar la tenue limitación que podría tener la medida examinada sobre los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 14), y a la intimidad (artículo 18.1), con el derecho fundamental a la vida (artículo 15), la protección de la salud (artículo 43) en situaciones de la pandemia como la Covid-19, y con el interés general de todos a sobrevivir en estas gravísimas circunstancias, que avalan la procedencia de la medida que se pretende. Así es, la medida de exhibición de determinada documentación (certificado de la pauta completa de vacunación, prueba diagnóstica negativa de infección activa (PDIA) o test de antígenos, y certificado de haberse recuperado de la enfermedad desde el día 11 al 180), para la entrada en el interior de determinados establecimientos en los que se produce una gran afluencia de personas, tales como los de

ocio nocturno, resulta adecuada y acorde con las exigencias derivadas de protección de la salud, porque se refiere a locales donde la entrada es voluntaria y donde no se realizan actividades esenciales, a los que se tenga la obligación de acudir».

Hay que señalar, por último, que si se pretende imponer la vacunación obligatoria en sentido estricto (obligación de vacunarse más sanción) el juicio de ponderación presenta mayores dificultades. La afectación de la medida sobre el derecho a la integridad física supone una injerencia más intensa sobre un derecho fundamental. Sobre esta cuestión contamos con el caso de la Ley gallega 8/2008, modificada por la ley de 29 de abril de 2021, que estableció la posible obligación de vacunarse con sanción de multa en caso de incumplimiento. La ley fue impugnada por el Gobierno del Estado ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal, mediante Auto de 20 de julio de 2021, ha decidido mantener la suspensión del precepto de la ley que permite imponer la vacunación obligatoria. Si bien en su Auto el Tribunal Constitucional no entra a examinar el fondo de la cuestión relativa a la posibilidad de imponer una vacunación obligatoria, al mantener la suspensión de la ley autonómica, el Tribunal deja traslucir un prejuicio frente al establecimiento de una vacunación obligatoria. En todo caso, hay que esperar a lo que finalmente resuelva la sentencia del Tribunal Constitucional y el juicio de ponderación que pueda llevar a cabo en relación a esta cuestión.

V. LA POSIBILIDAD DE IMPONER LA VACUNACIÓN CONDICIONANTE U OBLIGATORIA DE CONFORMIDAD CON EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL VIGENTE

La regulación de un sistema de vacunación condicionante u obligatoria, según acabamos de ver, puede en principio superar el juicio constitucional de ponderación (claramente en el caso de vacunación condicionante, con más dificultades en el caso de vacunación obligatoria). Por tanto, el paso siguiente es determinar qué normativa debe habilitar el establecimiento de la vacunación condicionante u obligatoria, y a continuación analizar el contenido de las medidas concretas que imponen este tipo de vacunación, para concluir si la medida es o no proporcionada respecto a la finalidad perseguida.

A. La cuestión de la cobertura normativa necesaria para adoptar las medidas concretas de vacunación condicionante u obligatoria es una cuestión controvertida. ¿Basta con la habilitación genérica que ofrece la Ley Orgánica 3/1986? ¿Es precisa una ley orgánica de contenido más preciso?

La postura del Tribunal Supremo sobre esta cuestión es clara y uniforme. La restricción o limitación de derechos fundamentales de la sección primera del Título primero de la Constitución no requiere ineluctablemente cobertura mediante ley orgánica. El marco normativo habilitante se encuentra en el artículo 3

de la Ley Orgánica 3/1986 de medidas especiales en materia de salud pública, en el artículo 26 de la Ley 14/1986 de 25 de abril general de sanidad y en el artículo 54 de la Ley 33/2011 de 4 de octubre de salud pública. Así, SSTS 719 y 788/2021.

En este mismo sentido importa mencionar la STS 2178/2021 de 24 de mayo, rec. 3375, que conoció del recurso de casación contra un auto del TSJ de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, que denegó la autorización al Gobierno de Canarias para determinadas medidas adoptadas para hacer frente a la Covid-19. Respecto a la normativa habilitante para adoptar este tipo de medidas afirmó que: «Cuando de la limitación de derechos fundamentales por el legislador se trata, lo primero que es menester precisar es que no necesariamente ha de hacerse por ley orgánica. Es verdad que el desarrollo de los derechos fundamentales está reservado a esa fuente (artículo 81.1 de la Constitución) y que el Tribunal Constitucional ha equiparado al desarrollo el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales de tal intensidad que les afectan esencialmente. Pero con carácter general la ley ordinaria es suficiente para regular el ejercicio de los derechos, aunque al hacerlo habrá de respetar su contenido esencial (artículo 53.1 de la Constitución). Y establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos. Dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe, pues, la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales. Y, siendo suficiente para ello la ley ordinaria, esa reserva puede ser satisfecha tanto por la ley del Estado cuanto por las leyes que, dentro de su competencia, dicten las Comunidades Autónomas. En definitiva, no se corresponde con la Constitución la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental ha de hacerse única y exclusivamente por ley orgánica. El Tribunal Constitucional ha dejado claros estos extremos, tal como lo recuerda, entre otras, en sus Sentencias nº 76/2019, 86/2017 y 49/1999».

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 3260/2021 de 18 de agosto de 2021, rec. 5899/2021, que en relación a la cobertura normativa de la exigencia del certificado Covid-19 para acceder a determinados establecimientos, en su FJ cuarto, estableció que: «*Como se expuso en las Sentencias nº 719 y 788/2021 la restricción o limitación de derechos fundamentales de la referida Sección 1ª no requiere ineluctablemente de cobertura mediante ley orgánica. Según constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello sólo es necesario cuando la restricción —o cualquier otra previsión normativa— implica desarrollo del derecho fundamental de que se trate; y ‘desarrollo’ a efectos del art. 81 de la Constitución es tanto una regulación de conjunto del derecho fundamental, como cualquier otra regulación que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales del mismo. Así se declara que la reserva de ley orgánica para las medidas sanitarias que supongan restricción o limitación de algún derecho fundamental de la Sección 1ª sólo opera cuando tales medidas afecten a algún elemento básico, nuclear o con-*

sustancial. Y ello, como es obvio, sólo puede verificarse examinando cada norma que prevea la restricción de un derecho fundamental; nunca de antemano según un criterio estandarizado, pretendidamente válido para cualquier derecho, cualquier restricción y cualquier situación. En línea con cuanto queda expuesto, la Sala sigue manifestando en su sentencia qué medidas sanitarias como las aquí consideradas, precisamente por su severidad y por afectar a toda la población autonómica, inciden restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión. Ello significa que requieren de una ley orgánica que les proporcione la cobertura constitucionalmente exigible. Pues bien, actualmente la única norma con rango de ley orgánica que en el ordenamiento español podría dar cobertura o fundamento normativo a la restricción de derechos fundamentales en sus elementos básicos, nucleares o consustanciales es el ya mencionado art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Este precepto, como es sabido, dispone lo siguiente: '[...] Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. [...]'. Este precepto es innegablemente escueto y genérico. Desde luego, no fue pensado para una calamidad de la magnitud de la pandemia del Covid-19, sino para los brotes infecciosos aislados que surgen habitualmente. En este mismo orden de ideas, nuestra Sentencia nº 719/2021 sugiere que las dificultades jurídicas serían mucho menores, tanto para la Administración sanitaria como para las Salas de lo Contencioso-Administrativo, si existiera una regulación suficientemente articulada de las condiciones y límites en que cabe restringir o limitar derechos fundamentales en emergencias y catástrofes como la actual. Pero el hecho es que tal regulación articulada no existe y, por tanto, el interrogante es hasta qué punto el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 es suficiente».

Finalmente, en el mismo sentido, la STS 1112/2021 de 14 de septiembre, rec. 5909/2021, al enjuiciar la validez de la imposición del pasaporte Covid en Galicia, estableció la siguiente doctrina: «La cobertura normativa de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública, e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales, se encuentra en la legislación sanitaria. En concreto, en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, además en este caso de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia... la restricción o limitación de derechos fundamentales de la referida Sección 1ª no requiere ineluctablemente de cobertura mediante ley orgánica. Según constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello sólo es necesario cuando la restricción —o cualquier otra previsión normativa implica desarrollo del derecho fundamental de que se trate; y 'desarrollo' a efectos del artículo 81 de la CE es tanto una regulación de conjunto

del derecho fundamental, como cualquier otra regulación que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales del mismo, el respeto al contenido esencial. De modo que la reserva de ley orgánica para las medidas sanitarias que supongan restricción o limitación de algún derecho fundamental de la Sección 1ª sólo opera cuando tales medidas afecten a algún elemento básico, nuclear o consustancial. Y ello, como es obvio, sólo puede verificarse examinando cada medida que prevea la restricción de un derecho fundamental; nunca de antemano según un criterio estandarizado, pretendidamente válido para cualquier derecho, cualquier restricción y cualquier situación».

El Tribunal Supremo añade que su decisión se adopta teniendo en cuenta el escueto contenido del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que se limita a decir que *«con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».*

Puede pues concluirse que, si existe norma legal habilitante para la adopción de la vacunación condicionante u obligatoria, aunque dicha norma sea muy genérica. Difícilmente puede la norma legal ser más concreta al establecer una regulación general y abstracta, ya que el legislador no puede prever qué pandemias pueden aparecer y qué medidas deben adoptarse para enfrentarse a las mismas. Pero el problema jurídico no queda ya resuelto, ya que el control de legalidad se traslada al enjuiciamiento de las medidas concretas que se adopten en base a esta genérica norma legal habilitante. Así lo dice, por ejemplo, el TS, en la sentencia ya citada de 18 de agosto de 2021 en su FJ quinto: *«En este punto conviene destacar las precedentes sentencias de la Sección Cuarta de la sala Tercera de este Tribunal Supremo, de constante cita por la recurrente y por el Ministerio Fiscal entre las que cabe citar la STS nº 719/2021, de 24 de mayo (RC 3375/2021) reiterada en la STS nº 792/2021, de 3 de junio (RC 3669/2021) en las que la Sala declara que además de en la imprescindible cobertura normativa, la clave está en la justificación ofrecida por la Administración para considerar necesaria la medida cuya ratificación pretende».*

B. A lo que acaba de exponerse debe añadirse otro problema jurídico. Admitimos que el poder público puede establecer la vacunación condicionante o la obligatoria en base a la Ley Orgánica 3/1986 siempre que la medida concreta que adopte supere el test de proporcionalidad. Pero, la decisión concreta sobre la medida a aplicar, por ejemplo, la exigencia o no del pasaporte Covid-19 para determinadas actividades y a determinadas personas, ¿debe ser adoptada por el Estado o pueden adoptarla las Comunidades Autónomas? A nuestro entender

las competencias en materia sanitaria son mayoritariamente de las Comunidades Autónomas, y son estas las que conocen mejor la realidad de la población sobre la que deben actuar y, por ello, están en mejor condición para adoptar la medida concreta de intervención. De este modo asumen también la responsabilidad que es inherente a la titularidad competencial. Las diferentes medidas que puedan adoptar las diferentes Comunidades Autónomas responderán a realidades distintas lo que en último término no es más que la consecuencia de nuestro modelo de descentralización territorial. Por lo demás, el RD 926/2020 de 26 de octubre calificó a las Comunidades Autónomas como autoridades competentes delegadas para la adopción de medidas contra la Covid-19. Además, estas medidas pueden adoptarse de forma coordinada con las otras Comunidades Autónomas en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

C. Como hemos apuntado antes, admitido que existe norma legal de cobertura para imponer una medida como la vacunación condicionada o la vacunación obligatoria, el problema jurídico se traslada a determinar si la medida que se adopta, la imposición de la vacunación condicionante u obligatoria, es proporcional en razón de la situación existente. Entra en juego en este momento el principio de proporcionalidad, en virtud del cual se podrá controlar si la medida adoptada es proporcional con el fin perseguido.

La aplicación del principio de proporcionalidad exige aplicar un triple test de forma sucesiva. Primero hay que aplicar el test de necesidad para determinar si la medida es necesaria. En segundo lugar, se recurre al test de idoneidad, para comprobar si la medida es idónea para lograr el fin perseguido. En tercer lugar, se debe acudir al test de proporcionalidad en sentido estricto, con el fin de analizar si existen otras medidas menos lesivas para los derechos afectados que puedan lograr el mismo fin.

Aplicando este triple test podemos concluir que en el caso de la vacunación frente a la Covid-19 está acreditado que la vacunación es necesaria y que es idónea para limitar los contagios y reducir la gravedad de los contagiados. En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto la autoridad que imponga este tipo de vacunaciones deberá justificar el por qué se impone una vacunación obligatoria o basta con la vacunación condicionante, y si hay personas a las que se debe imponer con mayor fuerza la vacunación obligatoria. Como vemos el problema jurídico no es de fácil solución, y volveremos sobre este punto al tratar de la posición del poder judicial al controlar este tipo de medidas y aplicar el principio de proporcionalidad.

D. Un último apunte. Contamos ya con resoluciones judiciales anteriores al tema Covid que habían reconocido la validez de la vacunación condicionante. Así, en relación a la no admisión o matrícula de niños no vacunados en guarderías

(Sentencia del TSJ de Cataluña de 28 de marzo de 2000, rec. 775/1996, sentencia del TSJ de La Rioja de 2 de abril de 2002, rec. 79/2000, o juzgado contencioso administrativo de Barcelona número 16, Sentencia 448/2018). En el caso de la discusión entre padres sobre la vacunación del hijo la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante Auto 433/2018 de 17 de octubre, dio la razón al padre que quería vacunar al hijo. Especial relevancia tiene el caso de Granada en el que se autorizó a vacunar a 35 niños. Así lo determinó el Juzgado contencioso administrativo de Granada por Auto de 24 de noviembre de 2020, confirmado en apelación por el TSJ en sentencia de 22 de julio de 2013, rec. 667/2012. En esta sentencia se aplicó el juicio de proporcionalidad en los términos siguientes: «Lo cierto es que, en el presente caso, el conflicto se establece entre el derecho del Estado a imponer normas de obligado seguimiento para garantizar la salud de la ciudadanía (en este caso, también el Estado vela porque los menores vean protegida su salud y su bienestar) y el derecho de los padres a decidir si sus hijos deben obtener esta protección... Así las cosas, considerándose muy discutible esta pretendida protección de la salud y bienestar de los hijos, evitando todo tipo de vacunaciones, (lo cual no se deduce de los informes alegados de parte) ha de darse preeminencia a los derechos protegidos por la administración sanitaria y que sustentan la adopción de la medida sanitaria acordada por el auto ahora apelado».

VI. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL PREVIA

El juicio de proporcionalidad respecto de las medidas aprobadas por las Comunidades Autónomas a favor de una vacunación condicionante u obligatoria se ha visto sometida recientemente a un control judicial previo. La Ley 3/2020 de 18 de septiembre modificó el artículo 10 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa con el fin de atribuir a los TSJ de lo contencioso administrativo la competencia para autorizar o ratificar las medidas sanitarias que adoptasen los poderes públicos si las mismas afectaban a derechos fundamentales. De este modo la eficacia de estas medidas quedaba condicionada a la obtención de la autorización o ratificación judicial. Poco después el Real Decreto Ley 8/2021 permitió que estas decisiones de los TSJ fueran objeto de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Esta reforma legislativa ha sido cuestionada por algún sector doctrinal y también por el propio poder judicial. Así, el TSJ de Aragón, mediante Auto de 3 de diciembre de 2020, planteó una cuestión de inconstitucionalidad respecto del nuevo artículo 10,8 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa 29/1998, al considerar que la función de autorizar o ratificar las medidas de los gobiernos autonómicos frente a la Covid-19, atribuida a los Tribunales de Justicia por este nuevo artículo, se opone a los artículos 103, 106 y 117,3 de la Consti-

tución española, al sustituir un proceso de cognición contra los actos por una actuación de control pre-judicial o colaborativa de la acción administrativa. La respuesta a la cuestión planteada pende de lo que diga el Tribunal Constitucional.

No obstante, hasta este momento el Tribunal Supremo ha reconocido la constitucionalidad de la reforma legislativa y de la nueva función de los Tribunales de Justicia. Así, en la Sentencia 1112/2021 de 14 de septiembre, rec. 5909/2021, se refiere a la aplicación del artículo 10,8 de la ley jurisdiccional y, sin cuestionarlo, afirma: *«Téngase en cuenta, por lo demás, que sobre los contornos de este procedimiento ya declaramos, en el Auto de 24 de marzo de 2021 (recurso de casación nº 570/2020), que el procedimiento previsto en los artículos 10.8 y 11.1.i) de la LJCA, es un procedimiento de cognición limitada, preferente y sumario, carente de naturaleza contradictoria (sólo intervienen la Administración pública autora de tales medidas y el Ministerio Fiscal), que se incardina en el ámbito de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y que tiene por objeto la autorización o ratificación judicial de medidas limitativas de derechos fundamentales, adoptadas por razones de salud pública.»*

Otra duda que se suscitó en relación a la ratificación judicial de las medidas propuestas por los Gobiernos autonómicos (a diferencia del caso de una previa autorización) es si estas medidas eran ya eficaces desde su publicación. El Tribunal Supremo ha establecido, en la sentencia ya citada de 24 de mayo de 2021 rec. 3375/2021, FJ cuarto, A, que: *«Las consecuencias derivadas de lo anterior son, principalmente, dos. La primera es que, como ya se ha apuntado, las medidas sanitarias aún no ratificadas judicialmente no despliegan efectos, ni son aplicables. La segunda es que, si la ratificación judicial es denegada, no es preciso que la Administración acuerde “dejar sin efecto” la Orden o acuerdo sometidos a ella, ya que nunca fueron legalmente eficaces, sin perjuicio de que pueda —o, incluso, deba— dar publicidad a dicha denegación, especialmente si previamente las medidas rechazadas hubieran tenido alguna clase de publicidad oficial. En definitiva, como acertadamente señala el auto de la Sala de Santa Cruz de Tenerife de 10 de mayo de 2021, la ratificación es condición de eficacia de las medidas sometidas a ella.»*

En todo caso, lo relevante es que en base a la Ley Orgánica 3/1986 se pueden imponer medidas restrictivas de derechos fundamentales como la vacunación condicionante o la obligatoria. Pero la aplicación de estas medidas debe someterse a la autorización o ratificación previa por parte de los Tribunales de Justicia, a los que corresponde realizar el juicio de proporcionalidad. De este modo los Tribunales Superiores de Justicia han pasado a ejercer un control previo de estas medidas, controlando no sólo los aspectos formales de su adopción, competencia y procedimiento, sino también entrando en el control sustantivo mediante el recurso al principio de proporcionalidad. Contamos ya con varios autos que han autorizado o ratificado la exigencia del pasaporte Covid al entender que las medidas propuestas eran proporcionadas y superaban el triple test de la propor-

cionalidad, pero también hay autos que negaron la autorización de lo propuesto. Y contamos ya con una doctrina del Tribunal Supremo sobre el alcance de este control jurisdiccional.

A. La Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, mediante Auto denegó la autorización solicitada para implantar el certificado Covid para el acceso a determinados establecimientos de esparcimiento y hostelería con música. El Tribunal Supremo, mediante sentencia de 18 de agosto de 2021, rec. 5899/2021 confirmó el Auto recurrido, afirmando que *«En efecto, la Sala de Granada, al estudiar la justificación de la medida instada que exige la alternativa documentación para el acceso a locales de ocio en toda Andalucía, realiza el oportuno juicio de proporcionalidad al que se refieren las precedentes sentencias de la Sección Cuarta de la Sala Tercera de este Tribunal y la doctrina constitucional sobre medidas restrictivas de derechos fundamentales (entre otras, SSTC 170/2013, 39/2016 y 28/2020). Y en su análisis del triple test de la proporcionalidad —coincidente en este punto con el del Ministerio Fiscal— concluye sobre la no acreditación de dos de los subprincipios o elementos que conforman este principio: el de la idoneidad y el de la necesidad de la medida tal cual se define por la Administración andaluza, conclusión que alcanza teniendo en cuenta tanto el carácter alternativo y carente de equivalencia de la medida, la afectación a un determinado sector de ocio, su carácter general para todo el territorio de la Comunidad y su vigencia indefinida en el tiempo... Aunque la medida diseñada se apoya en un informe técnico de la Dirección General de Salud Pública que se aporta a autos, referido en su punto 4º a la “efectividad de la medida de acceso al interior de locales de ocio” dicho dictamen no permite entender la proporcionalidad de dicha medida. En él se expone la situación epidemiológica en la Comunidad Autónoma y considera procedente la restricción del acceso al interior de determinados establecimientos de ocio. Pero es lo cierto que el informe no incorpora una explicación suficiente sobre la necesidad de adoptar la concreta medida sanitaria restrictiva del derecho fundamental a la intimidad personal reconocido en el artículo 18.1 CE y que incide en el principio de no discriminación ex artículo 14 CE, en el sentido de que la intervención pública es susceptible de alcanzar la finalidad perseguida y necesaria o indispensable a la luz de la situación epidemiológica existente entonces en todo el territorio andaluz, por ser apta para la consecución del fin perseguido e imprescindible por no existir otra medida menos restrictiva o que implique una menor injerencia en los derechos fundamentales sustantivos de los ciudadanos. No se desarrolla en la Orden ni en el informe que la respalda una explicación adecuada acerca de la semejanza o equiparación entre el certificado digital UE y la realización de las pruebas indicadas, como la sala enfatiza en su Auto, ni un juicio comparativo con otras eventuales opciones menos limitativas de dichos derechos que permita concluir que la finalidad de evitar los contagios y de control de la pandemia sólo pudiera alcanzarse con la medida analizada por no*

existir otros medios adecuados y menos invasivos para la obtención del fin perseguido en los términos razonados por la Sala. Tampoco se motivan las razones por las que se circunscribe la exigencia documental o a través de pruebas exclusivamente a los locales de ocio con música, y no a otros establecimientos similares o con semejante problemática centrándose la restricción a aquellos que se especifican en los epígrafes del Decreto 155/2018, sin describir ni detallar los datos objetivos sobre la incidencia de los contagios que conducen a ceñir el objeto de la medida. Por otra parte, es relevante que no se aportan razones apropiadas relativas a la falta de previsión de la duración de la medida que se contempla de forma indefinida y permanente, siendo insuficiente la mera referencia genérica que se aduce en el escrito de casación, de que se supedita a la posterior forma en que evolucione la pandemia, quedando abierta la vigencia de la medida. Hay que subrayar asimismo que la medida se postula para el conjunto del territorio de Andalucía, de forma general, aplicable a toda la población y municipios andaluces con independencia de la tasa de incidencia y sin vinculación a su situación sanitaria y a su evolución. En fin, no encontramos óbice ni reproche alguno al juicio ponderativo expresado en el auto de 5 de agosto de 2021 pues su razonamiento es coherente con los escasos elementos aportados por la Junta de Andalucía, es razonable el examen de la relación medio-fin y el resultado al que llega. La denegación de la ratificación de la medida por falta de justificación apropiada es coincidente con lo que han acordado los autos dictados por otras Salas territoriales y no se acredita en el escrito de interposición —aunque se afirma— que se hayan dictado otras resoluciones en sentido diferente ni que sean sobre supuestos similares a la medida ahora enjuiciada.»

B. El Auto 97/2021 de 20 de agosto de 2021, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, denegó la autorización solicitada por el Gobierno de Galicia para exigir el pasaporte Covid en relación al acceso a establecimientos de ocio y restauración. El Tribunal entiende que la medida afecta al derecho a la intimidad y a la protección de datos, que es poco ecuánime «demonizar el sector de servicios de hostelería», y aprecia la ausencia de conclusiones irrefutables en relación con la capacidad de contagiar o ser contagiados de las personas vacunadas. En base a estas consideraciones concluye que la medida no es idónea ni necesaria y por ello deniega la solicitud de la autorización e impide la aplicación de la medida solicitada.

Como en el caso anterior el Auto fue recurrido en casación, recurso que fue resuelto por la Sentencia 1112/2021 de 14 de septiembre de 2021, rec. 5909/2021, que anuló el Auto del TSJ de Galicia (esta sentencia tiene un voto particular del magistrado AJ. Fonseca-Herrero) confirmando, en este caso, la validez y eficacia de las medidas propuestas por la Junta de Galicia, avalando de este modo la legalidad de imponer medidas de vacunación condicionante, esto es, el llamado pasaporte Covid.

Comparto el criterio del Tribunal Supremo y la aplicación del juicio de proporcionalidad que lleva a cabo en el FJ 9 de su Sentencia 1112/2021. En concreto el Tribunal Supremo afirma: *«En relación con la idoneidad y necesidad de la misma, es cierto que cuando surge un grave e inminente peligro para la vida de las personas y la protección de la salud pública, cualquier actuación de la Administración ha de ajustarse, ante todo, a los criterios médicos y epidemiológicos que resulten acordes con el estado de la ciencia en cada momento, y que constituyan el medio exacto, cabal y apto para alcanzar la finalidad propuesta, sin que exista en ese momento una alternativa mejor. De modo que las medidas forzosamente han de ser cambiantes, constantemente adaptadas a la evolución de la pandemia y a los consiguientes criterios científicos. Y sabido es que la vacuna no es un medio para curar la enfermedad, pero, como antes señalamos y ahora insistimos, sí es una acción de carácter preventivo que evita o atempera considerablemente la propagación de la pandemia, supone un innegable beneficio para la salud de todos porque disminuye los contagios y las muertes, e impide el colapso hospitalario que puede acarrear la consiguiente desatención de otras enfermedades ajenas a la Covid-19. La idoneidad de la medida que se postula, sobre la exhibición de la documentación ya citada, gana en concreción cuando descendemos a las características propias de los establecimientos en los que se exige. Así es, en estos lugares de ocio, por su propia naturaleza, a diferencia de otros establecimientos abiertos al público, no permiten el uso constante y permanente de la mascarilla, que debe necesariamente retirarse para comer y para beber, del mismo modo que resulta difícil mantener en ellos la distancia de seguridad, se suele conversar con un tono de voz más alto, o incluso cantar, lo que favorece la ‘inhalación de gotas y aerosoles respiratorios emitidos por un contagiado’ que es ‘la principal vía de transmisión del SARS-CoV-2’, según señala el informe del Servicio de Epidemiología de la Dirección General de Salud Pública de la Consellería de Sanidad, avalado por los miembros del Subcomité de Control de Brotes del Comité Clínico que asesora a la citada Consellería. El citado informe señala que la ‘transmisión de la Covid-19 entre los vacunados es mucho menor al de los vacunados’. El citado informe señala que la ‘transmisión de la Covid-19 entre los vacunados es mucho menor al de los no vacunados, no sólo porque estos tienen un riesgo menor de infectarse, sino porque incluso en caso de infectarse por la Covid-19 la tasa de ataque secundaria de los casos Covid vacunados fue inferior a la tasa de ataque secundaria de los casos Covid no vacunados’. Añadiendo que ‘las personas no vacunadas reducen significativamente su riesgo de infectarse y desarrollar la Covid-19 en el caso de entrar en contacto con un caso Covid que sí está vacunado’. También reconoce el citado informe, y el informe de la Subdirectora General de Información sobre Salud y Epidemiología, y miembro del Comité Clínico, que la implantación de dicha medida ha servido de medida de fomento de la vacunación y del control epidemiológico de la misma, pues ‘ha permitido aumentar el control de la enfermedad incentivando la vacunación’, y ‘los cribados de pruebas diagnósticas*

entre aquellas personas aún no vacunadas (...) ha favorecido un diagnóstico precoz de casos'. El contenido de los detallados informes pone de manifiesto, con abundancia de datos científicos al respecto y mediante la identificación de las fuentes de sus aseveraciones, que la única medida eficaz posible, para proceder a la apertura de los locales de ocio, que proporcione un alto nivel de protección para la salud pública, es la implantación del denominado pasaporte Covid, pues solo ella puede disminuir considerablemente el riesgo de contagio en dichos establecimientos. No es preciso, desde luego, que la medida que se postula, impida de modo absoluto cualquier tipo de contagio, es decir, que resulte infalible, pues no existe en el estado actual de la ciencia ese riesgo cero. Pero para la determinación de la idoneidad y necesidad de la medida es bastante que la misma resulte eficaz, apropiada y proporcionada, para alcanzar la finalidad de protección de la vida y la salud que resulte compatible con la realización de la actividad. El beneficio que proporciona la medida, respecto de la reducción significativa de los contagios, es muy superior al sacrificio que comporta la exigencia de presentar la documentación para el acceso al local. En definitiva, no se atisba ninguna medida que resulte más adecuada para salvaguardar la vida y la salud de los ciudadanos, en ese tipo de locales. Conviene tener en cuenta que la Administración, ya manejó otras opciones, según consta en el informe del Servicio de Epidemiología de la Dirección General de Salud Pública de la Consellería de Sanidad, avalado por los miembros del Subcomité de Control de Brotes del Comité Clínico, que también se valoraron otras medidas como es el caso de 'la instalación de medidores de dióxido de carbono (CO₂) para el control de los tiempos de ventilación'. Desde luego la medida más segura es el cierre de los establecimientos. Sucede, sin embargo, que esta medida de cierre, teniendo en cuenta la evolución de la pandemia en relación con las consideraciones epidemiológicas en el estado actual de la ciencia, y las severas restricciones ya pasadas, podría hacer que el ocio nocturno derive en concentraciones en la vía pública, lo que supondría un grave riesgo para la salud pública de todos, además de los costes económicos y laborales en los sectores afectados. Pero es que, además, la medida que se postula no se implanta de forma indiscriminada en todo el territorio de la Comunidad Autónoma, haciendo tabla rasa de la diferente incidencia de la pandemia sobre las diferentes zonas del territorio. Al contrario, la Orden establece una suerte de mapa que gradúa la incidencia de la pandemia en cada lugar. Se fijan al efecto diversos niveles de restricción, según la gravedad de la incidencia de la Covid-19 en los diferentes municipios. Y en cada uno de los cuatro niveles de restricción previstos: máximo, alto, medio y bajo, se incluyen y relacionan, según el anexo de la Orden, los diferentes municipios gallegos que se encuentran en cada nivel. La medida reviste también un carácter temporal, según 'los principios científicos, las pruebas científicas y la información disponible en cada momento'. Como es natural, las medidas deben adecuarse, como señalamos, a la realidad necesariamente cambiante, atendida la evolución de la enfermedad y el estado de la ciencia en cada momento. Debiendo mediar la adecuada correspondencia

y la necesaria vinculación, entre la realidad sobre la que se actúa, la finalidad que se persigue, y el medio adecuado para su consecución. La medida, en consecuencia, ha sido justificada respecto de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad».

En el FJ10 la sentencia destaca las diferencias fácticas respecto a la sentencia anterior del mismo Tribunal Supremo, la antes comentada de 18 de agosto de 2021.

C. El tercer supuesto relevante es el que tiene su origen en el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 91/2021, de 22 de noviembre de 2021, en relación también al pasaporte Covid, en este caso exigido para entrar en centros de ocio y restaurantes de más de 50 plazas.

El Tribunal, en el citado Auto, de contenido y redacción singular (cuenta con un voto particular del presidente de la Sala), critica la motivación que contiene la propuesta de medidas de intervención realizada por el Gobierno del País Vasco. En su juicio de ponderación señala como derechos afectados la igualdad, la intimidad, el derecho de reunión y la libertad ambulatoria, así como «la libertad de expresión y creación artística cuando de karaokes se trata e incluso en la medida en que en dichos establecimientos se desarrolla la vida social del individuo, personal y colectivamente según los casos, y se puede afectar al libre desarrollo de la personalidad, esto es, uno de los pilares del orden político y la paz social, artículo 10 CE». Por ello, el Tribunal afirma que a su juicio son varios e importantes los derechos afectados, lo que exige que la medida, la restricción de los mismos, deba respetar adecuadamente las distintas facetas del principio de proporcionalidad.

Al llevar a cabo el juicio de proporcionalidad el Auto considera que la Memoria presentada por el Gobierno Vasco no justifica suficientemente ni la necesidad ni la intensidad de las medidas propuestas, y por ello deniega la autorización. El Auto cuenta con un voto particular del presidente de la Sala, en el que afirma que, «en definitiva, tal como señala el Ministerio Fiscal en su informe, la medida propuesta por el Gobierno Vasco es adecuada, idónea y proporcionada en relación con los bienes jurídicos en conflicto: salud pública versus intimidad e igualdad».

Recurrido el Auto en casación el Tribunal Supremo estimó el recurso en su Sentencia de 1412/2021 de primero de diciembre de 2021, rec. 8074/2021, confirmando por tanto la validez y eficacia de las medidas propuestas por el Gobierno Vasco (la sentencia cuenta con un voto particular del mismo magistrado que emitió voto particular en la sentencia antes citada 1112/2021). El Tribunal manifestó que «en definitiva, no vemos diferencias relevantes entre la situación que examinamos en Galicia y la aquí subyacente. Y tampoco encontramos en la fundamentación del Auto nº 91/2021 argumentos que deban llevarnos a reconsiderar lo que dijimos en la Sentencia nº 1112/2021, de 14 de septiembre. Por el

contrario, al ejercer el control preliminar previsto por el artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción, nos parece que la exigencia del certificado Covid o pasaporte sanitario previsto en el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, para acceder a los establecimientos identificados en la Orden de la Consejera de Salud del Gobierno Vasco de 17 de noviembre de 2021 es: (i) una medida adecuada para prevenir la transmisión de la enfermedad; (ii) una medida necesaria porque es menos agresiva que otras y no afecta significativamente a la posibilidad de acceso a dichos establecimientos ni, desde luego, a la actividad que realizan; y (iii) una medida proporcionada porque sirve para preservar la salud y reducir los riesgos vitales que comporta la pandemia, mientras que incide tenuemente en los derechos a la igualdad y a la intimidad, como ya dijimos en la Sentencia nº 1112/2021, de 14 de septiembre, sin afectar a otros de manera apreciable. En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, anular el Auto nº 91/2021 y ratificar la Orden de 17 de noviembre de 2021».

D. Lo expuesto hasta este momento permite formular unas conclusiones y reflexiones. La vacunación condicionante cuenta en nuestro sistema con un marco legal general habilitante, si bien las medidas concretas que decidan imponerse por las diferentes Comunidades Autónomas deben contar con la previa autorización o ratificación de los Tribunales Superiores de Justicia.

El marco normativo es el siguiente. La Ley Orgánica 3/1986 contiene habilitación suficiente para que los Gobiernos autonómicos decidan, de forma motivada y adecuada a la realidad de cada territorio, exigir el pasaporte Covid para el acceso a determinados lugares. Dado que el marco legal habilitante es muy genérico, el legislador español decidió someter la aplicación de las medidas concretas de intervención a un control previo por parte del poder judicial, en concreto las Salas de lo contencioso administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, con el fin de llevar a cabo un juicio de proporcionalidad de las medidas en relación a su incidencia en los derechos fundamentales afectados. Las Salas de lo contencioso administrativo han llevado a cabo este control previo autorizando o ratificando en la mayoría de casos el contenido de las medidas propuestas por los Gobiernos autonómicos.

La impugnación de algunos Autos de los Tribunales denegando la autorización de las medidas propuestas, ante el Tribunal Supremo, ha dado lugar a una serie de sentencias del Alto Tribunal en las que se han fijado los criterios generales a tener en consideración al conceder o denegar las autorizaciones y ratificaciones solicitadas, ha logrado establecer unos criterios comunes a tener en cuenta y ha

ofrecido a las Comunidades Autónomas una mayor seguridad jurídica en el momento de tener que formular sus propuestas de medidas de intervención.

En todo caso nos encontramos ante una cuestión compleja, ya que el control de los riesgos al que nos referíamos al inicio de este escrito, control que en nuestro caso supone el tener que decidir a favor o en contra de medidas que impliquen la vacunación condicionante, no es una cuestión jurídicamente sencilla. Por un lado, debe superarse un juicio de ponderación, en virtud del cual concluyamos que en principio el derecho a la vida y la salud, prevalece sobre otros derechos fundamentales. Pero a continuación el derecho nos exige un juicio de proporcionalidad sobre la medida concreta que se adopte, y en este juicio se implica con carácter previo al poder judicial, que debe autorizar o ratificar la medida que se le proponga.

A mi juicio en este momento el poder judicial, sin renunciar a su poder de control sobre la decisión administrativa, debería ser deferente respecto al criterio adoptado por la administración. Por ello su control debería centrarse en comprobar que la decisión que se somete a su control ha sido adoptada por el órgano competente, y que cuenta con una motivación suficiente y razonable sobre la necesidad y la idoneidad de la medida. Mucho más difícil me parece que se puede llevar a cabo un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, entrando a valorar la eficacia de las medidas propuestas o exigiendo, como se hace en algún auto que deniega la autorización, que la Administración demuestre que la medida propuesta no tiene alternativas menos lesivas para los derechos de los ciudadanos. Dado el estado del conocimiento de la ciencia sobre la lucha contra la Covid-19 me parece que no puede exigirse a la administración este tipo de prueba, ya que desconoce realmente la efectividad de sus medidas. Propone aquello que con los estudios que dispone es lo que juzga más adecuado. Por ello creo que esta propuesta sustentada en los informes de las autoridades sanitarias debería ser respectada. Creo que la lucha contra la pandemia requiere empoderar a nuestras administraciones públicas y sus servicios sanitarios, que requieren verse reforzadas ante la sociedad. Es en este sentido que hablo de deferencia, apelando de esta forma a un ejercicio responsable del poder judicial, ya que no debe olvidarse que las normas deben aplicarse en razón del contexto y de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. La realidad social del momento en la que deben aplicarse las normas.

En este sentido comparto las reflexiones del profesor Gabriel Doménech cuando afirma que «ciertamente no es fácil evaluar en estos momentos los costes y beneficios de esta (pasaporte Covid) y otras medidas de protección de la salud pública. Es difícil que la evaluación arroje resultados concluyentes, evidentes y convincentes para todos. Por ello, la gran mayoría de los Tribunales han reconocido a las autoridades administrativas un amplio margen de apreciación o deferencia para llevar a cabo esta tarea. Esta es una práctica muy sensata. Dichas auto-

ridades tienen más tiempo y mejores conocimientos especializados (por ejemplo, epidemiológicos y económicos) que los jueces para hacer una evaluación cabal y adoptar una decisión equilibrada en esta compleja materia. Y gozan también de mayor legitimidad democrática que los jueces para tomar este tipo de decisiones, respecto de las cuales la ley apenas dice nada. Los primeros son elegidos y sustituidos democráticamente en función de si sus decisiones se ajustan a no a las preferencias de la mayoría de los electores. A los jueces, en cambio, no podemos cambiarlos cuando se equivocan y no nos gustan sus decisiones. En la duda es preferible que se equivoquen aquellos»⁴.

VII. ¿ES POSIBLE IMPONER MEDIDAS MÁS INTENSAS A DETERMINADOS PROFESIONALES?

Como acabamos de exponer contamos con un marco legal que permite imponer medidas consistentes en una vacunación condicionante. Se admite que existe un marco legal habilitante genérico pero suficiente, y que estas medidas son en principio proporcionadas. La generalidad del marco legal ha llevado a reforzar los controles sobre las medidas concretas que los gobiernos autonómicos deciden imponer, y con este fin la defensa de los derechos fundamentales que pueden verse afectados se ha encargado a los tribunales de justicia. Estos ejercerán el control de proporcionalidad de las medidas que se pretendan llevar a cabo. El sistema puede calificarse de correcto. Pero ¿se puede dar un paso más? ¿se pueden imponer medidas más estrictas a determinado tipo de personas en razón de su trabajo, por el hecho de estar en una relación especial de sujeción respecto de los poderes públicos? ¿pueden llegar estas medidas a una vacunación obligatoria? En este caso las dudas se incrementan, y el juicio de proporcionalidad adquiere nuevos perfiles, ya que el derecho fundamental afectado posee mayor intensidad. Se trata de obligar a vacunarse, imponiendo una sanción si no se cumple con la obligación. La conducta que se impone afecta al derecho a la integridad física. Las resistencias ciudadanas pueden ser más intensas, y las objeciones frente a una vacunación que no ofrece garantías plenas de no contagiarse y no contagiar cobran más fuerza.

De momento en nuestro país sólo contamos con el intento paralizado de la ley gallega, cuya constitucionalidad pende de la decisión del Tribunal Constitucional. No tenemos normas válidas que impongan la vacunación obligatoria a raíz de la pandemia de la Covid-19. Pero sí contamos con algunas normas legales que podrían dar cobertura a esta obligación.

⁴ DOMÉNECH, Gabriel. *Sobre la plausibilidad del pasaporte Covid*. En Valencia Plaza, 9 de diciembre de 2021.

Pensemos en primer lugar en el empleado público. El artículo 53,2 del Estatuto básico del empleado público establece los principios éticos que deben guiar su conducta, y dispone que «su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones particulares». El artículo 54,9 del mismo Estatuto básico afirma que las normas sobre seguridad y salud personal son un derecho y un deber, de modo que el funcionario tiene el deber de protección de su salud por seguridad a las personas a las que puedan afectar en ejercicio de su servicio.

En el caso del personal sanitario el artículo 19,m de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud dispone que existe el «deber del personal estatutario de cumplir las normas relativas a la seguridad y salud en el trabajo, así como las disposiciones adoptadas en el centro sanitario». El informe del Comité de Bioética de Catalunya afirmó en su punto 7 que «els professionals de la salut tenen el deure moral de vacunar-se per contribuir a prevenir el contagi de les persones malaltes que atenen», añadiendo que los colegios profesionales «haurien d'incorporar normes específiques en aquest àmbit per permetre exercir l'acció correctora sobre col·legiats que no les respecten». Del *soft law* de los códigos éticos se trataría de pasar al *hard law* de las medidas sancionadoras.

Por lo expuesto, en razón de la actividad que desempeñe el empleado público, y en particular el personal sanitario, puede parecer proporcionado exigir un plus de obligatoriedad respecto a la vacunación. Así, cabe pensar en imponer el traslado forzoso del puesto de trabajo para evitar un contacto directo con terceros, incluso la pérdida del puesto de trabajo, o una sanción por no vacunarse (el artículo 72 del Estatuto marco del personal estatutario del sistema de salud califica como falta muy grave «la negativa a hacer uso de los medios de protección disponibles y seguir las recomendaciones establecidas para la prevención de riesgos laborales»).

En estos casos se estaría imponiendo ya una vacunación obligatoria, pues de hecho la no vacunación comporta una serie de posibles medidas de carácter sancionador, como el traslado forzoso, pérdida del puesto de trabajo, o sanción económica.

El paso de la vacuna condicionante a la vacuna obligatoria plantea no obstante una serie de dudas que nos limitamos a exponer. No existe una norma legal que de forma clara habilite para adoptar esta medida. El juicio de proporcionalidad debe ser más intenso, ya que la incidencia de la medida en los derechos fundamentales de la persona es más intensa. Deberá acreditarse la idoneidad de la medida. Al imponerse sanciones por el incumplimiento de una obligación deberán tipificarse las infracciones y las sanciones, estableciendo sanciones que sean disuasorias del incumplimiento de la obligación.

Pero además surgen otras dudas. Si la medida se aplica al personal sanitario, todo aquel que trabaje en centros sanitarios, y se opta por su movilidad interna o

despido, ¿no se perjudicará la prestación del servicio por falta de personal competente?

VII. UNA ÚLTIMA CONSIDERACIÓN

La última reflexión nos lleva a formular unas consideraciones finales que van más allá del tratamiento estrictamente jurídico de la cuestión que nos hemos planteado en este trabajo. Junto a las medidas legales y administrativas tratando de imponer la vacunación condicionante, o la obligatoria, los poderes públicos deberían apelar también a la ética de la vacunación, estimulando a los ciudadanos a respetar las medidas que se adopten en la lucha contra la pandemia y en particular someterse a los procesos de vacunación. Hay que saber «empujar» (políticas de «*nudges*») a los ciudadanos.

Para ello hay que reforzar la confianza, lo que ciertamente no es fácil ante las incertidumbres de los mismos científicos. Pero hay que tratar de lograr esta confianza, y para ello, como ya he dicho, creo que es misión de políticos, poder judicial y medios de la información, tratar de empoderar a nuestros gobiernos y administraciones, a nuestros científicos y servicios de salud. Reforzar la confianza con una información lo más clara y fundada posible, que luche contra la post verdad de negacioncitas. Una post verdad que muchas veces nos domina, pues en el momento actual, cuando se trata de crear opinión pública, los hechos objetivos tienen menos influencia que las apelaciones a las emociones o las creencias personales. En el caso de la vacunación la post verdad también está presente, aunque por fortuna en nuestro país no se ha impuesto. Pero hay que luchar contra ella, contra el individualismo radical que defiende una autonomía personal que se puede ejercer en un vacío social y cultural. Como dijo SENNETT, R. en su libro *La corrosión del carácter*, «un Estado que no proporcione a los seres humanos ninguna razón profunda para cuidarse entre sí, no puede preservar por mucho tiempo su legitimidad»⁵.

⁵ Tomo la cita del power point elaborado por la profesora Montse Esquerra, del Instituto Borja de Bioética, URL, «Ética de la vacunación».

LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL Y LA MOTIVACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES EN LA DOCTRINA DEL TC

por

MARIA EUGÈNIA ALEGRET BURGUÉS

Vicepresidenta de la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Magistrada de la Sala civil y penal del TSJC

15 de marzo de 2022

SUMARIO

- I. *La acción de anulación del laudo arbitral*
- II. *Las causas de anulación de los laudos arbitrales*
- III. *Motivación de los laudos: Las Sentencias del TC 17/2021 de 15 de febrero y 65/2021 de 15 de marzo*
- IV. *Conclusión*

I. LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Conforme al artículo 43 de la Ley de Arbitraje: «*El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes*».

Tras la reforma de la LA por la Ley 11/2011 de 20 de mayo, se elimina la distinción entre laudo definitivo y firme, estableciendo que el laudo produce los efectos de cosa juzgada, aunque se ejerciten contra él las acciones de anulación o revisión.

Ello supone, no solo que pueda ser ejecutado forzosamente el laudo si no concurre su cumplimiento voluntario, lo que ya ocurría anteriormente incluso pendiente la acción de nulidad, sino anudar al laudo arbitral dictado de todos los efectos procesales propios de la cosa juzgada (*vide* al efecto artículos 207, 222, 400, 408, 416, 421, 524,4 y 552 de la Lec 1/2000) reforzando su autoridad y configurando la acción de nulidad como un remedio rescisorio de carácter extraordinario.

La vigente Lec 1/2000 entiende la cosa juzgada como un instituto de naturaleza esencialmente procesal, dirigido a impedir la repetición indebida de litigios y a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente, la armonía de las resoluciones que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos.

Por el contrario, en materia de ejecución el cambio es más nominal que real en tanto no se modifica el artículo 45 de la LA que permite al ejecutado una vez interpuesta la demanda de impugnación del laudo, solicitar al Tribunal competente la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución del laudo.

El Tribunal competente para adoptar la decisión de suspender la ejecución, así como de alzar en su caso la suspensión de la ejecución será el Juzgado de primera instancia competente para ejecutar el laudo, no la Sala de lo Civil del TSJ del lugar donde aquel se hubiese dictado, encargada ahora del conocimiento de la acción de anulación tras la modificación sufrida por el art. 8.5 LA.

La competencia de las Salas de lo Civil de los TSJ para el conocimiento de la acción de anulación del laudo comprende la impugnación de cualquier laudo, sea dictado en materias civiles o mercantiles, nacionales o internacionales emitidos en España.

Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo. Según la EM de la LA, se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros. El elenco de los motivos y su apreciabilidad de oficio o sólo a instancia de parte siguen inspirándose en la Ley Modelo Uncitral.

Naturaleza de la acción

Respecto de su naturaleza puede considerarse ya superada la vieja polémica doctrinal sobre si se trata de un recurso o bien de una acción autónoma pues la ley configura la acción como una acción de impugnación del laudo y no de un recurso que permitiría un nuevo examen sobre las cuestiones fácticas o jurídicas que hayan sido objeto de decisión por los árbitros y por ende una eventual modificación de la decisión del laudo por el Tribunal.

El Tribunal cuando conoce de la acción no es órgano de segunda instancia, revisorio de lo actuado en primera.

Siendo el recurso de apelación un medio de impugnación ordinario de carácter devolutivo que tiene como objeto el examen o la revisión de los hechos y del derecho por un órgano funcionalmente superior al que hubiese dictado la resolución, es claro que la acción de anulación del laudo constituye una petición

autónoma, de carácter extraordinario, que da lugar a un proceso judicial en única instancia ante los órganos de la jurisdicción, cuyo único objeto viene constituido por la impugnación de la validez del laudo por alguno de los motivos tasados contemplados en el artículo 41 de la LA.

El efecto de la decisión judicial resolviendo la acción de impugnación es declarar la invalidez parcial o total del laudo sin que, consecuentemente, pueda modificarse el sentido del laudo sustituyéndolo por la decisión que el Tribunal considere.

Lo ha dicho el TC con claridad en las recientes Sentencias 46/2020 de 15 de junio y 17/2021 de 15 de febrero: el arbitraje es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción.

E igualmente que la acción de anulación como mecanismo de control judicial previsto en la legislación arbitral para garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley, sin que ninguna de ellas —tampoco la relativa al orden público— pueda ser interpretada de modo que subvierta esta limitación.

Por lo demás, los motivos de impugnación del laudo contemplados en el art. 41 LA no han variado con la ley de 2011 respecto de la antigua regulación. Sin embargo, sí hay que tener en cuenta que conforme al artículo 37.2 LA en su nueva redacción, salvo acuerdo contrario de las partes, la expiración del plazo legal o prorrogado sin que se haya dictado el laudo definitivo, no afecta a la eficacia del convenio arbitral, ni a la validez del laudo dictado fuera de plazo, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubiese podido incurrir el/los árbitro/os.

II. LAS CAUSAS DE ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES

El laudo arbitral sólo puede ser anulado por los motivos tasados establecidos en el art. 41.1 LA.

Se trata de una lista cerrada no susceptible de ampliación y de interpretación restrictiva.

En este sentido hay que recordar la doctrina del Tribunal Constitucional (STC de 18-7-1994) que en relación con las causas de anulación previstas por la

ley anterior (art. 45) dijo «...en el art. 45 se contemplan las causas de anulación judicial de un laudo, las cuales, en atención a la naturaleza propia del instituto del arbitraje, necesariamente deben limitarse a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje (aps. 1º a 4º art. 45) o de las garantías esenciales de procedimiento que a todos asegura el art. 24 CE (art. 45.5), sin extenderse a los supuestos de infracción del Derecho material aplicable al caso, y ello porque, de lo contrario, la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo».

De ahí que, salvo el supuesto relativo al orden público y la arbitrabilidad de la controversia, apreciables incluso de oficio, el examen judicial deba limitarse a un juicio externo atinente al respeto al convenio arbitral, a la regularidad del procedimiento arbitral y al cumplimiento de los principios esenciales de contradicción y defensa (STS 13-10-1986 o STC 20-7-1993).

Dicha doctrina ha sido reiterada en las recientes STC 46/2020 de 15 de junio; 17/2021 de 15 de febrero y 65/2021 de 15 de marzo.

La Exposición de motivos de la LA es muy parca en esta materia.

Textualmente dice que:

«Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros. El elenco de los motivos y su apreciabilidad de oficio o sólo a instancia de parte se inspiran en la Ley Modelo. Se amplía el plazo para el ejercicio de la acción de anulación, lo que no ha de perjudicar a la parte que haya obtenido pronunciamientos de condena a su favor, porque el laudo, aun impugnado, tiene fuerza ejecutiva.»

Los concretos motivos se recogen en el art. 41.1 de la LA el cual establece que:

«El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.*
- b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.*
- c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.*
- d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.*

- e) *Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.*
f) *Que el laudo es contrario al orden público.»*

Causas que, en consecuencia, se refieren a la existencia y validez del convenio arbitral: art. 41.1 a); a la arbitrabilidad de la controversia: art. 41.1 e); a la regularidad del procedimiento arbitral: art. 41 b), c) y d) y al orden público: art. 41.1 f) y que son de exegesis estricta en la medida en que no pueden ser interpretadas de modo que se subvierta la limitación legal.

Así lo recuerda la STC 46/2020, en su FJ 4º:

«Por todo ello, ninguna de las causas de anulación previstas en el art. 41.1 de la Ley de arbitraje puede ser interpretada en un sentido que subvierta esta limitación, pues ‘la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo’ (ATC 231/1994, de 18 de julio, FJ 3). A ello hay que añadir —a diferencia de lo afirmado por el órgano judicial— que es doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que las ‘exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que solo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales’ (STJCE de 26 de octubre de 2008, asunto Mostaza Claro, C-168/05).»

III. MOTIVACIÓN DE LOS LAUDOS:

LAS SENTENCIAS DEL TC 17/2021 DE 15 DE FEBRERO Y 65/2021 DE 15 DE MARZO

Es sabido que diferentes resoluciones del TSJ de Madrid extendiendo algunas de las garantías de la función jurisdiccional al arbitraje habían levantado muchas suspicacias en el mundo arbitral, en tanto que a través de la exigencia de motivación se entraba en la valoración de las pruebas y en la aplicación del derecho realizada por el árbitro.

Puede comprenderse la preocupación del mundo arbitral por un problema que afectaba a la principal plaza de arbitrajes en España, Madrid, y perturbaba también a las acciones de nulidad de las que conocían los tribunales de justicia de otros territorios, pues cuando no existían vicios procedimentales, solía invocarse en las demandas en ejercicio de la acción de nulidad, la infracción del orden público como motivo de anulación con alusión a los precedentes doctrinales del TSJ de Madrid.

Como quiera que no existe un recurso de casación para la unificación de doctrina en esta materia pues las Sentencias de los Tribunales Superiores cono-

ciendo de las acciones de anulación de los laudos arbitrales no son susceptibles de recurso, se planteó la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

Cabe indicar que el TC ha debido hacer una función que en puridad no debía corresponderle, sentando unos criterios que superan una línea jurisprudencial iniciada en el año 2015 en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que amenazaba la consideración de dicha plaza como adecuada como sede de arbitrajes internacionales por la frecuencia con que los laudos eran anulados.

La Sentencia del Tribunal 46/2020, de 15 de junio, inicia el camino contra la referida doctrina aclarando el poder de disposición de las partes en el arbitraje al otorgar el amparo al considerar como incurso en la infracción del art. 24 de la CE, las resoluciones judiciales del TSJM que denegaron la petición de archivo del proceso por satisfacción extraprocesal de la pretensión, fundándose en un razonamiento que, ignorando el principio de justicia rogada, privó de virtualidad a un acuerdo alcanzado entre las partes que no contravenía norma prohibitiva alguna, pues solo están prohibidos los acuerdos que perjudiquen a terceros, aquellos que versen sobre materias indisponibles por disposición legal o los que afecten al interés general, lo que no ocurría en aquel caso.

Las sentencias de 17 y 65 del año 2021

El supuesto de hecho de la STC 17/2021 ya lo ha explicado mi compañero de ponencia.

Las recurrentes en amparo invocaron para obtener el pronunciamiento constitucional la infracción por parte de la sentencia del TSJM del art. 24 de la CE, paradójicamente por los mismos motivos por los que el TSJ anuló el laudo, esto es, por vulneración de su derecho a obtener una resolución fundada en derecho, no incurso en irrazonabilidad ni en error patente.

Los demandantes de amparo denuncian que no cabe aplicar a los laudos arbitrales el art. 24 de la CE, solo dirigido a los jueces; que el tribunal ha impuesto a los laudos el canon de control de la motivación que es aplicable a las resoluciones judiciales, cuando ello no es así en el arbitraje; que los defectos de motivación no podían incluirse en el art. 41.1 f), así como la irracionalidad del criterio del tribunal anulando el laudo por insuficiencia de motivación, por no haberse referido a todas las cuestiones alegadas por las partes.

La parte adversa consideró, por el contrario, que el TSJM había ejercido legítimamente la función jurisdiccional entrando a examinar por qué el árbitro había decretado la disolución y liquidación de la sociedad, razón por la cual debía examinar la prueba y determinar cuál había sido el ejercicio abusivo del derecho en el que se había basado el árbitro.

Rechazó que la motivación no pudiera ser examinada para comprobar si vulneraba el orden público en la medida en que era exigida por el art. 37

de la LA y que junto con principios tales como la igualdad, audiencia y contradicción integraban un principio de carácter más general como era el de la proscripción de la indefensión.

La sociedad por su parte alegó que la sentencia del TSJM no podía ser anulada por cuanto se hallaba suficientemente motivada, no incurría en error patente alguno ni en incoherencia y que el Tribunal Constitucional no podía erigirse en tribunal de casación valorando la interpretación de la legalidad ordinaria invadiendo la potestad jurisdiccional que en exclusividad tienen los tribunales.

De igual forma, consideró que la motivación exigida para los laudos era la misma que la exigida para los tribunales por cuanto la ley exige unas mínimas garantías de justicia como valor superior de nuestro sistema constitucional que se plasman entre otros en el deber de motivar los laudos.

El Ministerio Fiscal apoyó a los recurrentes de amparo, entendiendo que el TSJM se había extralimitado en su función de control de la motivación externa del laudo cuando la considera insuficiente sobre la base de no haber ponderado toda la prueba practicada.

De esta forma se plantea al TC, en definitiva, que valore si la Sentencia del TSJM en sus razonamientos llega a vulnerar el art. 24.1 de la CE que es lo que el TSJM había reprochado al laudo.

La Sentencia del TC 17/2021 estima el recurso de amparo por infracción del principio de tutela judicial efectiva del art. 24 CE y anula la Sentencia del TSJM, obligándole a dictar una nueva (lo hizo en la STSJM de 21 de mayo de 2021 ROJ: STSJ M 4399/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:4399, manteniendo la validez del laudo).

A partir de este planteamiento, el TC analiza y resuelve sobre muchas de las cuestiones que últimamente se venían debatiendo en los foros arbitrales con posiciones contrapuestas y que no habían sido tratadas por el TC, al menos con la profundidad y amplitud con que lo hace en esta Sentencia que —yo diría— no rectifica su posicionamiento anterior, aunque lo aclara en tanto afirma con contundencia que cuando en otras ocasiones había establecido que el arbitraje era *un equivalente jurisdiccional*, no quería decir que fuese lo mismo, sino que su resultado produce los mismos efectos, esto es, la cosa juzgada y la posibilidad de ejecución forzosa con auxilio de los tribunales y de la coacción del Estado para imponer su ejecutividad.

Por su parte, la Sentencia 65/2021 completa la doctrina establecida en la sentencia anterior, pero en mi opinión lo hace de manera no homogénea y va un punto más allá en orden a la exigencia de motivación de la LA actual.

El supuesto de hecho de esta segunda sentencia era el siguiente: una entidad mercantil, inició el 20 de diciembre de 2017 un arbitraje de equidad contra una entidad bancaria en relación con la suscripción de un contrato de SWAP. La

demanda interesaba que se declarase el incumplimiento por parte de la entidad bancaria de sus obligaciones legales de información en la fase precontractual y la correspondiente indemnización.

La Corte de arbitraje dictó laudo arbitral de equidad el 4 de diciembre de 2018 estimando parcialmente las pretensiones de la entidad instante, declarando el incumplimiento por la entidad bancaria de las obligaciones legales de información en la fase precontractual, pero denegó la indemnización de daños y perjuicios al no haber ocasionado el contrato SWAP perjuicio alguno, pues el contrato cumplió su función y la demandante incurrió en deslealtad por retraso en la reclamación.

La entidad instante interpuso acción de anulación parcial contra el laudo ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, argumentando, al amparo del art. 41.1 f) de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (LA), que era contrario al orden público por arbitrario e incongruente, en relación con lo dispuesto en el art. 9 CE.

La acción de nulidad parcial fue estimada por Sentencia del TSJM de 1 de octubre de 2019 con fundamento en que resultaba incoherente que el laudo reconociera que la entidad bancaria había incumplido los deberes de información frente a la mercantil actora y no conceder a ésta indemnización alguna. Así, afirma que *«la verdadera razón que nos lleva a estimar la demanda es el encaje de la pretensión de nulidad en el artículo 41.1 f) de la Ley de arbitraje: el laudo consideramos que es contrario al orden público (en este caso constitucional) por la contradicción que encierra al reconocer el palmario incumplimiento de los deberes bancarios y al mismo tiempo negarle toda trascendencia. En lo que incurre es en arbitrariedad por incoherencia, y con ello se contraviene el artículo 9.3 de la Constitución»*.

Y el planteamiento del recurso de amparo fue el siguiente:

La recurrente argumentó ante el TC que las garantías y las exigencias jurisdiccionales contempladas en el art. 24 CE son de obligado cumplimiento en el proceso judicial pero no en el arbitral, que se basa en la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE), al que no le es de aplicación el art. 24 CE y, por consiguiente, tampoco las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, y 9/2005, de 17 de enero). A pesar de ello, el órgano judicial ha aplicado al laudo objeto de anulación esas exigencias de motivación de las resoluciones judiciales, llegando a la conclusión de que el laudo arbitral había vulnerado el orden público al haber ofrecido una motivación insuficiente incurriendo con ello en la causa de nulidad establecida en el art. 41.1 f) LA. Se subraya que (i) la legislación admite la posibilidad de que un laudo no esté motivado cuando las partes así lo acuerdan (art. 8 del Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961) o si esa es la práctica en el tráfico de que se trata (art. 31.2 de la Ley modelo de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho

mercantil internacional), y (ii) que en este caso el arbitraje era de equidad, por lo que la falta o insuficiencia de motivación del laudo no puede ser una cuestión de orden público, pues es expresión del leal saber y entender de los árbitros que es el fundamento de aquel.

El Ministerio Fiscal no se opuso al recurso mientras que la parte demandada en amparo solicitó su desestimación.

El TC estimó el recurso de amparo anulando la STSJM y reproduciendo en alguna medida lo ya expuesto en la STC 17/2021 de 15 de febrero.

Sin embargo, en cuanto al anclaje de la causa de anulación del laudo referida a la motivación en el art. 41.1 de la LA, la STC 17/2021 de 15 de febrero, parece que la sitúa en la infracción de los principios procesales indispensables de manera que podría incluirse en la letra f) del art. 41.1 de la LA, esto es, en el orden público.

De este modo se lee en la sentencia de 15 de febrero en su FJ 2: *«La acción de anulación, por consiguiente, solo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior.»*

Y en otro pasaje del mismo fundamento: *«Por consiguiente, debe subrayarse una vez más que si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público»*, de donde hay que inferir que, si la resolución arbitral puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, cabría invocar la infracción del orden público.

Por el contrario, la STC 65/2021 de 15 de marzo —como después veremos— dice que la motivación de los laudos no incide en el orden público.

En todo caso existen puntos de coincidencia entre ambas resoluciones.

En cuanto a la revisión de la motivación del laudo en las acciones de anulación, el TC en las sentencias indicadas comienza por señalar que, aunque desde la perspectiva constitucional la semejanza entre la motivación exigible a los laudos arbitrales y la de las resoluciones judiciales no es absoluta —si es semejanza, nunca será absoluta— no por ello prescinde del canon de motivación exigible a las resoluciones judiciales, con un punto de partida distinto.

La motivación de las resoluciones judiciales viene impuesta por los arts. 24 y 120 de la CE y forma parte de su contenido. Dichas normas solo vienen referidas a la jurisdicción de modo que un laudo arbitral nunca puede vulnerar el art. 24 de la CE, aunque sí la sentencia judicial que analiza los motivos de nulidad.

El deber de motivación del laudo viene exigido, sin embargo, por el art. 37.4 de la LA siendo pues una opción del legislador, como podía haber elegido otra, esto es, no exigiendo la motivación o imponiendo determinados requisitos.

Sin embargo, la realidad es que la exige —salvo el caso de que las partes lleguen a un acuerdo sobre el contenido del laudo— y en cuanto que es exigible la motivación debe contener unos estándares mínimos.

Cuáles son estos mínimos, a saber:

La irracionalidad, la arbitrariedad y el error patente que expresamente dice serán considerados defectos de motivación susceptibles de anulación en virtud del art. 37.4 de la LA.

De conformidad con esta doctrina la Ley de Arbitraje no impone que la motivación deba ser convincente, suficiente, o que deba extenderse a determinados extremos.

Así:

a) Como en el caso de las sentencias, la motivación no requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos o perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide sino contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos o de equidad utilizados para fundar la decisión, o lo que es igual, conocer la *«ratio decidendi»*.

Desde este punto de vista, no cabe confundir las pretensiones actuadas en el arbitraje, sobre las que el árbitro deberá pronunciarse para ser congruente, con los argumentos que respecto de cada una se invoquen por las partes.

O lo que es igual, no es necesario que el árbitro se pronuncie sobre todas y cada una de las alegaciones ni sobre todas las ocurrencias que las partes puedan considerar en sus escritos.

b) Tampoco ha de extenderse a la indicación de las pruebas consideradas ni, menos aún, la opinión que le merecen todas las pruebas practicadas.

c) En el arbitraje de derecho tampoco se exige un derecho al acierto en la selección, interpretación y aplicación de las normas que tampoco requiere el art. 24 CE para los jueces.

En orden a la razonabilidad hay que tener en cuenta que la validez de un razonamiento desde el punto de vista de la lógica es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas, de modo que no pueden combatirse los razonamientos sobre la base de argumentar que las premisas no corresponden a la realidad de los hechos.

Los argumentos utilizados para resolver deben ser coherentes y razonables, no siendo tan relevante en este ámbito del derecho, la verdad de los hechos.

Repitiendo lo dicho para las Sentencias judiciales en otras resoluciones del TC:

«Solo no serán razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que a primera vista y sin necesidad de un mayor esfuerzo intelectual o argumental se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o si-

guen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas.»

Vemos pues que, aunque la Sentencia 17/2021 no afirme que la motivación de los laudos debe ser igual a la de las sentencias, desde el momento en que el legislador ordinario no ha hecho distinciones y ha exigido la motivación, el canon de interpretación que utiliza es prácticamente el mismo.

O lo que es igual «parecidos criterios» pero sin que haya expresado con claridad en qué aspectos deberían diferenciarse, salvo para los laudos de equidad en los que admite que la exigencia de motivación pueda ser más tenue.

Así en relación con los laudos de equidad, exigiendo igualmente la motivación, la STC 17/2021, aclara que:

«Cuando las partes se someten a un arbitraje de equidad, aunque ello no excluya necesariamente la posibilidad de que los árbitros refuercen ‘su saber y entender’ con conocimientos jurídicos, pueden prescindir de las normas jurídicas y recurrir a un razonamiento diferente al que se desprende de su aplicación, porque lo que se resuelve ex aequo et bono debe ser decidido por consideraciones relativas a lo justo o equitativo. Y aquí también debe quedar meridianamente claro que es el tribunal arbitral el único legitimado para optar por la solución que considere más justa y equitativa, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluso si tal solución es incompatible con la que resultaría de la aplicación de las normas del derecho material. El canon de motivación, en este caso, es más tenue, si bien es imprescindible que se plasmen en el laudo los fundamentos —no necesariamente jurídicos— que permitan conocer cuáles son las razones, incluso sucintamente expuestas, por las que el árbitro se ha inclinado por una de las posiciones opuestas de los litigantes.»

Pero, como hemos dicho, la STC 65/2021 da un paso más cuando afirma en su FJ 5:

«...la motivación de los laudos no está prevista en la Constitución ni se integra en un derecho fundamental (art. 24 CE). Es una obligación de configuración legal del que bien podría prescindir el legislador sin alterar la naturaleza del sistema arbitral. Por lo demás, que el art. 37.4 LA disponga que “el laudo deberá ser siempre motivado”, no significa que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes, como tampoco que deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia por una norma u otra, pues para determinar si se ha

cumplido con el deber de motivación, basta con comprobar, simplemente, que el laudo contiene razones, aunque sean consideradas incorrectas por el juez que debe resolver su impugnación (STC 17/2021, de 15 de febrero, FJ 2).»

De ahí concluye que:

«Asentado, por consiguiente, el arbitraje en la autonomía de la voluntad y la libertad de los particulares (arts. 1 y 10 CE), el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido en el art. 24 CE para la resolución judicial, sino que se ajusta a un parámetro propio, definido en función del art. 10 CE. Este parámetro deberán configurarlo, ante todo, las propias partes sometidas a arbitraje a las que corresponde, al igual que pactan las normas arbitrales, el número de árbitros, la naturaleza del arbitraje o las reglas de prueba, pactar si el laudo debe estar motivado (art. 37.4 LA) y en qué términos. En consecuencia, la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público.»

Estas afirmaciones permiten entender, por un lado, que los defectos anudados a la motivación deberían anclarse en la letra d) del art. 41.1 de la LA en lugar de en el art. 41.1 letra f) y de otro: a) que basta con que el laudo dé razones; y b) que las partes de común acuerdo, podrían en el convenio arbitral o bien una vez producida la controversia, pactar unos determinados requisitos —los términos— de la motivación.

Sin embargo, en mi opinión, el pacto no podría implicar que el laudo no contuviese motivación alguna como podría interpretarse la sentencia pues el art. 37.4 de la LA establece con claridad que el laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior.

El artículo 36.1 LA regula el pacto de las partes sobre el contenido del laudo, esto es, el acuerdo de las partes para poner fin a la controversia que la LA exige sea en forma de laudo. [Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes].

En este único caso, como es lógico, puede prescindirse de la motivación, lo cual no implica a mi parecer que las partes puedan suprimir por pacto la exigencia de la motivación cuando es el árbitro quien debe decidir la controversia.

El art. 37.4 es una norma imperativa de la LA, como se colige de su texto, por lo que los pactos de las partes no podrían contravenirla ex art. 1255 del CC. El margen de actuación en orden a los «términos» de la motivación sería escaso

si es para disminuir los cánones del razonamiento mínimos exigibles porque no podría desvirtuarse convencionalmente la exigencia de motivación haciéndola, en los términos pactados, irreconocible.

Por el contrario, podría pactarse que la motivación por parte del árbitro se extendiera a una completa descripción de la prueba, las razones de credibilidad de las partes o de los testigos, etc. Esto es imponer un canon de razonamiento superior al exigido para las resoluciones judiciales.

Es en este contexto —a mi parecer— que deben interpretarse los siguientes párrafos contenidos en el mismo FJ 5 de la STC 65/2021:

«De esto se sigue que el órgano judicial que tiene atribuida la facultad de control del laudo arbitral, como resultado del ejercicio de una acción extraordinaria de anulación, no puede examinar la idoneidad, suficiencia o la adecuación de la motivación, sino únicamente comprobar su existencia, porque, salvo que las partes hubieren pactado unas determinadas exigencias o un contenido específico respecto a la motivación, su insuficiencia o inadecuación, el alcance o la suficiencia de la motivación no puede desprenderse de la voluntad de las partes (art. 10 CE). Cabe, pues, exigir la motivación del laudo establecida en el art. 37.4 LA, pues las partes tienen derecho a conocer las razones de la decisión. En consecuencia, en aquellos supuestos en los que el árbitro razona y argumenta su decisión, habrá visto cumplida la exigencia de motivación, sin que el órgano judicial pueda revisar su adecuación al derecho aplicable o entrar a juzgar sobre la correcta valoración de las pruebas, por más que de haber sido él quien tuviera encomendado el enjuiciamiento del asunto, las hubiera razonado y valorado de diversa manera.

De ese modo, las posibilidades de control judicial sobre la motivación del laudo son en cierto modo similares a las que el tribunal reconoce cuando revisa en amparo las decisiones judiciales, insistiendo desde antiguo en que este tribunal no es una tercera instancia casacional en la que se pueda entrar a valorar las pruebas, sustituyendo a los jueces y tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, quedando limitada su función a comprobar que haya habido una actividad probatoria de cargo válida y que la resolución judicial no haya sido arbitraria, irracional o absurda (SSTC 96/2000, de 10 de abril, FJ 5, y 12/2004, de 9 de febrero, FJ 2), o lo que es lo mismo, debe controlar únicamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta (por todas, SSTC 123/2006, de 24 de abril, FJ 5; 245/2007, de 10 de diciembre, FJ 7, y 147/2009, de 15 de junio). En este caso, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no es una tercera instancia y solo debe controlar que se han cumplido las garantías del procedimiento arbitral y el respeto a los derechos y principios de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prue-

ba; así como que la resolución arbitral no sea arbitraria, irracional o absurda desde un mero control externo, lo que significa que no lo sea sin entrar a valorar el fondo del asunto.»

IV. CONCLUSIÓN

En definitiva, en palabras del TC (STS 17 y 65 de 2021) el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función y que no cabe anular un laudo por vulneración del orden público por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro o por el colegio arbitral sean consideradas, a ojos del órgano judicial, erróneas o insuficientes, o, simplemente, porque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes.

Salvo arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente no cabe revisar la motivación del laudo teniendo en cuenta que la motivación no exige que el árbitro analice en el laudo todas las pruebas y argumentos de las partes, sino tan solo que consten las razones de la decisión, sin que tampoco se obligue a que tales razones sean correctas o adecuadas, según el criterio del juez que deba resolver su impugnación.

Ni los hechos ni la aplicación del derecho pueden ser objeto de una segunda instancia, ya que la pretensión del arbitraje es la rapidez en la resolución de los conflictos y ello pasa porque efectivamente sea un proceso en instancia única.

NOTAS SOBRE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DE 15 DE FEBRERO DE 2001,
CON CIERTOS ECOS DEL ARBITRAJE

por

ELÍAS CAMPO VILLEGAS

Notario jubilado

Académico de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

15 de marzo de 2022

SUMARIO

- I. *Previo. El arbitraje y las normas imperativas*
- II. *La impugnación del laudo*
- III. *Fundamentos jurídicos de la Sentencia del TC*
- IV. *Valores significativos de la sentencia*
 - 1. Valor jurisprudencial de la Sentencia del TC
 - 2. La redefinición del arbitraje
- V. *Sobre la ejecución de la sentencia. La liquidación de la sociedad*

I. PREVIO. EL ARBITRAJE Y LAS NORMAS IMPERATIVAS

La Sentencia del Tribunal Constitucional, objeto de esta comunicación, recayó como consecuencia de un arbitraje de equidad en una sociedad cuyos estatutos habían dispuesto que las cuestiones que pudieran suscitarse entre los accionistas y la sociedad, o entre aquellos, se sometían a arbitraje de equidad.

En definitiva, tenemos un arbitraje de equidad en áreas regidas por normas imperativas.

Todo ello nos hace recordar que, durante décadas, llenando casi el siglo pasado aún hasta el presente, una de las cuestiones más controvertidas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ha sido cuanto se refiere a las normas imperativas en una doble vertiente:

- Si cabe el arbitraje en áreas en que rigen normas imperativas.
- Si es admisible el arbitraje de equidad en temas regidos por normas imperativas.

I.2. *Sobre la arbitrabilidad de las cuestiones regidas por normas imperativas*

Este tema corrió dividiendo en su día a la jurisprudencia y a la doctrina. El Tribunal Supremo en sentencias de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907 admitió la arbitrabilidad de los acuerdos sociales. Sin embargo, a partir de la sentencia de 15 de octubre de 1956 la jurisprudencia cambió de signo a consecuencia de la influencia de la doctrina encabezada por URÍA al comentar la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, de importante normativa imperativa (Sentencias del Tribunal Supremo de 15.10.56, 27.01.68, 21.05.70 y 15.10.71).

Todo cambió tras dos pronunciamientos jurisprudenciales capitales. La RDGRN de 19 de febrero de 1998, seguida por la Resolución de 1 de octubre de 2001. Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 que dio un giro total a la jurisprudencia anterior y «estima que en principio, no quedan excluidos del arbitraje, y por tanto del convenio arbitral, la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales». Doctrina reiterada por la sentencia de 30 de noviembre de 2001, ambas del mismo Ponente, O'Callaghan Muñoz.

Ante este giro de la jurisprudencia no puede olvidarse la minoritaria doctrina existente a la sazón favorable al arbitraje en relación con la impugnación de acuerdos sociales¹.

I.3. *Sobre el arbitraje de equidad en materias regidas por normas imperativas y en la impugnación de acuerdos sociales*

En la doctrina, prácticamente la casi totalidad de los autores niegan el arbitraje de equidad en materias regidas por normas imperativas. Por nuestra parte, rechazamos tal posición por las consecuencias inaceptables a que nos conduciría. Una, hasta impedir el arbitraje societario, pues, ante las cláusulas usuales de someter a arbitraje todas las cuestiones societarias entre socios o entre estos y la sociedad, se pondría en duda la validez de tal cláusula, o también en cada caso en particular podría proponerse como cuestión previa su arbitrabilidad en equidad.

¹ VICENT CHULIÀ, F. «El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales. RGD n° 646-647, julio-agosto 1998; CAMPO VILLEGAS, E. «El arbitraje en las sociedades mercantiles» RJC n° 2, 1998, págs. 9-45; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. «Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales» RGD junio 1995, núm. 609, págs. 6913 y ss.

Se negaría la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales... etc. Y ello frente a la actual jurisprudencia que admite el arbitraje societario sin límites, desde la STS 18/4/98 y otras.

Además:

a. En cualquier arbitraje de equidad sobre temas que aparentemente no están regidos por normas imperativas, pueden surgir cuestiones sobre las que en concreto aleteen normas imperativas. Sería absurdo que el árbitro paralizara su función sobre tales particularidades ya que la contienda es inescindible. El árbitro de equidad tendría que resolver sin más limitación que la que pregonamos con carácter general: la de juzgar sin violar la Ley imperativa. ¿Dejaríamos indefenso al demandado que en su oposición invoca situaciones o relaciones jurídicas regidas por normas imperativas? ¿Impediríamos al demandado una reconvencción que tuviera por base derechos, situaciones, relaciones o negocios jurídicos regidos por normas imperativas? Y admitida esta posibilidad ¿por qué razón vamos a negar en otros supuestos la competencia del árbitro de equidad?

b. Queda en la sombra el alcance de las doctrinas que niegan el arbitraje de equidad en las áreas regidas por normas imperativas. De admitirse esta doctrina debería contestarse a algunas preguntas. Y perfilarse el alcance de la prohibición. ¿Qué prohíbe? ¿Queda viciado el convenio arbitral? Si a pesar de la referida prohibición se tramita un arbitraje de equidad, que termina con un laudo en el que no se infringe norma imperativa alguna, ¿podrá impugnarse el laudo por considerar que era nulo el convenio arbitral al amparo del motivo a) del artículo 41 de la Ley de Arbitraje? De admitir esta posibilidad se abriría una inseguridad intolerable pues ya no se precisaría inquirir si el laudo infringe una norma imperativa pues bastaría escudriñar si el convenio arbitral introducía el arbitraje de equidad a posibles áreas impregnadas con normas imperativas.

De todas maneras, nos complace dar a conocer que nuestra postura encuentra cierto apoyo, tanto doctrinal como jurisprudencial.

1. FERNÁNDEZ DEL POZO² entiende que la previsión de un arbitraje de equidad para resolver las controversias societarias puede reportar ventajas indudables de orden práctico; haciendo posible una interpretación más flexible y ponderada de las normas y estatutos; y sobre todo, puede servir para encontrar más adecuados —«equitativos-remedios»— a la situación permanente de conflicto interno entre los socios.

² FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, en «La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima.» En torno a la STS 9/2005, de 17 de enero de 2005, pág. 299.

2. Por su parte, TUSQUETS TRIAS DE BES³ en visión progresiva sostiene que, no obstante la imperatividad de la normativa societaria la mayor discrecionalidad que el árbitro en equidad poseen, lleva a destacar ventajas para resolver controversias en torno a materias conflictivas como la remuneración de los administradores, o para enjuiciar la diligencia exigible a los mismos, o decidir en situaciones de opresión de la minoría, o también respecto de la conflictividad derivada de la falta de una adecuada regulación en materia de grupos de sociedades, o incluso ante la complejidad de las nuevas tecnologías.

3. En la misma línea, últimamente MADRIDEJOS FERNÁNDEZ⁴ entiende que no se puede prohibir el arbitraje de equidad pese a la gran complejidad del régimen jurídico societario, cuyas normas imperativas habrán de respetarse.

4. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998, confirmada por la de 30.09.2021, citadas anteriormente, admitieron paladinamente la impugnación de acuerdos sociales en un arbitraje de equidad.

5. Además, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2005, en cuanto en un arbitraje de equidad, no sólo se anulaban acuerdos sociales, sino que, en una situación de conflicto permanente, la interpretación en equidad entendió que al socio minoritario no le era exigible permanecer en la sociedad, concediéndole un derecho de separación, que ocasionó la reducción del capital social, previa compra de las acciones al socio excluido.

6. Y, por último, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021, objeto de esta comunicación en la que en un arbitraje de equidad: *«Ante un continuo e insostenible abuso de derecho del administrador Don Carlos Gutiérrez-Maturana-Lavios y Altuna de su posición de control de la sociedad familiar, el laudo arbitral declaró, entre otras medidas, la disolución de la sociedad, con la consiguiente apertura de la sección de liquidación, junto con el cese de los administradores»*.

La relevancia de esta Sentencia radica básicamente en que el Tribunal Constitucional centra el arbitraje en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE).

Además, refiriéndose a la doctrina jurisprudencial sobre el arbitraje, señala que «ha de partirse de la idea de que la configuración del arbitraje como vía extrajudicial de resolución de las controversias existentes entre las partes es un «equivalente jurisdiccional», dado que las partes obtienen los mismos

³ TUSQUETS TRIAS DE BES, Francesc, en «Una visión renovada del arbitraje de equidad y sus ventajas. Obra colectiva «EL NUEVO ARBITRAJE DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2011». Revista Jurídica de Catalunya anuario de justicia alternativa. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 159.

⁴ MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso, en «El arbitraje societario», Cuadernos de Derecho y Comercio 72, Dic. 2019, Revista semestral, Fundación Notariado, pág. 30.

resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada. La exclusividad jurisdiccional a que alude el art. 117.3 CE no afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el art. 24 CE. En relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, este Tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio» (STC 1/2018, de 11 de enero, FJ3).

A todo ello debe añadirse que el Tribunal Constitucional en esta sentencia determina el ámbito de la acción de anulación contra los laudos arbitrales, tema de no mucha atención doctrinal.

II. LA IMPUGNACIÓN DEL LAUDO

Don Carlos Gutiérrez-Maturana-Lavios y Altuna impugnó el laudo arbitral, que entendía nulo de pleno derecho por vulnerar el orden público al haberse decretado la disolución y liquidación de la sociedad sin la concurrencia de causa legal o estatutariamente predeterminada. Se combatía igualmente la motivación y la valoración de la prueba por arbitrariedad y parcialidad del laudo.

El TSJM en Sentencia de 8 de enero de 2018 estimó la demanda de anulación del laudo arbitral, en base fundamentalmente a lo siguiente:

1. Vulneración del orden público por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

2. El laudo no se encuentra suficientemente motivado porque no pondera ni evalúa toda la prueba practicada, enumerando los déficits probatorios que considera de interés.

3. El laudo no da respuesta a todas las cuestiones planteadas en el arbitraje.

4. Tampoco contiene una motivación suficiente para llegar a una conclusión tan importante como la disolución de una sociedad.

El recurso de amparo

Ante el recurso de amparo planteado, la Sentencia que comentamos decidió estimarlo, y en consecuencia «declarar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) de las demandantes de amparo»; «reestablecer a las recurrentes en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad

de la Sentencia de 8 de enero de 2018 (AC/2018/102) y del Auto de 22 de mayo de 2018, ambos de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictados en el procedimiento de nulidad de laudo arbitral núm. 52-2017»; y «retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la primera resolución citada para que se resuelva de forma respetuosa con los derechos fundamentales reconocidos».

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA DEL TC

La Sentencia del TC hace alusión a la invocación del TSJM respecto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por un supuesto déficit de motivación y una errónea valoración de la prueba practicada en el procedimiento arbitral, lo que a juicio del órgano judicial contradiría el *orden público* contenido en el art. 41.2f) L.A. Pues bien, frente a todo ello la Sentencia del T.C. que comentamos invoca la STC 46/2020, de 15 de junio, FJ4, a la que se remite, señalando en una declaración transcendental, «*que la institución arbitral es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción*».

Igualmente recuerda que, si bien la acción de anulación es el mecanismo de control judicial previsto, tal control tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las casusas tasadas establecidas en la Ley, sin que ninguna de ellas —tampoco la relativa al orden público— pueda ser interpretada de modo que subvierta esta limitación.

Todo ello comporta para esta sentencia que el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del derecho. Tampoco es una segunda instancia revisoria de los hechos y derechos aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Por consiguiente, debe subrayarse una vez más que si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público. Así también debe quedar fuera de un posible control anulatorio «la posible justicia del laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión» (sentencia de 23 de mayo de 2012).

En cuanto a la *motivación* de los laudos ha de aclararse que ni tan siquiera se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, pues el derecho a obtener una resolución fundada implica que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos o de equidad que fundamentan la decisión, que no deben resultar arbitrarios.

Deteniéndose de nuevo en la información del órgano judicial de la insuficiencia de la motivación del laudo arbitral, la sentencia que comentamos deja sentado que el art. 37.4 LA únicamente dispone que «el laudo será siempre motivado», pero no impone expresamente que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes o que deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia de una prueba sobre otra. Las únicas precisiones legales sobre el contenido del laudo que se encuentran en la Ley de Arbitraje son negativas, en cuanto se refieren a las limitaciones que se imponen a la decisión arbitral, derivadas de lo establecido en el art. 41.1 LA sobre los motivos de anulación del laudo, particularmente no resolver sobre cuestiones no sometidas a su decisión o no susceptibles de arbitraje, y no contrariar el orden público. Es decir, de la regulación legal tan sólo se sigue que el laudo ha de contener la exposición de los fundamentos que sustentan la decisión, pero no que la motivación deba ser convincente o suficiente, o que deba extenderse necesariamente a determinados extremos. No cabe deducir de la previsión legal la necesidad de que el árbitro analice en el laudo todas las pruebas y argumentos de las partes, sino tan solo que consten las razones de la decisión, sin que tampoco se obligue a que tales razones deban ser correctas, según el criterio del juez que deba resolver su impugnación.

En este contexto, la sentencia comentada entiende que la decisión del órgano judicial de anular el laudo por falta de insuficiente motivación (art. 37.4 LA), fue contraria al canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE), conclusión que se refuerza además por el comportamiento de la Sala, que entró en el fondo del asunto sobrepasando los límites constitucionales del deber de motivación y congruencia. Con tal actuar la Sala en la sentencia de 8 de enero de 2018, ahora recurrida, anuló un laudo arbitral que, sin reproche formal alguno, entiende que es contrario al orden público por no haber extraído determinadas consecuencias jurídicas de la prueba practicada.

Por consiguiente, una vez determinado lo inadecuado de la motivación contenida en la resolución impugnada en relación con los límites propios de la acción de anulación del laudo, la sentencia que comentamos declara que procede otorgar el amparo y reconocer el derecho de las recurrentes a la tutela judicial

efectiva sin indefensión, por lesión del art. 24 CE, debiendo retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de 8 de enero de 2018, recaída en el procedimiento de anulación del laudo arbitral examinado en la presente resolución, para que por la Sala se proceda a dictar una nueva resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

IV. VALORES SIGNIFICATIVOS DE LA SENTENCIA

De esta sentencia interesa destacar su valor jurisprudencial y su valor redefinitorio.

1. *El valor jurisprudencial de la Sentencia del TC*

La Sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos de 15 de febrero de 2021 ofrece el singular valor de remitirse, para acogerla, a otra del mismo TC de 15 de junio de 2020, con las que, al unir las a la de 17 de enero de 2005 referida en el anterior apartado IV, resultan tres sentencias seguidas del mismo TC con un significativo valor jurisprudencial que se invoca.

Se confirma así la doctrina de ciertos autores, que antes hemos citado, sobre las ventajas de orden práctico que ofrece el arbitraje de equidad para resolver controversias societarias, en la situación permanente de conflicto interno entre socios.

2. *La redefinición del arbitraje*

En esta sentencia de 15 de febrero de 2021 se viene a redefinir el arbitraje al recordar que en virtud del pacto arbitral se sustrae de la jurisdicción ordinaria la resolución de la controversia defiriendo a los árbitros el conocimiento y solución de la cuestión que desde ese momento resulta vedada a la jurisdicción. Se podrá anular el laudo, pero la jurisdicción ordinaria no volverá a actuar.

Con semejante expresión se lleva hasta el último extremo el efecto negativo del convenio arbitral, del cual el artículo 11 de la LA proclama el doble efecto positivo y *negativo*, «el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e *impide a los Tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje*».

De todo ello importa aquí la clarificación que se ha producido sobre la naturaleza de la anulación en cuanto se le niega como medio de implicar una segunda instancia, impidiendo un segundo pronunciamiento de fondo. Pero queda sin embargo sobre la mesa el interrogante apenas tratado en la doctrina

de la situación jurídica que resulta de la nulidad del laudo por infracción del orden público⁵: volver a plantear la cuestión entre los árbitros o bien, decretada la nulidad del arbitraje, acudir a la jurisdicción ordinaria. En la Sentencia que comentamos, redefiniendo el arbitraje, se recuerda que: en virtud de pacto arbitral se sustrae de la jurisdicción ordinaria la resolución de la controversia defiriendo a los árbitros el conocimiento y solución de la cuestión que desde ese momento resulta vedada a la jurisdicción. Como hemos dicho, se podrá anular el laudo, pero la jurisdicción ordinaria no volverá a actuar.

V. SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD

En la Sentencia que comentamos se decide la «apertura de la sección de liquidación».

Disuelta la sociedad nos situamos en el paso siguiente referente a la liquidación de la sociedad, dado que la designación de los liquidadores corresponde en principio a la Junta General. El problema de la liquidación en la misma vía arbitral ha dado lugar a cierta doctrina⁶ y jurisprudencia⁷. A nuestro criterio, su posibilidad se apoya en los argumentos siguientes, no contradichos por la doctrina ni por la jurisprudencia citada que ha tratado la cuestión.

—El tema implica una controversia sobre el concepto de «materia disponible». La disponibilidad de una relación o cuestión resulta de la circunstancia de que sobre la misma pueda jugar el consentimiento de los interesados, característica que se evidencia por cuanto el nombramiento y la destitución de los liquidadores se efectúa libremente en las Juntas Generales, foro en el que resplandece la voluntad de las partes interesadas.

—Cuando el árbitro designa al liquidador lo hace en función de las facultades recibidas a través de la cláusula estatutaria de sumisión arbitral, cláusula que fue establecida con el consentimiento unánime de todos los socios fundadores, equivalente al consentimiento de los socios en una Junta General. Consentimientos prestados en el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad.

—El que la división del haber social se realice por vía arbitral no atenta a ningún principio, ni puede repugnar cuando en el mismo Código civil se ad-

⁵ BARONA VILLAR, Silvia, en «Comentarios a la Ley de Arbitraje», Ley 60/2003, de 23 de diciembre, pág. 449.

⁶ CARAZO LIEBANA, María José, en «El arbitraje societario». Ed. Marcial Pons, 2005, págs. 214 y sig.

⁷ Ver la jurisprudencia recogida por Muñoz Planas, J.M. «Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles», Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uria, Civitas pp. 381 y ss.; así como la citada por Carazo Liebana, M.J., op. cit. pág. 215.

mite limpiamente tal posibilidad (art. 402). Y en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1985, aparte otras citadas, por MUÑOZ PLANAS.

—Sería contradictorio con la misma esencia del arbitraje el tener que remitir al juez, en ejecución del laudo, el conflicto sobre el nombramiento del liquidador, tras permitir que sea el árbitro quien decrete la disolución pues implicaría un fallo del convenio arbitral. En nuestro sistema el pacto arbitral produce un doble efecto: positivo, atribuyendo al árbitro la solución de controversias; y negativo, *excluyendo a la jurisdicción ordinaria de conocer de la materia en cuestión*.

—Debiendo recordar aquí cuanto en su momento hemos dicho al redefinir el arbitraje en el sentido de que el pacto arbitral sustrae de la jurisdicción ordinaria la controversia deferida a los árbitros.

DERECHOS FUNDAMENTALES: DERECHO A LA VIDA Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

por

EUGENIO GAY MONTALVO

Académico de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
22 de noviembre de 2022

SUMARIO

- I. *Justificación*
- II. *Contenido Esencial de las Leyes Orgánicas 2/2010 de 3 de marzo, de «salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo» y 3/2021 de 14 de marzo, de «regulación de la eutanasia»*
- III. *Consideraciones de carácter doctrinal y jurisprudencial*
- IV. *La objeción de conciencia como derecho y como deber de protección de la vida*
- V. *La objeción de conciencia de las personas jurídicas*
- VI. *A modo de conclusión*

I. JUSTIFICACIÓN

La presente comunicación tiene por objeto poner de manifiesto el conflicto que me suscita la posible confrontación de algunas leyes emanadas del poder legislativo con los derechos fundamentales que han sido el vector (módulo, dirección y sentido) esencial sobre el que discurren los ordenamientos derivados de esos derechos proclamados y transpuestos, posteriormente, a nuestra Constitución a partir de la Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948. Ellos sitúan en la dignidad de la persona el fundamento del Estado de Derecho y el principio rector de los ordenamientos y normas jurídicas derivados en todos aquellos países que, como el nuestro, lo configuran. Son, hoy en día estos Estados de Derecho, las democracias de nuestro entorno, radicalmente diferenciadas de los Estados de Leyes precisamente por ese imperativo moral que reconoce el derecho a la vida y a la dignidad de las personas como un derecho indisponible, incluso para el Estado.

Así queda proclamado en nuestra Constitución en el art. 10.1, que encabeza el Título I, relativo a los derechos y deberes fundamentales, al indicar que la dignidad de la persona no solo es el fundamento del orden político sino incluso de la paz social. Esta capital afirmación informa los artículos del mismo Título I que le siguen.

Aquí quiero referirme, en concreto, al «*derecho a la vida*» como principal derecho proclamado junto a la «*integridad física y moral*» en el art. 15 CE, pero también a la «*garantía de la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades*» proclamada en el art. 16 CE.

Entiendo que algunos de los contenidos de las Leyes Orgánicas 2/2010 de 3 de marzo, de «*salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*» y de la Ley Orgánica 3/2021 de 14 de marzo, de «*regulación de la eutanasia*» entran en clara colisión con el contenido y esencia de los derechos fundamentales. Así, la primera de estas Leyes basa su desarrollo en un pretendido «*derecho de autodeterminación individual*» proclamado en su Exposición de Motivos, que entiende que el derecho a «*la vida en gestación*» es opcional e intrínseco del derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo y, por extensión, del de aquel que dejará de estar en su seno por ley natural biológica. En la segunda de estas Leyes Orgánicas, sobre la regulación de la eutanasia, se proclama como «*un nuevo derecho individual a una muerte digna*» con objeto de paliar el sufrimiento «*grave, crónico, insoportable, incurable e imposible de aliviar en condiciones aceptables para el paciente*»; es decir, lo que viene a denominarse por la ley «*contexto eutanásico*».

Naturalmente, el debate que ello suscita puede poner en cuestión el contenido esencial de la vida, tanto desde un punto de vista jurídico como moral. Es por tal motivo, que el derecho a la objeción de conciencia, amparado en el art. 53.2.c CE, que de forma expresa cita el art. 30, fluye con naturalidad cuando la vida de la persona resulta, en principio, indisponible. Ante ello, la objeción de conciencia de aquellos profesionales que deben intervenir en el proceso de lo previsto en tales leyes resulta una garantía de las libertades y derechos fundamentales para ellos y para las instituciones y entidades donde deban llevarse a cabo las respectivas prácticas.

II. CONTENIDO ESENCIAL DE LAS LEYES ORGÁNICAS 2/2010 DE 3 DE MARZO, DE «*SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO*» Y 3/2021 DE 14 DE MARZO, DE «*REGULACIÓN DE LA EUTANASIA*»

Por ello, resulta preciso ir al contenido esencial de las leyes orgánicas en cuestión, sin perjuicio de lo que vayan disponiendo las reformas legislativas ya proyectadas.

A. En primer lugar, la Ley Orgánica 2/2010, entre otras cuestiones, vino a regular la interrupción voluntaria del embarazo en su Título II y la incluyó en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud (art. 18), siempre que se cumplan tres requisitos esenciales, a saber (art. 13):

1. Que la interrupción del embarazo se realice por un *médico especialista* o bajo su dirección.
2. Que se efectúe en un *centro sanitario público o privado* acreditado.
3. Que exista un *consentimiento expreso y por escrito* de la mujer embarazada o, en su caso, de su representante legal.

A continuación, se contemplan los supuestos en que se permite llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo, que se articulan en base a un «*sistema de plazos*» según el cual el aborto podrá practicarse:

a) Dentro de las primeras catorce semanas de gestación sin más motivo que la mera «*petición de la mujer embarazada*» (art. 14)

b) Si «*existe grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así consta en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija*» antes de las veintidós primeras semanas de gestación (art. 15.a).

c) Si «*existe riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija*» antes de las veintidós primeras semanas de gestación (art. 15.b)

d) Y, finalmente, sin sujeción a plazo alguno, en el caso de que «*se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico*» (art. 15.c).

Ciertamente, en el período de interrupción «libre» del embarazo a petición de la mujer deben cumplirse, además, estos dos requisitos: (a) «*Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad*», y (b) «*Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde dicha información y la realización de la intervención*» (art. 14); este último requisito, pretende ser eliminado por el proyecto de reforma de la Ley impulsado por el Ejecutivo.

B. Por lo que se refiere a la Ley Orgánica 3/2021, para poder recibir «*la prestación de ayuda para morir*» será necesario que la persona cumpla todos los requisitos establecidos en el art. 5 de la Ley.

(1) En primer lugar, «*el solicitante deberá tener la nacionalidad española o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiem-*

po de permanencia en territorio español superior a doce meses, ser mayor de edad y capaz y consciente en el momento de la solicitud». (2) En segundo lugar, deberá «disponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación». (3) En tercer lugar, será necesario que «haya formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas», a no ser que el médico responsable considere que «la pérdida de la capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente». (4) En cuarto lugar, el paciente ha de estar sufriendo una «enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e incapacitante, certificada por el médico responsable». Y (5), finalmente, el solicitante debe prestar, de nuevo, consentimiento informado antes de obtener la prestación de ayuda para morir.

Se establece, asimismo, que con toda solicitud se iniciará un procedimiento deliberativo entre el paciente y el médico responsable que versará sobre su diagnóstico, posibilidades terapéuticas y resultados esperables y que terminará con la decisión del paciente de continuar o desistir de la solicitud de prestación de ayuda para morir (art. 8).

Finalmente, la solicitud deberá ser evaluada por la Comisión de Garantía y Evaluación que emitirá informe favorable para que se pueda practicar la prestación de ayuda para morir (art. 10).

No cabe duda de que en ambos casos el legislador ha sido cuidadoso, no con idéntica o similar cautela, para que no pueda quedar al albur incontrolado de quien pretende ejercitar libre y conscientemente su decisión.

Sin embargo, debe quedar claro que no se trata del ejercicio *agere licere* de la voluntad individual en cada uno de los casos, como de la necesaria colaboración de terceras personas para llevar a cabo una voluntad, viciada o no viciada, que ponga fin a un proceso biológico de desenlace cierto en cualquiera de los dos casos. El uno evitando el proceso del *nasciturus* (certus an) y el otro acelerando el proceso del *moriturus* (incertus quando).

III. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Quisiera, en este punto, empezar reiterando algunas observaciones que formulé, en su día, en el voto particular que emití en el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 90/2010, de 14 de julio de 2010, mediante el que se denegaba la suspensión de diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010 solicitada en el marco del recurso de inconstitucionalidad promovido contra dicha ley. Ya en aquel momento, y aún sin prever que el Tribunal tardaría tanto tiempo en resolver, expresé que debía seguirse la doctrina manifestada desde siempre por el propio

Tribunal respecto al derecho a la vida, afirmando que esta *«es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos 'que le son inherentes'»*.

Igualmente, afirmé que la Ley Orgánica 2/2010 *«incide sobre el derecho fundamental por antonomasia, sobre el que se funda el Ordenamiento jurídico»* y que, por lo tanto, la alegación de los recurrentes de que de no suspender los preceptos de la Ley impugnados se iban a producir *«perjuicios irreparables»* no iba desencaminada por cuanto los mismos *«inciden sobre el componente estructural básico de nuestra organización jurídica y política, esto es, sobre el derecho a la vida, siendo así que algunos de sus artículos se refieren a la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo»*. Así mismo, me posicioné en el sentido de que no podía obviarse lo establecido en la STC 53/1985, de 11 de abril de (FJ 5), al decir que *«si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto ésta encarna un valor fundamental garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional»*, para concluir que *«al igual que el legislador tampoco nosotros podemos desconocer el valor de la vida humana, pues esta ha de informar el Ordenamiento jurídico, incluidas las decisiones de todos los órganos jurisdiccionales»*.

Desde aquella ya lejana fecha de 14 de julio de 2010, entiendo que se ha complicado aún más, si cabe, la situación y, por ello, procedo a continuación a presentar un análisis del estado actual de la cuestión tomando en consideración las novedades en la materia que se han ido produciendo.

Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, máximo intérprete de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de 1950 que contempla, lógicamente, el derecho a la vida, ha ido elaborando una sólida doctrina al respecto. Precisamente, a los pocos meses del Auto del TC al que me refería, el TEDH declaró en su Sentencia de 16 de diciembre de 2010 en el caso A., B. y C. c. Irlanda que:

«La Corte ha estimado con anterioridad (...) que la legislación que regula la interrupción del embarazo entronca con la esfera de la vida privada de la mujer, enfatizando que el Artículo 8 no puede ser interpretado en el sentido que el embarazo y su terminación pertenecen únicamente a la vida privada

de la mujer, de modo que, cuando una mujer se queda embarazada, su vida privada deviene estrechamente vinculada con el desarrollo del feto. *El derecho de la mujer a su vida privada debe ser ponderado con los otros derechos y libertades en pugna invocados, incluidos aquellos del nasciturus.*»

En el mismo sentido se pronunció la Corte en su Sentencia de 30 de octubre de 2012 en el caso P. y S. c. Polonia al recordar que:

«*Mientras que la Corte ha sostenido que el Artículo 8 no puede ser interpretado en el sentido que confiere el derecho al aborto, ha concluido que la prohibición del aborto por razones de salud y/o bienestar queda amparado dentro del ámbito del derecho al respeto de la vida privada y es acorde con el Artículo 8.*»

Sin embargo, el exponente más evidente de la doctrina respecto al derecho a la vida continúa siendo la Sentencia del caso *Petty c. Reino Unido*, desde que se dictó el 29 de abril de 2002, y en la que, entre otras cosas, se manifiesta:

«37. *La jurisprudencia del Tribunal concede preeminencia al artículo 2 como una de las disposiciones más fundamentales del Convenio (véase McCann y otros c. Reino Unido, Sentencia de 27 de septiembre de 1995, Serie A núm. 324, pág. 45 -46, §§ 146-47). Salvaguarda el derecho a la vida, sin el cual el disfrute de cualquiera de los otros derechos y libertades en la Convención se vuelve nulo.*

(...)

38. (...), *el Tribunal ha sostenido que la primera oración del artículo 2 § 1 ordena al Estado no sólo a abstenerse de quitar la vida intencional e ilegalmente, sino también a tomar las medidas apropiadas para salvaguardar la vida de las personas dentro de su jurisdicción (ver LCB c. Reino Unido, sentencia de 9 de junio de 1998, Reports of Judgements and Decisions 1998-III, p. 1403, § 36). Esta obligación se extiende más allá del deber primario de garantizar el derecho a la vida al establecer disposiciones penales efectivas para disuadir la comisión de delitos contra la persona respaldada por mecanismos de aplicación de la ley para la prevención, represión y sanción de las infracciones de tales disposiciones; también puede implicar, en determinadas circunstancias bien definidas, una obligación positiva de las autoridades de adoptar medidas operativas preventivas para proteger a una persona cuya vida está en peligro por los actos delictivos de otra persona (véase Osman c. Reino Unido, sentencia de 28 de octubre 1998, Informes 1998-VIII, página 3159, § 115, y Kılıç c. Turquía, n.º 22492/93, §§ 62 y 76, ECHR 2000-III). (...)*

39. *El énfasis constante en todos los casos ante la Corte ha sido la obligación del Estado de proteger la vida.* El Tribunal no está convencido de que «el derecho a la vida» garantizado en el artículo 2 pueda interpretarse como algo negativo. *Si bien, por ejemplo, en el contexto del artículo 11 del Convenio, se ha determinado que la libertad de asociación implica no solo el derecho a afiliarse a una asociación, sino también el derecho correspondiente a no ser obligado a afiliarse a una asociación, el Tribunal observa que la noción de una libertad implica cierta medida de elección en cuanto a su ejercicio (ver Young, James and Webster v. the United Kingdom, sentencia del 13 de agosto de 1981, Serie A núm. 44, pp. 21-22, § 52, y Sigur ur A. Sigurjónsson c. Islandia, sentencia de 30 de junio de 1993, Serie A n° 264, pp. 15-16, § 35).* El artículo 2 de la Convención está redactado en diferentes términos. No se preocupa por cuestiones relacionadas con la calidad de vida o lo que una persona elige hacer con su vida. En la medida en que estos aspectos se reconozcan como tan fundamentales para la condición humana que requieran protección contra la injerencia del Estado, podrán quedar reflejados en los derechos garantizados por otros artículos de la Convención, *o en otros instrumentos internacionales de derechos humanos. El artículo 2 no puede, sin una distorsión del lenguaje, interpretarse en el sentido de que confiere el derecho diametralmente opuesto, a saber, el derecho a morir; ni puede crear un derecho a la autodeterminación en el sentido de conferir a un individuo el derecho a elegir la muerte en lugar de la vida.*

40. *En consecuencia, la Corte considera que del artículo 2 del Convenio no puede derivarse ningún derecho a morir, ya sea a manos de un tercero o con la asistencia de una autoridad pública. (...).*»

«49. (...) *Como se indicó anteriormente, el artículo 2 de la Convención es, ante todo, una prohibición del uso de la fuerza letal u otra conducta que pueda causar la muerte de un ser humano y no confiere ningún derecho a un individuo para exigir a un Estado que permita o facilite su muerte.*»

IV. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA COMO DERECHO Y COMO DEBER DE PROTECCIÓN DE LA VIDA

Queda claro que un Estado de derecho como el nuestro debe garantizar a todos sus ciudadanos la protección de los derechos reconocidos en su Constitución y de aquellos Tratados y Convenios que se han incorporado al ordenamiento interno del Estado, de entre los cuales el derecho a la vida es el que garantiza poder disfrutar del resto.

La vida, sin duda, como ya he manifestado, y así lo entiendo, es un bien indisponible sobre el que nadie puede decidir, y la finalidad última de todo Estado es respetarla y protegerla, poniendo los medios necesarios para evitar la muerte

de sus ciudadanos e incluso prohibir la pena de muerte. Es por ello que cobran gran relevancia, a mi entender, los tratamientos médicos que previenen muertes prematuramente y los cuidados paliativos destinados a reducir el sufrimiento de quienes padezcan alguna enfermedad, incluso, o, mejor dicho, especialmente, si esta conduce directamente a una muerte cierta e irreversible.

Así lo refleja el Código de la Organización Médica Colegial española de 9 de julio de 2011 en cuyo artículo 36 se evidencian ambas vertientes del compromiso que los profesionales médicos y de la sanidad adquieren con sus pacientes, al indicar que:

«3. El médico nunca provocará intencionadamente la muerte de ningún paciente, ni siquiera en caso de petición expresa *por parte de este.*» (...)

«5. La sedación en la agonía es científica y éticamente correcta sólo cuando existen síntomas refractarios a los recursos terapéuticos disponibles y se dispone del consentimiento *del paciente implícito, explícito o delegado.*»

También considero muy acertadas al respecto las Conclusiones del reciente *Informe del Comité de Bioética de España* de 6 de octubre de 2020 sobre «*el final de la vida y la atención en el proceso de morir en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia*», en las que se nos recuerda que:

«*Por otro lado, la eutanasia y/o auxilio al suicidio no son signos de progreso sino un retroceso de la civilización, ya que en un contexto en que el valor de la vida humana con frecuencia se condiciona a criterios de utilidad social, interés económico, responsabilidades familiares y cargas o gasto público, la legalización de la muerte temprana agregaría un nuevo conjunto de problemas.*»

Es decir, no podemos ligar el valor de una vida humana a criterios utilitaristas de maximización de los beneficios colectivos. Cada vida humana es distinta, única e irrepetible, por lo que no se puede pretender determinar de forma objetiva el valor de cada persona en base a pautas económicas o de utilidad para los demás. El propio *Informe del Comité de Bioética de España* reflexiona sobre el peligro que supondría permitir que una sociedad como la nuestra respondiera y basara sus leyes en dichas reglas de valoración, como más adelante indica, al decir que:

«*Por otro lado, en el marco de la toma de decisiones utilitaristas acaban siempre perdiendo los mismos, las personas más vulnerables, como pueden ser en determinados contextos las personas con discapacidad y los ancianos. La batalla del utilitarismo acaba siempre con los mismos perdedores.*

El utilitarismo cae en la falacia de la ausencia de separabilidad moral de las personas, asumiendo que el valor moral de las personas es intercambiable: la salud que unos ganan compensa la que otros pierden siempre que el resultado sea una suma positiva. *Porque el enfoque utilitarista ignora el imperativo categórico kantiano, que ha conformado el concepto universal y secularizado de dignidad humana, y que prohíbe utilizar a las personas exclusivamente como medios para los fines de otros. La compensación interpersonal de las vidas humanas entre sí, con el fin de maximizar unos presuntos beneficios colectivos, es incompatible con la primacía de la dignidad humana. Y precisamente por ello, en una comunidad basada en el imperio de la ley, los derechos individuales no pueden quedar subordinados al objetivo de una agregación orientada hacia la maximización de los beneficios colectivos. Además, bajo el enfoque utilitarista, los derechos de los individuos pueden ser fácilmente infringidos porque sus beneficios individuales se agregan para constituir los beneficios colectivos.»*

Así pues, dignificar a la persona es tener en cuenta sus particularidades y valorarla como tal y no por el beneficio que pueda dar a los demás.

En este punto, es relevante destacar que nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 57/1994, de 24 de marzo (FJ 3), ya indicó que:

«la regla del art. 10.1 C.E., proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona».

El derecho no ha de responder exclusivamente a la legalidad, que entiendo puede incluso infringirlo, sino también a la moral, la ética y el respeto a los derechos humanos inalienables. Es más, no únicamente se debe legislar respetando los derechos a la vida y a la dignidad humana, sino que resulta de suma importancia prever, en su caso, el encaje en la legislación de la «objeción de conciencia», como ya previó la Constitución en su art. 30, para poderla ejercer, entonces, en el caso del servicio militar obligatorio, a fin de que los profesionales sanitarios puedan también acogerse a ella.

En el caso de estos profesionales, el ya citado Código de la Organización Médica Colegial española en su artículo 32 la define en los siguientes términos:

«1. Se entiende por objeción de conciencia la negativa del médico a someterse, por convicciones éticas, morales o religiosas, a una conducta que

se le exige, ya sea jurídicamente, por mandato de la autoridad o por una resolución administrativa, de tal forma que realizarla violente seriamente su conciencia.»

En el panorama europeo, también debo hacer mención a la *Brochure* del *Institut Européen de Bioéthique* publicado el 19 de mayo de 2016 sobre «*Clauses de conscience au profit des professionnels de la santé*» que se pronunció en relación a la objeción de conciencia en el ámbito de la interrupción del embarazo indicando que:

«*Ce concours est plus large que le fait de poser l'acte matériel visant à interrompre la grossesse : il couvre toutes les étapes du processus médical d'interruption de grossesse, de l'information sur les procédés d'avortement au suivi de la femme après l'intervention. Le Code de déontologie médicale prévoit, pour sa part, à propos des interruptions de grossesse que "dans tous les cas, le médecin est libre d'y prêter son concours. Il peut s'y refuser pour des motifs personnels. Ses collaborateurs doivent jouir à tous égards de la même liberté."*» (art. 86)

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de «*regulación de la eutanasia*» prevé la objeción de conciencia como un derecho individual de los profesionales que deberán manifestar dicha objeción con anterioridad e inscribir su declaración en el registro de objetores. Así, si se convierte la eutanasia en una práctica de prestación obligatoria por nuestro sistema de salud, es evidente que los objetores acabarán siendo perjudicados por una disminución en sus oportunidades laborales; y, además, se debe tener en cuenta lo que todo ello implica, tal como bien expuso el Comité de Bioética de España en su Informe de 6 de octubre de 2020, al indicar que:

«*Es decir, no se nos debe ocultar que a través de leyes como las eutanásicas el homicidio médico pasa a ser considerado como un procedimiento médico dispensable por el sistema sanitario, evidentemente cumplidas ciertas condiciones. Se trata de un cambio en el comportamiento médico aceptable que una vez legalizado será enseñado como adecuado y será practicado como necesario.*»

V. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En este punto, es preciso apuntar aquello que la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa indicó en su Resolución 1737 (2010):

«Ninguna *persona*, hospital o institución será coaccionada, considerada civilmente responsable o discriminada debido a su rechazo a realizar, autorizar, participar o asistir en la práctica de un aborto, *la realización de un aborto involuntario o de emergencia, eutanasia o cualquier otro acto que cause la muerte de un feto humano o un embrión, por cualquier razón.*»

Esta resolución es especialmente relevante por cuanto llama a la positivización del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia institucional en el marco europeo de protección de los Derechos Humanos. Esto supone la constatación de la superación de la concepción tradicional de este derecho como uno de titularidad exclusiva de las personas físicas.

Sin embargo, en nuestro país, no parece que este reconocimiento se haya producido de un modo tan explícito y contundente. Incluso el art. 32.2 del ya citado Código de la Organización Médica Colegial española, expresamente lo excluye cuando indica:

«2. *El reconocimiento de la objeción de conciencia del médico es un presupuesto imprescindible para garantizar la libertad e independencia de su ejercicio profesional.* No es admisible una objeción de conciencia colectiva o institucional.»

A pesar de ello, considero que existen razones más que suficientes para entender que la objeción de conciencia institucional está amparada por nuestro ordenamiento constitucional.

Concretamente, el Tribunal Constitucional declaró en la STC 161/1987, de 27 de octubre (FJ 3) que:

«*La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto.*»

Ya en el contexto específico de la objeción de conciencia en los casos de práctica de un aborto, el Tribunal estableció lo siguiente en la STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 14):

«*No obstante, cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se*

haya dictado o no tal regulación. *La objeción de conciencia* forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.»

Por lo tanto, entiendo que no es necesaria una habilitación legal de la objeción de conciencia institucional para que la misma pueda ser ejercida por hospitales que consideren que la interrupción voluntaria de la vida es una práctica contraria a los principios de dignidad humana y respeto por la vida.

Si, como bien dice el Tribunal Constitucional, la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa debemos determinar si las personas jurídicas son también titulares de este derecho pues ello es lo que determina que lo puedan ejercer. Para ello, debemos, en primer lugar, atender al tenor literal del art. 16.1 CE:

«Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.»

De este precepto se desprende que no solo los individuos son titulares del derecho, sino que también entidades supraindividuales pueden serlo. El criterio asentado y pacífico de nuestro Tribunal Constitucional es que también las personas jurídicas pueden ser titulares de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Así lo estipula, por todas, en la STC 139/1995, de 26 de septiembre (FJ 4):

«La Constitución española no contiene ningún pronunciamiento general acerca de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas, a diferencia, por ejemplo, de la ley Fundamental de Bonn en que expresamente su art. 19.3 reconoce que los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas nacionales en tanto y en cuanto, por su naturaleza, sean aplicables a las mismas. De todos modos, si bien lo anterior es cierto, también lo es que ninguna norma, ni constitucional ni de rango legal, impide que las personas morales puedan ser sujetos de los derechos fundamentales.

(...)

Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y, en cuanto estos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En conse-

cuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, sólo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art. 162.1 b) de la CE, sino titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social.

(...)

Sin embargo, la protección que los derechos fundamentales otorgan a las personas jurídicas no se agota aquí. Hemos dicho que existe un reconocimiento específico de titularidad de determinados derechos fundamentales respecto de ciertas organizaciones. Hemos dicho, también, que debe existir un reconocimiento de titularidad a las personas jurídicas de derechos fundamentales acordes con los fines para los que la persona natural las ha constituido. En fin, y como corolario de esta construcción jurídica; debe reconocerse otra esfera de protección a las personas morales, asociaciones, entidades o empresas, gracias a los derechos fundamentales que aseguren el cumplimiento de aquellos fines para los que han sido constituidas, garantizando sus condiciones de existencia e identidad.»

Es claro que la protección de la vida en todas sus formas y fases forma parte de la razón de ser y de la identidad ideológica de cualquier hospital o institución que proporcione o gestione cuidados médicos. *No existe hospital cuyo valor moral superior no sea la protección de la vida y la salud de los seres humanos.* Es inconcebible la existencia de una institución médica que no se guíe por un código fundamental de valoración y respeto por la vida. Por lo tanto, la libertad ideológica de un hospital plasmada y concretada en los valores de dignidad humana es un derecho fundamental cuyo reconocimiento es esencial e imprescindible para garantizar su identidad y racionalidad existencial.

De hecho, el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en favor del reconocimiento de la existencia de un ideario propio de las personas jurídicas, y más concretamente de las instituciones médicas, en la STC 106/1996, de 12 de junio (FJ 3):

«Por de pronto, es necesario poner de relieve que este Tribunal sólo se ha referido al concepto de “ideario del Centro” en relación con Centros docentes privados, lo que no significa, desde luego, que existan otro tipo de empresas, centros, asociaciones u organizaciones que puedan aparecer hacia el exterior como defensoras de una determinada opción ideológica.

(...)

La doctrina sentada por este Tribunal, en efecto, puede ser aplicable a la entidad titular (la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios), *en cuanto*

portadora de una ideología, respecto a los trabajadores vinculados por contrato laboral con ella.»

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Por todo lo anterior, para mí resulta indubitada la existencia de un derecho institucional a la objeción de conciencia que puede ser ejercitado por hospitales, clínicas y otras instituciones médicas en cuanto titulares del derecho fundamental a la libertad ideológica. Es decir, que, si entendemos, de conformidad con la correcta doctrina del Tribunal Constitucional, que el derecho a la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE) y que las personas jurídicas son titulares de este derecho fundamental debemos lógicamente concluir que lo son también del derecho a la objeción de conciencia y, en consecuencia, pueden objetar cuando se les imponga la realización de una prestación médica que resulte contraria a su conciencia, moral o ideario institucional.

El problema que podría plantearse es la objeción a prácticas interruptoras de la vida por parte de los hospitales de titularidad o financiación pública. Los obstáculos no se plantean en cuanto a su naturaleza de persona jurídica ya que, como se ha expuesto, esta no es óbice al ejercicio del derecho en cuestión. La posible reticencia vendría del hecho de cómo defender un conflicto ideológico o una antinomia moral entre el ideario de un hospital público y la del Estado titular que permite e incluso obliga a sus servicios sanitarios públicos a practicar este tipo de intervenciones.

Es decir, ¿cómo argumentar que las prácticas interruptoras de la vida suponen un atentado contra la libertad ideológica y la conciencia de un hospital público cuando es el propio Estado el que cree en la legitimidad de este tipo de prácticas?

Pues bien, para superar este escollo debemos recurrir nuevamente a la doctrina constitucional y a la relativa a la protección de los derechos humanos. Como se ha dicho, el TEDH no considera que el derecho a la vida incluya también el derecho a la muerte y mucho menos a exigir al Estado que contribuya a la causación de la propia muerte. Así también lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional en la STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 7) al decir que:

«Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición

constituye una manifestación del agere licere, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho.

En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte.»

Es por ello, que, en base a la expuesta doctrina constitucional, no puede exigirse que el Estado colabore en la propia muerte y mucho menos que la lleve a cabo mediante prácticas eutanásicas o de interrupción del embarazo. Que el Estado colabore con la muerte de un ser humano es contrario al derecho a la vida, axioma fundamental del principio de dignidad humana por el que tanto ha luchado la humanidad para conseguir su reconocimiento. Es una incoherencia lógica entender que el derecho a la muerte puede coexistir (y más aún, hacerlo en igualdad de condiciones) con el derecho a la vida. Son mutuamente excluyentes y su reconocimiento simultáneo supone una contradicción irreconciliable. Reconocer el derecho a recabar la colaboración Estatal en la interrupción de la vida supone un paso atrás desde el punto de vista histórico. Jamás en la historia de la humanidad anterior a 1945, se había conseguido un consenso universal y un reconocimiento general y absoluto de la dignidad del ser humano. La vida es condición indispensable y fuente de la dignidad, puesto que sin ella no se puede ostentar, gozar o ejercer ningún derecho. Negar el derecho a la vida humana es negar su dignidad y obligar a un profesional a la causación de la muerte.

Como ya se ha apuntado, la dignidad humana es y debe ser el elemento moral fundamental de cualquier institución pública y, con más razón aún si cabe, la de cualquier hospital, ya sea público o privado. Si entendemos que la finalidad última y primordial de cualquier servicio público es la protección y promoción de la naturaleza humana, también esta es la función de las prestaciones de salud públicas. Menoscabar este objetivo que tienen todos los hospitales es desatender a su propia razón de ser, su identidad como prestadores de servicios médicos y su integridad ideológica. Por ello, debemos entender que obligar a un hospital, aunque sea público, a ofrecer servicios médicos de interrupción de la vida puede resultar irreconciliable con su ideario; es decir, contrario a su libertad ideológica. Esta contradicción y la inexistencia de un derecho humano o fundamental a exigir del Estado la causación de la propia muerte es lo que justifica que también los hospitales públicos sean titulares y puedan ejercer la objeción de conciencia como personas jurídicas dedicadas a la preservación y promoción de la vida, la salud y la dignidad humana.

Necrològiques

ALEGRIA BORRAS I RODRIGUEZ: DES DE BARCELONA A EUROPA

per

ENCARNA ROCA TRIAS

Acadèmica de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

1 de març de 2022

Alegria Borrás i Rodríguez va néixer a Barcelona el febrer de 1943. Hauria complert fa pocs dies 79 anys. Filla d'un advocat més aviat republicà i de D.^a Rosario, soriana de soca-rel, va estudiar a la Universitat de Barcelona, a la seva Facultat de Dret on s'hi doctorà l'any 1970. De 1964 a 1982 va ser professora ajudant i després adjunta de dret internacional públic i privat a la Universitat de Barcelona, i des de 1985, catedràtica de dret internacional privat a la Universitat de Barcelona. Prèviament ho havia estat a la Universitat de Còrdova (1982-1983) i a la Universitat Autònoma de Barcelona (1983-1985).

La seva tasca principal es va produir en els àmbits del Dret internacional privat, començant per la delegació espanyola a la Conferència de La Haia de Dret internacional privat des de 1986, on va acabar essent el cap de dita delegació i després Delegada d'Espanya per a la cooperació judicial en matèria civil dins la Unió Europea des de 1993, delegada d'Espanya en el Comitè Permanent del Conveni de Lugano sobre competència judicial, reconeixement i execució de sentències en matèria civil i comercial des de 1996. Va ser vocal permanent de la Comissió general de Codificació d'Espanya i membre del Consell científic del Patronat Català Pro Europa, i de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat i va rebre en 2014 la Creu de Sant Jordi, precisament per la seva tasca en les organitzacions a les que pertanyia i a què m'he referit.

Quan es van crear els sistemes actuals d'acreditació, va ser membre del Consell Nacional per a la Recerca i Presidenta de la Comissió de Ciències jurídiques.

La seva especialitat en dret interregional, a la què em referiré després, va permetre introduir una sèrie de regles referides als Estats plurilegislatius en l'àmbit europeu en els Convenis que va negociar a La Haia i Brussel·les. Va morir a Barcelona, la seva ciutat, el mes de desembre de 2020.

Tots els seus càrrecs merescuts i guanyats a pols no li van impedir ser la gran amiga dels seus amics, la gran mare de família i la gran cuinera. L'Alegria va gaudir d'una família: dos fills casats i quatre nets, a més d'en Josep Maria, el company de tota la vida. Ells compregueren que les seves activitats científiques eren una part molt important de la seva vida al servei de l'Estat en els àmbits del dret europeu sobretot, i per tant, ells li van donar suport en les seves activitats, les seves absències i les seves hores de dedicació a la seva feina. És ben cert que no es donen premis a aquests aspectes, però sense aquests recolzaments invisibles no es pot progressar.

També ha tingut els seus deixebles, bons i respectats. I que la respectaven a ella, de manera que es pot dir que eren com una família paral·lela, perquè li produïen les mateixes satisfaccions i els mateixos disgustos. Que no tot són flors i violes en la vida d'un acadèmic.

És ben conegut que els professors universitaris exercim quatre funcions que formen el que podríem identificar com el nostre estatut: l'ensenyament, la recerca, la gestió i la transferència de coneixements. Alegria va ser excel·lent en aquestes tasques. Tothom ho admet i a més, és un dels professors més citats i coneguts entre els col·legues d'arreu de la nostra cultura jurídica.

Començaré per la recerca. Alegria va tenir la sort (i haig de reconèixer que l'atzar també influeix una mica en les nostres carreres personals) que en un moment determinat, allà pels anys 70, l'antiga assignatura de Dret internacional públic i privat es va dividir en dues branques: la de públic i la de privat. Penso que això no va ser determinant per a ella, perquè podria haver excel·lit igual amb l'antiga estructura, però segurament aquesta circumstància li va permetre dedicar la seva gran intel·ligència al camp del dret internacional privat, que es trobava menys estudiat en aquell moment i requeria més aprofundiment. A més, gairebé va coincidir amb el canvi de les antigues regles del primer títol preliminar del Codi civil, totalment desfasades en aquell moment i que ara, ho tornen a estar. Ningú li agrairà mai a Alegria els seus estudis i les seves publicacions en l'assentament de la nova disciplina i el que va fer per modernitzar unes normes que aportaven una sistematització diferent a les del vell títol preliminar del Codi civil. El puzzle semblava molt senzill quan ella l'explicava. Però no ha vist la reforma del Codi civil. Penso que jo tampoc la veuré.

A més, la matèria no es limitava i no es limita a les relacions privades internacionals: l'aplicació de les regles als conflictes interns, el que s'anomena «dret interregional», assignatura que vam ensenyar juntes com a optativa en la nostra Facultat a la UB. El mèrit d'Alegria va ser doble, des d'aclarir el significat d'aquestes complexes regles, fer-les comprensibles i sobretot, aplicables en l'Estat plurilegislatiu en què es va constituir el nostre país des de l'entrada en vigor del Codi civil i sobretot, convèncer els seus col·legues de La Haia i Brussel·les que quan es tracta de dret espanyol s'han de tenir en consideració els altres ordena-

ments jurídics vigents. Jo penso que ella i en Lluís Puig van ser de les poques persones interessades en aquest petit àmbit de l'assignatura i tots els advocats sabien que si tenien un conflicte en relació a punts de connexió, norma de conflicte, etc. calia recórrer a la Dra. Borrás.

Ella va ser una pionera en els complexos temes de Dret internacional privat; va introduir nous criteris sobre punts de connexió; va proposar la substitució de la nacionalitat o el veïnatge civil, pel de la residència, acceptat finalment en diversos Convenis internacionals. I com tots els precursors, ha hagut de lluitar amb la incomprensió dels «clàssics»: allò de «sempre s'ha fet així». Això unit a una certa incomprensió sobre la vigència del dret creat per la UE, que encara molts consideren que és dret estranger, va portar a alguns a entendre que en algunes coses estava parlant de fantasies per a professors.

Una bona recerca porta a una bona docència: la matèria sobre la que va ensenyar és difícil, perquè s'ha de saber dret privat (civil i mercantil) per poder aplicar les regles del dret internacional privat quan es produeix un conflicte de lleis. Alegria tenia molts coneixements de matemàtiques i la lògica ajuda a plantejar i resoldre bastants problemes relacionats amb aquesta part de l'ordenament jurídic. Un col·lega de la Facultat deia (exagerava) que els professors de dret internacional privat solament havien d'explicar 6 articles del Codi civil, mentre que els civilistes ens havíem d'ocupar de tota la resta. La comparació no és justa. L'ensenyament d'aquesta matèria requereix dots de convenciment i de claredat, molt importants. A més del coneixement i l'agilitat per bellugar-se entre les normes de conflicte. Quan augmenten els matrimonis entre persones de diferents nacionalitats al sí d'Europa, amb totes les conseqüències a l'hora de la crisi; quan hi ha successions amb béns situats a diferents països, amb legislacions diferents; quan hi ha empreses que contracten amb diferents consumidors que viuen en diferents països; quan la protecció de dades i la de la intimitat de les persones en la xarxa ja no es limita a l'Estat de residència, llavors aquesta fantasia es torna realitat i són molts els advocats que havien recorregut al saber de la Dra. Borrás per tenir clares les normes que regien la relació jurídica en qüestió.

L'aspecte de gestió en les seves universitats, Autònoma i Barcelona, ha estat importantíssim. Alegria no va ser d'aquells professors que no baixen a l'arena política universitària per no embrutar-se les mans en conflictes més o menys importants i alguns cops exclusivament personals, però sempre durs. Va gestionar els primers temps del programa ERASMUS a la UB. Va ser vice-degana a la UB en els primers setanta. Vice-rectora a la UAB i ha ocupat també diversos càrrecs a les institucions a les que va pertànyer: l'Acadèmia, la Comissió Jurídica Assessora, la RJC. Totes les institucions recorden, i els seus membres recordem, la seva manera de fer, l'encert en la gestió i la fermesa en defensar les seves opinions, alguns cops allunyades de les de la majoria. En això va demostrar la seva independència, la fermesa de les seves idees, sempre fonamentades i la convicció en el treball ben fet.

Em vull aturar un moment en la seva tasca a l'Acadèmia. Alegria va llegir el seu discurs l'any 1993 sobre el recent, en aquell moment, Conveni de Nacions Unides sobre l'interès del menor, que vaig tenir l'honor de respondre en nom de l'Acadèmia. El títol del discurs va ser: «*El interés del menor como factor de evolución y progreso del Derecho internacional privado*». En aquest discurs analitzava el Conveni de l'ONU, aprovat l'any 1989, any que determina el final d'una era en la història d'Europa: cau el mur de Berlín i s'aprova aquest Conveni que canvia el mateix concepte de dret de família, que superant la tradicional centralitat matrimonial, per establir el centre en la protecció legal de la part més dèbil de les relacions familiars, els nens. El discurs tracta de les regles per determinar la llei aplicable en les relacions entre pares i fills quan hi ha elements d'estrangeria i assenyala que l'element de protecció en què consisteix l'interès del menor no sempre es troba en la llei nacional del menor, perquè diu que «*deben distinguirse los intereses de política legislativa que se defienden y la verdadera justicia material*». En aquest treball, el primer en què s'ocupa d'aquest problema, es refereix extensament a la sostracció internacional de menors, que ja ella va considerar com un dels fenòmens més freqüents en les circumstàncies socials, culturals i jurídiques del moment en què va pronunciar el seu discurs i que ja anava en augment. Efectivament, en un treball posterior, de 2014, publicat a la RJC posa de relleu que a la UE, la no discriminació per raó de nacionalitat i ciutadania europea són elements que s'han de prendre en consideració per a la utilització de la residència habitual com a punt de connexió, sobretot, a partir del Tractat d'Amsterdam, quan la CEE comença a ocupar-se del Dret de família.

Aquesta darrera cita em porta, ja per acabar, als dos aspectes més importants i decisius de la seva tasca, dels quals l'Acadèmia va tenir coneixement puntual per mitjà de les comunicacions de la Dra. Borràs als nostres plenis. Es tracta de la seva important activitat a la Codificació internacional donada la seva tasca com a delegada del Govern d'Espanya a la Conferència de La Haia i a la Codificació europea, en qualitat de representant d'Espanya en l'àmbit de la justícia (assumptes civils) a la CEE, després UE, des de 1993-2007 i finalment, la seva tasca científica i d'assessorament en els Convenis de Roma i Lugano.

En el primer aspecte de la seva activitat internacional s'ha de dir que va prendre part en els importants Convenis de La Haia sobre adopció internacional i sostracció de menors i va ser correlatora del Conveni sobre aliments. De manera que en 2016, quan va cessar la seva activitat, va ser homenatjada «per la seva dilatada presència i participació en la Conferència».

I en relació a la Codificació europea, la seva tasca més destacada i coneguda va ser la que va dur a terme com a relatora del Conveni Brussel·les II, sobre assumptes matrimonials i la protecció dels fills. L'informe explicatiu del mencionat conveni, canviat posteriorment, va ser conegut com «l'Informe Borràs». I va ser la base dels Reglaments comunitaris 1347/2000 i posteriors.

Aquest coneixement del dret europeu va fer que col·laborés amb una secció fixa a la RJC on es comenten les decisions del TJUE, que va codirigir des de 1987.

He participat en diversos homenatges a la Dra. Borrás: des de l'acte de lliurament de la medalla al mèrit jurídic atorgat per la Fundació de la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació d'Espanya. En vida i un cop morta, per desgràcia. He après molt d'ella i vull acabar repetint unes paraules que vaig pronunciar ja no recordo quan ni on:

«Deixeu-me acabar amb un homenatge personal a la meva gran amiga Alegria Borrás. Alegria va ser una dona molt conscient de la seva condició. Sense ostentacions ni proclamacions: volia que se la tractés com “una persona normal”, com em va dir un dia en una de les nostres converses. Perquè tota la tasca important que va dur a terme la va fer amb el convenciment de què els seus coneixements s'havien d'aplicar per aconseguir el millor desenvolupament de les normes jurídiques, la qual cosa implicava com a conseqüència, la protecció dels afectats en els conflictes. Molt possiblement sense proposar-s'ho, va fer que la figura de la dona tingués un relleu important en la seva professió. En ella sí que concorrien els principis de mèrit i capacitat. El seu exemple ens emplena de confiança en la possibilitat d'un món més just i més igualitari.»

Alegria: vas complir amb escriure els teus deures. Descansa en pau.

Querida Decana, Dear Mistress Reding, querida Ministra de Defensa, mi querida Margarita. Querida Presidenta del Senado.

Es para mí un honor poder presentar la figura de Alegría Borrás en este foro internacional con ocasión de la concesión del Business & Justice European Forum Award.

Es la tercera vez que me corresponde el honor de presentar a Alegría. La diferencia es que ahora ella no está. En la concesión del Premio Puig Salellas, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación con ocasión de la concesión del Premio a la excelencia en el jurista, por parte de la Fundación de la Real Academia y ahora en el marco del 3rd Women Business & Justice European Forum.

Será porque hemos sido muy amigas, aquellas amigas que han compartido inquietudes profesionales y personales en muchos ámbitos de nuestras vidas, que no tienen que estar juntas para saber que se tienen y que hemos corrido en caminos paralelos, pero yo diría que casi siempre en la misma cota. Con una diferencia: Alegría tuvo una familia que la arropaba en sus múltiples actividades, en sus ausencias, en sus trabajos. Es cierto que no dan premios a estos aspectos, pero los premios no vendrían si los apoyos invisibles no contribuyeran.

Para los no habituados a la jerga académica, y antes de entrar de lleno en la actividad de la Dra. Alegría Borrás, creo necesario explicar muy someramente el contenido de los aspectos a los que me voy a referir.

El profesor universitario tiene cuatro funciones por las que se le evalúa y se le considera: la enseñanza, la investigación, la gestión y la transferencia de conocimientos. Alegría fue excelente en estos cuatro aspectos y no es una exageración: sus discípulos, sus alumnos, sus colegas en todo el mundo ¿quién no conocía a Alegría en Europa y América?, sus amigos podemos dar fe de lo que acabo de decir.

Empezaré por la investigación porque sin investigación adecuada, no puede haber enseñanza fructífera. Alegría Borrás tuvo la suerte (y esa también influye en las carreras personales) de que en un momento determinado la antigua asignatura de Derecho Internacional público y privado, se dividió en dos, la de público y la de privado. No es que eso fuera determinante, porque si se hubiera dedicado a la antigua materia conjunta, hubiera obtenido los mismos resultados, pero ello le permitió dedicar su gran inteligencia a un campo menos cultivado, que requería mucho laboreo, porque, además, vino casi a coincidir, y

digo casi porque la división se había producido antes, con la reforma del Título preliminar del Código civil, que cambió las viejas reglas, totalmente desfasadas. Nadie le agradecerá nunca a Alegría Borrás sus trabajos en el asentamiento de esta nueva disciplina, lo que hizo para modernizar unas reglas que aparentemente eran nuevas, pero que solamente aportaban una sistematización más clara. El puzle parecía sencillo en sus manos. Pero, además, había otro elemento más perturbador: la aplicación de las reglas a los conflictos internos, el llamado «derecho interregional», asignatura que enseñamos juntas como optativa en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad de siempre, la UB. El mérito de Alegría fue doble aquí: desde desentrañar el significado de estas complejas reglas para hacerlas comprensibles y sobre todo, aplicables en el interior de un Estado plurilegislativo, como el nuestro, hasta convencer a sus colegas en La Haya y Bruselas que en España había que tener en consideración la coexistencia de diferentes legislaciones civiles para que las reglas internas no quedaran alteradas por nuevas decisiones.

En ocasión de la entrega de la Medalla de la Fundación de la Real Academia, yo le preguntaba y me preguntaba si ella y yo veríamos realizado el ideal de una ley de derecho interregional, materia sobre la que el Estado tiene competencia exclusiva. Ella no lo verá.

Ella fue pionera en estos complejos temas del Derecho internacional privado, introdujo nuevos criterios sobre los puntos de conexión, propuso la sustitución del de la nacionalidad o la vecindad civil, en el caso del derecho interregional, por el de la residencia, aceptada finalmente en Convenios Internacionales. Y como todos los precursores tuvo que luchar con la incompreensión de los «clásicos». Aquello de «siempre lo hemos hecho así».

Como he dicho antes, una buena investigación lleva a una buena docencia. Lo que no significa que la docencia tenga que ser fácil. La materia es muy compleja y hay que saber derecho privado previamente a conocer las reglas de su aplicación cuando se produce un conflicto de leyes. Alegría tenía muchos conocimientos de matemáticas y solo la lógica es capaz de plantear y resolver los problemas.

Un colega de la Facultad decía, exagerando, que los profesores de Derecho internacional privado solo tenían que explicar seis artículos del Código civil, mientras que los civilistas teníamos el Código entero para nosotros. La comparación no era justa. La enseñanza de esta materia requiere dotes de convencimiento y claridad muy importante. Ella ha tenido muchos alumnos, menos discípulos, pero estos han sido y son muy buenos, porque un buen profesor sabe arrancar vocaciones incluso en las materias más complejas.

El aspecto de gestión en sus universidades, Barcelona y Autónoma de Barcelona ha sido importantísimo. Alegría no ha sido de aquellos profesores que no bajan a la arena política universitaria para no ensuciarse las manos con conflictos,

más o menos importantes, pero siempre duros. Gestionó ERASMUS para la UB; fue vicedecana de la Facultad de Derecho en tiempos del cólera: primeros setenta. Vicerrectora en la UAB. Y diversos cargos en instituciones a las que perteneció: Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Comisión Jurídica asesora de la Generalitat; colaboradora habitual en la RJC. No voy a enumerar todas sus actividades de gestión. Sería muy largo, aunque lo que sí debe decirse es que todas las instituciones con las que colaboró recuerdan su buen hacer, su acierto en la gestión y su firmeza en defender opiniones propias, algunas veces alejadas de las de la mayoría.

A continuación, debo hacer alusión a la parte más importante de la actuación de Alegría Borrás. Y que pueden considerarse transferencias en el sentido más moderno de la palabra.

I. LA CODIFICACIÓN INTERNACIONAL. LA HAYA

La larga lista de cargos que ha ostentado D^a Alegría Borrás desde que en 1987 se la nombra representante de España en la *Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado* es impresionante. Pero, ¿a qué se dedica esta institución? ¿Para qué sirve un entramado tan complejo, siendo así que su estatuto no se aprueba hasta octubre de 1951, aunque existe desde 1893. Debe tenerse en cuenta que los ordenamientos jurídicos de todos y cada uno de los países que existen requiere un organismo que se ocupe de establecer unas reglas comunes y aceptadas por dichos países, para resolver los problemas de armonización de las diferentes legislaciones. La aplicación de los convenios, entonces, debe ser controlada en este caso, por la Conferencia, que en palabras de D.^a Alegría, han pasado de ser de «una fábrica de convenios» a una «niñera de convenios».

Alegría Borrás ha sido un importante personaje en este tipo de actividad en la Conferencia de La Haya. Ha tomado parte muy activa en Convenios relativos a adopción internacional y sustracción de menores; ha sido co-relatora del Convenio sobre alimentos y... mucho más que no les cuento. Toda esta actividad ha producido que fuera homenajeadada en 2016 «por su dilatada presencia y participación en la Conferencia».

Esta actividad en el ámbito del Derecho internacional privado ha llevado a que fuera nombrada miembro de numerosas asociaciones científicas y profesionales tanto españolas, como extranjeras, como l'Institut de Droit International; el Groupe Européen de Droit International privé, que presidió desde 2003 a 2006; l'Académie International de Droit Comparé y otras organizaciones, como la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, que si bien no está especializada en Derecho internacional privado, sí que su elección fue debida precisamente a su alta especialización en el tema. Habiendo participado activamente con

una serie de comunicaciones, algunas de ellas publicadas también en revistas de prestigio. Y en esta calidad también perteneció a la Comisión de Codificación de España y a Comisión de Codificación de Cataluña.

II. LA CODIFICACIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA FAMILIA

Podemos distinguir dos periodos en su actividad europea: la que desarrolla como representante de España para la cooperación en el ámbito de la justicia (asuntos civiles) en la Unión Europea (1993-2007) y su labor científica y de asesoramiento en los Convenios de Roma y Lugano. La labor más notable, por importante y conocida, llevada a cabo por D.^a Alegría Borrás lo fue en su calidad de relatora del Convenio «Bruselas II», sobre asuntos matrimoniales y la protección de los hijos. Alegría fue la encargada de redactar el Informe explicativo del mencionado Convenio, conocido con el nombre de «Informe Borrás». Más adelante el Convenio fue la base de los Reglamentos 1347/2000 y posteriores hasta el actualmente vigente.

La dedicación de Alegría Borrás al Derecho europeo la ha llevado a la dirección de revistas especializadas, entre ellas, la de la Revista española de Derecho Internacional; los consejos de redacción de la revista Noticias de la UE, la Revue de l'Assemblée des Régions d'Europe. Y la importante labor que desarrolló en la reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en la Revista jurídica de Cataluña, en la sección «Jurisprudencia comunitaria», que codirigió desde 1987.

Creo que las palabras de Fernández Rozas en la semblanza publicada en el libro-homenaje que los colegas y el quien es quien en el Derecho internacional que se preciaba en aquel momento le dedicaron:

«Algo consustancial en la personalidad de la homenajeada en este libro es trascender del limitado círculo de su Facultad y de su Universidad, para participar en los eventos propios del colectivo de profesores dedicados a las enseñanzas internacionalistas. Alegría Borrás siempre consideró muy gratificante que en el medio universitario floreciese un abierto espíritu de colaboración y fue consecuente con ese aserto». Y el título de este libro es bien significativo «ENTRE BRUSELAS Y LA HAYA. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. *Liber Amicorum* Alegría Borrás».

Déjeme acabar con mi homenaje personal a mi gran amiga la Dra. Alegría Borrás Rodríguez. Alegría fue una mujer muy consciente de su condición de tal. Sin alardes ni proclamaciones; quería que se la tratara como «persona normal» como un día me confesó, porque toda la importante labor que llevó a cabo la hizo por convencimiento de que sus conocimientos debían aplicarse para el mejor desarrollo de las normas jurídicas, lo que comportaba ineludiblemente

la protección de quienes lo necesitaban. Seguramente sin proponérselo hizo que la figura de la mujer tuviese un relieve muy importante en su profesión. En ella sí que se cumplían los principios de mérito y capacidad. Sustituyó a un hombre importante, Julio González Campos y a lo mejor será sustituida por otra mujer. Su ejemplo puede llenarnos de confianza en la posibilidad de un mundo mejor, porque será más justo.

Gracias.

ROBERT FOLLIA CAMPS, UN CONSTRUCTOR

Notari de Barcelona i arxiver de protocols.
Acadèmic de número i president emèrit de
l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.
Membre numerari de l'Institut d'Estudis Catalans.
Secció de Filosofia i Ciències socials

per

LLUÍS JOU I MIRABENT

Acadèmic de Número i President emèrit de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
10 de maig de 2022

Sr. Degà del Col·legi de notaris,
Sr. President de l'Acadèmia,
Família Follia,
Companyes i companys de l'Acadèmia i del Col·legi,

Gràcies, en primer lloc, per haver-me honorat amb l'encàrrec de representar l'Acadèmia i el Col·legi en l'elogi de comiat amb el qual volem homenatjar a Robert Follia Camps, que llegiré resumidament per complir amb el temps que m'ha estat assignat.

INTRODUCCIÓ

Vaig conèixer Robert Follia el juny de 1989. Una tarda de dimecres que es reunia la Junta vaig arribar prematurament (passava sovint perquè venia de Calafell) i vaig entrar a la sala per deixar la cartera. Hi vaig trobar el degà, López Burriol, que conversava amb un personatge que, tot i ser-me conegut mai no havia tractat. El degà ens va presentar: ell era Robert Follia, i la seva primera salutació fou, literal, «Hola maco».

Robert Follia era, l'anècdota ho avança, un home de tracte cordial, planer, amable i familiar. Era alt, corpulent però proporcionat, elegant i ben cuidat, es movia pausadament amb gest harmònic. S'expressava amb una gran independèn-

cia de criteri, sovint poc diplomàtica, a vegades amb un lleuger deix d'emprenyat. Era intel·ligent, d'un perfeccionisme exigent d'escala humana, d'una formació jurídica sòlida i d'un gran sentit pràctic.

A la vida ha estat un constructor. Ha deixat més materials que discursos, més feina feta que paraules. Sempre ha actuat per sumar i mai per destruir, i per això li van doldre tant algunes actituds grolleres, a finals del seu deganat, que només tendien a la corrosió personal. Ha construït l'edifici on li retem homenatge continuant l'obra de Fèlix Falguera, Manuel Borràs i Antoni Par; ha contribuït a la formació d'un bon nombre de notaris; ha deixat petja en el nostre Dret amb estudis i propostes rellevants; ha impulsat publicacions, i ha participat en la configuració jurídica d'algunes institucions com és ara el Liceu, un dels equipaments més internacionals amb què compta Catalunya.

Robert Follia Camps va néixer a Sant Sadurní de l'Heura, a Can Follia, la casa més que centenària dels seus avantpassats, el 28 de juliol de 1930. Fou fill d'Arcadi Follia i Ribas (1900-1996) i de Remei Camps i Ganigué (1904-1993), els dos d'antiga ascendència empordanesa i oriünds d'aquell poblet del qual el pare n'havia estat alcalde igual que ho va ser després el seu germà Josep Maria. Casat el 1971 amb Maria Antonieta Martínez Larraz, una basca tan amable com expeditiva i elegant a qui va conèixer a Benicàssim essent notari de Castelló, va tenir dos fills, Robert i Manuel, un notari de Laredo i l'altre advocat reconegut a Barcelona. Avui ens acompanyen els tres i a ells, en especial, els adreço la més afectuosa salutació.

EL NOTARI. DESPATX, ESCRIPTURES, PROTOCOLS, ALUMNES

Vicissituds de guerra i postguerra el van fer estudiar tard fent esforços personals dignes d'admiraació. Va fer el batxillerat a Girona i Barcelona i la carrera de Dret, que cursà en només tres anys i acabà el 1957, a Barcelona. Ell mateix explicava que en acabar la carrera, el seu pare va coincidir al mercat de la Bisbal amb el pare de Puig Salellas i van convenir que en Robert hi tingués una entrevista per si l'interessava ser notari. Per qui no n'està al cas, Sant Sadurní de l'Heura és a tocar de Cruïlles, el poble on hi ha la masia dels Salelles, tots dos a les envistes de la Bisbal. De l'entrevista, celebrada poc després, Follia en va sortir del tot determinat a ser el que seria sempre més: un notari.

Preparà oposicions amb Jerónimo del Prado, i el 1961 les aprovà amb el número 1 de la promoció i li correspongué la notaria de Chantada, a Galícia, d'on va prendre possessió el 20 de març de l'any següent. No hi va autoritzar gaires escriptures (el 1962, 405 inclosos 78 protestos) però en canvi hi va preparar les oposicions entre notaris que el dugueren a Castelló de la Plana el 1965. El 1968 s'integrà a la Junta del Col·legi de València com a vocal i també en el seminari que

dirigien Díez Picazo i Broseta Pont a la Universitat. Mentre era a Castelló, anant i tornant de visitar els pares, era acollit com si fos de la casa per la família Puig Salellas a la seva llar de Tarragona.

El juliol de 1970 arribà per concurs a Barcelona i va instal·lar el despatx al passeig de Gràcia 99, cantonada Rosselló, en un modern edifici d'oficines. El despatx era funcional però destacava per la qualitat del mobiliari i l'elegància de la decoració que va cuidar fins al darrer detall, sense fer-hi estalvis de cap mena. A la seva llibreria hi anà endreçant una selecta biblioteca d'edicions antigues de juristes catalans clàssics i de lleis romanes, en definitiva, la nostra tradició i les nostres lleis, que ell coneixia tan bé.

Els seus protocols, relligats en pergami correctament en volums de gruix constant i ben foliats, son nets i endreçats, com tinc ocasió de comprovar regularment a l'arxiu quan n'expedeixo còpies. A les matrius, sempre un advertiment, un segell en tinta que diu «MATRIZ», per un afany prudent de no extraviar-ne cap. Si hi ha interlineats, estan salvats acuradament. Els documents són sistemàtics i estructurats, sense floritures inútils i sense els advertiments reiteratius i buits que s'estilen avui tot convertint moltes escriptures en fórmules semi automatitzades. Hi ha, en les d'en Follia, una distinció clara del que són expositius i del que són atorgaments, això és, entre el que s'explica i el que es decideix. La tipologia documental és variada i proporcionada, sense excessos en cap sentit tot i que des de la desaparició del torn escassegen les hipoteques perquè mai va ser un comercial ni va moure un dit per atraure els clients dels altres notaris. La seva signatura és gran i segura i deixa entreveure les inicials RF. El «signum» és un pal vertical creuat perpendicularment per un petit cel de tres núvols. Romangué al passeig de Gràcia fins a la jubilació, esdevinguda el 29 de setembre de 2000, sempre com a únic notari del despatx. Un cop jubilat va continuar col·laborant amb el Col·legi en la redacció d'informes i resolucions.

Va morir a Barcelona el 2 d'agost de 2021 a l'edat de 91 anys. Setmanes abans encara havíem parlat per telèfon com vam fer regularment en temps de pandèmia. Dono per fet que es va acomiadar amb un «Bona nit maco». Reposa a Sant Sadurní de l'Heura i les exèquies foren íntimes per raó de les restriccions d'aquell temps. Tinc pendent de visitar-lo però, com deia Maeterlink a «*Ocell blau*», cada cop que hi penso ho faig.

Robert Follia era notari. Un notari és un expert en Dret que ha de saber dur la Llei al cas concret (no a l'inrevés) en atenció a les circumstàncies subjectives i objectives. És un pràctic en la redacció dels documents que ha d'elaborar amb claredat i pulcritud de manera entenedora. És una figura independent que la Llei posa al centre de les relacions jurídiques per equilibrar els coneixements de les parts en el moment que l'expressió o el concurs de voluntats crea el negoci jurídic que nosaltres convertim en Llei. És una institució a qui la Llei encomana la valoració prudent i amb rostre humà, mai maquinal, de la capacitat de les persones

per a expressar-se en cada acte o negoci segons la multiplicitat de circumstàncies personals, patrimonials o familiars en joc. És un funcionari a qui l'autoritat li ve més de baix que de dalt. En Robert Follia era tot això i li agradava.

La funció notarial també exigeix una relació social més enllà del despatx. Convé que el notari arrelí, que es relacioni amb les institucions i preservi la representativitat col·lectiva i el prestigi de que la institució gaudeix. També en matèria d'arrelament va excel·lir en Robert Follia. La seva catalanitat era evident i natural, clarament empordanesa i sorgia simplement per tarannà. Políticament, tenia criteris ben formats però era un escèptic a les antípodes del cortesà. Tingué una gran activitat al Col·legi, la Universitat, l'Acadèmia, el Liceu, la Fundació Noguera o el Departament de Justícia, però evità sempre el protagonisme polític o mediàtic.

Mentre preparava l'oposició col·laborà amb la Càtedra Duran i Bas i actuà com a professor de pràctiques. Retornat a Barcelona, s'hi va reintegrar i hi col·laborà entre 1971 i 1978. Allà coincidí amb juristes que l'acompanyarien tota la vida professional i acabarien essent els seus companys a l'Acadèmia, que ell va estimar tant. A més, als anys setanta va assumir la tasca compromesa, difícil, esforçada, extremadament meritòria de preparar per als exàmens opositors a notaries. Setze alumnes seus van ser notaris, alguns ben coneguts: Pere Coca Torrents, Xavier Roca Ferrer, Carles Pons Cervera, Martín Martín López, Josep Maria Valls Xufre i Enric Brancós Núñez, Vicente Castillo i Lurdes Frias, i Domingo Bonnin, tres dels quals ens acompanyen.

EL DEGÀ. LES OBRES I D'ALTRES LLEGATS

Si el que hem dit de Robert Follia ja l'acredita com un dels grans notaris del darrer terç del segle XX, ara ens pertoca parlar de la seva tasca com a degà, que l'acredita com un dels degans clau de la història del Col·legi.

Retorno a l'escena de la nostra coneixença que he explicat abans. Quan finia el deganat de López Burniol, que per exigències reglamentàries només va ser degà tres anys, va considerar adequat animar en Robert Follia a presentar candidatura, cosa que feia el dia que ens vam conèixer. L'esquer principal era el projecte d'ampliació del Col·legi que calia emprendre amb urgència perquè ja no podia acollir més protocols a l'arxiu ni servir dignament els notaris del territori que s'havien duplicat en els darrers anys. Follia acceptà el repte, presentà la candidatura i fou elegit per la totalitat dels vots emesos el desembre de 1989.

Del seu pas pel deganat, que exercí entre 1990 i 1996, caldrà parlar primer de les obres i després, de la resta de l'activitat.

En una primera fase, les obres comportaren la construcció d'un nou edifici en el solar del passatge Elisabets adquirit el 1984, amb quatre plantes de soterrani per a l'arxiu, planta baixa per aquesta sala d'actes que des d'avui du el nom d'en

Follia, i dues de superiors, una per a oficines i l'altra per a biblioteca. Acabada la primera fase vingué la tasca complexa i delicada de traslladar els protocols des de l'antiga ubicació a la nova, prèvia adquisició de les prestatgeries compactes pertinents que, naturalment, vam solemnitzar en escriptura pública. En aquesta tasca fou fonamental el concurs discret, competent i eficaç del Dr. Laureà Pagarolas. Després es va procedir a la unió dels edificis, l'adequació de l'espai que havia ocupat l'arxiu que avui és la sala contigua a aquesta; i una rehabilitació completa de les oficines, l'antiga sala d'actes i l'escala noble.

Robert Follia va seguir la construcció de manera personal i directa. Feia sovint visita d'obres i quan celebràvem Junta ens en posava al corrent. Algun cop jo mateix l'havia acompanyat i dono fe que de cap manera es limitava a rebre explicacions de l'arquitecte Gimbernat o del constructor Miquel Muntané. Ben al contrari, donava instruccions, feia suggeriments, trobava pegues a feines fetes sense la cura que calia i a vegades era tan vehement quan s'expressava que jo em compadia de l'arquitecte o el constructor. Tenia cura fins i tot de detalls menors com la tonalitat de l'estucat, el paviment, la il·luminació i el mobiliari o, fins i tot, l'escultura de l'àliga de Sant Joan amb la ploma al bec que calia restituir en el coronament del timpà de la façana del carrer del Notariat. Una escultura que no es veu atesa la poca amplada de la via pública però que en cap cas no va voler negligir.

Finalment, el 10 d'octubre de 1994 s'inaugurarà l'edifici renovat en un acte que va presidir el Ministre de Justícia i que va consistir essencialment, coses d'un notari com Follia, en l'atorgament de l'escriptura d'agrupació i obra nova que va autoritzar, com és costum, el degà predecessor, López Burniol, amb dispensa d'honoraris.

Si del seu deganat destaquen per damunt de tot les obres, no es poden obviar altres actuacions com són:

Primer: Una relació directa amb el Departament de Justícia en la tramitació del Codi de Successions, la Llei de Filiacions i la de Tutela i curatela, i amb el Departament de Política Territorial en la de la fonamental Llei de l'habitatge de 1991. Subratllo que en un moment en què s'iniciava l'expansió del Dret català, Follia tingué clar que les competències del Parlament abastaven tot el Dret civil, no només retocs a la Compilació de 1960 com pretenia l'Advocacia de l'Estat i en general la classe jurídica espanyola. També tingué clar que calia estar al costat de les institucions pròpies, com demostra el fet que adherís el Col·legi al *Manifest en defensa del Dret Civil de Catalunya* aprovat el novembre de 1991 en protesta per la impugnació per part de l'Estat de la Llei de filiacions.

Segon: La redacció d'instruccions per a l'autorització de les actes per a la declaració d'hereus *ab intestat*, una competència atribuïda al Notariat el 1991, i per a la implementació de les primeres mesures de col·laboració entre notaries i registres prèvies a l'autorització dels documents fent ús dels avui juràssics «fax».

Tercer: L'informe per a la catorzena demarcació notarial, aprovada el 1994, en el qual s'observa un coneixement aprofundit de la geografia econòmica del país i la voluntat d'evitar que es dupliquessin notaries a pobles on n'hi havia i, en canvi, se'n creessin en llocs que n'havien tingut i l'havien perduda o en pobles que havien crescut en els darrers cinc anys.

Quart: La proposta del canvi de denominació de Col·legi de Notaris de Barcelona per Col·legi de Notaris de Catalunya.

Cinquè: L'inici d'una nova fase en la revista «*La Notaria*», encomanada a Tomàs Giménez Duart, de ment sempre intuïtiva i clara.

Sisè: La represa de la revista «*Estudis històrics i documents dels arxius de protocols*», en col·laboració amb la Fundació Noguera.

Setè: L'edició del llibre «*El col·legi de notaris de Barcelona: història de la seu d'una institució civil catalana*» de Laureà Pagarolas i Montserrat Gómez.

Vuitè: El suport a l'edició dels «*Comentarios al Código de Sucesiones*», en què van col·laborar fins a 19 notaris, una obra de referència en els 17 anys que la Llei va estar vigent.

L'ACADÈMIA I LA PRODUCCIÓ JURÍDICA

Si fins ara hem parlat del notari i del degà, parlarem ara de l'acadèmic. El 1985, Follia fou elegit membre de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya per a succeir al notari Valentín Navarro Azpeitia. Ja hem vist que havia acreditat prou mèrits. Ara li ressenyarem algunes publicacions, ni que sigui breument:

El seus primers articles són «*Los estudios y las profesiones jurídicas en Francia*», i «*La publicidad inmobiliaria*», aquesta presentada al Congrés Internacional del Notariat Llatí celebrat a Atenes el 1971. Després venen dos treballs d'aparença menor però que amb el profund sentit jurídic que caracteritzava l'autor, encara resulten d'interès.

Un és el comentari a una Sentència del Suprem que versa sobre «*Cuando es universal el albacea: la revocación del testamento en la Compilación, la cláusula codicilar y el Derecho transitorio*» un treball on apareixen qüestions de dret interterritorial, de dret transitori i de principis successoris catalans. L'altre és «*Notas a la nueva reglamentación de las fundaciones culturales privadas*», un tema que sempre li interessà. No en va, va autoritzar la constitució d'un bon nombre de fundacions. També havia publicat col·laboracions a la *Nueva enciclopedia jurídica* Seix, entre les quals ell valorava molt la que versava sobre la «*Licencia marital*», una institució només suprimida del Dret espanyol l'any 1975 que avui sembla del tot arcaica i permet de constatar fins a quin punt i fins a quina època tan recent la dona ha estat vergonyosament menystinguda per l'ordenament jurídic.

Robert Follia, dèiem, va entrar a l'Acadèmia el 1985, essent president Josep Joan Pintó, i va llegir el discurs d'ingrés el 27 de març de 1990, ja sota la presidència de Lluís Figa. El tema elegit és curiós i denota els trets característics de la seva manera de veure la professió: estudi de cada cas, confiança en el document notarial, coneixement d'història del Dret, capacitat de dissecció conceptual i perspicàcia en fer propostes de futur. Així doncs, el discurs versà sobre *El Gran teatre del Liceu. Estudi jurídic d'una institució genuïnament barcelonina* que va contestar Josep M. Vilaseca i Marcet. En ell, Follia, que el setembre de 1980 havia autoritzat l'escriptura de creació del Consorci del Liceu amb la qual la Generalitat tot just recuperada segellava la implicació amb el teatre, va estudiar en profunditat l'entramat jurídic que en va permetre la construcció ara fa 175 anys: la desamortització eclesiàstica, l'establiment emfitèutic, la venda de llotges i butaques com a comunitat especial, l'ús adequat de les servituds per treure rendiment de finques veïnes... tota una lliçó d'història de les institucions jurídiques que fou de gran utilitat, després de l'incendi de 1994, per establir la nova arquitectura institucional del nostre teatre més gran.

Poc després de llegir el discurs fou escollit secretari de l'Acadèmia essent president Josep Guàrdia i exercí el càrrec, amb competència i dedicació entre 1992 i 2000. Com a secretari, la seva implicació fou útil per fer realitat la «Història de l'Acadèmia» que s'encarregà a Laureà Pagarolas a qui Follia tenia una gran consideració i confiança. El 2000 fou elegit president i ostentà el càrrec dos mandats fins al desembre de 2008. En la seva presidència l'Acadèmia obrí un lloc web propi, organitzà diverses jornades obertes sobre temes d'actualitat, entrà en les fundacions Roca Sastre i Notariat i inicià la publicació dels Annals. Foren elegits acadèmics Elías Campo, Joan Egea, Núria de Gispert, Maria Eugènia Alegret i Lluís Jou.

L'Acadèmia li fou un estímulo per a redactar nous treballs i un canal freqüent on presentar-los i publicar-los per mitjà de la seva *Revista Jurídica de Catalunya*. En aquest sentit, fou un acadèmic exemplar i fidel: assumí responsabilitats de secretaria i presidència, assistí amb regularitat a les sessions fins als darrers moments, en què per causa de la pandèmia ho feia per via telemàtica, i presentà sovint treballs, inclosos discursos d'obertura del curs i necrologies d'acadèmics traspassats. També va formar part de comissions per elaborar avantprojectes de llei per a la Generalitat i participà decisivament en el de reforma de la lleigítima que fou més tard la Llei 8/1990, de 9 d'abril.

Resseguint les memòries acadèmiques li he localitzat fins a 17 treballs presentats a les nostres sessions, sense comptar les vuit memòries i els discursos institucionals. Entre ells vull destacar «*Els trets fonamentals del dret successori català actual*», discurs d'inauguració del curs 2008-2009 que ofereix una panoràmica sintètica del nostre Dret de successions des de l'òptica dels grans principis, de manera supera i posa al dia el clàssic llibre de Martí i Miralles.

He localitzat altres vint treballs publicats, sense comptar ressenyes ni discursos. Destacaré «*Novedades en la legislación civil de Catalunya*» conferència pronunciada a la Acadèmia matritense del Notariado el maig de 1988 amb la qual, com qui no fa la cosa, va fer a Madrid mateix i davant d'un públic advers, una defensa clara de la competència del Parlament de Catalunya per legislar en matèria civil en un moment que el Govern d'Espanya havia impugnat la Llei de successió intestada de 1987.

També cal destacar els comentaris als articles del Codi de Successions relatius als fideïcomisos de residu, les substitucions preventives de residu i l'extinció dels fideïcomisos, publicats a l'obra col·lectiva publicada per BOSCH el 1994; i 55 articles (200 pàgines) en els comentaris als del Llibre Quart relatius a les formes testamentàries, la nul·litat i la ineficàcia de testaments i disposicions i la institució d'hereu, publicats dins de l'obra col·lectiva publicada per SEPIN el 2011.

ALTRES ACTIVITATS JURÍDIQUES I DISTINCIONS

Per tancar aquesta semblança encara cal remarcar que Robert Follia:

- va participar en el Consell Social de la Universitat Pompeu Fabra entre 1990 i 2004,
- va formar part del que Joan Egea en va dir la «sala de màquines» del Departament de Justícia amb intervencions en la Llei de censos, el Codi de successions i, sobretot, en la Llei dels drets d'usdefruit, ús i habitació. Quan el gener de 2000 es creà l'Observatori de Dret Privat s'hi integrà i en formà part fins a finals de 2008,
- i va ser membre de la Comissió Jurídica Assessora, el nostre Consell d'Estat, entre el març de 2003 i el juny de 2005 quan n'era president el company Tomàs Font.

Finalment, per molts motius, no puc deixar d'esmentar que Robert Follia va autoritzar l'any 1976 la carta fundacional de la FUNDACIÓ NOGUERA, instituïda per Raimon Noguera i de Guzmán per a preservar els arxius notariais catalans, promoure l'inventari dels protocols i fer-los valer com a material de recerca. Poc després fou designat patró i ho ha estat fins al seu traspàs. Com al Col·legi o a l'Acadèmia, a la Fundació he tingut l'oportunitat de tractar-lo de manera continuada, copsar-ne la intel·ligència i la bondat, admirar-ne l'ànim i, sobretot, compartir una amistat sincera i planera.

M'agrada recordar-lo avui públicament i imaginar-lo més enllà dels camps elisis contemplant-nos amb una mirada entre tendra, burleta i còmplice, naturalment a punt d'esmenar un o altre punt d'aquest discurs que, malgrat les esmenes, estic segur que li ha agradat. Un discurs que vull acabar agraint-li amb sinceritat

i estimació tot el que m'ha ensenyat, el que m'ha ofert i el que m'ha facilitat. En nom meu, Robert, en nom de l'Acadèmia, com és reglamentari, i en nom dels notaris catalans com és de justícia, gràcies per tot el que has construït, que perdurarà molts anys. Tu també perduraràs en el nostre cor i el teu record ens acompanyarà sempre.

Gràcies, també a tots els presents per la presència i l'atenció.

Actes especials

HOMENATGE I XIV PREMI PUIG SALELLAS
A TÍTOL PÒSTUM AL SR. ELÍAS CAMPO VILLEGAS
13 de desembre de 2022

NECROLÒGICA
ELIAS CAMPO VILLEGAS
(1927-2022)
Jurista, acadèmic i home de bé

per
JOSEP-D. GUÀRDIA CANELA
*Membre de número (1975) i ex President (1992-2000 i 2008-2016) de
l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*

1. INTRODUCCIÓ

Hble. Sra. Gemma Ubasart, consellera de Justícia de la Generalitat de Catalunya

Excm. Sr. Degà del Col·legi Notarial i Excm. Sr. President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Sra. Maria Llum Aleu vídua de Puig Salellas

Eliás, Maria Jesús, Lourdes i Miguel Angel Campo Güerri i membres de les respectives famílies

Companys acadèmics i membres del Notariat de Catalunya

Senyores i senyors, amics tots.

L'acte d'aquesta tarda té unes connotacions especials que mereixen ser explicades. Es tracta de retre un merescut homenatge i d'efectuar el lliurament del XIV Premi Puig Salellas, ambdós a títol pòstum, al notari i acadèmic, Il·lm. Sr. Eliás Campo Villegas. Aquestes dues vessants són perfectament agermanables i cal felicitar als organitzadors per així haver-ho fet.

Em correspon a mi l'encàrrec de la *laudatio* de la persona doblement homenajada. Ho faig com un gran honor i una immensa satisfacció atesa la meua relació i profunda amistat amb ell en els darrers anys i com un deure i deute que procuraré satisfer de la millor manera possible.

Cal, però, efectuar també alguna precisió. He assistit a molts actes de lliurament del Premi Puig Salellas, des del primer —el dia 3 de novembre de 2009—, amb el qual vaig ser distingit conjuntament amb els altres Consellers de Justícia que

vàrem endegar el Codi Civil de Catalunya i també en aquell —el III— en el qual vaig fer la *laudatio* del guardonant Josep-Joan Pintó Ruiz, el dia 16 de novembre de 2011. Jo avui no faré un elogi clàssic d'Elías Campo sinó que em remetre a l'estil que és propi de les Necrològiques que llegim en el si de la nostra Acadèmia i en el que Elías també va excel·lir com exposaré més endavant.

2. PRELIMINAR

L'article 7 dels Estatuts de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya disposa que quan es produeixi la vacant d'un acadèmic de número, per defunció, es designarà l'acadèmic que haurà de pronunciar la necrologia. El Plenari de l'Acadèmia en sessió del dia 18 d'octubre em va designar per redactar i llegir aquesta Necrològica.

Una necrologia implica un discurs breu, escrit o pronunciat, en elogi d'una notable personalitat difunta que ens va deixar fa un curt espai de temps. En aquest cas, i en molts altres referits a companys acadèmics, en principi resultaria innecessària perquè tots els que vàrem conèixer Elías Campo sabem que era un jurista integral, un acadèmic excel·lent i un home de bé, dotat de gran bondat i d'una exquisida personalitat i que es va fer creditor al respecte i l'amistat de la resta de companys de la nostra Corporació.

És bo, però, que el record quedi plasmat per a la història. I per no allargar-me excessivament —són moltíssimes les facetes d'Elías— em referiré fonamentalment a l'empremta deixada en el si de la nostra Acadèmia, en el profund convenciment de que en ella van cristal·litzar la més gran part de les virtuts ja insinuades en la seva vida personal i professional anterior al seu accés a la nostra Corporació. A més, remarcaré de manera especial i per donar-li un caire més personal la relació que vàrem mantenir en aquesta darrera etapa de la seva vida.

Quan aquesta nota necrològica estava ja embastada, vaig tenir coneixement que es llegiria en una sessió solemne conjunta de l'Acadèmia i el Col·legi Notarial de Catalunya, en la seu d'aquest i amb ocasió d'un acte d'homenatge en el que se li atorgaria el Premi Josep Ma Puig Salellas. Vaig tenir la temptació de refer el meu escrit i presentar-lo com una *laudatio* més formal de l'homenatjat. Finalment, però, em vaig decidir per mantenir el to més intimista que és propi de les necrològiques de la nostra Acadèmia. Demano disculpes si algú se sent decebut per aquesta elecció.

3. REFERÈNCIES TEMPORALS I ESPACIALS

Elías Campo Villegas va néixer a Barbastro el 15 de setembre de 1927. La seva infància i adolescència van estar marcades per esdeveniments als quals em

referiré més endavant. El juny de 1949 es llicencià en Dret a la Universitat de Saragossa. El maig de 1950 arribà a Boltanya com alferes de complement. Allí va conèixer a la seva esposa Jesusina, amb la que va contraure matrimoni a l'església parroquial de Boltanya, el 9 de gener de 1954. Ja el juliol de 1950 era Secretari judicial a Tafalla i el 1952 guanyava les oposicions a jutge de 1a Instància i Instrucció, passant a servir als jutjats d'Albocàsser —Alt Maestrat—, i de Lluçena o Lucena del Cid —Alcalaten— (tots ells a la província de Castelló) i de Tortosa.

Després de les corresponents noves oposicions celebrades el 1959, el 15 de febrer de 1960 obtingué la Notaria de Tortosa que serví fins que el 22 de gener de 1974 fou nomenat Notari de Langreo. Poc més tard, el 15 de desembre de 1975, accedí a una plaça de Terrassa. El 21 de novembre de 1979 obtingué la Notaria de Barcelona on exercí fins la seva jubilació el 31 d'octubre de 1997. Des de 1989 estava donat d'alta al Col·legi d'Advocats de Barcelona, com ho havia estat al de Tortosa des de 1960, en qualitat de no exercent. Participà activament en el Tribunal Arbitral de Barcelona des de 1989, com abans ho havia fet respecte del Tribunal Arbitral de les Terres de l'Ebre. Posteriorment a la seva jubilació s'integrà en un prestigiós despatx d'advocats de la nostra ciutat, la major part d'origen aragonès, com ell i entre els que es trobava el nostre company acadèmic, Agustín Luna Serrano. Una vegada jubilat va participar en la implantació de l'oficina d'atenció a l'usuari del servei notarial i el 1999 fou designat director del servei jurídic del Col·legi de Notaris de Catalunya. El 13 de març de 2001 fou elegit acadèmic de la nostra Corporació. Tingué una vida molt activa fins pràcticament el dia de la seva defunció, a Boltanya el 30 de juliol de 2022.

Entre 1927 i 2022, els anys de la seva vida terrenal, Barbastro, Boltanya, Tortosa i Barcelona foren els llocs on es desplegà la trajectòria vital i l'activitat professional del nostre homenatjat. Aquests quatre indrets marcaren la seva vida, com així ho va ressaltar el llibret que la família va editar¹ amb motiu del seu funeral, a Santa Maria del Mar el 25 d'octubre de 2022 i ho ha remarcat també el nostre company acadèmic, Agustín Luna Serrano en el seu magnífic *Obituari* publicat a la revista col·legial «*Món jurídic*»². I en aquest període adquirí la condició de jurista integral, d'acadèmic excel·lent i d'home de bé que donen títol a aquesta Necrològica.

Fou un jurista integral que conegué de primera mà —com a secretari judicial i com a jutge— tant la patologia jurídica com la juridicitat preventiva —en la seva funció notarial, d'assessorament i de dació de fe—. I també la possibilitat i conveniència d'una solució alternativa dels conflictes, com advocat i per la seva espe-

¹ Recomano especialment la seva lectura a tots aquells que no van poder assistir a l'acte exequial.

² Número 343 del mes d'octubre/novembre de 2022, pàg. 35.

cial dedicació al món de l'arbitratge³. Elías va ser un home amb una cosmovisió jurídica polifòrmica, aliena a tot esbiaixament negatiu; al contrari amb un biaix —un *sesgo* diria ell— totalment positiu⁴ i enriquidor des de les seves diferents perspectives professionals. No foren menys destacables les seves funcions d'assessorament i de govern en moltes entitats de tot ordre, en el món de la societat civil i en l'àmbit eclesiàstic. En elles va poder desplegar tot el bagatge dels seus coneixements personals i professionals.

Va ser també, durant més de vint anys, membre molt actiu de la nostra Acadèmia. A aquesta funció em referiré amb algun major detall més endavant.

En el terreny més personal va ser un gran home de bé, dotat de gran bondat i amb un profund sentit de la justícia, amarada de prudència que no exclou la dosi oportuna de fortalesa i templança, de duresa i afabilitat quan correspon. Les tradicionals virtuts cardinals, ara sovint una mica oblidades, brillaren en la seva personalitat.

Home de família, com sempre va ser, rebé un excel·lent llegat dels seus pares i va saber transmetre'l als seus fills i descendents.

4. LA DIFÍCIL INFÀNCIA I JOVENTUT. BARBASTRO

En el llibret del funeral, al qual abans he fet al·lusió, consta, com va llegir amb continguda emoció el seu fill Elías, que la infància i la joventut del nostre company fou difícil. Va estar *«marcada por la persecución de los unos y de los otros, como escribiría su hermano Gabriel, la huida, el miedo, la humillación y la pobreza de la familia, como él escribiría en sus memorias»*. Es pot dir, amb plena veritat i parafrasejant Machado que no una sinó «...las dos Españas (helaron) el corazón» del nostre company i en una altra ocasió⁵ el mateix fill Elías va manifestar: *«Vinc de famílies senzilles, arrelades a terres belles però dures, que van construir el nostre present en una lluita a vegades desesperada contra la desesperança d'un món destrossat per la persecució i l'exili. Unes famílies que van creure en el treball de l'estudi com la porta que podia obrir el futur per a la pròpia família però també per la*

³ El mateix va perfilar la diferent naturalesa de les professions que va exercir en l'entrevista que el periodista Pablo de la Esperanza Rodríguez li va fer per la revista «*Notario del siglo XXI*» del Col·legi Notarial de Madrid.

⁴ Tal i com l'ha considerat favorablement el nostre company acadèmic honorari Ignacio Sancho Gargallo en el seu discurs d'investidura com a doctor *honoris causa* per la Universitat de Saragossa, el 10 de novembre de 2022. Campo i Sancho tingueren sempre una especial relació d'amistat fruit de la seva comú condició de jutges i acadèmics i de la seva vinculació al Pirineu aragonès.

⁵ Figuren en el seu discurs d'ingrés a la Reial Acadèmia de Medicina de Catalunya sobre el tema «*L'anatomia patològica, una visió integradora de la malaltia des del microscopi fins el genoma*», que tingué efecte el 8 d'octubre de 2017 i al que vaig tenir l'oportunitat d'assistir.

societat que s'havia de recrear». I encara més endavant es refereix a: «una anècdota que comparteixo, atès que també els meus pares em van regalar un microscopi que... va estimular el meu interès per la ciència...».

I en la contestació a aquest discurs⁶ s'insistia: «(Sus) numerosas ocupaciones y responsabilidades ... no han sido óbice para programar su vida de manera que el trabajo no restase dedicación a su familia, lo cual aprendió de sus progenitores ... su padre, Elías Campo Villegas, distinguido notario de nuestra ciudad». Aquestes qualitats d'exigència i dedicació a la família poden ser aplicades exactament en els casos dels seus tres altres fills, Susa, Lourdes i Miguel Angel, i els seus descendents.

L'empremta dels seus pares, influí decisivament en la seva formació humana. La de la seva mare, mestra i la del seu pare, advocat i que fou Alcalde de Barbastro en els anys trenta del segle passat. Així, doncs Barbastro és el «*topos*» més llunyà en el temps real i en el vital, però em consta que sempre ha estat una referència espacial obligada en la seva trajectòria vital.

5. ELS INICIS DE LA SEVA PLENA ACTIVITAT PROFESSIONAL: TORTOSA

Com he dit, Elías Campo i la seva família varen arribar a Tortosa l'any 1954 i allí va tenir la seva residència efectiva fins 1974, la sentimental la va continuar tenint sempre. Vint esplèndids i fecunds anys, de formació de la família i d'assoliment de la plenitud de la seva vida professional.

Jo vaig conèixer la persona d'Elías Campo —tot i que de manera superficial— i en una petita part, la seva obra, amb ocasió del II Congrés Jurídic Català, aquell magne esdeveniment jurídic i cultural que tingué efecte en el nostre país entre els anys 1969 i 1971. Fa poc més d'un any vaig tenir l'oportunitat de donar-ne compte en l'acte de commemoració del cinquantè aniversari de la celebració del Congrés⁷. En la meua intervenció assenyalava la destacada participació d'Elías Campo, a la sessió celebrada a Tortosa el 3 de novembre de 1971 sobre un tema de dret local tortosí. En efecte en el marc de la sessió tercera destinada a tractar de l'«*Estatut personal i patrimonial dels cònjuges*», Elías Campo presentà dues esmenes d'adició. El text figura en el llibre en un magnífic català. En la primera proposava que el règim d'agermanament pogués ser pactat abans o després de la celebració del matrimoni, que es modifiqués el sistema d'integració de les masses patrimonials, que es variés el règim de gestió de l'agermanament, la supressió del paràgraf 2n de l'art. 59 de la Compilació i la correcció de la forma de liquidació de l'agermanament. En la segona esmena proposava

⁶ Efectuat pel Dr. Antonio Cardesa García.

⁷ RJC 2022-1 pàg. 103-115. Pendent de publicació als «*Annals*» de l'Acadèmia.

una modificació del règim matrimonial de l'associació a compres i millores⁸. Manifestava així el seu profund coneixement del règim economico-matrimonial de Tortosa i també dels altres règims matrimonials de comunitat que abundaven a les terres de la Catalunya nova.

El tema fou debatut a l'esmentada sessió de Tortosa. Les tesis de Campo comptaren amb el suport dels juristes tortosins encapçalats per qui en aquell moment era el degà del Col·legi d'Advocats, Sr. David Domènech Roig i propiciaren una solució transaccional amb la ponència, precisament representada per en Josep Ma Puig Salellas que va donar lloc a una nova redacció de les conclusions 6, 14 i 15. M'impresionà especialment la profunditat dels seus coneixements del dret civil de Catalunya i singularment del dret local de Tortosa, prova inequívoca del seu arrelament territorial i de la seva vinculació personal amb el món jurídic i social de la capital de les Terres de l'Ebre. Vaig comprovar que gaudia de la confiança personal i científica tant dels companys juristes de Tortosa com dels companys professionals del Notariat català⁹. Com ja he assenyalat, en el II Congrés Jurídic Català es convertí en portaveu dels juristes tortosins i no només pels temes de dret privat. I resulta significatiu el fet que, residint ja a Barcelona, des de feia temps, li fos encarregat en un primer moment i li fos publicat posteriorment (l'any 2017) un «Informe de la problemàtica del riu Ebro en su tramo final».

Assistí a l'acte de cloenda del Curs 1998-99, que l'Acadèmia decidí celebrar a Tortosa commemorant el cinquantè aniversari de la mort de Martí Miralles, en el qual va intervenir el seu admirat Joan Bms. Vallet de Goytisolo¹⁰.

Més endavant vaig constatar que aquesta íntima relació amb Tortosa s'estenia a tots els membres de la seva família i va perdurar fins el darrer moment.

Mentre va poder conduir eren sovint uns viatges que, a més, demostraven la seva fortalesa física. Sortia de Barcelona, passava per Tortosa i, remuntant el curs de l'Ebre i del Cinca, transitava de la Mediterrània als Pirineus i acabava el viatge a Boltanya.

En el terreny de la pràctica professional em consta que davant d'ell s'atorgaven la major quantitat d'escriptures i les de contingut més complex. Me'n vaig

⁸ Llibre del II Congrés Jurídic Català, pàgs. 716-718.

⁹ També es va veure la seva mà en els actes complementaris de les sessions científiques del Congrés. Entre ells, l'actuació del Grup tortosí de danses folklòriques, al Pati del Col·legi de Sant Lluís. I també tingué efecte un acte a la Catedral, presidit pel bisbe Ricard Maria Carles, consistent en la presentació de l'Exposició bibliogràfica de fins a 12 interessants documents de la història jurídica de Tortosa, centrats òbviament en diferents edicions del Llibre de les Costums amb intervencions del canonge Dr. Aureli Querol qui evocà la figura d'Arnau de Jardí, el bisbe que impulsà l'edició del Llibre de les costums, del jurista Francesc Josep Gas i Carpio sobre «Costums de Tortosa, dret viu» i del Sr. Jesús Massip, director de l'Arxiu Municipal que presentà els exemplars que s'exposaven.

¹⁰ Acte en el qual, com a President de l'Acadèmia vaig tenir l'oportunitat de dissertar sobre «Martí Miralles i els principis de l'ordenament successori català».

adonar en un plet en el qual jo intervenia per recomanació del nostre company Ignasi de Gispert i en el que tenia un lloc preeminent una escriptura d'agermanament atorgada precisament pel company acadèmic d'origen tortosí al que vaig succeir en la nostra Corporació.

S'integrà també plenament en la societat civil tortosina. Conec algunes anècdotes significatives per haver-me-les explicat verbalment, per constar en alguns dels seus escrits i per manifestacions del nostre company i bon amic meu¹¹, Felipe Tallada de Esteve que, a més de ser un gran amic seu, li professava un especial afecte i admiració de la que soc testimoni privilegiat.

Felipe em parlava sovint d'Elías i abans de tractar-lo amb més intensitat, ja sabia moltes coses d'ell transmeses per l'advocat tortosí. Campo en la seva Necrològica de Tallada, llegida en la nostra seu acadèmica el 20 d'octubre de 2020, parla d'una «*relació irrepètible de més de 60 anys*» des de que en 1956 coincidiren el jove jutge que era Campo amb el jove advocat que era Tallada. Aquesta relació va esdevenir amistat íntima i es mantingué quan Felipe fou nomenat Alcalde de la ciutat. A títol d'anècdota que ens va relatar el mateix Elías en la Necrològica de Tallada, el 4 de setembre de 1977, amb ocasió de les festes de la Verge de la Cinta, l'alcalde Tallada va obrir el ball popular amb M. Jesús Campo Güerri, la filla gran d'Elías.

Elías s'integrà totalment a Tortosa i a les Terres de l'Ebre. Encara, al moment de la seva defunció tenia allí casa oberta. Ho vàrem constatar en alguns dels viatges efectuats conjuntament i amb el nostre company, cardenal Lluís Martínez Sistach. En efecte, en els darrers anys de la meua última presidència, Elías, el cardenal Lluís i jo mateix vàrem viatjar a Tortosa per visitar a Felipe Tallada, que es trobava impossibilitat de desplaçar-se. Foren dos viatges magnífics. D'un em consta la data, el dia 11 de novembre de 2015. En ells parlàvem, com és obvi en la presència d'un cardenal, «*divinarum atque humanarum rerum*», que no altra cosa és la jurisprudència segons ens diu Ulpia a la *Instituta*. Passàvem una bona estona amb Tallada. De vegades, Elías i el Cardenal aprofitaven el viatge per fer alguna gestió o visita. A la tornada ens paràvem a dinar a l'Ampolla on dinàvem esplèndidament en el restaurant Can Piñana en el que tractàvem amb gran afecte i delicadesa a «Don Elías», no en debades els seus propietaris eren familiars d'una persona que havia estat oficial de la seva Notaria.

¹¹ Vaig conèixer Felipe Tallada quan els dos formàvem part de la Comissió Jurídica Assessoradora de la Generalitat. Allí quedaren assentades les bases d'una amistat que va arribar a ser ben profunda. Després, quan Tallada fou elegit acadèmic, la relació amb ell es féu més intensa i va arribar a una col·laboració entre els dos despatxos d'advocats i a distingir-me amb l'honor de ser «cordonista» —juntament amb el company acadèmic Eugeni Gay— en la processó de la Mare de Déu de la Cinta en la qual ell, com a primer Majordom de l'Arxiconfradia de la Mare de Déu de la Cinta, va ser «pendonista».

6. LA PLENITUD DE LA SEVA VIDA PROFESSIONAL: BARCELONA

6.1. *El nostre retrobament*

Durant els primers anys del seu trasllat a Barcelona no vaig tractar directament Elías Campo si bé la seva persona era sovint tema de conversa entre Felipe Tallada i jo.

La relació personal s'intensificà com a membres de la Comissió Econòmica de l'Arquebisbat de Barcelona. Ell havia estat nomenant abans que jo per decisió personal de l'Arquebisbe i també company nostre, Ricard M. Carles que el coneixia des dels temps de Tortosa¹². Elías Campo s'ocupà de moltes institucions, fundacions i organismes relacionades amb el Bisbat¹³, tant en els aspectes de l'assessorament jurídic com en els de la gestió. Jo el veia a la Comissió quan ens reuníem per tractar els temes generals i de major importància. De seguida vaig quedar impressionat per la seva lucidesa i la seva força. Pràcticament sempre estàvem d'acord. I vaig poder comprovar directament que els elogis de Felipe Tallada, si d'alguna cosa pecaven, era de curts.

Amb motiu del meu nomenament com a Conseller de Justícia del Govern de la Generalitat (febrer 2001) vaig haver de renunciar a la Comissió d'Economia. Poc abans havia acabat el meu primer mandat com a President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Al cap de poc temps, va morir Lluís Roca-Sastre i Muncunill. Ben aviat es produí un ample consens en favor de la candidatura d'Elías Campo. La presentaren, el 14 de febrer de 2001, els companys que malauradament ja no estan entre nosaltres, Antoni Sabater Tomàs, Joan Còrdoba Roda i Josep Ma Pou de Avilés. Era un temps que les meves ocupacions institucionals em distanciaren una mica d'aquesta Corporació. De tota manera, vaig assistir a l'acte de la seva votació que va resultar unànime. Es va iniciar aleshores un tracte encara més intens en el si d'aquesta Corporació i que ha de ser la part substancial d'aquesta oració fúnebre.

6.2. *L'activitat com acadèmic*

Elías Campo fou elegit membre de número d'aquesta Acadèmia, el dia 13 de març de 2001, substituïnt Lluís Roca-Sastre i Muncunill que havia elegit la

¹² El cardenal Carles fou bisbe de Tortosa en el període 1969-1990 i per tant, durant 5 anys va coincidir amb la residència efectiva d'Elías i molts més van mantenir una estreta amistat.

¹³ A tall d'exemple, la Fundació Blanquerna i la Universitat Raimon Llull, l'escriptura de constitució no exempta de problemes de la qual, va ser atorgada per part del també membre de la nostra Corporació, cardenal Jubany, i Elías Campo va autoritzar, el Patronat de la Sagrada Família i els Consells de Ràdio Estel i Catalunya Cristiana, entre d'altres. També en aquest capítol procedeix destacar la seva col·laboració personal i econòmica en obres de naturalesa assistencial, eclesials i laiques.

medalla dedicada al seu pare Ramon Ma Roca Sastre. En el seu discurs d'ingrés Campo manifesta la satisfacció i emoció que li va produir el fet d'ostentar i succeir en la medalla acadèmica a aquestes dues grans personalitats, en el camp jurídic general i específicament en el notarial. Don Ramon era per ell, una referència especial atesa la seva comuna condició de jutge i de notari.

El seu treball en el si de l'Acadèmia el podem trobar als Annals i a les Memòries de la nostra Corporació i en la pàgina www.ajilc.com. Aquí em sembla oportú agrupar-lo de la següent manera:

a) El discurs d'ingrés

El 3 de juny de 2004 va llegir el seu discurs d'ingrés a l'Acadèmia amb el títol: «*Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones en la nueva ley*». Fou contestat per Josep-Joan Pintó i Ruiz. A ell em referiré amb més detall posteriorment.

b) Comunicacions sobre temes jurídics generals, especialment en matèria de règims econòmics de comunitat i en matèries frontereres entre l'actuació notarial i la judicial:

—El 22 de maig de 2001, és a dir, als dos mesos de la seva presa de possessió i donant mostra de la seva disponibilitat presenta una comunicació sobre «*La realització extrajudicial de béns hipotecats després de la nova llei processal civil*».

—El 18 de juny de 2010 participà junt amb Robert Follia en els actes de l'Il·lustre Col·legi Notarial de Catalunya amb motiu del Cinquantenari de la Compilació, amb un treball titulat: «*Sobre los regímenes económico-matrimoniales en Tortosa*».

—El 17 d'abril de 2012 presentà una comunicació sobre: «*Desencuentros en algunos regímenes económico-matrimoniales de comunidad en Cataluña*».

—El 12 d'abril de 2016 presentà una altra comunicació amb el títol: «*¿Ha incidido en la naturaleza jurídica de la función notarial, la Ley 15/2015 de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria?*»

—El 29 de maig de 2018, una nova comunicació amb el títol «*De la tortosina 'hipoteca a traza de venta' a la preocupante garantía de la compraventa a carta de gracia*».

c) Comunicacions en matèria d'arbitratge, tema de constant ocupació en la seva activitat científica:

—El 27 de març de 2007 presentà una comunicació sobre «*Problemas que plantea l'arbitratge testamentari*».

—El 10 de març de 2015 comunicació conjunta amb el nostre actual president, Francesc Tusquets, sobre: «*XXV anys del Tribunal Arbitral de Barcelona*».

—El 16 de febrer de 2021 «*El arbitraje de equidad ante las normas imperativas*».

—La seva darrera comunicació a l'Acadèmia fou la que presentà conjuntament amb Ma Eugènia Alegret Burgués el dia 15 de març de 2022 «*Sobre las Sentencias del Tribunal Constitucional 17/2021 de 15 de febrero y 65/2021, de 15 de marzo, en relación con la motivación de los laudos arbitrales*».

d) Necrològiques

—El 5 de juny de 2012 va llegir la Necrològica d'Angel Martínez Sarrión, company de professió i d'Acadèmia amb el que mantenia una forta amistat i al que admirava per la seva amplíssima producció doctrinal.

—El 25 de març de 2014 va efectuar la Necrològica del cardenal Ricard Ma Carles en la que, a més de l'aportació de nombroses dades, es deixava veure el gran afecte que li professava.

—El 20 d'octubre de 2020, com ja he dit, va llegir la Necrològica del seu gran amic, Felipe Tallada de Esteve.

En totes aquestes publicacions queden patents els sentiments d'afecte i d'amistat amb els seus companys acadèmics, la seva delicadesa i sensibilitat i en les dues darreres la seva implicació emocional amb Tortosa, el Delta i les Terres de l'Ebre.

e) Altres activitats

—El 21 de juny de 2001 s'integrà, juntament amb Roca Trias, Córdoba, Pintó i Rebés en una comissió conjunta amb la Reial Acadèmia de Medicina per estudiar els aspectes mèdics i jurídics de l'eutanàsia, tema que li interessava especialment i respecte del qual sempre es mantingué escrupolosament fidel a la doctrina de l'Església. A la sessió de 5 de febrer de 2002, el president de la Real Academia de Medicina de Catalunya, doctor Moisés Broggi fou nomenat president i Elías Campo, secretari. A la Comissió va defensar aquella idea que ja va expressar Plató¹⁴ i que encara és vàlida a la nostra societat segons la qual: «*Primer ens va penetrant, sense adonar-nos-en, el menyspreu per la llei moral sota la forma d'un joc innocent i agradable. A poc a poc va infiltrant-se en els usos i costums, i de sobte, tot això esclata sorprenentment en les lleis*».

—Del 7 al 15 de març de 2005 va participar, juntament amb Ma Eugènia Alegret, Robert Follia, Antoni de P. Escura i jo mateix en unes sessions de treball coordinades per Ramon Mullerat, amb el títol de «*La llei espanyola d'arbitratge. Experiències a l'any de la seva vida*».

¹⁴ República, IV, 424 d.

—El 18 de desembre de 2008 en l'estatutària renovació de la Junta de govern, va ser elegit pel càrrec de censor en la candidatura que jo encapçalava com a President i en el que es va mantenir els mateixos vuit anys.

—El 3 de juliol de 2009 el Col·legi d'Advocats de Tortosa li atorgà el premi «Martí Miralles» i li va retre un merescut homenatge, al qual vaig poder assistir acompanyant-lo com amic i en representació institucional de l'Acadèmia junt amb el cardenal Carles.

—Durant aquell mateix Curs 2008/2009 es celebrà el 1r Congrés d'Institucions Arbitrals Corporatives del Tribunal Arbitral de Barcelona i amb aquesta ocasió se li tributà igualment un merescut homenatge.

—El 5 de febrer de 2010 va rebre, juntament amb el Dr. Córdoba, la medalla del Col·legi d'Advocats de Barcelona.

—El 28 de febrer de 2011 va participar en un acte organitzat junt amb el TAB, sobre «La nova llei d'arbitratge» junt amb Mullerat, Sancho, Vendrell i jo mateix.

—El 15 de maig de 2011 intentarem sense èxit amb Lluís Caballol la reedició del «*Spoliatus ante omnia restituendus*» o alguna altra obra de Martí Miralles. com a tribut d'homenatge.

—El 18 de maig de 2012 va participar amb mi mateix, Luna i Mullerat en un acte organitzat pel Tribunal Arbitral de Barcelona.

—El 22 de febrer de 2013 intervingué juntament amb Alegret, Mullerat, Pintó i jo mateix en un acte sobre arbitratge celebrat a Tortosa a iniciativa del Col·legi d'Advocats i la Cambra de Comerç, Indústria i Navegació d'aquella ciutat. La seva intervenció es titulava «*Funciones y misión del Tribunal Arbitral de las Terres de l'Ebre (TATE)*».

—El 30 d'octubre de 2019 li fou atorgada la Medalla d'or del TAB.

—Apadrinà diversos acadèmics en els respectius actes solemnes de recepció: el 26 d'octubre de 2010 a Ignacio Sancho Gargallo, al nostre actual president Francesc Tusquets Trias de Bes el 6 de novembre de 2012, i a Antonio Recio Córdoba el 26 d'abril de 2022.

—I assistí per darrera vegada a un acte acadèmic el dia 14 de juny de 2022, en la sessió solemne de recepció de l'acadèmic Carles Viver Pi-Sunyer.

Un aspecte que m'agrada destacar és que sovint vàrem coincidir en la proposició de candidats a l'Acadèmia. Així succeí el 9 d'octubre de 2007 quan ell i jo juntament amb Puig Ferriol presentàrem Ma Eugènia Alegret per cobrir la vacant de Guillem Vidal Andreu. Una mica més tard, ja l'any 2008 quan amb Enric Brancós presentàrem la candidatura de Lluís Jou. I també es produí en la candidatura del cardenal Martínez Sistach. Darrerament discrepàrem respecte al candidat a substituir Agustí Bassols. En la sessió de presa de possessió, el dia 23 de març de 2021, del nou acadèmic electe i després d'unes paraules d'aquest, Elías demanà

la paraula, manifestà públicament que no l'havia votat però que després de sentir les seves paraules, el felicitava per la seva entrada a l'Acadèmia i manifestava que malgrat no el coneixia personalment esperava poder arribar aviat a tractar-lo personalment i a treballar conjuntament a l'Acadèmia. Una nova manifestació de la seva magnanimitat.

Com he dit abans, vàrem compartir les responsabilitats de govern de l'Acadèmia en el segon dels dos períodes de presidència meva. En aquesta comesa es va fer més forta la nostra amistat i la de les dues famílies com explicaré tot seguit. Abans però voldria dedicar uns moments a glossar la seva obra científica de la que és testimoni especial, el seu discurs de recepció a l'Acadèmia.

6.3. *El discurs d'ingrés a l'Acadèmia*

Elegit el 13 de març de 2001, acreditant novament la seva voluntat de compliment dels seus deures i la seva gran capacitat de treball, llegí el discurs d'ingrés el dia 3 de juny de 2004 amb el títol «*Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un Notario. Cuestiones en la nueva ley*». Fou contestat per Josep-Joan Pintó i Ruiz.

En el discurs, després de manifestar la seva gratitud i emoció en substituir a Lluís Roca-Sastre Muncunill, en la medalla del seu pare Ramon-Ma Roca Sastre, es planteja el tema de la intervenció notarial en la solució de conflictes i singularment en l'arbitratge. Es fixa en el paper (en el seu moment discutit) del notari com a àrbitre, en la participació del Notariat en l'arbitratge institucional i en l'activitat professional en l'arbitratge, concretament en allò que fa referència al conveni arbitral i a la protocol·lització del laude. Tracta amb profunditat els aspectes de forma en el conveni arbitral. Amb criteri molt obert i liberal es pronuncia en favor de que la forma escrita sigui considerada només «*ad probationem*» i no «*ad solemnitatem*». Estudia a continuació l'eficàcia subjectiva del conveni amb unes molt interessants precisions sobre la successió en la posició de les parts, especialment en el cas de socis d'entitats mercantils, de copropietaris horitzontals i d'arrendataris. Amb el mateix punt de partença del principi de llibertat tracta dels aspectes objectius del conveni, mantenint un criteri molt ample en matèria d'arbitrabilitat de qüestions incloses en la formulació generalista de la clàusula arbitral i també per als supòsits de disponibilitat de la matèria objecte del conveni, al temps que rebutja l'exclusió de l'arbitratge per suposada competència judicial exclusiva o per una errònia interpretació extensiva de l'article 6 del Codi Civil (normes imperatives i ordre públic). Finalment estudia la intervenció professional del notari en l'arbitratge, manifestant la seva preocupació per haver-se suprimit (més en el pla legislatiu que en la pràctica) la protocol·lització obligatòria del laude, amb els problemes que aquest fet pot comportar pel que fa a la determinació de la seva data i en la privació de l'assessorament notarial, un assessorament configuratiu com té cura de remarcar Pintó en la seva contesta. En aquest punt reproduceix

unes belles paraules de Joaquín Costa, pel qual professava una especial devoció i a qui va dedicar una important publicació, degut a la comuna professió notarial i al seu amor entranyable per les terres de l'Alt Aragó.

Pintó, a la seva contestació ens detalla les publicacions d'Elías Campo: 10 de caire generalista, si bé fonamentalment dedicades a aspectes relacionats amb el Notariat¹⁵ i 16 específiques en matèria d'arbitratge, a les que va dedicar sempre una atenció especial¹⁶.

¹⁵ Són aquestes:

«Las modernas técnicas jurídicas en materia de garantías y la práctica notarial. Leasing, trust, hipoteca mobiliaria, reserva de dominio.» Ponencia en el XXI Congreso Internacional de Notariado Latino, Berlín, 1995. Premio ANDRE DUCRET de la Unión Internacional del Notariado Latino, 294 págs., editada por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. 1995.

«Las decisiones del Notario en la admisión e impulso de la ejecución extrajudicial de hipotecas: principios rectores del procedimiento» en Anales de la Academia Matritense del Notariado T. XXXV (Conferencia del 14 de marzo de 1996).

«Los gastos del protesto» en Revista de Derecho Privado, diciembre de 1967.

«En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes», en Revista Jurídica de Catalunya, abril-junio de 1977.

«La reforma del protesto» en Revista de Derecho Notarial, núm. 59, enero-marzo de 1968.

«Protesto de letras en lengua extranjera», en La Notaría, julio de 1977.

«Protesto de letras de cambio en moneda extranjera» en La Notaría, octubre de 1977.

«Prólogo y anotaciones a 'La Reforma de la Fe Pública' de Joaquín Costa», Guara Editorial, 1984.

«Aspectos notariales de la negociación de acciones» en La Notaría, enero de 1988.

«El retracto urbano en transmisiones societarias» en La Notaría, mayo de 1990.

¹⁶ Són aquestes:

«Problemas de forma en el convenio y en el laudo arbitral. Su inscripción en Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XXXII (conferencia del 7 de noviembre de 1991).

«Sobre designación de árbitros y caducidad del convenio arbitral» en Revista Jurídica de Catalunya, febrero, 1990.

«El arbitraje en las sociedades mercantiles» Revista Jurídica de Catalunya, 1998-2.

«Arbitraje y Registro» en Libro Homenaje a Jesús López Medel, Vol. II. 1999. Centro de Estudios Registrales.

«À l'entorn de l'eficàcia del conveni arbitral» en Mòn Jurídic, núm. 68, julio-agosto, 1989.

«En torno a ciertas modalidades del arbitraje» en Butlletí núm. 2 de 1991 del Tribunal Arbitral de Barcelona.

«La forma del convenio arbitral» en Butlletí núm. 4 de 1992 del Tribunal Arbitral de Barcelona.

«La atención del árbitro frente a la irregularidad formal del laudo» en Butlletí núm. 5 del Tribunal Arbitral de Barcelona, 1994.

«La función notarial en el Arbitraje» en Butlletí núm. 7 del Tribunal Arbitral de Barcelona, 1995.

«La calificación registral del laudo» en Butlletí, núm. 9 del Tribunal Arbitral de Barcelona.

«El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en La Notaría, 1998-6 y en el Butlletí del TAB núm. 10.

«El arbitraje ante el Registro» en La Notaría 1999-5.

«Convenio arbitral y rigidez formalista» en Revista Jurídica de Catalunya, 2000-1.

«Sentencia de 1 de junio de 1999, núm. 490/1999, acerca del arbitraje, convenio y forma» en Revista Jurídica del Notariado núm. 33 (enero-marzo de 2000).

«La intervención del Notario en la apertura y cierre del arbitraje.» (2004)

«Sobre la prórroga del plazo para dictar el laudo arbitral. (Comentario a la Sentencia de la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de julio de 2002)» en Anuario Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, núm. 4 de 2003.

Personalment m'he esforçat en complementar aquesta llista amb altres publicacions en matèries generals, notarials i arbitrals i en els medis habituals en els que es prodigava: els «Annals» de la nostra Acadèmia, la Revista Jurídica de Catalunya, els «Anales de la Academia Matritense del Notariado», «La Notaría», el «Anuario de Justicia Alternativa», la «Revista Vasca de derecho procesal y arbitraje», «La Ley» etc.¹⁷. N'he trobat 22, si bé algunes constitueixen «variacions sobre un mateix tema» perquè quan Elías defensava una tesi procurava estendre-la el més àmpliament possible. Del conjunt de totes elles es pot proclamar que Elías Campo va excel·lir en el tractament de temes relacionats amb la seva funció notarial, singularment en la matèria fronterera amb la judicatura, en tot allò referent al territori tortosí i d'una manera especial en matèria d'arbitratge en la que es manifesten preclarament les seves dues visions de jutge i de notari.

¹⁷ Aquestes són les que he trobat:

«El valor constitutivo de la escritura notarial para la hipoteca y su valor ejecutivo en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. 2001.

«Los terceros ante la transformación del régimen económico matrimonial de gananciales en otro de separación de bienes» (1976). La Notaria 150 anys, v. 3.

«El tanteo y el retracto estatutario en la propiedad horizontal» (1997-99). La Notaria 150 anys, v. 3.

«En torno a la ley catalana de garantías posesorias sobre cosa mueble» (1996). La Notaria 150 anys v. 2.

«Temas del arbitraje societario vistos por un notario» (2007), La Notaria 150 anys. vol. 1.

«La partición hereditaria arbitral» (2006).

«Sobre las sentencias del Tribunal Constitucional 17/2021 de 15 de febrero y 65/2021 de 15 de marzo, en relación con la motivación de los laudos arbitrales», amb Ma Eugènia Alegret Burgués. MJ 2022.

«Sobre designación de árbitros y caducidad del convenio arbitral». RJC. 1990.

«Problemas de forma en el convenio y en el laudo arbitral: su inscripción» AAMN 1993.

«Consideraciones en torno a la refinanciación hipotecaria». La Ley 1994.

«Las decisiones del notario en la admisión e impulso de la ejecución extrajudicial de hipotecas: Principios rectores del procedimiento» AAMN 1997.

«Convenio arbitral y rigidez formalista» RJC. 2000.

«Consideraciones sobre la realización extrajudicial de los bienes hipotecados, después de la Ley 1/2000» RJC 2001.

«Interés por el arbitraje». Escritura pública 2001.

«Aspectos notariales de la Ley de Enjuiciamiento Civil». La Notaría 2002 i AAMN 2003.

«Experiencia y prácticas arbitrales en el Tribunal Arbitral de Barcelona», RVDPyA. 2004.

«Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 32/2016, de 13 de abril de 2016. Alcance del control judicial. Normas imperativas. Orden público». AJA 2017.

«¿Corrupción en el arbitraje? AJA 2019.

«Alcance de la prejudicialidad en un laudo arbitral». La Ley 2012.

«Prejudicialidad penal: a propósito del laudo del Tribunal Arbitral de Barcelona de 1 de junio de 2012» AJA 2012.

«Un precepto legal que debe entenderse por no escrito: ¿Hacia el arbitraje de plazo indefinido?» AJA 2011 i LN. 2012.

«SAP Granada 253/2007, 8 abril 2008» i «SAP Madrid 893/2008, 1 octubre 2009». AJA 2010.

7. BOLTANYA, LA FAMÍLIA I LES NOSTRES TROBADES

En el magnífic llibret ja esmentat de les lectures de la seva Missa exequial, els seus fills ens diuen també que Boltanya fou el poble en el que va recuperar l'alegria després d'una infància i joventut marcades pels sentiments que abans he descrit.

No tinc coneixements directes de la seva vivència a Boltanya, però sí sé que s'estimava molt i estava molt arrelat a aquesta localitat on ara reposa. Segons afirma una persona que el va conèixer en aquell ambient atesa la seva condició d'alcalde, Campo era persona afable, apreciada i valorada que mantenia una gran vinculació amb els veïns. Tot i que molt esporàdicament jo també vaig poder comprovar-ho.

En el meu darrer mandat de presidència, Elías ostentava la condició de censor. Segons els nostres Estatuts —article 29—: «*Correspondrà al Censor de vetllar per l'observança dels Estatuts i dels acords corporatius, informar els discursos de recepció dels acadèmics de número, les contestes i els altres treballs que s'han de publicar, i recordar als acadèmics l'acompliment puntual de les comissions i de les ponències que tinguin encomanades*». Per tal d'organitzar els treballs del curs següent i atesa l'amistat que s'havia anat enriquint en els darrers temps, vàrem quedar de veure'ns a l'estiu i aprofitant la nostra estada estiuenca per terres de la Noguera, la meva dona i jo ens desplaçarem a Boltanya el mes d'agost de 2013. Encara vivia la seva estimada esposa que poc després ens va deixar. Allí vaig poder observar privilegiadament allò que per Elías suposava Boltanya i la seva família. Llargues converses sota l'hòrreo, tot fent l'aperitiu i desplaçant-nos a uns extraordinaris àpats en els que li agradava mostrar la gastronomia de l'Alt Aragó del que ell se sentia especialment orgullós. En altres ocasions fou ell qui acompanyat d'alguns dels seus fills ens visitava a Foradada i posàvem en comú la nostra estima al dret i a la terra. Foren sis reunions entranyables.

Al mes de juny d'aquest any ens vàrem acomiadar a la darrera sessió de l'Acadèmia, emplaçant-nos a retrobar-nos el mes d'agost i reprendre així les trobades agostines que haguérem d'interrompre a causa de la pandèmia. La notícia de la seva defunció em deixà molt afectat. Vaig intentar assistir a la cerimònia del seu funeral i enterrament a Boltanya però no em fou possible.

En tot cas tenia molt clar que volia visitar la seva tomba. Així ho vaig fer el dia 26 d'agost. Els seus fills ens acolliren, a la meva esposa i a mi, amb el mateix afecte de sempre. Parlàrem una bona estona a l'hòrreo i posteriorment visitàrem la seva sepultura i vàrem fer una pregària conjunta. No era ocasió d'altres celebracions. Ens va quedar, però, a tots nosaltres un sentiment molt fort inspirat en la seva presència espiritual. Tal vegada només les paraules d'un gran poeta poden resumir una part d'aquest sentiment:

*Quina petita pàtria
Encercla el cementiri!*

.....
*Turons de pins i vinya,
pols de rials. No estimo
res més, excepte l'ombra
viatgera d'un núvol.*

*El lent record
dels dies
que són passats per sempre.*

És veritat que els dies són passats per sempre. Però mai passarà el record, entre la família, els amics, els companys de professió i de l'Acadèmia, els conveïns de Barbastro, Tortosa, Barcelona i Boltanya, d'aquest jurista integral, gran acadèmic i excel·lent home de bé que fou Elías Campo Villegas.

Al Cel sigui.

NECROLÒGICA DE L'ACADÈMIC I NOTARI ELIAS CAMPO VILLEGAS

per

FRANCESC TUSQUETS i TRIAS DE BES

President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Salutacions,

I. L'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya vol honorar la memòria del que ha estat un dels seus acadèmics més estimats.

En efecte, els estatuts de l'Acadèmia estableixen que, quan falta un dels seus membres, s'encarregui a un dels acadèmics numeraris la corresponent lloança pòstuma, per tal de glossar la personalitat de l'acadèmic traspassat, valorar la seva obra científica i rememorar la seva activitat acadèmica.

Com tots lamentem, el nostre estimat company Elías Campo Villegas ens va deixar a Boltaña, el dia 30 del passat mes de juliol. A la primera sessió després de les vacances d'estiu d'aquest curs acadèmic 2022/2023, varem designar l'acadèmic més antic i president emèrit Josep-D. Guàrdia Canela per dur a terme la *laudatio* pòstuma de l'acadèmic Elías Campo.

Habitualment les necrològiques de la nostra Acadèmia es celebren en sessions ordinàries, amb assistència només dels acadèmics i dels familiars més directes de l'acadèmic homenatjat, especialment si també són juristes.

Nogensmenys, tenint en compte la coneguda i important trajectòria professional d'Elías Campo, varem acordar amb el degà i la vicedegana del Col·legi Notarial de Catalunya, celebrar conjuntament l'homenatge pòstum a en Elías Campo.

I vam decidir fer-ho aquí perquè el Col·legi Notarial ha atorgat el prestigiós Premi Puig Salellas en la seva XIV edició corresponent a l'any 2022, a títol pòstum al jurista Elías Campo, el qual serà lliurat en aquest mateix acte per la Consellera de Justícia.

II. No correspon al president sinó a l'acadèmic designat Josep-D. Guàrdia la lloança pòstuma de l'homenatjat i serà per tant ell qui glossarà les seves virtuts personals, acadèmiques i professionals.

Però per la meua part voldria fer unes referències personals.

Vaig conèixer Elías Campo, fa potser més de trenta anys, a la seva notaria al carrer Roger de Llúria, on vaig poder constatar la seva professionalitat, però també la gran estima i admiració que els seus col·laboradors tenien per «Don Elías».

Anys després vam coincidir al Consell de Redacció de la Revista del TAB «*Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*», que vaig tenir l'honor de dirigir, i on vaig aprendre molt d'en Elías.

Quan es va presentar la meua candidatura a l'Acadèmia per cobrir la vacant del Dr. Pou de Avilés, vaig rebre el suport immediat d'Elías. El vaig visitar a la notaria del seu fill Miguel Ángel —Elías ja estava jubilat—, i ell em va dir: «*No pierdas el tiempo conmigo. Mi voto ya lo tienes. Ve a tu despacho y llama a los restantes académicos*».

Per aquesta raó, juntament amb el Dr. Josep Joan Pintó Ruiz, Elías Campo va ser el meu padrí quan vaig ser rebut com a acadèmic numerari, després de la lectura del meu discurs d'ingrés.

També vaig tenir la sort de coincidir amb ell a la Junta Directiva de l'Acadèmia, Elías com a censor i jo com a vicesecretari. El meu aprenentatge continuava.

L'any 2015 vam presentar a l'Acadèmia una comunicació conjunta amb el títol *XXV Anys del Tribunal Arbitral de Barcelona*, on vam exposar la fundació i el desenvolupament d'aquesta Institució arbitral, que Elías tant va contribuir a crear.

En definitiva, hem tingut al llarg de molts anys una relació personal i professional molt afectuosa i per a mi sens dubte molt enriquidora.

Malgrat la diferència d'edat, crec que puc dir que érem amics.

III. Elías Campo fou un membre molt destacat i molt estimat de la nostra Acadèmia.

Va ser elegit acadèmic l'any 2001 i va llegir el seu discurs d'ingrés l'any 2004, intitulat «*Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones de la nueva ley*».

Magnífic treball que he consultat en nombroses ocasions i que després de gairebé 20 anys segueix sent un referent imprescindible per conèixer la problemàtica de l'arbitratge.

Elías Campo no va faltar gairebé mai a les sessions acadèmiques i va presentar encertades i interessants comunicacions fins fa ben poc. La darrera també va tractar sobre arbitratge, una síntesi de la qual es va publicar a la revista de l'ICAB *Món Jurídic*.

Fou un estudiós i gran defensor de l'arbitratge, que va lluitar molt pel seu reconeixement.

M'agradaria assenyalar d'en Elías Campo no només els seus profunds coneixements jurídics sinó també la seva elegància intel·lectual i el respecte per les opinions discrepants.

Posaré un exemple: Després d'unes eleccions per cobrir la vacant produïda per la defunció d'un acadèmic, el candidat guanyador va prendre possessió com a acadèmic electe amb unes paraules d'agraïment. Quan va acabar, Elías va demanar la paraula i va dir:

«Yo a Usted no le voté y prefería que Usted no entrara en la Academia, pero ha tenido Usted más votos que mi candidato y he escuchado con atención sus palabras que me han agradado. Sea bienvenido, me gustaría conocerle mejor y le deseo una exitosa vida académica».

Tot al contrari del que, desgraciadament, és avui habitual ja que el debat serè i reflexiu amb intercanvi d'opinions ha desaparegut, substituït per una confrontació agressiva.

Ja va escriure Ciceró en un dels seus discursos «cesarians», és a dir adreçats a Juli César: «No et cansis de salvar la vida dels homes de bona voluntat, principalment quan s'han equivocat, no pas per culpa del partidisme o la mala fe, sinó per haver tingut una opinió sobre el que era el seu deure, potser forassenyada». (M. Tul·li Ciceró, *Discursos*, sobre Marc Marcel).

És evident que enyorarem a en Elías Campo. El seu traspàs ha estat una gran pèrdua per la nostra Acadèmia, pel dret català i pel dret a Catalunya.

El record de la intel·ligència, elegància intel·lectual, generositat i dedicació al treball de l'estimat company Elías Campo ens ha de servir d'estímul a tots nosaltres.

Fou un gran jurista que va destacar res menys que en quatre professions jurídiques: secretari judicial, jutge, notari i advocat, però per damunt de tot fou una gran persona, excepcional.

Descansi en pau.

Moltes gràcies a la família Campo i a tots els que ens heu fet l'honor d'acompanyar-nos en aquest acte tan important per a nosaltres.

Sessions solemnes

DISCURS D'INGRÉS DE L'ACADÈMIC
SR. ANTONIO RECIO CÓRDOVA
26 d'abril de 2022

LA PROTECCIÓN DEL HEREDERO
FRENTE A LAS DEUDAS DE SU CAUSANTE

per
ANTONIO RECIO CÓRDOVA
Magístrat
Acadèmic de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Excm. President de l'Acadèmia,
Distingides autoritats,
Acadèmics i Acadèmiques,
Estimats amics i amigues,

Constitueix per mi un honor entrar en aquesta Corporació centenària de la qual formen i han format part els millors juristes de Catalunya. Sense voler incórrer en falsa modèstia, he de reconèixer que mai havia aspirat a assolir tan alt reconeixement i, per tant, he de començar agraint la generositat dels acadèmics en valorar els meus mèrits, amb especial referència a Josep Joan Pintó, Elías Campo i Agustín Luna que van proposar la meva candidatura. Lamento que el retard en la lectura del discurs, a causa de la situació de pandèmia que hem viscut, impedeixi la presència en aquet acte de Josep Joan Pintó. El meu record i homenatge a un jurista tan extraordinari. I, és clar, el meu agraïment a Maria Eugènia Alegret, magistrada referent per a tots els jutges de Catalunya i encarregada per l'Acadèmia de contestar el meu discurs, autèntica responsable que avui m'atreveixi a presentar davant de vostès unes reflexions en matèria successòria.

Em resulta especialment grat dedicar unes paraules d'elogi a dues personalitats il·lustres: Antoni de Campmany de Montpalau i Ignacio Sancho Gargallo. El primer un gran il·lustrat que dona nom a la medalla, al setial que pretenc ocupar, i el segon, actual magistrat de la Sala 1a del Tribunal Suprem, que va deixar vacant la plaça i va passar a la situació d'Acadèmic d'honor.

Antoni de Campmany de Montpalau, nascut a Barcelona a 1742, fou un eminent historiador, filòleg i polític català. Estudià humanitats al Col·legi Episcopal de Barcelona. Diputat a les Corts de Cadis, va ser elegit diputat pel Principat de Catalunya i va pertànyer a la comissió encarregada d'elaborar el projecte de

llibertat d'impremta i a la comissió encarregada d'elaborar el reglament interior de les Corts. Autor de multitud de llibres de filologia i història de Barcelona, destacant les *Memorias históricas sobre la marina, comercio y artes de la Antigua Ciudad de Barcelona*. Un retrat seu forma part de la Galeria de Catalans Il·lustres, una col·lecció de retrats de personalitats catalanes que va ser impulsada per l'Acadèmia de Bones Lletres i l'Ajuntament de Barcelona.

Ignacio Sancho Gargallo es, además de un magnífico juez, un gran amigo. En los primeros 20 años de andadura profesional caminamos juntos por los juzgados y tribunales de Barcelona, a partir de ese momento no pude seguir su impulso profesional que le llevó a ser elegido, con todo merecimiento, magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo antes de cumplir los 50 años. Más allá de sus excelentes sentencias, destaca por su docencia en el ámbito universitario y sus innumerables publicaciones.

Conocí a Ignacio en la Escuela Judicial el año 1989 cuando ambos acabamos de aprobar la oposición. Ya en 1992, y tras nuestros respectivos destinos iniciales en Alcañiz y en La Bañeza, volvimos a coincidir en Barcelona al ascender a la categoría de magistrado: Ignacio fue destinado al Juzgado de 1ª Instancia nº 34 de Barcelona y a mí me correspondió el nº 19. En aquellos años la carga de trabajo era tal que los magistrados que desempeñábamos la labor jurisdiccional en juzgados de la jurisdicción civil apenas teníamos tiempo para poder atender otra cosa que no fueran nuestros juzgados. Ignacio ya nos sorprendió entonces a todos los compañeros defendiendo su tesis doctoral sobre la retroacción de la quiebra¹ en la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, que fue calificada con apto *cum laude* por unanimidad. Mientras los demás magistrados conocíamos de infinidad de Suspensiones de Pagos y Quiebras intentando ofrecer la respuesta más acertada en cada caso, Ignacio aprovechó la exigencia de dichos juzgados para profundizar en la retroacción de la quiebra, cuestión que se suscitaba con frecuencia en aquellos procedimientos.

Y es que de todas las virtudes de Ignacio —que son muchas— la que sin duda más me admira es su capacidad para optimizar el esfuerzo. Si aprovechó la excesiva carga de trabajo de los juzgados en procedimientos concursales para elaborar su tesis, no desperdició la extraordinaria labor desempeñada al frente del Juzgado de 1ª Instancia nº 40 de Barcelona, especializado en capacidades y estado civil, y escribió un libro en la materia², al tiempo que publicaba un manual en derecho concursal³.

¹ Ignacio SANCHO GARGALLO, *La Retroacción de la Quiebra*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

² Ignacio SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

³ Fernando CERDÁ ALBERO, Ignacio SANCHO GARGALLO, *Curso de Derecho Concursal*, Ed. COLEX, Madrid, 2000.

Podría extenderme sobre sus méritos pero creo que no es necesario porque el respeto y consideración conseguidos durante años en el ámbito jurídico de Catalunya hace que resulte conocida por todos los presentes su magnífica trayectoria profesional, especialmente en derecho mercantil⁴. Si acaso tan sólo destacar que, además de ocuparse de desarrollar su actividad jurisdiccional con todo rigor, se ha preocupado de servir de ejemplo a todos sus compañeros asumiendo la enorme responsabilidad de presidir la Comisión de Ética Judicial tras su constitución en mayo de 2018, ofreciendo de esta forma respuesta a las dudas que en esta materia tan complicada venimos planteando jueces y magistrados con el objeto de obtener respuestas razonables por los miembros de dicha comisión cuyos argumentos de autoridad son muy respetados en la carrera judicial.

Antes de comenzar la lectura del discurso, me gustaría explicar la enorme satisfacción que supone para mí entrar en la Academia más allá del reconocimiento profesional, y es que en mi familia la vida en las Academias siempre ha estado presente. Desgraciadamente mi padre no ha podido vivir el tiempo suficiente para poder acompañarme en este acto, pero estoy convencido que hoy se sentiría muy orgulloso porque para él pertenecer a una Academia era el mayor éxito al que puede aspirar un profesional. José María Recio Pascual fue académico de número de la Real Academia de Medicina y Cirugía de Valladolid, Académico Emérito de la Academia de Farmacia de Castilla y León y Académico correspondiente de la Real Academia Nacional de Medicina y de la Real Academia Nacional de Farmacia. Como comprenderán seguir sus pasos me produce una gran emoción, más aún cuando mi madre —licenciada en derecho por la Universidad de Valladolid en la Promoción 1951/1956— puede presenciar este acto y con ello ver cómo su hijo alcanza un objetivo que a ella no le fue permitido por una sociedad injusta que impedía a las mujeres acceder a la carrera judicial.

Por último, me permitirán que dedique este discurso a mi mujer Inma de Mur, fiscal de la Fiscalía Provincial de Barcelona, cuyo apoyo incondicional me ha empujado a aceptar todos los retos que se han presentado a lo largo de mi carrera. A diferencia de mi madre, la actual sociedad le ha permitido alcanzar su aspiración de ser fiscal y ha desempeñado su profesión de manera ejemplar, contando con un reconocido prestigio entre fiscales y magistrados. Y, por supuesto, también dedico el discurso a mis hijos Ana y Miguel, me siento muy orgulloso como padre de su calidad personal y del futuro profesional que están forjando. Espero que a ellos y a las personas de su generación sepamos transmitirles una sociedad justa.

En compliment de la normativa de l'Acadèmia, passo a continuació a llegir el discurs d'ingrés per assolir la condició d'acadèmic de número. Discurs que versarà sobre «*La protección del heredero frente a las deudas de su causante*».

⁴ Ignacio Sancho Gargallo fue Presidente de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, especializada en mercantil, desde el año 2005 hasta el año 2012.

SUMARIO

- I. *Introducción*
- II. *Evolución histórica de la extensión de deudas: derecho romano y derecho germánico*
- III. *Legislación de Aragón y Navarra*
- IV. *Carácter abusivo de las cláusulas de extensión de garantía y penalización*
- V. *Beneficio de inventario*
- VI. *Cuarta falcidia*
- VII. *Avantprojecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya*
- VIII. *Conclusiones*

I. INTRODUCCIÓN

1. La Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña tiene como declarado objetivo *«l'estudi i la investigació del dret, la col·laboració a la reforma de la legislació i el foment de la cultura jurídica»*⁵ y cuenta entre sus instrumentos *«l'estudi de les disposicions legals per orientar la seva aplicació, formular propostes de reforma i concórrer a les informacions públiques sobre la nova legislació»*⁶.

En mi condición de magistrado parecería adecuado que este discurso de entrada en la Academia versara sobre la jurisprudencia, sin embargo me permitirán abordar una cuestión que me preocupa cual es, a mi entender, la insuficiente protección del heredero frente a las deudas de su causante en el Codi civil de Catalunya⁷ con la modesta intención de reflexionar sobre la conveniencia de mantener una regulación que deriva de la tradición romana del derecho catalán pero que, quizás, no se ajusta a los actuales parámetros de protección de los deudores frente a unos acreedores que cuentan cada vez con más medios para satisfacer sus créditos e introducen en contratos de adhesión cláusulas abusivas que rompen el necesario equilibrio de prestaciones.

Las aportaciones de los jueces en la mejora de los textos legales ya estaba contemplada en la disposición adicional primera del Código Civil⁸ cuando recla-

⁵ Article 2 dels Estatuts de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

⁶ Article 3.3 dels Estatuts de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

⁷ Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart el Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions.

⁸ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

maba al Presidente del Tribunal Supremo y los de las Audiencias Territoriales que elevaran «al Ministerio de Gracia y Justicia, al fin de cada año, una Memoria, en la que, refiriéndose a los negocios de que hayan conocido durante el mismo las Salas de lo civil, señalen las deficiencias y dudas que hayan encontrado al aplicar este Código. En ella harán constar detalladamente las cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos u omisiones del Código que han dado ocasión a las dudas del Tribunal». Sabido es el escaso éxito de esta iniciativa.

2. En todo caso, conviene recordar la importancia que el estudio del derecho comparado ha tenido tanto en nuestros Tribunales como en nuestra doctrina en orden a conseguir adoptar la interpretación más adecuada a los distintos preceptos del ordenamiento propio. Y tal referencia al derecho comparado debe extenderse al derecho más cercano, concretamente, en lo que ahora interesa, al derecho propio de Aragón y Navarra.

Pero donde me gustaría poner el acento en términos comparativos es en la actual protección que nuestros tribunales brindan a los consumidores. La crisis económica sufrida a partir del año 2008 puso de manifiesto la deficiente protección de los consumidores en la legislación nacional por una inadecuada trasposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

La situación ha cambiado sustancialmente a raíz de distintas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹ que han afectado al análisis de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Y esta protección del consumidor, en detrimento de sus acreedores, choca con la mayor protección de los intereses de estos frente a otro tipo de deudores, como son los herederos que se colocan en la posición de su causante asumiendo deudas que, en muchos casos, derivan, precisamente, de su condición de consumidor¹⁰.

⁹ Desde la STJUE 14 de marzo 2013, caso Aziz, C-415/11, hasta la reciente STJUE 3 de marzo de 2020, caso Gómez del Moral, C-125/18.

¹⁰ STS, Sala 1ª, de 18 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:5966): «Respecto a la primera cuestión, hay que señalar, en términos generales, que la normativa de consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto —LGDCU—, de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (artículos 1, 2 y 3); combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como “destinatario final”, con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios “para integrarlos en procesos relacionados con el mercado”. En este contexto, si bien la ley de condiciones generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (párrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de “destinatario final”, en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder “a fines privados”. Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera más restrictiva haciendo referencia a “las necesidades familiares o personales”, o “a las propias necesidades del consumo privado de un individuo” (SSTJ CE de 17 de

3. La propuesta recogida en este discurso ha de partir de un prejuicio sentado en la sociedad y es considerar que el heredero es un afortunado al que, por tanto, se le pueden imponer obligaciones que no se entenderían fuera de tal contexto. Cabe recordar al respecto las reflexiones que hace Cervantes cuando concluye su obra con el testamento de don Quijote:

«Cerró con esto el testamento, y tomándole un desmayo, se tendió de largo a largo en la cama. Alborotándose todos, y acudieron a su remedio, y en tres días que vivió desde donde hizo el testamento, se desmayaba muy a menudo. Andaba la casa alborotada; pero, con todo, comía la sobrina, brindaba el ama, y se regocijaba Sancho Panza; que esto del heredar algo borra o templa en el heredero la memoria de la pena que es razón que deje el muerto¹¹.»

Pero veamos si no puede tornarse la alegría de la herencia en una pesadilla por mor de una legislación que en el artículo 461-18 del Codi civil de Catalunya (CCCat) expresamente prevé que *«per l'acceptació de l'herència pura i simple, l'hereu respon de les obligacions del causant i de les càrregues hereditàries, no solament amb els béns relictos, sinó també amb els béns propis, indistintament¹²»*.

El heredero, en una situación de crisis como la actual, puede encontrarse con deudas del causante no sólo desconocidas sino, lo que es más importante, que no puede esperar cual es el caso de fianzas, deudas fiscales o responsabilidades profesionales puestas de manifiesto tras su fallecimiento.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA EXTENSIÓN DE DEUDAS: DERECHO ROMANO Y DERECHO GERMÁNICO

4. Como se advierte en el manual clásico de Derecho Romano de Arias, el heredero, adquirida la herencia, se coloca en el puesto jurídico del difunto, reemplazándole en todas las situaciones jurídicas transmisibles de las que era titular, y ello determina que asuma *«las obligaciones del difunto, no sólo con el*

marzo 1998, 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de “destinatario final” antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con “el consumo familiar o doméstico” o con “el mero uso personal o particular” (SSTS 18 de julio de 1999, 16 de octubre de 2000, nº 992, 2000, y 15 de diciembre de 2005, nº 963, 2005)».

¹¹ Miguel de CERVANTES SAAVEDRA, *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*, Ed. Alfredo Ortells, Valencia, 1990, p. 495.

¹² En la misma línea el artículo 1003 del Código Civil: *«Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de esta, sino también con los suyos propios»*.

*patrimonio dejado por este, sino con el propio del heredero ilimitadamente (ultra vires hereditatis) y con su persona, en la medida que la ejecución personal fue concebida en las diversas etapas del Derecho procesal romano*¹³».

La justificación de tal previsión podría encontrarse, según sostiene Bonfante¹⁴, en la hipótesis de que la herencia era el traspaso de la soberanía sobre la familia en un sujeto pasivo, y en cualquier sociedad, con el poder soberano, pasan todos los gravámenes sin limitación, porque un organismo político no muere nunca. De esta forma suceder no era tanto un derecho como una carga que colocaba al heredero en una determinada posición (*ius*).

No es este el criterio de Schulz¹⁵ que cuestiona la pervivencia de la responsabilidad ilimitada durante toda la historia del Derecho Romano y, por ello, ofrece una explicación algo más sencilla que descansa en la posibilidad de ejecución de la persona del deudor de modo que este no sólo respondía con su patrimonio frente a los acreedores sino que estos podían obligarle a saldar la deuda con su trabajo personal y, si se permitiera al heredero sólo responder con el patrimonio de su causante, perderían esa garantía personal a la muerte del deudor de modo que su posición resultaría perjudicada.

Por su parte, tras calificar la responsabilidad universal del heredero como un trasnochado residuo del Derecho romano, Gitrama¹⁶ sostiene que su origen se encuentra en las sociedades primitivas donde, al pertenecer la propiedad a la familia o la tribu, muerto el jefe se entiende fácilmente la confusión o mezcla del patrimonio del difunto con el del heredero a que se le transmite de consumo la jefatura del grupo.

Sea como fuere no parece que en la actualidad esas justificaciones puedan sostener la pervivencia de tal exceso de garantía que tanto favorece a los acreedores del causante y, en la misma proporción, perjudica a sus herederos; sin que resulte razonable insistir en dicha extensión de responsabilidad por la tendencia a mantener la tradición de derecho sucesorio cuando una determinada previsión legal ya no resulta adecuada a la realidad social. Ya Alguer apuntaba que «...*acaso como ningún otro orden del derecho civil, la sucesión mortis-causa lleva impresa la huella histórica, acaso haya nada tan estacionario en el derecho civil como la sucesión mortis causa*¹⁷».

¹³ J. ARIAS RAMOS, J. S. ARIAS BONET, *Derecho Romano*, Volumen II (16ª edición), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 857.

¹⁴ Pedro BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, (5ª edición), Ed. Reus, Madrid, 2002, p. 564.

¹⁵ Fritz N. SCHULZ, *Derecho Romano clásico*, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, p. 202.

¹⁶ Manuel GITRAMA GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Tomo XIV, v. 1º, Artículos 988 a 1087 del Código Civil*, Manuel ALBALADEJO (dir.), Ed. EDERSA, Madrid, 1989, p. 260.

¹⁷ J. ALGUER, *Ensayos varios sobre temas fundamentales del derecho civil*, Revista Jurídica de Cataluña, XXXVII, 1931, p. 131.

5. En el Derecho germánico, por contra, la responsabilidad del heredero queda limitada al valor de los bienes de la herencia al considerar abusivo que el acreedor pudiese mejorar su situación, en perjuicio del heredero, tras la muerte de su deudor.

Como explica Ginot¹⁸: *«Al decir de Siesse la responsabilidad del heredero es un caso de aplicación del principio que atribuye a la historia del derecho de obligaciones un origen delictual: el heredero, si se negaba al pago, engañaba al acreedor reteniendo en la herencia un valor que mediante el pago habría debido figurar en el patrimonio de este último. Según esto, pareció abusivo que el acreedor, por la muerte del deudor, pudiese mejorar su situación en perjuicio del heredero, esta es la causa por la que este no podía ser responsable más que hasta la concurrencia de los bienes dejados por el difunto. Dicho principio triunfó en la Edad Media y encontró su expresión más completa en el Espejo de Sajonia, según el cual la ejecución de una deuda no podía verificarse contra el heredero más que en el caso de que el acreedor estuviese dispuesto a hacer a favor de aquel la prestación de un contravalor».*

En definitiva, concluye Ginot, *«en la herencia germánica el heredero no sucedía en las obligaciones del causante, sino que, en realidad, los bienes hereditarios continuaban afectos a la responsabilidad dimanante de las obligaciones de este último. Y tanto es así, que estaba reconocida al heredero la facultad de abandonar los bienes del difunto a los acreedores, desligándose totalmente del pago de las deudas»; sin que ello pudiera fomentar el fraude por cuanto «hay que tener en cuenta, según pone de relieve Schoederer-Von Kuenssber, que los acreedores figuraban como los más inmediatos herederos, y el heredero legal era subsidiariamente responsable ante aquellos si había omitido hacer lo necesario para pagarles oportunamente, o, en caso, preciso, no había cedido la herencia a fin de pagar las deudas».*

III. LEGISLACIÓN DE ARAGÓN Y NAVARRA

6. El Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, regula en su Capítulo V la responsabilidad del heredero.

El artículo 355 se refiere a la limitación de la responsabilidad del heredero con la siguiente redacción:

«1. El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que recibe del caudal relicto, aunque no se haga inventario.

¹⁸ FRANCISCO GINOT LLOBATERAS, *La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral*, Anuario de Derecho Civil, T. III, fasc. IV, oct.-dic. 1950, p. [1057]-1099.

2. Sin embargo, cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, el heredero responderá con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos; así como del valor de la pérdida o deterioro que, por su culpa o negligencia, se produzca en los bienes heredados».

Y en el artículo 357 establece la separación de patrimonios:

«1. La confusión de patrimonios no se produce en daño del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto.

2. La aceptación de la herencia no produce la extinción de los derechos y créditos del heredero contra la herencia, ni de los de esta contra aquel».

Dichos preceptos vienen a reiterar las previsiones recogidas en los artículos 40 y 42 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, que derogó el Libro II, de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967, que ya en su artículo 138 contemplaba igual limitación de responsabilidad del heredero; de modo que seguía la previsión contenida en el artículo 44 del «Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho foral de Aragón», aprobado por Decreto de 7 de diciembre de 1925¹⁹.

Por tanto, en el derecho civil aragonés la responsabilidad del heredero no se extiende a su propio patrimonio sino que queda limitada por ley en todo caso, tradicionalmente calificado como «beneficio legal de inventario»; de modo que, como se advierte en los manuales de derecho civil aragonés, a diferencia del derecho romano, «es una responsabilidad *intra vires* porque tiene como límite lo recibido por el heredero del caudal relicto sin que pueda ser hecho responsable personal en mayor medida; además, en principio, es una responsabilidad que los acreedores sólo pueden exigir sobre los bienes recibidos por el heredero del caudal relicto (*cum viribus*)»²⁰.

La doctrina encuentra la justificación de tal previsión legal en la inspiración del Derecho aragonés en el Derecho germánico, advirtiendo una manifestación de tal inspiración en el consorcio foral; sin que falten críticas, como es el caso de Ginot, que tras preguntarse si ¿es admisible en el Derecho moderno la consagración de un sistema de responsabilidad limitada sin garantía alguna para los acreedores y legatarios?, sostiene lo siguiente:

¹⁹ «La herencia se entiende aceptada siempre a beneficio de inventario, aunque no se haya llenado formalidad alguna de las que establecen los artículos 1010 y siguientes del Código Civil».

²⁰ José Antonio SERRANO GARCÍA, *Manual de derecho civil aragonés*, Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, p. 472.

«En una sociedad absolutamente agrícola en la que, por lo reducida, los actos de relieve debían tener una publicidad evidente y en la que la fuente principal de riqueza estaba constituida por inmuebles, sin que los muebles alcanzasen un valor económico importante, cual la sociedad de la época de las Observancias aragonesas, el establecimiento de garantías no era esencial; pero la transformación sufrida desde aquella época a la actual hace absolutamente indispensable la existencia de tales garantías. Y la promulgación del Fuero único, *De his qui in fraudem creditorum*, hace pensar que ya en aquellos tiempos se darían algunos abusos»²¹.

Sin embargo, no parece que este argumento pueda resultar de aplicación en la actualidad cuando el control de los patrimonios por parte de la Agencia Tributaria permite conocer con facilidad todos los recursos del causante de modo que una actuación mínimamente diligente de los acreedores permitiría que el heredero no eludiese el pago de las deudas con los bienes recibidos.

Pero es que, además, el Derecho aragonés no fomenta el fraude de acreedores y, al igual que antes apuntábamos con relación al Derecho germánico, introduce unos mecanismos tendentes a evitarlo como se infiere del ya citado artículo 355.2 que extiende la responsabilidad frente a los acreedores del causante a los bienes del heredero cuando no actúa de forma diligente. Además, si realmente estuviéramos ante un heredero que actúa en fraude de los acreedores de su causante podría incluso plantearse su posible responsabilidad personal conforme a los artículos 1101 y 1104 del Código Civil.

En esta línea, existe otro sector doctrinal, en el que se encuentra Albaladejo, que cuestiona abiertamente la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, califica de atavismo histórico tal extensión de responsabilidad y sostiene que las personas que contrataron con el causante de la sucesión cuando vivía, sabían de su solvencia, del alcance de su patrimonio, el cual se constituía en la garantía del cobro de los créditos de aquellos, patrimonio que, precisamente por eso, a la muerte de su titular y convertirse en herencia, debería mantenerse aislado, de modo que los herederos de aquel, con los que ni contaron ni tenían por qué contar aquellos contratantes con este, deberían ser dejados al margen por entero en orden al pago de aquellos créditos como lo estuvieron al tiempo de contratar²².

7. La Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del derecho Civil Foral de Navarra, regula en el Título XVII del Libro II la responsabilidad del heredero.

²¹ Francisco GINOT LLOBATERAS, op. cit., 1950, p. 1076.

²² Manuel GITRAMA GONZÁLEZ, op. cit., 1989, p. 259 y 269.

La Ley 318 se refiere a la limitación de la responsabilidad del heredero con la siguiente redacción dada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo:

«Responsabilidad “intra vires”. El heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de los bienes de la herencia exclusivamente; pero si se excediere en el pago a los acreedores, estos no estarán obligados a restituir. Se considerarán también acreedores de la herencia a los que lo sean por gastos de última enfermedad y sepelio.»

Un sector de la doctrina, cabe nuevamente citar a Ginot²³, se muestra crítico con este precepto al entender que se separa de la tradición romana que sirve de inspiración a Derecho civil Foral de Navarra y recuerda que, conforme al Fuero General de Navarra, los hijos deben responder con sus propios bienes de las deudas de sus padres —así lo declaró el Tribunal Supremo en sentencias de 1 de julio de 1881 y 19 de abril de 1898— si bien reconoce que el apéndice del derecho navarro al Código civil, según Proyecto formulado por el Ilustre Colegio Notarial de Pamplona, figura recogida la materia de responsabilidad del heredero por deudas del causante en el artículo 88, el cual rompe con los precedentes del derecho romano cuando prevé lo siguiente:

«La herencia se entenderá siempre aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese esta circunstancia; y el heredero viene obligado a responder de las deudas del causante más que hasta donde alcancen los bienes. No es necesario formalidad alguna para gozar de este beneficio.»

Resulta relevante destacar esta regulación como un precedente de derecho inspirado en Derecho romano que se aparta de la responsabilidad *ultra vires hereditatis*. De esta forma asume la doctrina que sostiene que no debería mantenerse una responsabilidad del heredero no ajustada a la realidad actual por seguir una tradición jurídica determinada cuando la inspiración de las normas actuales se encuentra en tradiciones distintas; y así lo pone de relieve Roca Sastre con relación al Código Civil cuando recuerda que no sigue un sistema institucional determinado en materia de sucesiones, sino que algunas normas están inspiradas en el Derecho romano y otras en el Derecho germánico²⁴.

²³ Francisco GINOT LLOBATERAS, op. cit., 1950, p. 1074.

²⁴ Ramón María ROCA SASTRE, *Crítica institucional del Código Civil*, Revista crítica de derecho inmobiliario, 1940, p. 511.

IV. CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS DE EXTENSIÓN DE GARANTÍA Y PENALIZACIÓN

8. En los últimos años los Principios de Derecho Europeo de Contratos (*Principles of European Contract Law*—PECL—)²⁵ han venido siendo utilizados como inspiración de propuestas legislativas tendentes a unificar nuestro ordenamiento jurídico con el de otros países de nuestro entorno de modo que estos Principios tienen la declarada intención de ofrecer «una respuesta a la necesidad de crear una infraestructura del derecho de contratos, válida para toda la Unión, para consolidar el volumen cada vez más amplio del derecho comunitario que regula tipos específicos de contratos»²⁶, lo que aconseja apoyarse en los mismos para efectuar la interpretación de nuestro ordenamiento jurídico²⁷.

En este sentido obligado es destacar la publicación por el Ministerio de Justicia de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación²⁸ en cuya Exposición de Motivos se reconoce abiertamente que tal reforma está muy inspirada en la Convención de Viena y en los PECL, al tiempo que recuerda cómo los conflictos que en materia contractual se hayan podido plantear a lo largo de 100 años han sido convenientemente resueltos por vía jurisprudencial y doctrinal; lo que en definitiva supone que, aun en el caso de que tal reforma no llegue a ser finalmente asumida por el Ministerio de Justicia, parece indudable que la Comisión de Codificación, máximo órgano asesor del departamento ministerial en las tareas prelegislativas, está mostrando a la comunidad jurídica la conveniencia de interpretar nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual en línea a las reglas comunes del Derecho de Contratos (*usus mercatorum*), que bien pueden encontrarse sintetizadas en los PECL.

Hasta tal punto influyen estos Principios en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo que han resultado determinantes a la hora de ofrecer una interpretación actual de artículo 1303 del Código Civil alejándose de la literalidad de la norma en lo relativo al día inicial del cómputo del plazo de caducidad

²⁵ THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law, Parts I & II*, (eds. Ole LANDO [et al.]), Ed. Kluwer Law International, The Hague, 2000.

²⁶ M.^a Pilar BARRÉS BENLLOCH, José Miguel EMBID IRUJO, Fernando MARTÍNEZ SANZ (eds.), *Principios de derecho contractual europeo: Parte I y II (Los trabajos de la Comisión de Derecho Contractual europeo)*, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, p. 27.

²⁷ STS, Sala 1^a, de 17 de diciembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:7033): «Utilizando a estos efectos, como ya ha ocurrido en otras sentencias de esta Sala (SSTS de 10-10-2005, 4-4-2006, 20-7-2006, 31-10-2006, 22-12-2006 y 20-7-2007), el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil».

²⁸ Boletín de información del Ministerio de Justicia, Año LXIII, enero 2009.

previsto en dicho precepto para la acción de anulación por error vicio de los contratos financieros complejos y acogiendo la doctrina de la «*actio nata*»²⁹.

Precisamente este criterio es el seguido en el Codi civil de Catalunya³⁰ cuando en su artículo 122-5.1 expresamente prevé: «*El termini de caducitat s'inicia, si no hi ha normes específiques, quan neix l'acció o quan la persona titular pot conèixer raonablement les circumstàncies que fonamenten l'acció i la persona contra la qual es pot exercir*».

9. Pues bien, en el artículo 4:110 PECL se ocupa de las cláusulas abusivas no negociadas individualmente³¹.

Explican los autores en el Comentario que «*esta disposición tiende a ampliar el ámbito de aplicación de la cláusula general de la Directiva 93/13/CEE del Con-*

²⁹ STS, Sala 1ª, de 12 enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:254): «*Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a "la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas"*, tal como establece el art. 3 del Código Civil.

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los "contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente", quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento».

³⁰ Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil de Catalunya.

³¹ Article 4:110: Unfair Terms not Individually Negotiated

(1) A party may avoid a term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of that party, taking into account the nature of the performance to be rendered under the contract, all the other terms of the contract and the circumstances at the time the contract was concluded.

(2) This Article does not apply to:

(a) a term which defines the main subject matter of the contract, provided the term is in plain and intelligible language; or to

(b) the adequacy in value of one party's obligations compared to the value of the obligations of the other party.

sejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (1993) a los contratos entre particulares y respecto de los contratos mercantiles»³².

De esta forma los PECL parecen optar por recoger el núcleo sustancial de las reglas especiales en materia de Derecho de consumo; y en esta línea se encuentra la llamada Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del año 2001 de la República Federal de Alemania, que modifica el Código Civil, así como, en nuestro Derecho, la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos regula en los artículos 1261 y ss CC las Condiciones Generales de la Contratación, refiriéndose el art. 1262³³ a las cláusulas abusivas no negociadas individualmente, donde se recogen las llamadas «listas negras» (cláusulas consideradas abusivas) a diferencia de los PECL donde tan solo se apunta la cláusula general en atención a la dificultad que advierten en elaborar un listado de cláusulas que se puedan definir como abusivas *per se* en los contratos entre profesionales y ante la diversidad de los contratos mercantiles, bien que nada impide que los tribunales puedan inspirarse en la lista del anexo de la referida Directiva comunitaria.

10. En la última década se han ido sucediendo una serie de resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que han puesto de manifiesto la deficiente protección de los consumidores en la legislación nacional por una inadecuada trasposición de la 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; en lo sucesivo «Directiva») en la medida en que los deudores hipotecarios no solo tenían limitados los medios de defensa cuando la entidad financiera presentaba demanda de ejecución ante el impago de una o varias cuotas sino que, además, la interpretación que hacían los tribunales españoles de las consecuencias de la declaración de abusividad de una cláusula contractual era inadecuada³⁴.

El TJUE parte de una premisa clara y es que el sistema de protección que establece la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de

³² M.^a Pilar BARRES BENLLOCH, José Miguel EMBID IRUJO, Fernando MARTÍNEZ SANZ (eds.), *op. cit.*, 2003, p. 384.

³³ Art. 1262 CC: «Las cláusulas no negociadas individualmente serán nulas por abusivas cuando causen, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato. 2. El carácter abusivo no alcanzará a las prestaciones que san objeto principal del contrato y se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de este, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y las demás cláusulas de dicho contrato o de otro del que dependa...».

³⁴ STJUE C-618/2010, de 14 junio 2012, *Banesto*; STJUE C-415/2011, de 14 de marzo 2013, *Aziz*; STJUE C-169/2014, de 17 de julio de 2014, *BBVA*; STJUE C-421/2014, de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*; STJUE C-96/16 y 94/174, de 7 de agosto de 2018, *BS*; STJUE C-70/17 y C-179/17, de 26 de marzo de 2019, *A/Bankia*.

negociación como al nivel de información³⁵; y se apoya fundamentalmente en tres principios: efectividad, equivalencia e interpretación conforme.

Considera que deben ser los Estados miembros los que articulen los mecanismos de ejecución forzosa, proclamando el principio de respeto por la autonomía procesal de cada Estado; ahora bien, limita esta autonomía en la medida en que dichas normas no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)³⁶.

Partiendo de que deben ser los Estados miembros los que articulen los mecanismos de ejecución forzosa, lo cierto es que limita esta autonomía en la medida en que dichas normas no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia)³⁷.

Y en lo relativo a principio de interpretación conforme la jurisprudencia del TJUE efectúa las siguientes consideraciones:

a) La cuestión de si ha de excluirse la aplicación de una disposición nacional, en la medida en que sea contraria al Derecho de la Unión, sólo se plantea si no es posible una interpretación conforme de tal disposición.

b) Al aplicar el Derecho interno, los jueces nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Esta obligación de interpretación conforme del Derecho nacional permite a los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelven los litigios de que conocen.

c) El principio de interpretación conforme del Derecho nacional tiene determinados límites por cuanto la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional

³⁵ STJUE C-415/2011, de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, 44.

³⁶ Así lo indica en la sentencia C-169/2014, de 17 de julio de 2014, *BBVA*, con cita de las SSTJUE C-168/05, de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro* (24), y C-40/08, de 6 de octubre de 2009, *Astrucom Telecomunicaciones* (38).

³⁷ Como señala la sentencia del TJUE C-93/12, de 27 de junio de 2013, *ET Agroconsulting-04-Velko Stoyanov*, de la jurisprudencia de dicho tribunal se deduce que el respeto del principio de equivalencia exige: «*Que la norma nacional de que se trate se aplique indistintamente a los recursos basados en derechos que el Derecho de la Unión confiere al justiciable y a los que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno y que tengan un objeto y una causa semejantes. Corresponde al juez nacional, que conoce directamente la regulación procesal aplicable, verificar la similitud de estos recursos desde el punto de vista de su objeto, de su causa y de sus elementos esenciales (vid, en este sentido, las sentencias Pontin, antes citada, apartado 45 y jurisprudencia citada, y de 19 de julio de 2012, Littlewoods Retail y otros, C-591/10, apartado 31)*» (39).

d) Si tal interpretación no es posible, deberá examinarse si los preceptos comunitarios que son de aplicación tienen efecto directo y, en ese caso, si pueden ser invocados frente a las partes demandadas en el procedimiento principal, dada la naturaleza jurídica de estas (Estado/derivados o particulares).

e) En caso de que el juez nacional no pueda alcanzar el resultado previsto en la norma, sea por falta de efecto directo o por tratarse de un conflicto entre particulares, la parte perjudicada por la no conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión podrá solicitar y obtener, en su caso, la reparación del daño sufrido frente al Estado que no efectuó de forma correcta la trasposición de la Directiva.

Estas resoluciones del TJUE han dado lugar a una nueva línea jurisprudencial tendente a proteger los intereses de los consumidores con multitud de sentencias que han declarado el carácter abusivo de diferentes cláusulas contractuales.

En lo ahora relevante podemos centrarnos en analizar el carácter abusivo de aquellas cláusulas tendentes a la imposición de garantías desproporcionadas y las referidas a penalizaciones excesivas en la medida en que pueden ayudarnos a valorar la conveniencia de mantener en nuestro ordenamiento jurídico la actual redacción del artículo 461-18 del Codi civil de Catalunya que, recordemos ahora, obliga al heredero a responder de las obligaciones del causante y de las cargas hereditarias, no solo con los bienes relictos, sino también con los bienes propios, indistintamente.

11. El caso singular de la imposición de garantías desproporcionadas ha sido analizada por la reciente sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2020³⁸ en atención a la previsión contenida en el artículo 88.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, conforme al cual se declara abusiva, por ministerio de la ley:

«La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.»

El Tribunal Supremo considera en la referida sentencia que tal previsión resulta aplicable no solo a las cláusulas que tengan el carácter de condición general de la contratación, por no haber sido negociadas, en contratos entre pro-

³⁸ STS, Sala 1ª, de 27 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:164).

fesionales o empresarios y consumidores, sino también, por vía de excepción, al propio contrato de garantía (generalmente fianza o prenda) que haya sido incorporado, como si de una cláusula más se tratase, en el contrato del que surge la obligación principal garantizada, cuando pueda apreciarse la desproporción de dicha imposición respecto al riesgo asumido por el acreedor, en contra de las exigencias de la buena fe contractual; y justifica tal decisión con la siguiente argumentación:

«La razón fundamental que lleva a esta Sala a adoptar la interpretación extensiva apuntada, conforme al principio pro consumatore que inspira la moderna legislación sobre las relaciones de consumo, principio que en nuestro Ordenamiento tiene arraigo constitucional (art. 51 CE), estriba en la necesidad de atender a la finalidad tuitiva que subyace en esta concreta materia en la jurisprudencia del TJUE antes reseñada, en relación a un contrato (fianza) que expone eventualmente al fiador a un riesgo elevado, y que se refleja en particular de forma destacada en el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C- 74/15, Tarcău), en el que con referencia al sistema de protección establecido por la Directiva 93/13/CEE, señala que dicha “protección es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor ya que tal contrato se basa, en efecto, en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero, comportando para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar” (apartado 25).

A ello se suma la estrecha dependencia del contrato de fianza respecto al contrato del que surge la obligación principal garantizada, dependencia que se traduce en el hecho de que el riesgo asumido por el fiador queda definido comúnmente por la prestación que integra la obligación del deudor principal, en el hecho de la contextualidad o coetaneidad de ambos contratos (préstamo y fianza), en su formalización conjunta en un mismo documento, y en el hecho de que el común acreedor del deudor principal y del fiador es el que como oferente profesional impone y predispone la redacción de los términos del afianzamiento, según resulta notoriamente de la observación del tráfico jurídico y de las máximas de experiencia (...)

Como dijimos “supra”, existe una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal, por razón de la finalidad de garantía de aquella, que si bien no determina que dichos vínculos obligacionales lleguen a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, no obstante sí determina su participación o integración en una relación negocial compleja y unitaria por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria. Lo que permite analizar esta última, desde la pers-

pectiva de su eventual falta de transparencia o abusividad, en su totalidad, cuando pueda estar incurso en la proscripción de la imposición de garantías desproporcionadas.»

Si aplicamos tal doctrina a la extensión de responsabilidad del heredero por las deudas de su causante a su propio patrimonio podríamos afirmar que estamos ante un supuesto de garantía desproporcionada en la medida en que convertiríamos al heredero en avalista del deudor-causante en claro beneficio de los acreedores que por mor de la muerte de su deudor obtienen una mayor garantía para la devolución de las deudas.

Parece razonable entender que existe una clara desproporción entre la garantía impuesta y el riesgo asumido por el acreedor en la medida en que este se ve favorecido con una garantía inesperada sin que se advierta un incremento del riesgo de impago de la deuda cuando el patrimonio del deudor sigue sometido a la obligación del pago de sus propias deudas.

Podría sostenerse que existe un incremento del riesgo ante la posibilidad de que el heredero intente sustraer el patrimonio del causante al pago de las deudas una vez aceptada la herencia, pero tal argumento no se compadece con la realidad actual que permite al acreedor conocer el patrimonio del deudor con gran facilidad dado el control de la Agencia Tributaria al respecto y la comunicación existente con los juzgados y tribunales para facilitar la información patrimonial de los deudores.

Por tanto, una actuación diligente del acreedor impedirá que el heredero pueda sustraer bienes de la herencia del pago de las deudas de su causante; lo que en definitiva supone que la extensión de garantía al patrimonio del heredero no parece justificada y nos permite hablar de una situación de sobregarantía proscribta por el preciado artículo 88.1 LGCU.

12. Descartada de esta forma que la obligación del deudor de responder con su patrimonio por las deudas de su causante pueda venir justificada por la necesidad de ofrecer una sobregarantía al acreedor, cabe la posibilidad de considerar que, en realidad, se trata de una penalización por no haber pagado las deudas de su causante o por no haber sido diligente en el análisis de su situación financiera al aceptar la herencia con la pertinente confección de inventario³⁹.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de cuándo puede advertirse un «desequilibrio importante» entre las

³⁹ Anna Esther ARROYO I AMAYUELAS, *Artículo 461-14 CCCat, Comentari al Llibre Quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions: Llei 10/2008, del 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum II), Joan EGEA I FERNÁNDEZ, Josep FERRER I RIBA (dirs.), Ed. Atelier, Barcelona, 2009, p. 1497 a 1499: «V. La responsabilitat il·limitada, és una sanció a la no confecció d'inventari?».

partes en el ámbito de la protección de los consumidores; y así en el apartado 71 de su sentencia de 14 de marzo de 2013⁴⁰ recuerda lo siguiente: «Además, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración (sentencias antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42)».

Pues bien, nos encontraríamos ahora ante la previsión contenida en el artículo 85.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, conforme al cual se declara abusiva, por ministerio de la ley:

«Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.»

La diligencia del heredero en el pago de las deudas de su causante debe ponerse en relación con la diligencia propia del acreedor en el cobro de las mismas y, por tanto, no parece razonable fijar una penalización tan grave al heredero que le lleve a responder con su propio patrimonio cuando el acreedor podría haber instado las medidas de garantía oportunas ante el impago de la deuda, interesando, entre otras cosas, el embargo de los bienes del deudor. Además, el heredero carece de incentivo alguno para el pago de las deudas del causante a diferencia del pago de los legados en que puede verse favorecido por la cuarta falcidia.

En todo caso, conviene no olvidar que el acreedor podría dirigirse contra el heredero por el valor de los bienes de la herencia y así expresamente se reconoce en el artículo 355.2 del Código del Derecho Foral de Aragón; luego la posible venta de los bienes de la herencia por parte del heredero no perjudicaría en modo alguno al acreedor.

Por otro lado, tampoco puede justificar tan grave penalización el error que pudiera haber sufrido el heredero al analizar la situación financiera de su causante; antes al contrario, la aceptación de la herencia favorece al acreedor dado que podrá instar al heredero al pago de la deuda con los bienes recibidos en herencia sin necesidad de tener que acudir al juzgado en reclamación frente a los ignorados herederos del deudor.

En definitiva, teniendo en cuenta que los acreedores del causante no contemplaron en el momento de celebración de los contratos la necesidad de fijar una penalización de extensión de responsabilidad a un tercero en caso de incumpli-

⁴⁰ STJUE 14 de marzo de 2013, caso Aziz, C-415/11.

miento del deudor, no parece equilibrado que se vean favorecidos con una mayor garantía para el cobro de las deudas sin que la otra parte obtenga beneficio alguno a cambio.

V. BENEFICIO DE INVENTARIO

13. Ya el Derecho justiniano quiso mitigar la excesiva carga que suponía para el heredero tener que asumir las obligaciones de su causante —con la única posibilidad de los herederos voluntarios de no aceptar la herencia si sospechaban que era una *hereditas damnosa*— limitando la responsabilidad por el pasivo de la misma a la cuantía del activo con el conocido *beneficium inventarii*⁴¹.

Como se explica en el ya citado manual de Derecho Romano de Arias, consistía en que «*si el heredero redactaba con intervención de un tabularis un inventario de la herencia, comenzando dentro de los treinta días siguientes a su conocimiento de la llamada a la misma, y terminado en sesenta días a partir del citado plazo —o un año si los bienes están lejos—, no quedaba obligado sino in quantum valere bona hereditatis*»; de esta forma destaca que «*el viejo principio, tan tenazmente conservado durante tantos siglos, de la responsabilidad del heres, con su caudal propio, ultra vires hereditatis, puede ser eliminado en virtud de esta interesantísima e importante innovación justiniana, que evitaba también, como es lógico, los efectos de la confusión hereditaria en relación con las deudas y créditos entre causante y heredero*»⁴².

⁴¹ J. ARIAS RAMOS, J. S. ARIAS BONET, op. cit., 1981, p. 1108 - 1109. C., 6, 30, de iure deliberandi, 22 2-3 (Justiniano)

Sin autem dubius es, utrumne, admittenda sit nec ne defuncti hereditas, non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hereditatem vel sese immisceat, omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur, ut intra triginta dies, post apertas tabulas vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit numerandos, exordium capiat inventarium super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat. Et hoc inventarium intra alios sexaginta dies modis omnibus impleatur sub praesentia tabulariorum ceterorumque, qui d huiusmodi confectionem necessarii sunt.

Mas, si dudase (el heredero) si ha de aceptar o no la herencia del difunto, no crea que le es necesaria deliberación sino ada la herencia, o inmescúyase, pero hágase ineludiblemente un inventario por él mismo, de manera que, dentro de los treinta días, a contar desde que fueron abiertas las tablas del testamento, o de que le fuera conocida la apertura de las tablas, o de haber sabido que le había sido deferida la herencia abintestato, dé comienzo el inventario de los bienes que tenía el difunto al tiempo de su muerte. Y este inventario termínese de todos modos dentro de otros sesenta días, a presencia de los tabularios y de las demás personas que son necesarias para su confección.

Eod., 22, 4

Et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint, et hereditatem, sine periculo habeant, et legis Falcidiaae adversus legatorios utantur beneficio, ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantie ad eos devolutae valeant.

Y si hubiesen reunido las susodichas formalidades para hacer el inventario, tengan la herencia sin riesgo y utilicen contra los legatarios el beneficio de la ley Falcidia, de manera que en tanto queden obligados a los acreedores de la herencia, en cuanto valgan los bienes de la herencia a ellos dejada.

⁴² J. ARIAS RAMOS, J. S. ARIAS BONET, op. cit., 1981, p. 859.

Se superaba de esta forma la responsabilidad del heredero con sus propios bienes para hacer frente a las deudas de su causante, pero con unas exigencias que, como veremos, se han mantenido a lo largo de los siglos en nuestro ordenamiento jurídico.

14. En efecto, la exigencia de inventario supone un gravamen para el heredero que, en muchos casos, desincentivará la aceptación de la herencia; máxime en una situación de crisis económica como la actual que ha aumentado de forma exponencial la posibilidad de encontrarse con una herencia ruinosa.

El propio legislador catalán es consciente de tal gravamen y así en el Preàmbul de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, cree haber encontrado una solución satisfactoria, flexibilización tal exigencia, cuando apunta lo siguiente:

«En matèria d'acceptació i repudiació, la novetat més destacada és la facilitació dels efectes de limitació de la responsabilitat de l'hereu vinculats al benefici d'inventari. El llibre quart avança cap a la generalització de la limitació de responsabilitat de l'hereu als béns rebuts per herència i ho fa tot estenent les conseqüències del benefici d'inventari, com a efecte legal, als hereus que efectivament han practicat inventari, encara que no hagin manifestat la voluntat d'acollir-se a aquest benefici o fins i tot encara que hagin manifestat que l'accepten de manera pura i simple. Allò que compta, al capdavant, és haver practicat, dins del termini marcat per la llei, un inventari fidel, en el qual figurin tots els béns i tots els deutes del causant que l'hereu conegui o hauria de conèixer raonablement, i pagar els deutes hereditaris observant les prelacions i les regles d'administració que la llei imposa a l'hereu beneficiari. Amb la mateixa voluntat de fer més accessible el gaudi del benefici, el llibre quart equipara l'inventari formalitzat en document privat al notarial o judicial, per tal com en les herències modestes en què no hi ha béns immobles, s'acostuma a fer en document privat. Aquesta equiparació es condiciona al fet que aquest inventari s'hagi presentat a l'administració pública competent per a pagar els tributs relatius a la successió. A part d'aquesta novetat, també s'ha de fer notar la nova redacció de la regla sobre l'acceptació de l'herència pels creditors, que passa a configurar-se, tal com la interpreta majoritàriament la doctrina, com un supòsit d'inoposabilitat, a semblança de la inoposabilitat de les donacions, però subjecta a un termini de caducitat relativament breu.»

Sin embargo, la condicionalidad incluida en la realización del inventario invita a los acreedores que no puedan ver satisfechas sus deudas con los bienes de la herencia a dirigir su acción frente a los bienes propios del heredero so pretexto de que el inventario no se realizó en tiempo y forma, dando lugar con ello a una

incertidumbre que, a la postre, tan solo servirá para que el llamado a la herencia opte por no aceptar la misma para evitar verse sometido a interminables litigios.

Veamos en qué medida estas condiciones pueden suponer un riesgo para el heredero que acepta la herencia.

15. El artículo 461-14 CCCat faculta al heredero a adquirir la herencia a beneficio de inventario, siempre y cuando tome inventario de la misma de acuerdo con lo establecido en el artículo 461-15⁴³; pero en el caso de no hacerlo en tiempo y forma se entenderá que acepta la herencia de forma pura y simple (artículo 461-17.1 CCCat).

La primera exigencia para la toma de inventario es que se realice en el plazo de 6 meses a contar del momento en que el heredero conoce o puede razonablemente conocer la delación. Por tanto, la previsión legal ya introduce un factor susceptible de interpretación con el consiguiente riesgo de deriva judicial por cuanto el conocimiento razonable de la delación siempre puede dar lugar a una actividad probatoria y, con ello, a que el heredero que adquiriera la herencia a beneficio de inventario transcurridos 6 meses de la muerte de su causante pueda verse sorprendido por una resolución judicial que cuestione la correcta toma de inventario, lo que llevará a extender a su propio patrimonio la responsabilidad por las deudas de su causante.

En definitiva, es fácil advertir que un heredero descartará aceptar la herencia transcurridos 6 meses de la muerte de su causante por el riesgo cierto en que puede colocar su patrimonio propio, máxime cuando parece que se trata de un plazo de caducidad no susceptible de prórroga de modo que no puede alargarse pese a las dificultades que puede encontrar el heredero⁴⁴, pese a que tal ampliación sí

⁴³ Article 461-15. Presa d'inventari

1. L'inventari s'ha de prendre en el termini de sis mesos a comptar del moment en què l'hereu coneix o pot conèixer raonablement la delació.

2. L'inventari de l'herència s'ha de formalitzar davant notari. Es pot aprofitar l'inventari pres per a detreure les quartes del fideïcomís o de l'herència gravada amb llegats. Tanmateix, l'inventari formalitzat per l'hereu en document privat que es presenti a l'Administració pública competent per a la liquidació dels impostos relatius a la successió també produeix els efectes legals del benefici d'inventari.

3. En l'inventari s'han de ressenyar els béns relictos, sense que calgui valorar-los, i els deutes i les càrregues hereditaris, amb indicació de llur import.

4. L'inventari no es considera pres en forma sí, a sabuda de l'hereu, no hi figuren tots els béns i deutes, ni si ha estat confeccionat en frau dels creditors.

5. Per a prendre l'inventari, no cal citar cap persona, però hi poden intervenir els creditors del causant i altres interessats en l'herència.

6. Si l'hereu manifesta la voluntat d'acceptar l'herència a benefici d'inventari abans de prendre'l, els legataris i els fideïcomissaris no poden iniciar cap acció contra l'herència fins que s'hagi formalitzat l'inventari o hagi transcorregut el termini legal per a fer-ho.

⁴⁴ Francesc Xavier FRANCINO BATLLE, *Adquisició i repudiació de l'herència, Dret Civil Català: volum III: dret de successions*, Adolfo LUCAS ESTEVE (dir.), Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 2010, p. 460.

resulta contemplada a efectos fiscales en el artículo 68.1 del RD 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones⁴⁵.

16. El artículo 461-15 CCCat introduce otro condicionante de riesgo para el heredero al descartar que el inventario se haya tomado en forma si, a sabiendas del heredero, no figuran en el mismo todos los bienes y deudas, ni si ha sido confeccionado en fraude de acreedores.

Esta previsión legal supone generar en el heredero una presión añadida dado que los acreedores de su causante podrán cuestionar no ya sólo si ha actuado en fraude de sus intereses sino si conocía —o razonablemente podía conocer— determinados bienes y deudas que no ha incluido en el inventario, lo que nos lleva nuevamente a una actividad probatoria y una decisión judicial que puede poner en riesgo el patrimonio propio del heredero, desincentivando de esta forma la aceptación de la herencia.

Pensemos en una deuda del causante derivada de haber prestado fianza a un familiar común con el heredero. Sin duda los acreedores pueden sostener que la relación familiar permite presumir el conocimiento de la deuda derivando al heredero la carga de probar un extremo de difícil acreditación.

17. Tampoco pueden desconocerse los riesgos derivados de la administración de la herencia beneficiaria a que se refiere el artículo 461-21 CCCat.

El heredero debe pagar a los acreedores conocidos de su causante a medida que se presenten, bajo su responsabilidad, y antes de entregar o cumplir los legados.

Además, los acreedores que no vean satisfechos sus créditos podrán denunciar una actuación fraudulenta del heredero en los pagos y realizaciones de bienes y, en general, en la administración de la herencia beneficiaria, con el consiguiente riesgo de perder el beneficio de inventario.

Este es el caso analizado en los autos de Juicio Ejecutivo nº 310/2000 del Juzgado de 1ª Instancia nº 25 de Barcelona. La sentencia dictada en primera instancia consideró que la entonces ejecutada —heredera de quien era avalista de la póliza que constituía el título ejecutivo— había actuado fraudulentamente, con la consiguiente pérdida del beneficio de inventario, por no otorgar a los bienes de la herencia el valor real en el inventario practicado; si bien es cierto que esta conclusión se consideró excesivamente rigorista en la sentencia dictada en grado

⁴⁵ Artículo 68.1 RD 1629/1991, de 8 de noviembre: «*La oficina competente para la recepción de los documentos o declaraciones podrá otorgar prórroga para la presentación de los documentos o declaraciones relativos a adquisiciones por causa de muerte por un plazo igual al señalado para su presentación*».

de apelación por la Sección 17^a de la Audiencia Provincial de Barcelona⁴⁶ al considerar que *«aunque el art. 30.11 CS establece que el inventario deberá practicarse en la forma prescrita para detraer la “cuarta trebel·liànica”, a diferencia de lo que señala para ésta el art. 230 CS, cuando se trata del beneficio que nos ocupa, no es necesaria la valoración de los bienes inventariados»*.

18. Pero el mayor riesgo se encuentra en una posible aceptación tácita de la herencia.

En efecto, El artículo 461-5 CCCat se ocupa de la aceptación tácita de la herencia con la siguiente previsión:

«S’entén que l’herència s’accepta tàcitament en els casos següents:

a) Si el cridat fa qualsevol acte que no pot fer si no és a títol d’hereu.

b) Si el cridat ven, dóna o cedeix el dret a l’herència a tots els cobereus, a algun d’ells o a un tercer, llevat que es tracti d’una donació o cessió gratuïta a favor de tots els altres en la proporció en què són hereus.

c) Si el cridat renuncia al dret a succeir a canvi d’una contraprestació o hi renuncia a favor de només algun o alguns dels cobereus.»

En estos supuestos es claro que el heredero perdería el beneficio de inventario con la gravosa consecuencia de tener que responder con sus propios bienes de las deudas del causante.

La reciente sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2021⁴⁷ ofrece respuesta a la pretensión de un heredero que impugna la aceptación tácita de la herencia al haber sido condenado en pleito anterior a pagar una deuda de su causante con sus propios bienes y concreta así el supuesto de hecho: *«En el caso, tras la aceptación tácita de la herencia, aparece un documento otorgado por la causante en el que, para dar cumplimiento a la voluntad de su difunto esposo, reconocía el derecho de unos sobrinos políticos a cobrar, a su fallecimiento, el valor de mercado de unas fincas que ella había recibido de su marido como usufructuaria con facultad de disposición y que, haciendo uso de tal facultad, había vendido»*.

La consecuencia de la reclamación efectuada frente al heredero en pleito anterior era que este venía obligado a abonar la suma de 902.709,10 euros, sin poder limitar la ejecución al valor de lo percibido en la herencia de su causante.

Para evitar la ejecución de esa sentencia el heredero instó un nuevo procedimiento basado en la nulidad de la aceptación de la herencia por error en el consentimiento puesto que *«como consecuencia de la aceptación se había convertido en*

⁴⁶ Sentencia AP Barcelona, Sección 17^a, de 16 de noviembre de 2001 (ECLI:ES:APB:2001:10728).

⁴⁷ STS, Sala 1^a, de 15 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:977).

deudor de una cantidad que superaba el doble del valor de la herencia, que no podía ni imaginar la existencia de la deuda ni su magnitud y que, de hecho, no conoció el valor de las fincas vendidas por la causante cuando los sobrinos interpusieron la demanda, pues ese procedimiento se siguió como de cuantía indeterminada, según dijeron los entonces demandantes porque, al haber sido vendidas y estar en manos de terceros, no les había resultado posible acceder a ellas para realizar un informe pericial».

Conforme se recoge en la citada sentencia del Tribunal Supremo, la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia n.º 554/2017, de 22 de diciembre, desestimó la demanda y basó su decisión en las siguientes consideraciones: i) la comparecencia del Sr. Leovigildo en su condición de heredero en el pleito anterior puede considerarse como un acto de confirmación tácita, ya que entonces tuvo conocimiento de la posible deuda, puesto que se estaba reclamando en ese procedimiento; ii) desde que se le notificó la demanda pudo darse cuenta de las condiciones en que se encontraba la herencia y la conveniencia de su aceptación por lo que, visto que la fecha de contestación a esa demanda fue el 5 de octubre de 2010, cuando interpone la demanda de este procedimiento ya ha pasado el plazo de cuatro años del artículo 1301 CC; iii) en cualquier caso, no habría error invalidante porque, aunque el Sr. Leovigildo no conociera el documento ni la deuda, sí conocía los efectos de una aceptación pura y simple.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. Parte de considerar probado que el llamado desconocía la magnitud de la deuda y, en consecuencia, de haber conocido esa modificación sustancial del caudal, y que debería responder con sus propios bienes de la deuda, no hubiera aceptado la herencia de su causante. Advierte que el error que le llevó a realizar los actos de los que resulta su aceptación de la herencia debe ser calificado de determinante, esencial y, además, excusable, pues no puede apreciarse, a la vista de las circunstancias, que pudiera ser salvado con una diligencia normal y destaca que a estos efectos resulta especialmente relevante el origen de la deuda y la interposición de la demanda después de la aceptación por el ahora actor en un procedimiento de cuantía indeterminada iniciado contra la herencia yacente e ignorados herederos de la causante. Y añade que en el conflicto de intereses planteado entre las partes, el origen de la deuda permite concluir que la apreciación de error y consiguiente declaración de la nulidad de la aceptación por el heredero no defrauda ningún interés legítimo de los acreedores.

En realidad el Tribunal Supremo justifica su decisión en las especiales circunstancias del caso con el siguiente razonamiento: *«En efecto, nos encontramos ante un caso verdaderamente singular en el que el heredero instituido en testamento, de no apreciarse el error determinante de su aceptación tácita, vendría obligado a pagar, más allá del valor de los bienes de la herencia, y con sus propios bienes, una deuda que, como deuda exigible, nació del reconocimiento voluntario por parte de*

la causante quien, al mismo tiempo que la dotaba de eficacia mediante el reconocimiento, por no ser hasta entonces jurídicamente exigible, previó que se pagara con el dinero efectivo que existiera en el caudal a su fallecimiento y, de no ser suficiente, con el importe del valor obtenido en la venta del piso de su propiedad. En definitiva, con los bienes hereditarios».

Por tanto, siguiendo esta línea jurisprudencial y teniendo en cuenta que el artículo 461-10.1 CCCat contempla la nulidad de la aceptación de la herencia por error vicio, excusable y determinante de la prestación del consentimiento, se abre una puerta a la litigiosidad en todos aquellos casos en que un heredero compruebe que no puede hacer frente a las deudas de su causante con los bienes de la herencia, reconduciendo la cuestión a analizar en cada caso las circunstancias concurrentes para ver si se trata o no de un error excusable; y obsérvese como en el caso analizado el parecer de la Audiencia Provincial de Madrid fue distinto al del Tribunal Supremo, apuntando un argumento muy relevante cual es que quien acepta una herencia debe ser consciente de las consecuencias derivadas de tal acto, concretamente, de la obligación de responder con sus propios bienes de la herencia de su causante ex artículo 461-18 del Codi civil de Catalunya, de modo que el mero error sobre el contenido de la herencia no parece que pudiera ser suficiente pues podría haberse acogido al beneficio de inventario.

En esta misma línea podría situarse la interpretación del artículo 461-10.1 CCCat que propugna Casanovas Mussons⁴⁸ cuando sostiene que en relación a la aceptación o repudiación de la herencia el error tiene una relevancia restringida: consiste en la ignorancia de la existencia de otras disposiciones de última voluntad que alteren sustancialmente el contenido del título sucesorio aceptado o repudiado.

En los PECL se descarta la nulidad derivada de error esencial a aquellos casos en los que la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o debiera soportarlo en atención a las circunstancias concurrentes; y, por tanto, quien acepta una herencia sin acogerse al beneficio de inventario está asumiendo un riesgo conocido⁴⁹.

También mantiene esta interpretación la Sección 14^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de fecha 18 de noviembre de 2000 en el que analiza un supuesto en el que el heredero, mediante escritura pública de fecha 19 de diciembre de 1991, acepta una herencia valorada en 4.815.000 pesetas y en fecha 23 de noviembre de 1995 la Agencia Tributaria le comunica una deuda

⁴⁸ Anna CASANOVAS I MUSSONS, *Artículo 461-10.1 CCCat, Comentari al Llibre Quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions: Llei 10/2008, del 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum II), Joan EGEA I FERNÁNDEZ, Josep FERRER I RIBA (dirs.), Ed. Atelier, Barcelona, 2009, p. 1487 a 1489.

⁴⁹ M.^a Pilar BARRÉS BENLLOCH, José Miguel EMBID IRUJO, Fernando MARTÍNEZ SANZ (eds.), *op. cit.*, 2003, p. 332.

tributaria de importe de 33.172.818 pesetas derivada de la declaración de IRPF de su causante de 1989. En dicha resolución, donde se pronuncia sobre un pretendido error de consentimiento del heredero al aceptar la herencia, se considera que el error era inexcusable y, además, no había sido simultáneo o provocado con anterioridad a la prestación del consentimiento⁵⁰.

Sin embargo, si el Tribunal Supremo ya apunta a una interpretación flexible de la excusabilidad del error y dado que parece evidente que ningún heredero aceptaría una herencia que le reportara un perjuicio económico, parecería razonable favorecer la seguridad jurídica y limitar la responsabilidad del deudor por las deudas del causante a los bienes de la herencia. Puede ser que, en realidad, el Tribunal Supremo haya resuelto el caso influido por la limitación de responsabilidad del heredero propia del derecho aragonés, apuntando de esta forma a la conveniencia de reformar el Código Civil en este extremo⁵¹.

En todo caso, si siguiéramos esta línea de flexibilización de la excusabilidad del error, no parece que pueda encontrarse obstáculo a su aplicación en la interpretación del artículo 461-10.1 CCCat por cuanto la previsión relativa a que el error concurre en la ignorancia de la existencia de otras disposiciones de última voluntad que alteren sustancialmente el contenido del título sucesorio aceptado o repudiado no obsta a que también pudiera apreciarse la concurrencia de error en otros supuestos donde podría considerarse excusable, como pudiera ser el

⁵⁰ SAP Barcelona, Sección 14ª, de 18 noviembre de 2000 (ECLI:ES:APB:2000:14701) FD Tercero:

«La aplicación práctica del anterior contexto normativo jurisprudencial al supuesto enjuiciado, determina la total desestimación del recurso, toda vez que como acertadamente concluye la juzgadora de instancia:

a) A lo sumo se estaría en presencia de un error excusable, que como queda dicho no invalida el contrato. El actor declaró su voluntad de aceptar la herencia y no solicitó el beneficio de inventario, no siendo lícito que pretenda desplazar su propia negligencia a la parte contraria.

b) Dicho error tampoco habría sido simultáneo o provocado con anterioridad a la prestación del consentimiento. En el momento de la aceptación las fincas no estaban gravadas por embargo alguno. Nótese que del folio 17 resulta que la deuda tributaria, comunicada el 23.11.1995, deriva de la venta de una finca efectuada por el abuelo (esposo de la causante) el 10.3.1989, por la que se declaró un precio de 27.750.000 pesetas, indicando la Agencia Tributaria que además de dicho precio declarado (al vendedor) percibió la cantidad de 41.605.000 ptas. Al haberse presentado declaración conjunta Hacienda dirige la reclamación al matrimonio, y al haber fallecido la esposa, a su heredero aquí recurrente. En la fecha de la escritura de aceptación de herencia ninguno de los intervinientes podía conocer las actuaciones de comprobación e investigación. Tampoco es cierto que en la fecha de la aceptación la herencia soportara dicha carga tributaria, sino que el embargo ha sido debido a que el abuelo no ha atendido el pago reclamado.

c) Las alegaciones relativas a la emancipación quedan sin contenido desde el momento de que del folio 16 resulta que ésta tuvo lugar el 27.11.1990, es decir, con anterioridad al fallecimiento de la causante ocurrido el 11.3.1991 (folio 7).

d) Corolario de lo expuesto es que el recurrente no ha probado la existencia del error obstativo denunciado, procediendo por todo lo expuesto la desestimación del recurso, con la consiguiente confirmación de la sentencia apelada».

⁵¹ El artículo 1003 del Código Civil establece la responsabilidad del heredero por las deudas de su causante con sus propios bienes en la misma línea que el artículo 461.18 CCCat.

advertido por el Tribunal Supremo en la sentencia analizada, en la medida en que el precepto en cuestión tan sólo condiciona la declaración de nulidad de la aceptación o repudiación de la herencia a que el error sea excusable y fuera determinante de la prestación del consentimiento.

VI. CUARTA FALCIDIA

19. El derecho a cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima se mantiene en el Codi civil de Catalunya, concretamente en su artículo 427-40⁵².

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 7 de enero de 2010⁵³ nos ofrece en el apartado 3 del Fundamento de Derecho Quinto un detallado estudio de esta institución:

«En su origen —como nos permitimos recordar en las SS TSJC 15/1998 de 18 jun. y 14/1999 de 21 jun.—, la institución romana de la cuarta falcidia a (Lex Falcidia de legatis del 40 a. C.), que sucedió a otros intentos fallidos de limitar la facultad del testador para realizar legados —caso de las leyes Furia y Voconia, que también abarcaron las donaciones por causa de muerte (Gayo, II.225 y 226)—, tenía por objeto incentivar al heredero para aceptar la herencia gravada con legados con el fin de evitar que, por su renuncia, se produjera la total ineficacia del testamento y de todas las disposiciones particulares contenidas en él, declarando para ello, sin que el testador pudiera disponer otra cosa (ius publicum), en un primer momento, la nulidad de los legados que superasen las 3/4 partes (dodrans) del activo hereditario y, después —por influencia del derecho pretorio—, un derecho (exceptio doli) del heredero testamentario a la cuarta parte de la aestimatio de la cosa legada, por cuya virtud podía accionar para evitar el fraude a la reserva legal (...)

Ciertamente, la institución de la falcidia carece ahora de su sentido originario, a la vista de la posibilidad de que entre nosotros mantengan su eficacia las disposiciones particulares del testador pese a la repudiación del heredero

⁵² Article 427-40 CCCat: «Dret a quarta falcidia o quota hereditària mínima

1. Llevat que el causant ho hagi prohibit, l'hereu pot reduir els llegats si llur ordenació no li deixa lliure la quarta part de l'actiu hereditari líquid. La reducció es fa en la mesura necessària perquè l'hereu pugui retenir en propietat aquesta quarta part, anomenada quarta falcidia o quota hereditària mínima.

2. Si el causant ha fet crides successives a l'herència, només poden detreure la quarta falcidia o quota hereditària mínima l'hereu o els hereus que adquireixen l'herència en primer lloc.

3. Si hi ha diversos hereus, cadascun pot retenir la quarta part de la quota respectiva en l'actiu hereditari, encara que tots els llegats sumats no excedeixin les tres quartes parts.

4. Per a retenir la quarta falcidia o quota hereditària mínima, l'hereu ha d'haver pres inventari, dins del termini i en la forma que estableix l'article 426-20».

⁵³ STSC, Sala Civil y Penal, de 7 de enero de 2010 (ECLI:ES:TSJCAT:2010:101).

ro testamentario y a la subsiguiente apertura de la herencia intestada (arts. 27.1, 122, 259, 260.3 y 266 CS), pero no deja de tenerlo, puesto que si con la *Lex Falcidia* se pretendía inicialmente preservar la voluntad del causante y el testamento (después solo la voluntad del causante), ahora lo que se pretende proteger, como advierte oportunamente el Preámbulo del CS, es la necesaria institución del hereu (art. 136 CS), sin perjuicio del respeto a la voluntad del causante (art. 101 y 274.2 CS), a fin de evitar que quede reducida al simple nomen iuris, lo que constituye una inequívoca seña de identidad del derecho sucesorio catalán, como se puso de manifiesto en las discusiones parlamentarias (ver *Diari de Sessions del Parlament de Catalunya Serie P*, núm. 21, 13 juny 2007) sobre el *Llibre Quart del Codi civil de Catalunya*, finalmente aprobado por *Llei 10/2008*, de 10 de julio, en el que, frente a la previsión inicial que pretendía suprimirla, se ha mantenido como “*quota hereditària mínima*” (arts. 427-40 a 427-45 C.C.C.), en cualquier caso disponible (art. 427-40.1 C.C.C.), excluyendo ahora expresamente las donaciones por causa de muerte.»

20. En efecto, el Preàmbul de la *Llei 10/2008*, de 10 de juliol, del *llibre quart del Codi civil de Catalunya*, relatiu a les successions, advierte que se mantiene la institución de la cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima, como contenido económico mínimo del título hereditario; mientras que en el Preàmbul de la *Llei 40/1991*, de 30 de desembre. *Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya*, precisa que «*Es manté la clàssica quarta falcídia per coherència amb el manteniment de la necessitat d'institució d'hereu i el manteniment de la quarta trebel·liànica*».

En esta línea Duplá Marín⁵⁴ recuerda la premisa de que el mantenimiento de dicha figura en el derecho civil catalán no debe vincularse a la finalidad principal para la que la misma fue creada, hace ahora ya casi dos mil años, cual fue la de empujar al heredero a la aceptación de la herencia, sino que la finalidad actual está vinculada directamente a la protección del heredero como la justificación del mantenimiento de dicha figura jurídica en pleno siglo XXI.

En definitiva, el legislador catalán continúa mostrando interés en que el heredero acepte la herencia y, por tanto, parecería razonable, en la actual realidad social, no gravar al mismo con una carga excesiva que desincentive su interés por la herencia ante la posibilidad de comprometer su patrimonio propio.

⁵⁴ María Teresa DUPLÁ MARÍN, *El proceso de recepción de la «cuarta falcidia» romana en el Derecho civil catalán, Un codi per al dret civil de Catalunya: idealisme o pragmatisme?: estudis en commemoració del 50è aniversari de la Compilació*, Sergio LLEBARIA SAMPER (coord.), Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 2011, p. 419-448.

VII. AVANTPROJECTE DE LLEI D'ACTUALITZACIÓ, INCORPORACIÓ I MODIFICACIÓ DE DETERMINATS ARTICLES DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA⁵⁵

21. Precisamente en la actualidad está en tramitación una propuesta de modificación del Codi civil de Catalunya que en su Exposición de motivos expresamente declara como objetivo *«incorporar determinades modificacions que venen exigides per l'evolució de la societat o per la necessitat de donar resposta satisfactòria a situacions i qüestions que la pràctica ha constatat com a controvertides»*; y añade que no se debe huir de su revisión *«per tal de fer-los permeables a les noves realitats jurídiques, econòmiques o socials, tenint en compte el dret comparat»*.

Tal propuesta afecta a la regulación de la aceptación de la herencia y se orienta, entre otras cosas, y según refiere en su Exposición de motivos, *«a protegir la posició de la persona hereva, tant si ha acceptat purament i simple l'herència, com si ho ha fet a benefici d'inventari»*.

22. En el caso de aceptación pura y simple de la herencia, advierte que *«l'hereva segueix responent de les obligacions de la causant i de les càrregues hereditàries amb els béns relictes i amb els seus béns propis, però aquests últims només poden ser perseguits si els primers són insuficients. I, en especial, en el cas de deutes de la causant derivats de fiances, avals o d'altres garanties personals que l'hereva desconegué al moment d'acceptar l'herència, aquesta respondrà només amb els béns hereditaris que subsisteixin al moment en què tingui coneixement de la seva existència»*.

23. En cuanto a la aceptación a beneficio de inventario, precisa que *«les modificacions introduïdes són les següents: en primer lloc, malgrat que l'inventari ha d'incloure tots els deutes de la causant, es presumeix fet en forma encara que no s'inclouin fiances o d'altres garanties personals o reals per deute aliè prestats per la causant, si la persona creditora no n'hagués requerit fefaentment el seu pagament; en segon lloc, en el cas d'obligacions de la causant desconegudes per la persona hereva, la satisfacció de les quals es reclami amb posterioritat a la confusió de patrimonis, l'hereu o l'hereva només respon amb els béns hereditaris que subsisteixin; en tercer lloc, s'especifica que les persones hereves menors d'edat o posades en tutela o curatela i les hereves de confiança gaudeixen del benefici legal d'inventari, sigui quin sigui el moment en què acceptin l'herència»*.

24. Indudablemente se trata de dos propuestas que merecen acogida favorable, especialmente en lo relativo a la limitación de la responsabilidad del heredero a

⁵⁵ L'Avantprojecte de llei i la documentació complementària es poden examinar a la pàgina web del Departament de Justícia (http://justicia.gencat.cat/ca/departament/Normativa/normativa_en_tramit/avllei-modificacio-ccc/).

los bienes recibidos de su causante en el caso de deudas derivadas de fianzas, avales y otras garantías personales que en la actualidad son las que constituyen un mayor riesgo a la hora de aceptar la herencia.

En todo caso, estamos ante un paso prudente y gradual que puede finalmente llevar a la supresión de la responsabilidad *ultra vires hereditatis* en el derecho civil catalán, tendencia que ya se apuntaba en el Preàmbul de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, al destacar que «*avança cap a la generalització de la limitació de responsabilitat de l'hereu als béns rebuts per herència*».

VIII. CONCLUSIONES

25. La responsabilidad del heredero con sus propios bienes frente a las deudas de su causante constituye en la actualidad una carga excesiva que desincentiva la aceptación de las herencias ante la incertidumbre que puede generar la aparición de deudas no conocidas fruto, por ejemplo, de avales que el causante haya podido ofrecer a terceras personas.

Frente a ello no parece que el deudor pueda aprovechar la aceptación de la herencia para hacerse con el activo del causante —sin asumir el pasivo con los bienes recibidos— cuando en la actualidad con una mera consulta a la Agencia Tributaria, dentro de proceso judicial, pueden identificarse todos los bienes y derechos que el causante transmite al heredero y, por tanto, un acreedor medianamente diligente difícilmente puede perder la garantía de los bienes que integran la herencia para cobrar la deuda.

Y me atrevería a decir que garantizar las deudas del causante con los bienes del heredero resultará incluso perjudicial para los propios acreedores que verán como el heredero, que podría realizar una función liquidatoria del patrimonio recibido, no aceptara la herencia complicando de esta forma el pago ordenado de las deudas.

26. Como recuerda Gitrama la tendencia limitativa de la responsabilidad del heredero se manifiesta pujante en las reformas legislativas, y así cita, entre otros, los Códigos civiles de Argentina, Brasil, Méjico, Costa Rica, Perú, Guatemala, Portugal, Alemania, etc.; a lo que debe añadirse las referencias ya efectuadas la legislación en la materia de Aragón y Navarra⁵⁶.

27. No se quiera solventar la cuestión con más exigencias al heredero o a los acreedores porque la experiencia enseña que tal solución que se pretende equilibrada será nueva fuente de conflictos que terminará en largos procesos judiciales a los que no conviene avocar a las personas implicadas en una herencia.

⁵⁶ Manuel GITRAMA GONZÁLEZ, op. cit., 1989, p. 260-261.

El caso analizado por la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2021, constituye un buen ejemplo de lo que puede ocurrir por mantener la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, dado que, como hemos visto, el heredero se vio envuelto durante más de 10 años en dos procesos judiciales para conseguir, finalmente, que se declarara la nulidad de la aceptación de la herencia con unas consecuencias ciertamente complicadas que ya apuntan a nuevos litigios como se infiere del apartado 6 del fundamento jurídico tercero de dicha sentencia⁵⁷.

⁵⁷ «La desestimación del recurso de apelación interpuesto por los Sres. Melchor Mariola determina la confirmación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 91 de Madrid de 18 de abril de 2017, que no estimó íntegramente la demanda, pero no fue impugnada por el Sr. Leovigildo. Con todo, para dotar de claridad a las complejas relaciones que derivan de la nulidad de la aceptación de la herencia, se hará una matización a lo razonado por el juzgado.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 91 de Madrid de 18 de abril de 2017 declaró la nulidad de la aceptación de la herencia y, como consecuencia, la nulidad de los actos de disposición realizados por el Sr. Leovigildo sobre los bienes de la herencia siempre que no afecten a terceros, así como la inexistencia de la obligación de pago derivada de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Madrid en los autos de juicio ordinario seguidos con el n.º 1541/2010, declarando el derecho del actor a ser reembolsado por los demandados de los importes por ellos percibidos en la ejecución de la citada sentencia en concepto de principal e intereses, con la eficacia señalada en el fundamento jurídico de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 91 de Madrid de 18 de abril de 2017.

En ese fundamento, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 91 de Madrid advertía que no podían dejarse sin efecto las resoluciones dictadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3, y menos aún afectar a terceros, por lo que la declaración de la sentencia que se dictaba no podía afectar a las adjudicaciones de los bienes del Sr. Leovigildo realizada en el proceso de ejecución ni tampoco al derecho de los demandados a percibir las costas, limitándose a declarar el derecho del actor a ser reembolsado por los demandados de los importes por ellos percibidos en la ejecución de la citada sentencia en concepto de principal e intereses. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 91 de Madrid rechazó, en cambio, estimar la pretensión recogida en el suplico de la demanda de condena a los demandados a devolver los importes obtenidos en la ejecución de la citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 porque, a su vez, el actor también es deudor frente a la herencia yacente por el importe de los actos de disposición de los bienes hereditarios que haya realizado, y los demandados ostentan un crédito contra la herencia yacente y, por tanto, una acción subrogatoria del art. 1111 CC frente al actor, por lo que para hacer el pronunciamiento de condena sería preciso liquidar los recíprocos derechos y deberes de las partes lo que, según el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 91 de Madrid, debía determinarse en un procedimiento declarativo ulterior. Tras este razonamiento concluyó el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 91 de Madrid, en ese fundamento cuarto al que se remitía el fallo, que procede “hacer una mera declaración de nulidad de la aceptación de la herencia y de la ineficacia tanto de los actos de disposición de los bienes hereditarios realizados por el actor, siempre que tal declaración no afecte a terceros, como de las obligaciones de pago que recaían sobre él en su condición de heredero de la finada D.ª Rosario, declarándose el derecho del actor a ser reembolsado por los demandados por los importes por ellos percibidos en la ejecución de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número tres de esta localidad en el proceso ordinario seguido con el número 1541/10 en concepto de principal e intereses, y sin que esta sentencia pueda tener más que un efecto meramente declarativo, lo que impedirá tanto su ejecución provisional como definitiva”.

Confirmamos la sentencia del juzgado, pero realizando una matización para despejar la incertidumbre que resulta de lo expresado en el fundamento transcrito acerca de los efectos de la nulidad de la aceptación. La nulidad de la aceptación de la herencia determina, como expuso el demandante en el fundamento de su demanda con más claridad que en el suplico, que, al no ser heredero, deba reintegrar a la herencia yacente los bienes de que dispuso (o, en su caso, su valor, para no perjudicar a los terceros que los hayan adquirido). Al mismo tiempo, la nulidad de la aceptación de la herencia determina que los demandados deban reembolsar al Sr. Leovigildo por los importes que bayan percibido por la ejecución de los propios bienes del actor. Este pronunciamiento no infringe los arts. 222 y 400

Recordemos lo que refiere Dickens sobre lo ocurrido en el caso «JARNDYCE y JARNDYCE»:

«Este pleito fantasmal se ha complicado de tal modo con el tiempo, que ya no hay nadie que sepa en qué consiste realmente. Quienes menos lo entienden son los propios querellantes (...) Son innumerables los mortales que, por el hecho de nacer, se han convertido en partes del pleito; son innumerables los jóvenes que se han casado durante su desarrollo; son innumerables los viejos que han muerto, desapareciendo así de la causa. Muchas personas se han visto, increíblemente, convertidas en partes del pleito “JARNDYCE y JARNDYCE” sin saber cómo ni por qué; familias enteras han heredado con él, rencores legendarios. El demandante o el demandado, al que se le prometió de niño un nuevo caballo de juguete cuando terminase el asunto “JARNDYCE y JARNDYCE”, ha crecido, se ha comprado un caballo de carne y hueso y se ha ido de este mundo montando otros caballos (...) quizá no queden ya tres Jarndyces en este mundo desde que el viejo Thomas Jarndyce, desesperado, se voló la tapa de los sesos en un café de Chancery Lane, pero el pleito “JARNDYCE y JARNDYCE” sigue arrastrando ante el Tribunal su espantosa desmesura en una perenne desesperanza⁵⁸.»

28. Al meu entendre, no resulta justificat en l'actualitat exigir cap tràmit als hereus per evitar que hagin de respondre amb els seus propis béns dels deutes del seu causant i insistir en qualsevol exigència només servirà per incrementar una litigiositat davant dels tribunals de la qual, al final, com en el cas relatat per Dickens, no obtindran els litigants —ni hereu ni creditors del causant— benefici que els compensi de l'ansietat que genera veure's sotmesos a llargs processos judicials.

29. Concluc el meu discurs reiterant que no és sinó una reflexió que intenta contribuir d'alguna manera a afavorir un equilibri entre els drets en conflicte en un moment en què s'estan incrementant les renúncies a les herències i està en tramitació una reforma del Codi civil de Catalunya que, entre d'altres, s'ocupa precisament d'aquesta qüestió.

Moltes gràcies per haver-me acompanyat en aquest acte.

LEC en consonancia con el art. 18 LOPJ, pues en el procedimiento anterior seguido entre las partes se condenó al Sr. Leovigildo en cuanto que heredero de la Sra. Rosario, una vez que se declaró la validez del documento suscrito por ella. En ese proceso se partía de la base de la condición de heredero del Sr. Leovigildo y, al declarar ahora la nulidad de la aceptación de la herencia, debe concluirse que no ha sido heredero nunca, por lo que decae el presupuesto que permitía exigirle que respondiera con sus propios bienes de la obligación reconocida por la causante.»

⁵⁸ Charles DICKENS, *Casa desolada*, Ed. Montesinos, Vilassar de Dalt (Barcelona), 2018, p. 14.

CONTESTACIÓ

per

MARIA EUGÈNIA ALEGRET BURGUÉS

*Magistrada, acadèmica de número i vicepresidenta de
l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*

1

Sean mis primeras palabras para agradecer a la Academia y al nuevo académico de número, el Ilmo. Sr. Antonio Recio Córdova, la confianza que me han otorgado para la contestación del discurso.

Resulta obligado iniciar la contestación con una breve síntesis del currículum de Antonio Recio.

Nacido en Valladolid donde cursó sus estudios universitarios, se licenció en derecho en el año 1987. Tres años más tarde ingresó en la carrera judicial siendo destinado en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de La Bañeza (León).

Ascendió a la categoría de magistrado en el año 1992 adquiriendo plaza en el Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Barcelona (familia–especializado en protección de menores).

A partir de ese momento todos sus destinos han sido en nuestra Comunidad, siendo designado por el Consejo General del Poder Judicial en mayo de 2016 Presidente de la Audiencia Provincial de Barcelona compaginando las labores propias de la jurisdicción con las gubernativas internas de la Audiencia Provincial.

Las actividades gubernativas siempre han interesado a Antonio pues ha sido miembro de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, primero por elección entre jueces y magistrados (año 2009) y luego como miembro nato de la Sala desde el año 2016.

Todo aquel que ha desempeñado cargos gubernativos sabe de sus cargas, de los sinsabores y de las incomprensiones que en ocasiones recaen sobre aquellos que tienen un cierto poder de decisión, cargas que se hacen más pesadas cuando el cargo gubernativo no comporta, como en el caso de los judiciales, prácticamente ningún beneficio personal. Da idea pues del interés de Antonio en participar en los asuntos públicos con el único ánimo de servir a la sociedad en el ámbito que le es propio.

Antonio Recio se ha dedicado también a la docencia como profesor asociado de Derecho Orgánico de la Escuela Judicial de las Promociones 61 y 62 (Cursos 2009 - 2011), como profesor del Máster en Derecho Civil Catalán Avanzado organizado por la Universidad de Barcelona, ediciones 2013 a 2018 y profesor del XX Postgrado en Derecho Civil Catalán 2021/2022 organizado por la misma universidad.

Es profesor-tutor en el Módulo de Sucesiones del Curso de Derecho Civil de Cataluña organizado por el Consejo General del Poder Judicial (ediciones 2017-2021) y coordinador de la *Trobada anual entre magistrats, jutges i operadors jurídics del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada*.

Ha dirigido números cursos y seminarios y actuado como ponente en ellos.

Ha colaborado también con diversas publicaciones en libros y revistas relativas al derecho de los consumidores, al derecho a la vivienda, y sobre derecho financiero bancario: swaps, preferentes, gestión de carteras de inversión en materia civil y procesal civil.

Fue miembro del Tribunal nº 2 de la oposición libre para obtener título de Notario en el año 2015 (Orden JUS /377/2015, de 3 de marzo) y vocal del Consell Rector del *Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada* en su condición de persona experta y de prestigio en las materias competencia del Departamento de Justicia (DOGC N.7214 – 27.9.2016).

Pero siendo todo ello importante, me atrevería a decir que sus cualidades personales lo son más.

Antonio Recio es el ejemplo de juez sabio y prudente y esas mismas cualidades las proyecta en su actividad gubernativa.

He coincidido con Antonio tanto en el ejercicio de la jurisdicción como magistrados ambos de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona, como en la Sala de Gobierno del TSJCat.

Siempre he observado en él el mismo comportamiento.

Antonio escucha, deja hablar a los demás, reflexiona y luego manifiesta lo que piensa, casi siempre dando en el blanco por sus conocimientos, sentido común y ponderación.

Como recordaba el magistrado Ignacio Sancho en su discurso de ingreso en esta Academia¹: «la prudencia es una virtud moral de la inteligencia que en la antigüedad clásica se identificaba con un saber práctico, saber obrar bien. Y el prudente es invocado como juez en cuanto tiene juicio, experiencia y conocimiento. El prudente según Aristóteles reúne rasgos asociados como el saber y la incomunicabilidad; el buen sentido y la singularidad; el bien natural y la

¹ *Iuris prudentia* del juez civil: Discurs d'ingrés llegit el 26 d'octubre de 2010.

experiencia adquirida; el sentido teórico y la habilidad práctica; la eficacia y el rigor; la lucidez precavida y la valentía; la inspiración y el trabajo».

Esas virtudes, junto con buenas dosis de sentido del humor, hacen que trabajar con Antonio sea fácil y placentero.

2

Dit això, compleixo l'encàrrec encomanat per l'Acadèmia i comento el discurs brillant del nou acadèmic de número.

Antonio afronta amb rigor i valentia els problemes pràctics que ocasiona el sistema successori del dret civil català, que gira al voltant de l'hereu com a continuador de la personalitat del causant i l'obliga —excepte en el cas d'acceptació de l'herència en benefici d'inventari— a assumir els seus deutes, no només amb els béns heretats, sinó també amb els seus propis.

I dic que ho aborda amb rigor i valentia perquè són coneguts els esforços del legislador català actual per compaginar la tradició jurídica catalana amb les exigències de la vida moderna i d'això ha fet gala en els diferents llibres del Codi civil de Catalunya (CCC), com posen en relleu el contingut dels seus preàmbuls respectius.

En particular, en el llibre II dedicat a la persona i a la família, es destaca el reconeixement i la regulació de les diferents classes de família i la protecció dels drets inherents a les persones; en el llibre V dels drets reals es regulen fórmules jurídiques innovadores com la propietat temporal o compartida i en el llibre VI de les obligacions i contractes es recullen els principis moderns del dret europeu dels contractes, en elaboració.

En el mateix llibre IV del CCC, dedicat a les successions, s'han suprimit figures tradicionals com el testament ordinari davant el rector, s'han produït certes modificacions en el sentit de restringir la legítima i s'han ampliat les causes de desheretament, incloent-hi com a tal l'absència manifesta i continuada de relació familiar entre el causant i el legitimari per causa exclusivament imputable a aquest últim.

3

No obstant això, s'han mantingut les essències del dret successori català.

El preàmbul del llibre IV del CCC diu que *«manté els principis successoris del dret català tal com estaven plasmats en el Codi de successions: els principis de necessitat d'hereu, d'universalitat del títol d'hereu, d'incompatibilitat de títols successoris, de prevalença del títol voluntari i de perdurabilitat del títol successori. Aquests principis,*

que distingeixen el dret català de successions de molts altres ordenaments, han funcionat raonablement bé en la praxi successòria i no s'ha considerat oportú alterar-los. D'altra banda, com és sabut, el mateix sistema n'estableix, quan hi ha raons que ho justifiquen, les excepcions o modulacions pertinents».

En aquest enteniment el legislador és també coneixedor del problema sobre el qual gira el discurs del nou acadèmic, de tal manera que en el mateix preàmbul destaca com la novetat més important en matèria d'adquisició i acceptació de l'herència la facilitació dels efectes de limitació de la responsabilitat de l'hereu vinculats al benefici d'inventari.

Sobre això afirma que: «El llibre quart avança cap a la generalització de la limitació de responsabilitat de l'hereu als béns rebuts per herència i ho fa tot estenent les conseqüències del benefici d'inventari, com a efecte legal, als hereus que efectivament han practicat inventari, encara que no hagin manifestat la voluntat d'acollir-se a aquest benefici o fins i tot encara que hagin manifestat que l'accepten de manera pura i simple».

No és un pas definitiu, però sí el primer en la direcció de limitar la responsabilitat de l'hereu als béns rebuts en l'herència.

Com recorden els nostres acadèmics Roca i Trias i Puig i Ferriol en la seva coneguda obra *Institucions del dret civil de Catalunya*², tot el dret successori català gira al voltant de l'hereu com a continuador de la personalitat del causant, cosa que implica col·locar a l'hereu en la mateixa posició jurídica, i es parla de continuïtat ja que malgrat la mort d'una persona, aquest únic fet no implica l'extinció de les relacions jurídiques que li eren pròpies, sinó la continuació d'aquestes relacions en la persona del successor, al qual passen les mateixes titularitats que corresponien al causant.

Aquesta configuració del dret successori català segons la tradició romanista té conseqüències importants com que el personatge central del procés successori sigui l'hereu que, conseqüentment, havia d'existir sempre, i el qual assumia també l'execució de les disposicions testamentàries a més de la successió de l'*universum ius defuncti* o, el que és el mateix, la successió en els drets però també en les obligacions del difunt, de les quals havia de respondre no només amb el patrimoni hereditari, sinó també amb els seus béns privatis, cosa que es coneix com a responsabilitat *ultra vires hereditatis*, principi que és conseqüència de la confusió que es dona en l'hereu de la personalitat del causant i la pròpia i que s'estimava com la solució més pràctica i d'interès general en impedir la vacança de les relacions jurídiques del causant.

Obro un parèntesi: un exemple de les conseqüències pràctiques d'aquest principi el tenim en el cas que resol la resolució de la DGDEJ de 29 de setembre de 2008³, en la qual s'estableix que els hereus poden rectificar escriptures públiques

² *Institucions del dret civil de Catalunya*. Dret de successions volum II. Ed. Tirant lo Blanc.

³ DOGC de 31 d'octubre de 2008.

atorgades pel causant anys abans de la seva mort, quan no hi ha perjudici per a tercers i, a més, els permet declarar l'extinció per confusió d'uns censos en reunir els hereus la condició de censalistes i censataris.

Catalunya ha organitzat sempre el seu sistema successori conforme a aquests principis tradicionals del dret romà. Es recullen avui en el llibre IV del CCC: la necessitat de la institució d'hereu en els articles 423-1 i 422-1.3⁴; el de l'hereu com a successor a títol universal en l'article 411-1⁵; la unitat del títol successori a l'article 411-3.2⁶ i el principi *semel heres, sempre heres* a l'article 423-12.1⁷.

La regulació actual del llibre IV en la matèria objecte del discurs —que es troba a l'article 461-18 del llibre IV, i a tenor del qual «*per l'acceptació de l'herència pura i simple, l'hereu respon de les obligacions del causant i de les càrregues hereditàries, no solament amb els béns relictos, sinó també amb els béns propis, indistintament*»— és hereva dels textos prelegislatius i legislatius més propers.

Així, si no trobem a la Memòria de Duran i Bas sobre les institucions jurídiques de Catalunya que s'havien de conservar i la seva proposta de text articulat⁸ una expressa menció a la responsabilitat *ultra vires* de l'hereu és perquè la considerava innecessària en la mesura en què era coincident amb el dret comú, mentre que en la versió oficial del projecte d'Apèndix de 1930 es tenia en compte als articles 355 i 358, i el projecte de Compilació de 1955 a l'article 499⁹. En la Compilació de 21 juliol de 1960 apareix a l'article 260 i continua a l'article 34 del Codi de successions aprovat per Llei 40/1991.

4

Si examinem la qüestió als països del nostre entorn ens trobem que, en el dret alemany, per bé que el BGB fa responsable a l'hereu dels deutes del cau-

⁴ 1. Article 423-1: El testament ha de contenir necessàriament institució d'hereu.

Article 422-1.3: Són nuls els testaments que no contenen institució d'hereu, llevat que continguin nomenament de marmessor universal o siguin atorgats per una persona subjecta al dret de Tortosa.

⁵ Article 411-1: Universalitat de la successió. L'hereu succeeix en tot el dret del seu causant. Consegüentment, adquireix els béns i drets de l'herència, se subroga en les obligacions del causant que no s'extingeixen per la mort, resta vinculat als actes propis d'aquest i, a més, ha de complir les càrregues hereditàries.

⁶ Article 411-3.2: La successió intestada només pot tenir lloc en defecte d'hereu instituït, i és incompatible amb l'heretament i amb la successió testada universal.

⁷ Article 423-12.1: Perdurabilitat de la institució d'hereu. El que és hereu ho és sempre i, en conseqüència, es tenen per no formulats en la institució d'hereu la condició resolutòria i els terminis suspensiu i resolutori.

⁸ Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya. Textos jurídics catalans VI/2 editat pel Departament de Justícia, any 1995.

⁹ Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya. Textos jurídics catalans VI/2 editat pel Departament de Justícia, any 1995.

sant fins i tot amb el seu patrimoni, la seva responsabilitat per les obligacions de l'herència es limita al cabal hereditari si s'ha ordenat l'administració de l'herència per tal de satisfer els creditors de l'herència o si s'ha obert un procediment d'insolvència de l'herència. Si els béns hereditaris no poden cobrir ni tan sols les despeses de l'administració de l'herència o del procediment d'insolvència de l'herència, els hereus poden seguir acollint-se, no obstant això, a la limitació de responsabilitat. Si algun dels creditors eleva una reclamació, els hereus poden al·legar que els fons de l'herència no són suficients. Els hereus poden acollir-se a l'exoneració de responsabilitat dels deutes del causant sempre que l'herència no sigui suficient per respondre d'aquests deutes. Tanmateix, han de lliurar al creditor l'herència de què disposin¹⁰.

En el dret anglosaxó la successió s'organitza amb el criteri de considerar l'herència com un patrimoni en liquidació amb la necessitat inherent de comptar amb un executor nomenat pel causant o per les autoritats que reparteixi els béns entre els hereus una vegada satisfets tots els deutes.

El patrimoni del mort es destina a pagar els deutes, adquirint «*especial relevància la figura de l'executor o de l'administrador (segons que ens trobem davant un supòsit de successió testada o intestada, respectivament), ja que la seva funció, similar a la d'un marmessor amb àmplies facultats i responsabilitats, consisteix justament a distribuir l'herència neta entre els beneficiaris a títol particular o en el romanent*¹¹».

Per contra, a França, l'article 768 i següents del Codi civil francès de 1803 concedeix un dret d'opció a l'hereu indicat que *l'hereu pot acceptar purament i simplement la successió o renunciar-hi. També pot acceptar l'herència fins a l'import del patrimoni net quan tingui vocació universal o títol universal, sent nul·la una opció sotmesa a terme o condició* (la traducció és pròpia).

A Itàlia, l'article 470 del *Codici civile* de 1942 també preveu que l'herència pugui acceptar-se purament i simplement o en benefici d'inventari, sense que el testador pugui prohibir-ho.

A Espanya, d'inspiració romanista, segueix el criteri de l'assumpció dels drets i les obligacions del causant fins i tot amb els béns propis de l'hereu, excepte l'acceptació en benefici d'inventari, el CC —articles 1003 i 1023.1r— que s'aplica directament en el seu àmbit territorial i subsidiàriament en llocs com Balears i Galícia.

Per contra, el dret aragonès, com ens recorda el discurs llegit, abandona ja des de l'Apèndix aquest principi. L'actual *Código del derecho foral de Aragón* limita la responsabilitat de l'hereu en el seu article 355 mentre que, al *Fuero Nuevo* de

¹⁰ Informació extreta del BGB i del web oficial de la Unió Europea.

¹¹ Una aproximació al derecho de sucesiones inglés: Miriam Anderson. Anuario de derecho civil, ISSN 0210-301X, Vol. 59, núm. 3, 2006, pág. 1243-1282.

Navarra, la Llei 318 exclou expressament la responsabilitat *ultra vires* de l'hereu. I el mateix fa l'article 21.2 del *Derecho civil del País Vasco* segons la Llei 5/2015, de 25 de juny¹².

5

El discurs afronta la problemàtica des del punt de vista de la protecció o, millor dit, desprotecció de l'hereu davant els deutes del causant comparant-la amb la protecció que s'atorga avui dia als consumidors tenint en compte que, en alguns casos, els deutes del causant procedeixen de la seva condició de consumidor en contractes bancaris, fiances o deutes fiscals o fins i tot, a vegades, deutes encara no declarats però generats en vida del causant per responsabilitats professionals o d'una altra índole (pensi's en la responsabilitat civil d'arquitectes o d'advocats).

Igualment, el discurs analitza la responsabilitat de l'hereu des del punt de vista d'una sobregarantia desproporcionada a favor dels interessos del creditor i en contra dels de l'hereu, ja que els primers comptaran per satisfer els seus crèdits no només amb el patrimoni ja conegut del causant, sinó també amb el de l'hereu que no hagi tingut la precaució d'acceptar l'herència en benefici d'inventari afegint sense justificació suficient, pel sol fet de la mort del causant, una nova garantia del cobrament dels seus crèdits.

Aquesta sobreprotecció del crèdit no estaria justificada, segons el nou acadèmic, pel risc que l'hereu intenti sostreure el patrimoni del causant al pagament dels deutes, risc que podria conjurar-se amb una norma com la prevista a l'article 355.2 del *Código del derecho foral* d'Aragó que faculta el creditor per perseguir els béns de l'hereu en cas que aquest hagi pagat crèdits no vençuts o bé hagi deixat perdre o deteriorar, per culpa o negligència, els béns heretats.

Això a més de les possibilitats que el creditor hauria hagut de conèixer els béns del causant abans d'atorgar el crèdit. O de les possibilitats de conèixer-lo, una vegada mort, a través de la informació d'organismes oficials o dels tribunals de justícia.

¹² Art. 355 CFA: Limitación de la responsabilidad del heredero. 1. El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario. 2. Sin embargo, cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, el heredero responderá con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos; así como del valor de la pérdida o deterioro que, por su culpa o negligencia, se produzca en los bienes heredados.

FN Ley 318: Responsabilidad «intra vires». El heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de los bienes de la herencia exclusivamente; pero si se excediere en el pago a los acreedores, estos no estarán obligados a restituir.

DCPV Art. 21.2: El heredero responde de las obligaciones del causante, de los legados y de las cargas hereditarias hasta el valor de los bienes heredados en el momento de la delación.

En definitiva, si els creditors no van tenir en compte penalitzacions o garanties addicionals en el moment de contractar amb el causant, no sembla equitatiu que es vegin afavorits amb una major garantia sense que l'hereu compti amb cap benefici.

6

El discurs aborda també la regulació del benefici d'inventari amb què es limitaria la responsabilitat de l'hereu pels deutes del causant.

Posa en relleu que el període de temps en què s'ha de fer l'inventari —6 mesos— que coincideix amb el temps en què s'han de satisfer els impostos de la successió però sense la possibilitat de pròrroga que es concedeix per al pagament d'aquests últims, desincentivaria l'acceptació de l'herència transcorregut aquest temps i també les conseqüències negatives que provocaria la inexactitud en la formació de l'inventari pel que fa a la relació de tots béns i deutes coneguts o *que es puguin conèixer*, amb els problemes probatoris inherents i eventualment el mateix efecte: la responsabilitat *ultra vires* de l'hereu.

Podrà dir-se que la informació que faciliti el notari quan l'acceptació de l'herència es faci de manera expressa i en escriptura pública podria minvar o evitar aquests efectes, però no escau menysprear els actes que impliquen l'acceptació tàcita de l'herència¹³ que els hereus solen fer, en molts casos, desconeixent les seves conseqüències.

Amb tot, cal indicar que aquests riscos han estat reduïts o poden ser-ho en funció de les circumstàncies del cas amb remeis com la nul·litat de l'acceptació de l'herència per error prevista en l'article 461-10.1 CCC entenent que només l'existència d'un error pot explicar que algú accepti una herència quan els deutes superen el seu valor, comprometent el seu patrimoni personal, cosa que obligaria a analitzar el caràcter excusable de l'error tenint en compte que la llei preveu per a aquests casos l'acceptació en benefici d'inventari.

Resulta d'interès sobre això la STS, Sala 1a de 15 de març de 2021 que ja ha compendiat el nou acadèmic, sobretot perquè sembla assumir la tesi del Jutjat de Primera Instància en el sentit que el CC quan permet l'anul·lació de l'acceptació per l'existència d'un error determinant no distingeix entre classes d'acceptació, de manera que l'error podria donar-se tant en l'acceptació pura i simple com en

¹³ Article 461-5: Acceptació tàcita de l'herència. S'entén que l'herència s'accepta tàcitament en els casos següents: a) Si el cridat fa qualsevol acte que no pot fer si no és a títol d'hereu. b) Si el cridat ven, dona o cedeix el dret a l'herència a tots els cohereus, a algun d'ells o a un tercer, llevat que es tracti d'una donació o cessió gratuïta a favor de tots els altres en la proporció en què són hereus. c) Si el cridat renuncia al dret a succeir a canvi d'una contraprestació o hi renuncia a favor de només algun o alguns dels cohereus.

l'acceptació en benefici d'inventari, criteri que seria traslladable a l'article 461-10.1 del CCC, que tampoc no fa cap distinció.

I, d'igual manera, ens podem preguntar, quan l'article 461-10.1 CCC presumeix que existeix error en l'acceptació *si, amb posterioritat, apareixen altres disposicions d'última voluntat que eren desconegudes i que alteren substancialment el contingut del títol successori acceptat o repudiat*, si seria procedent una aplicació analògica del precepte en el supòsit en què apareguessin deutes per complet desconeguts per a l'hereu quan aquests poguessin modificar substancialment el contingut material de la successió.

7

D'altra banda, la legislació catalana flexibilitza en el llibre IV del CCC davant la regulació anterior els requisits de l'inventari per limitar la responsabilitat de l'hereu.

D'aquesta manera, val qualsevol inventari fet en document públic o privat (en aquest cas presentat davant la Hisenda pública) independentment de la finalitat amb què s'hagués realitzat, pagar impostos, cobrar quartes falcídia o trebellànica, sempre que en aquest hi constin tots els béns i els deutes del causant coneguts o que puguin ser-ho per l'hereu.

I, com recorda el discurs del nou acadèmic, existeix en tràmit avui dia una iniciativa parlamentària de modificació del llibre IV CCC per a la protecció de la posició del successor que atenua el rigor del principi de la responsabilitat *ultra vires* de l'hereu que accepta purament i simplement l'herència.

S'instaura en aquesta iniciativa legislativa una mena de benefici d'excussió de manera que només poden atacar-se els béns de l'hereu quan no siguin suficients els del causant. Particularment, per al cas que els deutes del causant derivin de fiances, avals o altres garanties personals desconegudes per a l'hereu en el moment d'acceptar l'herència, només es respondrà amb els béns hereditaris que subsisteixin en el moment en què es tingui coneixement de l'existència d'aquests deutes.

És veritat que el legislador català no s'ha atrevit a donar el pas definitiu mitjançant la declaració que l'acceptació de l'herència es presumeix realitzada sempre en benefici d'inventari amb les garanties que s'especifiquin per evitar el frau als creditors.

Si la realització de l'inventari amb aquesta finalitat —impedir el frau— podia tenir un cert sentit antigament per protegir els drets de legataris, legitimaris i creditors, potser no ho tingui tant en l'era actual quan la major part dels béns deixen un rastre, registral, bancari o digital que, si no impedeix, sí que dificulta enormement la seva ocultació.

En conclusió i com a reflexió final, mentre no es produeixi una modificació legal, cal propugnar un increment de la cultura jurídica de la ciutadania, ja que en pocs casos coneix la responsabilitat *ultra vires* de l'hereu en l'acceptació pura i simple de l'herència, ni els actes que suposen la seva acceptació tàcita, tot això sense perjudici de la valuosa informació que en els casos d'intervenció notarial pugui facilitar el fedatari advertint de les conseqüències de l'acceptació de l'herència sense la formació de l'oportú inventari.

Acabo: l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya s'honora amb l'entrada d'un jurista brillant i rigorós, a la vegada que amable, respectuós i humil; un bon jutge que no perd la percepció de la realitat social en què incideixen les resolucions judicials dictades en estricta aplicació i respecte a les lleis vigents, però sense oblidar el fi últim de la Justícia al qual i per sobre de tot les disposicions legals han de respondre.

Moltes gràcies.

PARAULES DE CLOENDA DE LA SESSIÓ DE RECEPCIÓ
COM A ACADEMIC NUMERARI DE
L'IL·LM. SR. ANTONIO RECIO CÓRDOVA

per

FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES

President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Salutacions,

I. Celebrem avui sessió pública i solemne de recepció com a acadèmic numerari de l'Il·lm. Sr. Antonio Recio Córdoba.

És, per tant, per a l'Acadèmia, com acostuma a dir el president emèrit Josep Guàrdia, un dia de festa.

Festegem que l'Acadèmia s'enriqueix amb la incorporació d'un nou acadèmic, que adquireix amb el seu discurs d'ingrés la plenitud de drets a la nostra Corporació.

I que avui és un dia festiu queda palès amb la nombrosa assistència de convidats que ens acompanyen.

Permeteu-me però que obri un parèntesi per denunciar, crec que és la nostra obligació com a juristes, les reiterades violacions del dret internacional que des de fa dos mesos s'estan produint no massa lluny d'aquí, a la nostra Europa, a Ucraïna.

En aquesta situació s'escau, al meu entendre, destacar la paradoxa històrica i l'estreta relació entre aquest país que està patint i el modern dret internacional.

Efectivament, a la ciutat de Lviv (en ucraïnès), Lvov (en rus), Lemberg (en alemany) i Leópolis (en llatí), i a la seva Universitat es van formar com a juristes Hersch Lauterpacht i Rafael Lemkin.

Tots dos brillants internacionalistes van participar al judici de Nuremberg, el primer a l'equip dels juristes britànics i el segon a l'equip dels Estats Units, i van lluitar per dissenyar i introduir en el judici, nous conceptes jurídics que permetessin al Tribunal fer justícia. Ambdós van fer contribucions molt importants al modern dret internacional.

Lauterpacht, que ha estat reconegut com la ment jurídica internacional més preclara del segle XX, fou el que va introduir per primer cop l'expressió «*crims contra la humanitat*».

Lemkin va introduir el concepte de «*genocidi*».

Tot això ho explica el també advocat i professor anglès de dret internacional Philippe Sands, al seu magnífic llibre —que em permeto recomanar— *Calle Este-Oeste*.

Actualment el professor Sands està promovent la creació d'un Tribunal internacional especial per jutjar als responsables pel crim d'agressió d'Ucraïna.

Hi ha moments en què determinats episodis desperten la consciència dels juristes i obliguen a reflexionar i estudiar nous conceptes legals, que impedeixen que aquestes inacceptables actuacions quedin impunes.

II. Però tanquem el parèntesi i tornem a la celebració festiva de l'acte acadèmic.

Antonio Recio és magistrat i des de l'any 2016, president de l'Audiència Provincial de Barcelona.

Forma part de la tradició de la nostra Acadèmia la presència de magistrats com a acadèmics.

Personalment ostento la medalla acadèmica «*Jaume de Montjuïc*», que entre els anys 1964 i 1986, la va ostentar el magistrat, que fou president de l'Audiència Territorial de Barcelona, Carlos Obiols i Taberner.

Crec sincerament que un dels principals actius de la nostra Corporació és la composició plural dels seus membres (advocats, notaris, jutges, professors i registradors), que enriqueix sens dubte els debats i els treballs acadèmics.

Antonio Recio és un jutge excel·lent que, a més d'una bona formació jurídica, reuneix els dos requisits, que el seu antecessor en el setial, és a dir el nostre acadèmic honorari que avui ens acompanya, Ignacio Sancho Gargallo, destaca: la cultura i la prudència.

Que Antonio Recio és una persona culta es desprèn del seu discurs, en el que per exemple cita a Cervantes i a Dickens.

I que és prudent, ho hem pogut constatar en el temps que ha sigut acadèmic electe, en el redactat del seu propi discurs, i en la contestació de la vicepresidenta M. Eugènia Alegret.

III. Antonio Recio ens ha presentat un discurs magnífic sobre un tema de gran interès: *La protección del heredero frente a las deudas de su causante*.

Analitza la legislació catalana, i en particular l'article 461.18 C.c., que estableix que l'hereu respon de les obligacions del causant i de les càrregues hereditàries, no solament amb els béns relictos sinó també amb els seus béns propis.

Segueix l'esmentada norma en definitiva el principi de responsabilitat, basat en el dret romà «*ultra vires hereditatis*».

Quan vaig llegir aquest discurs amb referències a Bonfante, em van venir a la memòria les explicacions del que fou professor meu de Dret Civil Català a la

Facultat, Dr. Miquel Casals Coldecarrera (que posteriorment fou degà de l'ICAB i president de l'Acadèmia).

Casals ens deia (en rima consonante):

«El heredero subentra, en fase de Bonfante, en el patrimonio del causante».

Considera el recipiendari que la responsabilitat de l'hereu amb els seus propis béns constitueix actualment una càrrega excessiva i proposa la corresponent reforma legislativa, de conformitat amb els codis civils d'altres països del nostre entorn, i de la legislació de l'Aragó, de Navarra i del País Basc.

Recio Córdova proposa per tant una reforma legislativa, i és aquest un dels objectius de l'Acadèmia segons els seus estatuts.

Conseqüentment estudiarem en el si de l'Acadèmia aquesta qüestió i obrarem en conseqüència.

La vicepresidenta de l'Acadèmia M^a Eugènia Alegret ha contestat el discurs en nom de l'Acadèmia, i ho ha fet com sempre en els seus treballs, amb criteri, rigor i precisió. Ha complert amb escriure l'encàrrec que li vam encomanar. Moltes gràcies M. Eugènia.

Em correspon per tant felicitar a Antonio Recio i a M. Eugènia Alegret.

Antonio Recio Córdova ha adquirit la plenitud de drets a la nostra Corporació.

Ocuparà, com ja s'ha dit, el setial del jurista, historiador, acadèmic, filòleg i polític del segle XVIII Antoni de Campmany i de Montpalau.

A les paraules del recipiendari sobre Campmany, voldria afegir-hi (permeteu-me una breu referència a la meua especialitat jurídica) que Campmany és considerat el primer historiador modern de dret mercantil.

Com també s'ha dit, Recio substituirà en el setial Antoni de Campmany al nostre acadèmic honorari Ignacio Sancho Gargallo, magistrat de la Sala 1^a del Tribunal Suprem, excel·lent jurista i millor persona que juntament amb els professors Font Rius i Jiménez de Parga, van presentar ara fa 10 anys la meua candidatura a l'Acadèmia.

Estic convençut que la figura llunyana en el temps d'Antoni de Campmany i la molt més propera del Dr. Ignacio Sancho, han de servir com a referent en l'actuació, que serà sens dubte fructífera, del nou acadèmic.

Moltes gràcies a tots els presents i als que s'han connectat telemàticament per l'honor que ens han fet d'acompanyar-nos en aquest acte tan rellevant per a nosaltres.

Només em queda demanar-los un altre cop que em permetin, com a president d'aquesta Acadèmia, recordar que el dret, com deia el poeta romà amb formació jurídica Ovidi, està per protegir-nos i impedir que el més fort ho pugui tot.

I que la nostra obligació com a juristes és estudiar i treballar, per aconseguir que el dret s'imposi a Ucraïna, perquè la defensa del dret és un deure que tenim amb la societat.

Només així haurem complert la nostra tasca de vetllar per la justícia.
S'aixeca la sessió.

DISCURS D'INGRÉS DE L'ACADÈMIC
SR. CARLES VIVER PI-SUNYER
14 de juny de 2022

REPENSAR ELS LÍMITS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL
SOBRE LES ACTIVITATS PARLAMENTÀRIES
(La inviolabilitat institucional de les cambres i els actes parlamentaris interns)

per
CARLES VIVER PI-SUNYER
Catedràtic jubilat de Dret Constitucional

SUMARI

- I. *Proemi*
- II. *Introducció, pla del treball i síntesi*
- III. *Fonament constitucional dels límits del control dels tribunals constitucionals sobre les activitats de les cambres representatives*
 1. Cal donar contingut normatiu a la inviolabilitat institucional de les cambres a partir dels principis i les regles de l'estat de dret constitucional i democràtic
 2. L'estat de dret constitucional i democràtic i l'amplitud de l'abast i la discrecional del control dels tribunals constitucionals sobre les activitats de les cambres
 3. Els límits del control constitucional i els àmbits de llibertat política de les cambres en l'estat de dret constitucional i democràtic
 - 3.1. Els tribunals constitucionals com a òrgans dotats de funcions i competències taxades i constitucionalment limitades
 - 3.2. El principi de separació de poders i la legitimitat democràtica limitada dels tribunals constitucionals com a arguments coadjuvants però no suficients per fonamentar els límits
 - 3.3. Els límits no es poden basar en les diferències entre la forma jurídica de fonamentar i argumentar les decisions dels tribunals constitucionals i la política dels parlaments. Tampoc en l'autocontenció o self-restraint dels tribunals envers les cambres
 - 3.4. Els principis constitucionals de pluralisme polític i democràcia com a fonament dels límits al control constitucional. Els parlaments com a membres principals de la comunitat oberta

d'intèrprets constitucionals i el diàleg constitucional. Les garanties de la llibertat política dels parlaments i els límits al control constitucional com a elements consubstancials de l'estat de dret constitucional i democràtic

3.4.1. La preservació del pluralisme polític, la democràcia i la posició constitucional atribuïda a les cambres representatives com a fonament constitucional dels límits del control de constitucionalitat. Els parlaments com intèrprets, oncretitzadors i adaptadors de les constitucions als canvis socials i polítics

3.4.2. La comunitat oberta d'intèrprets constitucionals i el diàleg entre els tribunals constitucionals i les cambres representatives

3.4.3. Les garanties de la llibertat política dels parlaments i els límits del control constitucional com a elements consubstancials de l'estat de dret constitucional i democràtic

3.5 Naturalesa i contingut de les garanties constitucionals dels àmbits de llibertat parlamentària

4. Necessitat de repensar la perspectiva d'anàlisi i d'enjudiciament aplicada de manera majoritària a l'hora d'interpretar i aplicar els límits del control constitucional

IV. *Els límits constitucionals del control del Tribunal Constitucional en l'ordenament jurídic espanyol: el cas dels actes parlamentaris interns, o interna corporis acta, i la inviolabilitat institucional dels parlaments*

5. Consideracions preliminars

6. Límits del control dels interna corporis acta

6.1. *Concepte d'interna corporis acta*

6.2. *Règim jurisdiccional dels interna corporis acta*

6.2.1. Nucli de protecció de la inviolabilitat institucional dels parlaments: la regla general de l'exempció de control constitucional dels interna corporis acta i el criteri hermenèutic d'ingerència mínima

6.2.2. Criteris hermenèutics relatius a l'abast i la intensitat del control sobre els interna corporis acta que caldria repensar

I. PROEMI

Excm. Sr. President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.
Acadèmics i acadèmiques.

Autoritats.

Sres. i Srs.

Les meves primeres paraules han de ser forçament d'agraïment.

Agraïment a tots els acadèmics que van votar la meva candidatura i a tots els que després m'han rebut al si de l'Acadèmia amb una amabilitat exquisida. Agraïment que faig extensiu a la nostra eficient i empàtica secretària tècnica, la Sra. Mariele Violano.

Gràcies també, i de manera molt especial, als tres acadèmics que van apadrinar la candidatura, encapçalats pel Sr. Josep D. Guàrdia i Canela. Jurista prestigiós, actual president del meu estimat Tribunal Constitucional d'Andorra i, sobretot, acadèmic amb una llarga i fructífera trajectòria de quasi cinquanta anys, que manté intacta la *auctoritas* assolida durant els setze anys de presidència de l'Acadèmia: ell va ser l'impulsor de la meva candidatura i els seus consells i ajut van ser decisius a l'hora de fer-la arribar a bon port.

A Juan José López Burniol, a qui aprecio i respecto, profundament, com a persona i com a jurista des de fa molt temps.

I a Pablo Salvador Coderch, company de carrera; col·lega en l'apassionant tasca fundacional de la Universitat Pompeu Fabra i de la seva Facultat de Dret; amb qui vaig compartir tasques de recerca en el grup de tècnica legislativa que ell dirigia. De Pablo Salvador mai no he deixat d'aprendre coses importants, i no només en l'àmbit estrictament jurídic.

Tinc també un deure de gratitud amb els professors Iñaki Lasagabaster, Joan Vintró i, molt particularment, amb el professor Pau Bossacoma, pels comentaris i suggeriments que van fer a alguna de les diverses versions que ha anat tenint el treball que avui presento de manera sintètica.

I, per descomptat, agraïment a l'acadèmic Sr. Joaquim Tornos que m'ha regalat generosament una part d'un bé tan escàs com és el temps, dedicant-lo a preparar la contestació a aquest discurs. Joaquim Tornos és un professor universitari exemplar en totes les dimensions: la docent, la de recerca i la de gestió, tan ne-

cessària com poc agraïda. És al mateix temps advocat en exercici i fundador d'un important despatx. Dues vessants professionals que en aquest cas es retro-alimenten i es potencien. I ha desenvolupat també tasques institucionals de gran relleu com la presidència del Consell de Garanties Estatutàries. Durant força temps vaig compartir amb ell recerques i algunes publicacions, sobretot en l'àmbit de l'estructura territorial del poder. Grec sincerament que és un dels nostres millors iuspublicistes i per això és un privilegi per a mi que hagi acceptat l'encàrrec que li va fer l'Acadèmia; tot i que soc conscient que corro el risc que la seva contestació m'obligui a repensar les tesis que, modestament, mantinc en el meu treball.

Fets els agraïments, gens protocol·laris, voldria deixar constància que és per a mi un honor, una mena de culminació de la meva trajectòria com a jurista, poder formar part de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, de la qual, amb tota la humilitat exigible a un nouvingut, puc donar fe públicament de l'alta qualitat jurídica dels seus debats interns i contribucions escrites. Una alta qualitat possiblement no prou reconeguda des de fora i en tot cas, ben segur, no prou aprofitada.

L'ingrés a l'Acadèmia és també per a mi un repte. El d'estar a l'altura dels meus col·legues. Intentaré contribuir en les tasques acadèmiques especialment des de l'anàlisi del vessant constitucional que avui tenen totes les branques del dret. Soc conscient que la relació entre el dret constitucional i aquestes altres branques és i ha de ser forçosament bidireccional i intensa. I sé també per experiència que a l'actualitat els especialistes de les diverses disciplines jurídiques coneixen millor el dret constitucional que no pas els constitucionalistes els elements fonamentals de les altres disciplines. Per això em temo que, malgrat els meus bons propòsits, aprendré més jo dels meus col·legues que no pas ells de mi. En realitat ja ho estic fent des que fa un any tinc la sort de poder participar en les sessions de l'Acadèmia.

Em pertoca ocupar el setial i la medalla que porta el nom de l'il·lustre jurista de la primera meitat del segle passat, Ramon Coll i Rodés. El Sr. Coll va ser advocat i professor de dret civil, especialitzat en dret civil de Catalunya. Col·legiat de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona des de 1905 fins la seva mort l'any 1948, i professor de dret civil a la Facultat de dret de Barcelona de 1913 fins a 1936¹.

Fins que es va retirar de la vida pública en començar la Guerra Civil, Coll i Rodés va ser membre destacat de les corporacions i institucions jurídiques més rellevants del país: del Col·legi d'Advocats de Barcelona, del que fou Diputat segon de la Junta de Govern; de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya,

¹ En l'etapa de la Universitat Autònoma de Barcelona va ser l'encarregat de curs de dret civil català.

que va presidir durant tres anys (de 1930 a 1932); de la Comissió Jurídica Assessoradora des de la seva creació l'any 1934; i de l'Escola d'Administració Pública de la que fou president (des de 1923 fins a 1936), a més de professor de dret privat².

En tots aquests organismes va desenvolupar una gran activitat, plasmada en forma de dictàmens, ponències, comunicacions i conferències, la majoria de les quals es poden trobar referenciades a la biografia que de Coll i Rodés va fer el magistrat Carles Obiols i Taberner. El fil conductor que va guiar aquestes activitats està condensat en el discurs que com a president de l'Acadèmia va pronunciar en l'obertura del curs 1931-1932 sota el títol *La restauració del dret català*. En aquest discurs important va manifestar la voluntat de contribuir a la «tasca de fixació i de recuperació» del dret civil català com a pas «preparatori... del futur Codi civil de Catalunya», amb el qual, deia Coll, «restaria íntegrament restaurat» el nostre dret civil. Com veurem immediatament, en aquest i en d'altres aspectes, la biografia de Ramon Coll té significatius paral·lelismes amb la d'Agustí Bassols.

Ramon Coll des de molt jove va tenir també una clara vocació política. En aquest àmbit la seva trajectòria s'inicià en la Federació Escolar Catalana i, posteriorment, en la Joventut Nacionalista, ambdues en l'òrbita de la Lliga Regionalista. Després d'un parèntesi de militància a Acció Catalana, es va reincorporar a la Lliga. En les seves files, ja sota la denominació de Lliga Catalana, va ser elegit tres vegades regidor de l'Ajuntament de Barcelona, del qual va ser tinent d'alcalde i durant un breu període, l'any 1935, va arribar a ser alcalde de la ciutat.

Succeeixo en la medalla Coll i Rodés a l'acadèmic i doctor en Dret el Sr. Agustí Bassols i Parés. Com a jurista el Sr. Bassols serà recordat sempre i essencialment com un dels més destacats impulsors del procés de desenvolupament i reforma del dret civil català que va culminar en l'aprovació del Codi Civil de Catalunya avui vigent. Una fita històrica en el dret del nostre país, llargament cobejada per una part significativa dels juristes catalans. La participació decisiva de Bassols en aquest procés no va ser fruit de la improvisació o d'una inspiració atzarosa. Venia de lluny i tenia arrels profundes. Agustí Bassols des de molt jove va defensar i impulsar el desenvolupament del dret civil català, al mateix temps que defensava la cultura i la llengua catalanes. Per a ell es tractava de tres vessants d'un fenomen unitari.

Sovint, però, s'oblida que Bassols va ser també un ferm defensor del dret públic de Catalunya. Ho va fer palès, per posar tan sols dos exemples, des d'un lloc tan rellevant com el Consell Consultiu de la Generalitat del qual va ser membre (1994-2009) i president (2000-2004); o, amb anterioritat, des de la conselleria de Justícia, en promoure i després desenvolupar el traspàs a la Generalitat de la competència en matèria penitenciària.

² Exceptuant els anys que va ser suspesa per la Dictadura de Primo de Rivera.

De fet, com en el cas de Coll i Rodés, la defensa jurídica del dret, de la cultura i de la llengua de Catalunya es va palesar en tota l'activitat que Bassols va desenvolupar en els organismes i corporacions a les quals va pertànyer. Així, com a col·legiat de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona³, a banda de ser vice-president del Comitè Executiu del Congrés de Cultura Catalana promogut pel mateix Col·legi, va promoure i presidir la Secció de Dret Lingüístic, va ser membre de la Junta de Govern i president de la Comissió de Defensa de la Cultura Catalana, i va participar molt activament en el II Congrés Jurídic Català, que tanta influència havia de tenir en la posterior reforma del dret civil català que Bassols va impulsar. Així ho va destacar l'acadèmic Sr. Guàrdia en la contestació al discurs d'ingrés a l'Acadèmia del Sr. Bassols.

A l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació⁴, la defensa del dret civil català i, sobretot, l'objectiu final de la creació del Codi Civil es va manifestar de manera explícita i raonada en l'esmentat discurs d'ingrés (1992) en el qual, tot i tenir com objecte d'estudi la llei de 1984 de reforma de la Compilació, es concebia aquesta llei com un pas previ cap al Codi Civil. El títol del discurs era diàfan en aquest sentit: «Vers la codificació del Dret Civil Català. (La reforma prèvia de 1984)».

Tanmateix, fou des del càrrec de conseller de Justícia⁵ que Agustí Bassols va poder impulsar el procés de desenvolupament del dret civil català que va culminar en el Codi Civil de Catalunya. Ho va fer amb una extraordinària habilitat i saviesa, tot propiciant un procés que l'expresident de la nostra l'Acadèmia, el Sr. Lluís Jou, en l'acte acadèmic en memòria d'Agustí Bassols, va caracteritzar com a participatiu, consensuat, despolititzat, progressiu i tossut, i conduït pel Sr. Bassols amb «discreció i murrieria». Si Josep Pla va dedicar un «Homenot» a Pompeu Fabra amb l'argument que era un dels pocs catalans que havia sigut capaç de fer realitat el seu projecte vital, Agustí Bassols és sens dubte mereixedor de formar part de la il·lustre família dels «homenots» de Catalunya.

Bassols va tenir també una vida política llarga i intensa. Des de molt jove va tenir fermes conviccions cristianes, democràtiques i catalanistes. Va militar en les files d'Unió Democràtica de Catalunya des de principis dels anys quaranta fins l'any 2015, data en la qual la seva evolució cap al sobiranisme i finalment cap a l'independentisme el va portar a participar en la creació Demòcrates de Catalunya, com explica amb detall l'acadèmica Sra. Núria de Gispert en el seu magnífic «In memoriam i homenatge a l'Hble. Sr. Agustí Bassols i Parés» publicat en el núm. 8 dels Annals de l'Acadèmia, juntament amb l'esmentat discurs de l'expresident Sr. Jou.

³ Fou col·legiat en exercici des de 1947 fins el seu nomenament com a conseller de Justícia.

⁴ De la qual va ser membre al llarg de 28 anys, de 1990 fins el 2018.

⁵ Càrrec que va ostentar en dues etapes des de 1982 a 1992, amb la interrupció dels dos anys en què va ser conseller de Governació.

És per a mi un honor i una responsabilitat succeir com acadèmic a l'Hble. Sr. Agustí Bassols i Parés.

II. INTRODUCCIÓ, PLA DEL TREBALL I SÍNTESE

La causa última d'aquest treball rau en la necessitat d'intentar resoldre el que per a mi és un enigma: ¿com és que un dels elements que en l'ordenament constitucional espanyol defineixen de manera explícita i emfàtica les cambres parlamentàries, la seva inviolabilitat institucional, és considerada per una part majoritària de la doctrina i de la jurisprudència constitucional un precepte buit de contingut normatiu propi?, com un precepte que no encaixa en l'ordenament vigent, que n'és un element extravagant. ¿Com es pot arribar a una conclusió com aquesta que posa en qüestió principis elementals de la interpretació jurídica que s'accepten de manera pràcticament unànime en altres àmbits? ¿Com és que la inviolabilitat de les cambres és titllada de residu històric que no té raó de ser en un estat de dret com el que estableix la Constitució Espanyola (en endavant CE), i en canvi es considera que no plantegen problemes la resta de les inviolabilitats previstes constitucionalment?.

En aquestes pàgines em proposo analitzar aquesta qüestió en el context més general dels límits constitucionals del control que sobre l'activitat dels parlaments poden realitzar els tribunals constitucionals. I és que de fet el buidatge del contingut de la inviolabilitat de les cambres és exponent d'una problemàtica més àmplia i més de fons relacionada amb la concepció del fonament constitucional dels límits d'aquest control i del tipus d'estat de dret vigent, i fins i tot amb la concepció del dret, de la constitució i dels mètodes i criteris hermenèutics aplicables en la interpretació i aplicació de les constitucions.

D'entrada (apartat 1 d'aquest treball) tractaré de justificar la necessitat de donar contingut normatiu propi als preceptes de la CE i dels Estatuts d'Autonomia que proclamen la inviolabilitat institucional de les cambres parlamentàries. Ho faré a partir de les exigències que es deriven de l'estat de dret constitucional i democràtic establert a les constitucions continentals europees sorgides després de la Segona Guerra Mundial, a les que pertany la CE de 1978. Analitzaré les causes de l'àmplia i discrecional capacitat de control que aquestes constitucions atorguen als tribunals constitucionals, com a conseqüència: del component contra-majoritari i limitador de la llibertat d'actuació dels parlaments que està en l'origen d'aquestes constitucions i que hi roman com element estructural de la forma d'estat de dret constitucional que estableixen; de l'extensió de les matèries regulades constitucionalment i la preeminència, pluralitat, heterogeneïtat i caràcter abstracte o obert de valors, principis, drets, i normes programàtiques que també estan en l'origen d'aquestes constitucions i hi perviuen com elements

essencials; i, de manera especial, dels canvis que aquestes constitucions, de fort contingut axiològic i jurídicament principialista, introdueixen en la concepció del dret, de les constitucions i de la seva interpretació i aplicació (apartat 2).

A l'apartat següent tractaré d'identificar el fonament constitucional en el qual es basen els límits del control constitucional i les corresponents garanties d'àmbits de llibertat política de les cambres representatives. Defensaré que aquest fonament no rau en un pretès caràcter d'òrgan delegat del poder constituent dels tribunals constitucionals, ni en la preservació del principi de separació de poders, en la limitada legitimitat democràtica d'aquests tribunals o en l'autocontenció que haurien de practicar a partir d'una suposada diferenciació radical entre la funció i el mètode jurisdiccional i les funcions i mètodes parlamentaris (apartats 3.1. a 3.3). Sostindré que els límits es fonamenten en l'exigència de preservar els principis democràtic i de pluralisme polític que defineixen l'estat de dret constitucional i democràtic. Analitzaré com aquestes exigències obliguen d'una banda a concebre les constitucions com a marcs que s'han d'interpretar, concretar, aplicar i adaptar democràticament, i com, en conseqüència, obliguen a garantir als parlaments amplis marges de llibertat política —i també jurídica— en l'exercici de les activitats parlamentàries (apartat 3.4).

A partir d'aquesta premissa conclouré que tant les garanties de la llibertat política de les cambres com els límits al control constitucional no solament no són elements estranys a aquesta mena d'estat de dret, sinó que en són elements consubstancials o inherents (apartat 3.4). Defensaré que aquest fet comporta la necessitat de repensar la perspectiva d'anàlisi i d'enjudiciament de la qual parteix una part important de la doctrina i la jurisprudència que es guia per un principi de maximització del control constitucional sobre l'activitat parlamentària. Aquest principi és la conseqüència obligada d'una concepció de l'estat de dret que, al meu parer, no es correspon amb l'estat de dret consagrat a les constitucions continentals europees com l'espanyola de 1978 (apartat 4). Abans, però, analitzaré la naturalesa i el contingut de les garanties dels àmbits de llibertat parlamentària i dels límits del control constitucional. Veurem com es manifesten en forma d'exempcions de control jurisdiccional i, més sovint, en forma de límits a la intensitat del control; i com es plasmen en un seguit de criteris hermenèutics d'obligat compliment per part dels tribunals constitucionals (apartat 3.5).

Finalment, a la quarta part abordaré la qüestió dels límits al control constitucional sobre l'activitat parlamentària en l'ordenament espanyol des de la perspectiva de la garantia de la inviolabilitat institucional de les cambres representatives. Em centraré exclusivament en el control dels actes parlamentaris interns o *interna corporis acta* (en endavant i.c.a). Aquests actes, en tant que interns i adreçats a la formació de la voluntat de les cambres, conformen un dels nuclis fonamentals de protecció de l'esmentada inviolabilitat institucional. Analitzaré el contingut d'aquesta garantia que forma part del gènere de les inviolabilitats. Conclouré que,

tot i que la CE permetia i permet entendre que la inviolabilitat parlamentària en l'àmbit dels i.c.a. és absoluta, s'ha d'acceptar com una opció constitucionalment legítima la introducció d'una excepció a la regla general de l'exempció de control dels i.c.a. en el cas de la protecció dels drets fonamentals de participació política dels parlamentaris. Amb tot, aquesta excepció, com totes les excepcions, s'ha d'interpretar i aplicar restrictivament (apartats 5 a 7.2.1). Finalment apuntaré algunes línies doctrinals i jurisprudencials que al meu parer caldria repensar si s'accepten o en la mesura en que s'acceptin les propostes defensades al llarg del treball (apartat 7.2.2).

Avanço ja que no diré res que no sigui conegut. Em limitaré a posar el focus on normalment no el posa la doctrina de la qual dissenteixo i a reordenar les peces d'acord amb la concepció de l'estat de dret que al meu parer es deriva de la CE; una concepció que, sense renunciar a l'ideal de la submissió al dret, jurisdiccionalment garantida, de tots els poders públics —inclosos naturalment els parlaments—, amb el mateix nivell d'irrenunciabilitat i de garantia constitucional i jurisdiccional, tingui també en compte que és consubstancial a l'estat de dret constitucional i democràtic la preservació d'àmbits de llibertat política —i jurídica— de les cambres representatives.

III. FONAMENT CONSTITUCIONAL DELS LÍMITS DEL CONTROL DELS TRIBUNALS CONSTITUCIONALS SOBRE LES ACTIVITATS DE LES CAMBRES REPRESENTATIVES

1. *Cal donar contingut normatiu a la inviolabilitat institucional de les cambres a partir dels principis i les regles de l'estat de dret constitucional i democràtic*

Com he apuntat a l'inici de la introducció, tant la CE —art. 66.3— com la pràctica totalitat dels Estatuts d'Autonomia proclamen explícitament la inviolabilitat institucional de les cambres⁶. Ho fan a més d'una manera especialment emfàtica: la incorporen als articles que defineixen la naturalesa i la posició constitucional d'aquests òrgans, i la configuren com un dels tres únics elements estructurals que els caracteritzen constitucionalment o estatutàriament. Atorguen a la inviolabilitat el mateix nivell de reconeixement que trets estructurals de tant relleu com el fet de ser els òrgans que representen els pobles o ciutadans respectius, i ser els titulars de les funcions legislativa i de control i impuls dels governs.

Tot i això, sense pràcticament cap mena d'argumentació justificativa, tant la doctrina acadèmica com la jurisprudència majoritàries, en les comptades ocasions en les quals fan referència a la inviolabilitat institucional, tendeixen a buidar-la de

⁶ L'estableixen tots els Estatuts d'Autonomia excepte el de la Comunitat de Madrid.

contingut propi. La reconduïxen a les «autonomies» parlamentàries clàssiques, normalment a l'autonomia d'organització i funcionament internes (de l'art. 72 CE i dels corresponents Estatuts) o a la immunitat i inviolabilitat dels parlamentaris individualment considerats (de l'art. 71 CE). En aquest sentit és simptomàtic que pràcticament no hi hagi cap resolució del Tribunal Constitucional espanyol (en endavant TC) que faci referència expressa a la inviolabilitat parlamentària, i que en les poques ocasions que alguna de les parts al·lega aquesta garantia institucional, el Tribunal la reconduïx també a alguna de les esmentades «autonomies» sense explicitar la motivació de la transmutació de naturalesa jurídica de la garantia.

El problema de transmutar o equiparar conceptualment i funcionalment una «inviolabilitat» com la institucional en una simple «autonomia» o de reduir-les a la inviolabilitat o la immunitat dels parlamentaris no és merament terminològic sinó que, com veurem, té conseqüències teòriques i pràctiques importants.

El buidament de contingut de la inviolabilitat institucional és conseqüència d'una concepció de l'estat de dret establert a la CE que, pel que aquí interessa, considera que l'abast i la intensitat del control jurisdiccional sobre les activitats parlamentàries han d'estar guiats per un principi de maximització del control que té un abast més ampli i incisiu que el que té el principi d'optimització propugnat per Alexy⁷. Es parteix de la idea que la inviolabilitat parlamentària no té raó de ser en un estat de dret com el que, suposadament, consagra la CE⁸. La inviolabilitat institucional incomoda als qui consideren un avenç, un triomf de l'estat de dret, la desaparició o la reducció dràstica de la intensitat de les garanties constitucionals de llibertat política dels parlaments. Aquesta concepció de l'estat de dret, i especialment la idea de maximització del control jurisdiccional, pot ser fruit de traslladar de manera mecànica al control de les activitats parlamentàries esquemes aplicats i aplicables al control del Govern i l'Administració⁹. També pot ser con-

⁷ Tornaré sobre la distinció entre maximització i optimització en tractar de la necessitat de repensar la perspectiva d'anàlisi i enjudiciament emprada per una part important de la doctrina (apartat 4, nota 65).

⁸ Així, p.e., FERNÁNDEZ-VIAGAS, B. afirma que «la inviolabilidad institucional (de los parlamentos) se ha transformado en un residuo histórico difícil de interpretar y encajar en el sistema jurídico» i que els i.c.a. «han dejado prácticamente de existir y la inmunidad ha perdido su razón de ser» a *El poder legislativo entre la política y el Derecho*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2008, pàg. 41 i 68, respectivament. Segons RECODER DE CASO l'art. 63.3 CE seria un «precepto hasta cierto punto extraño», *Comentarios a la Constitución*, dir. Garrido Falla, Civitas, Madrid, 1980, pàg.706. Per Enrique Linde la inviolabilitat parlamentària de l'art. 63.3 CE «es reiteración del art. 71.1. i 72.3», *Comentarios a las leyes políticas*, Revista de derecho privado, dir. Alzaga, Madrid, 1989, tom VI pag. 74-75. Segons ALONSO MAS, M.J. els i.c.a. «han perdido sentido...ya que todos los actos parlamentarios son fiscalizables» a *La fiscalización jurisdiccional de la actividad sin valor de ley de los parlamentos*, Centro Estudios Políticos y Constitucionales —en endavant, CEPC—, 1999, pàg. 424.

⁹ És coneguda la transcendència teòrica i pràctica que, merescudament, van tenir els plantejaments en aquest sentit d'una part important de la doctrina administrativista, encapçalada pel professor García de Enterría, adreçats a la lluita contra les immunitats del Govern i l'Administració a partir de principis dels anys 60 del segle passat. En serien exemples emblemàtics l'article *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes*

seqüència d'una certa tendència dels juristes a conquerir espais més propis de la política i dels polítics. Per altra banda, l'exacerbació del caràcter auto-referencial que essencialment té el dret, tampoc no ajuda a identificar i posar en valor els seus límits, tan necessaris alhora d'interpretar, entendre i preservar el propi dret.

En tot cas avui encara són pocs els autors que donen contingut a la garantia de la inviolabilitat de les cambres legislatives com a límit del control constitucional. Entre els que ho fan destaquen els treballs del professor Lasagabaster¹⁰, precedits casi exclusivament per una breu referència de Manzella a la inviolabilitat institucional parlamentària entesa com a meta-concepte dotat d'un contingut propi, que tanmateix aquest autor no acaba de concretar de manera precisa¹¹.

Amb tot, a favor de donar un contingut propi i efectiu a la inviolabilitat parlamentària es poden adduir un seguit d'arguments rellevants com ara el fet que considerar buits de contingut els articles constitucionals i estatutaris que proclamen explícitament aquesta inviolabilitat suposa apartar-se d'un principi d'interpretació jurídica, acceptat i aplicat de forma pràcticament unànime, com és el de la presumpció que les lleis no contenen preceptes legals buits de contingut ni redundants¹², ni contradictoris entre si. Aquesta presumpció està especialment justificada en el cas de preceptes constitucionals i més encara de preceptes constitucionals o estatutaris que defineixen un dels comptats elements estructurals que caracteritzen òrgans de relleu constitucional o estatutari.

Malgrat que ni la voluntat del legislador, en aquest cas del legislador constituent, ni «l'originalisme» solen considerar-se arguments interpretatius forts, es pot argumentar també que els constituents espanyols, bons coneixedors del dret comparat i sabedors que el reconeixement explícit de la inviolabilitat parlamen-

de gobierno, poderes normativos), «Revista de Administración Pública» 38, 1962. I, ja l'any 1995, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas.

¹⁰ Els darrers llibres de LASAGABASTER sobre aquesta qüestió són *Parlamento, Tribunal Constitucional, separación de poderes*, IVAP, Oñati, 2020 i *Democracia, derecho a decidir, desobediencia civil. Sobre las causas de justificación en la STS 459/2019*, IEA, Barcelona, 2021. Amb anterioritat havia publicat «Parlamento, Tribunal Constitucional, separación de poderes: Análisis a la luz de la ley 15/2015 de reforma de la LOTC» a *Crisis institucional y democracia*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2019, pp. 29 a 73; *Derecho de manifestación, representación política y juez penal*, IVAP, Oñati, 2003 i «La inviolabilidad del Parlamento Vasco y el poder judicial», *RVAP*, 99/100, pp. 1857-1879. També donen contingut a inviolabilitat parlamentària E. Albertí, entre d'altres, «Inviolabilidad parlamentaria y división de poderes: la introducción del código penal en las actuaciones parlamentarias» en el llibre *La sentencia del procés. Una aproximación académica* Coord. J. Queralt, Atelier, Barcelona 2020 i García Morillo a la pàg. 71 del vol. II del *Manual de Derecho Constitucional* dirigit per López Guerra, Tirant lo Blanc, Madrid, 2018.

¹¹ MANZELLA, P. qualifica la inviolabilitat de l'art. 63.3 CE com a «principi generalíssim que no s'esgota en una o altra institució singular» i «reforç de tot el sistema de garanties», *La Constitución española de 1978*, dir. Predieri i García Enterría, Civitas, Madrid, 1980 pàg. 469-477.

¹² Entesa aquesta presumpció de no redundància en el sentit que cal presumir que el legislador, i molt especialment el legislador constitucional, no empra dos termes o expressions diferents per referir-se a un mateix contingut normatiu. Com fa la doctrina majoritària quan, com he dit, sense cap argumentació, transmuta o equipara conceptualment i funcionalment el terme «inviolabilitat» amb el de la «autonomia» parlamentària.

tària no era freqüent en altres constitucions, van voler incorporar expressament aquesta previsió per tal de destacar la rellevant posició institucional del Parlament davant d'altres òrgans constitucionals. Així ho va proclamar el diputat Sr. Peces-Barba durant el debat constituent en proposar la inclusió d'aquest apartat a l'art. 66 de la CE¹³.

D'altra banda, no donar contingut propi a la clàusula d'inviolabilitat institucional contradiu el criteri interpretatiu de consistència: és incoherent amb l'acceptació generalitzada de les dues altres inviolabilitats previstes a la Constitució: la inviolabilitat plena de la persona titular de la Corona i la més matisada, però real i efectiva, dels membres dels parlaments.

Tanmateix, tal com tractaré de justificar amb detall en els dos apartats que segueixen, l'argument fonamental que obliga a donar contingut propi a la inviolabilitat institucional de les cambres representatives rau, precisament, en dues exigències que caracteritzen l'estat de dret constitucional i democràtic establert en aquestes constitucions: la garantia de la supremacia normativa de la constitució atribuïda a uns tribunals constitucionals dotats d'una àmplia i potencialment discrecional capacitat de control sobre l'activitat parlamentària. I, d'altra banda, la preservació dels principis constitucionals de pluralisme polític i democràcia mitjançant el reconeixement i la garantia d'una àmplia llibertat política de les cambres representatives en l'exercici de les seves activitats. De fet, encara que la inviolabilitat institucional no s'hagués explicat a la CE hi hauria bons arguments per considerar-la implícita, com se sol fer en altres constitucions d'aquesta mena d'estat de dret¹⁴.

Cal doncs donar contingut jurídic a la inviolabilitat institucional, no solament com a meta-norma que permet completar i reforçar el contingut i l'abast d'altres garanties parlamentàries com les «autonomies» de l'art. 72 CE o la inviolabilitat individual dels parlamentaris, sinó també i primordialment dotant-la d'un contingut propi com espècie del gènere de les inviolabilitats.

2. *L'estat de dret constitucional i democràtic i l'amplitud de l'abast i la discrecionalitat de control dels tribunals constitucionals sobre les activitats de les cambres*

Les constitucions liberal-democràtiques que sorgeixen en el continent europeu després de la II Guerra Mundial¹⁵ no solament creen els tribunals constituï-

¹³ «Es tracta —va dir Peces-Barba— d'una declaració general de protecció de les Corts Generals; és a dir, d'una declaració en la qual es reconegui que la importància fonamental del poder legislatiu i de les seves funcions fan que les Corts Generals no puguin ser interferides ni coaccionades...» (BOC 6 octubre 1978).

¹⁴ Vid. en aquest sentit Lasagabaster *Parlamento, Tribunal Constitucional, separación de poderes*, *Ob.cit.* a nota 10, pág. 26 i 29.

¹⁵ Seguint en part el precedent il·lustre del model de la Constitució austríaca de 1920,

onals, sinó que els hi atribueixen una posició constitucional que els permet portar a terme un control sobre l'activitat parlamentària molt significatiu, tant pel que fa a l'amplitud i incisivitat com per la seva discrecionalitat potencial.

Com a reacció entre altres factors al desprestigi de la política i dels parlaments, derivat de la connivència o incapacitat a l'hora de fer front als totalitarismes feixista i nacional-socialista, un dels objectius principals d'aquestes constitucions i de la forma d'estat de dret constitucional que estableixen era i és, precisament, la limitació del poder i la llibertat d'actuació dels parlaments i de les majories parlamentàries.

Per aconseguir aquests objectius els parlaments se sotmeten a unes constitucions que incorporen un seguit de valors i principis jurídics i polítics considerats superiors; que proclamen amplis llistats de drets fonamentals; i que garanteixen el pluralisme polític i un estatus específic a les minories polítiques, especialment a les minories parlamentàries. Es tracta, a més, de constitucions codificades, rígides, aprovades amb la participació directa de la ciutadania¹⁶, que adquireixen ple valor normatiu, es converteixen en norma suprema, es doten d'un contingut i una vocació contra-majoritària i la seva eficàcia jurídica directa es garanteix en última instància mitjançant tribunals constitucionals.

Els parlaments perden la sobirania que en alguns moments havien arribat a tenir, ni que fos sovint de manera compartida, i la llei, que perd la supremacia i inicia una llarga crisi, deixa de ser considerada expressió màxima de la voluntat general i de la raó en societats polítiques cada cop menys uniformitzades, cada cop més plurals políticament, com a conseqüència, entre moltes altres causes, de la progressiva desaparició dels sufragis censataris i l'avenç del liberalisme i els drets humans i, posteriorment, de la descentralització política i la integració supraestatal.

La capacitat reguladora d'aquestes constitucions i la correlativa capacitat limitadora de l'acció dels parlaments es produeix, en diferents graus i no sense polèmica¹⁷, mitjançant: a) la creixent extensió de les matèries que són objecte de regulació constitucional —que ultrapassa amb escreix els aspectes orgànics i

incorporat a la Constitució de Txecoslovàquia (1920) i a la de la II^a República espanyola. La Constitució italiana de 1948 i la Llei Fonamental de Bonn de 1949 serien dos dels primers exponents rellevants d'aquestes noves constitucions. Sobre els orígens del control de constitucionalitat a Europa. Vid. CRUZ VILLALÓN, P. «*La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*», CEPC, Madrid, 1987.

¹⁶ Amb la coneguda excepció de la Llei Fonamental de Bonn.

¹⁷ És coneguda la reticència de Kelsen a incorporar a les constitucions principis i disposicions massa generals per tal precisament de limitar la discrecionalitat dels jutges constitucionals (vid. Kelsen, «*Quién debe ser el defensor de la Constitución?*», Tecnos, Madrid, 1995, pàg. 33). Un altre dels primers i més coneguts autors que va mostrar i teoritzar la preocupació pels canvis que les noves constitucions produïen en principis bàsics de l'estat de dret, com la certesa del dret o la discrecionalitat jurisdiccional, va ser Böckenförde (1964) («*Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho*» a *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, Madrid, 2000).

procedimentals que predominaven en les constitucions precedents—; b) la incorporació d'una relació també extensa de drets fonamentals que, sense perdre el seu component polític, filosòfic i moral originari, passen a ser plenament vinculants des del punt de vista jurídic, tot adquirint una naturalesa jurídica de principis constitucionals; i c) la positivització constitucional de valors, de principis jurídics estructurals de l'Estat i de l'ordenament jurídic i de normes programàtiques que en positivitzar-se adopten també naturalesa jurídica «principal». Aquest conjunt de principis constitucionals es converteixen en un dels nuclis normatius fonamentals de les noves constitucions¹⁸.

Però aquestes constitucions no solament incrementen els àmbits materials, i per tant els paràmetres de control i en definitiva l'abast de les competències dels tribunals constitucionals, sinó que potencien la discrecionalitat en l'exercici d'aquestes competències com a conseqüència de la ja apuntada pluralitat dels principis constitucionals que incorporen, així com, i sobretot, pel caràcter abstracte o indeterminat del seu contingut¹⁹; per la seva la heterogeneïtat²⁰; per la manca de jerarquia entre ells²¹ i per la procedència de tradicions polítiques, culturals, filosòfiques i morals diverses i sovint contradictòries o en tensió potencial, que fa necessària l'harmonització del seu contingut a l'hora de la seva interpretació i aplicació. Una interpretació i aplicació que sens dubte gaudeixen d'un ampli marge de discrecionalitat potencial.

¹⁸ Certament no totes aquestes constitucions incorporen amb la mateixa intensitat aquestes disposicions de caràcter principal. Així, entre les primeres constitucions d'aquest tipus, la Constitució italiana de 1948 incorpora més disposicions d'aquesta mena que no pas la Llei Fonamental de Bonn (així destaca Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 3 ed. 1999, pag. 113). La CE de 1978 seria un exemple d'incorporació especialment prolixa. Fora de l'àmbit europeu continental el model de constitucions substantives i principalistes ha sigut adoptat sobretot per estats sud-americans entre els quals destaquen Brasil —constitució de 1988— i Colòmbia —constitució de 1991—.

En l'àmbit supraestatal cal destacar el llarg i significatiu procés d'incorporació de principis i valors «constitucionals» o «fundacionals» en el dret primari de la Unió Europea (vid Bogdandy, «Founding Principals of UE Law. A Theoretical and Doctrinal Sketch», *European Law Journal*, 16, 2010, pàg. 95-111).

¹⁹ Que se suma al que també tenen una bona part de les regles constitucionals. Vid. Ferreres, V, *Justícia constitucional y democracia*, Tecnos, Madrid, 2 ed. 2007, especialment cap. 3 pàg. 77 i s.

²⁰ Es tracta d'una heterogeneïtat no solament política sinó també jurídica, és a dir, un cop s'han positivitzat en incorporar-se a les constitucions. En efecte, els diversos tipus de principis, valors, drets fonamentals i normes programàtiques són heterogenis pel que fa al contingut, als béns constitucionals que protegeixen, a la densitat normativa i a la funcionalitat dins el sistema constitucional. Això no obstant, tal com accepta la pràctica totalitat dels corrents doctrinals, els principis, valors, drets, i normes programàtiques comparteixen, com ja he dit, una genèrica naturalesa jurídica principal i desenvolupen unes funcions constitucionals comunes que fa que, des de la perspectiva del dret constitucional, puguin integrar una categoria o un objecte d'anàlisi unitari i ser designats amb un mateix terme genèric de principis.

²¹ Tot i que no manquen alguns autors que advoquen per una certa jerarquització (vid. p.e. Comanducci, P., «Modelos de interpretación de la Constitución» a *Teoría del neoconstitucionalismo*, ed. Carbonell, P., Trotta/UNAM, Madrid, 2007, pàg. 66). Es tracta, però, d'una posició molt minoritària. És difícil acceptar la possibilitat d'establir en abstracte d'una preeminència entre ells, al marge o fent abstracció de les característiques concretes i específiques dels casos enjudiciats o estudiats.

És més, aquest doble efecte —l'increment de l'abast material del control constitucional i, especialment, de la discrecionalitat dels tribunals— es manifesta i alhora es potencia pels canvis que aquest model constitucional provoca o propicia tant en la concepció i teorització del dret, de la constitució, d'estat de dret, com en la interpretació i aplicació del dret i dels mètodes i criteris hermenèutics.

En efecte, aquestes constitucions, dotades d'un fort contingut axiològic i principal que les aparta del model kelsenianà²², no es limiten a posar al capdamunt de la piràmide normativa una nova norma suprema, ni a innovar el contingut del dret positiu, sinó que fomenten canvis rellevants en la interpretació i aplicació constitucional i propicien l'aparició o l'actualització de corrents doctrinals que, al seu torn, impulsen també aquests canvis teòrics i metodològics. Es tracta d'un procés bidireccional prou conegut entre el dret positiu i la doctrina, que hi participa amb plantejaments teòrics en els quals molt sovint és indestriable el vessant descriptiu o analític i el prescriptiu o propositiu.

En aquest procés hi van intervenir tant positivistes o neopositivistes com a d'altres més propers a versions renovades del iusnaturalisme (sovint aplegades sota la denominació genèrica de doctrines neoconstitucionalistes o de jurisprudència de principis i de valors). No és aquest el lloc adequat ni és necessari als nostres efectes entrar a valorar la consistència teòrica dels nous plantejaments doctrinals, ni per precisar el grau de novetat que realment introdueixen —és a dir, la pertinència o no d'aplicar-los el prefix «neo» per qualificar el constitucionalisme o el positivisme²³—, o la intensitat de la discrepància real i efectiva entre els diversos corrents neopositivistes i els neoconstitucionalistes, més enllà de les diferències de matís o d'èmfasi²⁴. Em limitaré a apuntar els canvis teòrics i metodològics més rellevants que aquestes constitucions contribueixen a potenciar en relació, únicament, a la qüestió de l'ampliació de l'abast i la discrecionalitat del control constitucional sobre les activitats parlamentàries.

El primer d'aquests canvis és el de la crisi de les concepcions del dret, de les constitucions i dels mètodes d'interpretació que conceben el dret com un conjunt de disposicions normatives integrades en un ordenament de contingut predeterminat, complet i coherent. Com un contingut que l'interpret pot identificar, interpretar i aplicar cercant la voluntat del legislador, de la llei o del sistema jurídic

²² Que, com és conegut, propugnava un model de constitució més neutral ideològicament i de contingut més procedimental que substantiu, del qual després deduïa una determinada teoria («pura») del dret.

²³ Una síntesi esquemàtica sobre les preteses o reals innovacions introduïdes pels corrents neoconstitucionalistes en relació amb el constitucionalisme tradicional es pot trobar a Ahumada, M.A., «Neoconstitucionalismo y constitucionalismo» a *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pàg. 123 i s.

²⁴ Sobre aquesta qüestió vid C. Bernal, «Refutación y defensa del neoconstitucionalismo» a *Teoría del neoconstitucionalismo*, *ob.cit.* pàg. 307 i s.

tot inferint-la, *more geometrico*²⁵ o lògic-deductiu, a partir exclusivament de construccions dogmàtiques o sistemes conceptuals articulats. I que un cop determinat així el significat dels textos normatius, es podrien aplicar als casos concrets enjudiciats o analitzats mitjançant simples subsumpcions de lògica formal.

En sentit similar i pels mateixos motius entra en crisi la concepció de les constitucions com a normes fonamentals que contenen una mena de síntesi unitària, coherent, completa i acabada de tot l'ordenament jurídic, de manera que els seus intèrprets i aplicadors han de limitar-se a «executar-les» o «aplicar-les» a partir d'uns principis constitucionals que suposadament els hi donen una clara i incontrovertida coherència i unitat de sentit que els intèrprets i aplicadors simplement han de desvetllar amb l'ajut d'unes construccions doctrinals que limiten significativament els seus marges de discrecionalitat.

Certament no es pot negar que en aquestes constitucions els esmentats principis tenen un rol fonamental tant en relació a la interpretació i aplicació del text constitucional com de la resta de disposicions que conformen l'ordenament jurídic, sobre les quals irradien directament. Tampoc es pot negar que els esmentats principis i construccions doctrinals contribueixen de manera rellevant a donar coherència i unitat de sentit a les constitucions i als ordenaments. Però les característiques dels principis constitucionals, a les quals he fet referència reiterada (pluralitat, heterogeneïtat, indeterminació, potencial tensió...) afecten la referida unitat tot introduint-t'hi un alt component de flexibilitat o ductilitat²⁶, que potencia la discrecionalitat i la dimensió creativa dels tribunals constitucionals en l'exercici de les seves funcions interpretatives i aplicatives.

Reforça aquesta conclusió un segon canvi potenciat per aquestes constitucions: el relleu que adquireixen els casos enjudiciats o analitzats en la interpretació i aplicació de les constitucions. Els principis constitucionals, com p.e., els d'igualtat, llibertat o justícia, tenen un contingut que només de manera parcial es pot predeterminar en abstracte o a través de construccions doctrinals. En la concreció d'aquest contingut juguen un paper fonamental els casos concrets. El contingut dels principis es fa patent, es desvetlla o identifica en gran mesura en contrastar-los amb els casos concrets objecte d'enjudiciament o estudi.

És més, al llarg del procés d'interpretació i aplicació cada cop van adquirint més protagonisme les exigències morals, polítiques i jurídiques dels casos. L'adquireixen ja en el moment inicial de la qualificació o comprensió jurídica dels casos i continua en la fase de la selecció dels textos normatius aplicables, la de la identificació del seu significat i finalment en l'aplicació al supòsit de fet enjudiciat

²⁵ El concepte *more geometrico* empra també l'acadèmic Sr. Guàrdia i Canela a *Tribunals col·legials. La col·legialitat i les opinions individuals. Pràctica i mètodes de deliberació. El cas del Tribunal Constitucional d'Andorra i alguna referència al sistema espanyol*. Comunicació llegida a la sessió ordinària de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació l'1 de juny de 2021. <https://ajilc.cat>

²⁶ En expressió de Zagrebelsky teoritzada a *ob.cit.*, pàg. 124 i s.

o analitzat²⁷. No cal insistir en l'increment dels marges de discrecionalitat que aquesta mena de ponderacions confereixen als intèrprets constitucionals.

Finalment, aquestes constitucions, i alguns dels corrents doctrinals que contribueixen a la seva interpretació i aplicació, propicien, també una expansió del pluralisme metodològic —entès com aplicació eclèctica de mètodes i criteris hermenèutics de naturalesa vària— i la utilització de cànons de selecció, interpretació i aplicació propis del pensament problemàtic i dels mètodes dialèctics. Propicien l'aplicació de mètodes i criteris d'interpretació de contingut mal·leables, aplicats mitjançant judicis ponderatius, tests de raonabilitat o de proporcionalitat²⁸, *topoi* d'argumentació que, a més, actuen, no com a instruments per identificar una suposada única interpretació veritable de l'únic contingut possible dels textos normatius, sinó com a arguments que pretenen obtenir l'acceptació més general possible de la plausibilitat jurídica de la interpretació escollida d'entre les diverses interpretacions possibles.

L'eclecticisme metodològic, l'aplicació quasi inevitable de mètodes ponderatius i criteris hermenèutics de contingut mal·leables²⁹ i la seva funcionalitat «argumentativa» posen de manifest capacitat de «*inventio*»³⁰, de reconstrucció de les normes, de creació del dret i en definitiva de l'alt grau de discrecionalitat amb el qual els tribunals constitucionals poden exercir l'ampli control de constitucionalitat que tenen atribuït.

Els quatre canvis que acabo d'apuntar sens dubte podrien ser objecte de nombroses matisacions i precisions. De fet, tot i que, tant a nivell teòric com sobretot a la pràctica, sol haver-hi un ampli consens de fons sobre aquests plantejaments, no es pot oblidar que el debat doctrinal continua viu sobre algunes qüestions rellevants³¹.

²⁷ Sobre la importància dels casos enjudiciats, entesos com a problema, en la interpretació i aplicació del dret destaquen els treballs de Viehweg, especialment el seu llibre *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1963. Hesse és un dels primers constitucionalistes en posar èmfasi en la necessitat de partir dels «problemes concrets dels casos» en la interpretació constitucional; tot i que adopta un mètode tòpic limitat respecte del «programa i l'àmbit normatiu (vid. *Escritos de derecho constitucional*», CPC, Madrid, 1983, selecció de P. Cruz, pàg. 43-57). Aquest plantejament es va convertir en un dels principis fonamentals dels corrents neoconstitucionalistes —per tots, Zagrebelsky, *ob.cit.*, pàg. 131-139—.

²⁸ Aquí torna a ser obligada la cita d'Alexy, considerat un dels màxims exponents dels neoconstitucionalismes, que formula una de les teories més elaborades sobre la necessitat d'aplicar els principis de proporcionalitat i els mètodes de ponderació i malda per formalitzar i limitar a partir de criteris racionals la discrecionalitat i incisivitat d'aquests criteris hermenèutics de control. Vid. *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, segona reimpressió 2001,

²⁹ Actualment el mètode ponderatiu, els tests de proporcionalitat i raonabilitat, són aplicats amb normalitat i freqüència per la majoria dels tribunals constitucionals d'Europa, entre ells el TC espanyol i destacadament el TC alemany, que a més ha contribuït a formalitzar-los. També en l'àmbit supraestatal l'aplica amb molta freqüència el Tribunal Europeu de Drets Humans i de manera creixent el Tribunal de Justícia de la UE.

³⁰ Viehweg *ob.cit.*, pàg. 58.

³¹ En serien exemples el debat sobre l'abast de la capacitat cohesionadora i unificadora de

Això no obstant, des de la nostra perspectiva d'anàlisi, crec que els arguments exposats permeten concloure sense generar massa controvèrsia que aquestes constitucions potencien l'abast i la intensitat del control de constitucionalitat i la discrecionalitat dels tribunals constitucionals.

Tanmateix, aquesta constatació no pot amagar o menystenir una altra tant o més important: els estats de dret constitucional i democràtic no atribueixen als tribunals constitucionals en règim de monopoli els marges de discrecionalitat que deixen oberts en la interpretació, aplicació i adaptació de les constitucions. En reserven una part essencial a les cambres representatives tot garantint-les-hi àmbits rellevants de llibertat política i també jurídica, que limiten l'amplitud i la intensitat del control de constitucionalitat exercit sobre les activitats parlamentàries³².

I precisament a l'hora de determinar l'abast i el contingut d'aquesta reserva parlamentària garantida constitucionalment, és imprescindible identificar correctament el fonament constitucional en el qual es basen tant els límits del control dels tribunals constitucionals com les correlatives garanties parlamentàries —entre elles la inviolabilitat institucional dels parlaments—. És imprescindible identificar aquest fonament ja que aquest és el nucli del problema plantejat. El problema no rau en l'acceptació del principi segons el qual els tribunals constitucionals han de respectar àmbits de llibertat als parlaments. Fins aquí l'acord és quasi unànime. El desacord sorgeix quan es tracta de concretar l'abast de la garantia constitucional dels àmbits de llibertat. En aquest punt la doctrina majoritària fo-

les constitucions i dels ordenaments que s'atribueixen als principis constitucionals; sobre l'abast de la funció «constructivista» de la doctrina acadèmica —per emprar l'expressió ben teoritzada en relació als principis «constitucionals» de la Unió Europea per Bogdandy -*ob.cit.*—; el relleu donat als casos enjudiciats en la interpretació i aplicació de les constitucions; el major o menor protagonisme atribuït a les exigències morals o polítiques dels casos enjudiciats en la interpretació i aplicació del dret; els límits de la ponderació prudencial i de la incorporació d'elements de justícia d'equitat o el relleu donat al principi de seguretat jurídica.

En relació a aquestes qüestions encara ressona, tot i que amb matisos nous, el debat clàssic entre posicions properes als plantejaments positivistes i posicions properes a versions actualitzades del iusnaturalisme, defensades per sectors del corrent neoconstitucionalista, en els quals tenen un relleu especial els plantejaments realitzats des de la filosofia del dret, menys condicionats per la necessitat de contribuir a la interpretació i aplicació del dret positiu vigent.

³² En el llarg debat sobre la discrecionalitat jurisdiccional, tant des de la perspectiva descriptiva com prescriptiva, hi han intervingut els més rellevants filòsofs del dret i hi han defensat quasi totes les alternatives imaginables. Des de les que neguen l'existència pràctica de discrecionalitat jurisdiccional o la seva legitimitat —recordem la polèmica clàssica entre Hart que admetia la discrecionalitat judicial en els casos difícils (*The concept of law*, Oxford University Press, 1961) i Dworkin que sostenia que en cada cas enjudiciat només hi havia una solució justa i jurídicament acceptable (*Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984)—, fins els que l'accepten no solament com a inevitable sinó també com a convenient, malgrat la incertesa que pugui produir -tesi defensada per Zagrebelsky. *ob.cit.* pàg. 144—. Tot i que la polèmica segueix oberta, avui sembla admetre's de manera molt majoritària que la jurisdicció constitucional gaudeix a la pràctica d'un molt ampli marge de discrecionalitat, que tanmateix cal limitar i coonestar amb altres principis constitucionals com el democràtic o el de seguretat jurídica. Sobre la discrecionalitat jurisdiccional vegeu Guastini, R. «Principios de derecho y discrecionalidad judicial» a *Estudios de teoría constitucional*, México. Unam, Fontamara 2001.

namenta aquesta llibertat sobre bases constitucionals poc sòlides que la porten a reconèixer un contingut i un nivell de garantia, constitucional i jurisdiccional, molt més febles del que en rigor els hi correspon d'acord amb els principis de l'estat de dret establerts en aquestes constitucions.

En els pròxims apartats intentaré precisar el fonament constitucional i el contingut de les garanties constitucionals i jurisdiccionals dels marges de llibertat política que al meu parer s'adiu amb els esmenats principis. Ho faré qüestionant en primer lloc algunes de les fonamentacions que amb més freqüència proposa la doctrina.

3. *Els límits del control constitucional i els àmbits de llibertat política de les cambres en l'estat de dret constitucional i democràtic*

3.1. *Els tribunals constitucionals com a òrgans dotats de funcions i competències taxades i constitucionalment limitades*

A l'hora de determinar els límits del control dels tribunals constitucionals cal precisar d'entrada que, malgrat la confusió que poden haver generat algunes afirmacions dels propis tribunals³³, és clar que en les constitucions aquí analitzades aquests tribunals són òrgans constituïts, de naturalesa jurisdiccional, que no tenen altres funcions i competències que les que els hi atorguen expressament les constitucions respectives —o les lleis habilitades per les constitucions—, i no tenen altres vies per exercir-les que els procediments també constitucionalment i legalment previstos.

Així, p.e., del fet que la CE consideri que el TC és l'òrgan jurisdiccional superior «en matèria de garanties constitucionals» (art. 123.1) i la LOTC el qualifiqui «d'interpret suprem de la Constitució» (art. 1)³⁴, o del fet que en exercir les seves competències garanteixi l'aplicació i l'eficàcia de la Constitució, no es deriva una pretesa missió de garant de la Constitució i, menys encara, una competència residual o universal basada en l'assoliment d'aquesta finalitat³⁵. Certament

³³ En serien exemple algunes resolucions del TC espanyol en les quals semblaria auto-concebre's com a comissionat o delegat permanent del poder constituent en declarar-se únic òrgan competent per portar a terme la definició autèntica i indiscutible de les categories i principis constitucionals i per «permetre ... en defecte de reforma expressa (de la Constitució), l'acomodació del seu sentit a les circumstàncies del temps històric» (STC 31/2010 fj.57). Un comentari crític a aquesta configuració del TC pot trobar-se a Viver, C. «El Tribunal Constitucional, 'sempre, sol...i indiscutible'? La funció constitucional dels estatuts d'autonomia en l'àmbit de la distribució de competències segons la STC 31/2010» a *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, n. 12, març 2011 —traducció castellana a la REDC n. 91, 2011—.

³⁴ Tindrè ocasió de matisar el caràcter d'interpret suprem dels tribunals constitucionals en els apartats 3.4.1 i 3.4.2.

³⁵ Aquesta qüestió es va plantejar de manera explícita al TC espanyol a la important interlocutòria 135/2004 sobre el Pla Ibarretxe. Va ser defensada en els vots particulars subscrits per quatre magistrats. Tanmateix, la concepció que converteix la funció de garant de la Constitució en una mena de competència finalista del TC semblaria estar subjacent també en altres resolucions posteriors del Tribunal.

en l'exercici de les seves competències jurisdiccionals el TC garanteix l'aplicació i l'eficàcia de la Constitució, però aquest resultat i aquest objectiu l'ha d'assolir a través de les competències que té explícitament reconegudes. No és una clàusula oberta atributiva de la titularitat d'una competència genèrica delimitada per la finalitat. Referint-se a l'època de formació del sistema europeu de control de constitucionalitat, Pedro Cruz ho diu així: el control de constitucionalitat «és una funció regulada, positivitzada, racionalitzada i, en definitiva, limitada», que no es confon amb una funció «de defensa de la Constitució»³⁶.

Tampoc no es pot pretendre derivar competències implícites d'un suposat caràcter de delegat o de comissionat permanent del poder constituent, que els tribunals constitucionals en rigor no tenen³⁷. De fet, si algun òrgan constituït manté la relació fiduciària amb el sobirà i el poder constituent és el Parlament. El poble políticament no delega mai el poder constituent originari, que en última instància és necessàriament metajurídic; i en tot cas en aquestes constitucions l'òrgan a través del qual s'expressa aquest poder constituent, quan es juridifica, és el Parlament. Els tribunals constitucionals no poden pretendre fonamentar o derivar cap competència d'aquesta font.

És més, en l'estat de dret constitucional i democràtic els tribunals constitucionals no solament no tenen més competències ni vies processals per exercir-les sense incórrer en *ultra vires* que les expressament establertes en disposicions constitucionals o legals habilitades constitucionalment, sinó que, com ja he apuntat abans intentaré justificar raonaré immediatament, aquestes disposicions s'han d'interpretar i aplicar respectant els àmbits de llibertat política dels parlaments garantits per les constitucions.

En suma, els límits del control constitucional sobre les activitats parlamentàries no es poden pretendre fonamentar en una pretesa naturalesa de delegats del poder constituent dels tribunals constitucionals, ni de cap competència implícita que no estigui «regulada, positivitzada i racionalitzada» mitjançant disposicions interpretades i aplicades tenint en compte els àmbits de llibertat parlamentària que les constitucions garanteixen.

³⁶ A «*La formación del sistema europeo...*», *ob. cit.*, pàgs. 27 i 32. Vid. també Medina, M. *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Coord. Requejo, J.L., Ed. BOE, Madrid, 2001 pàg. 70 i s.

³⁷ Com diu el mateix autor, «el TC...mai crearà Dret constitucional primari: crearà dret, i fins i tot paràmetres de la constitucionalitat, però mai no serà constituent» a «El ordenamiento constitucional: una indagación empírica» a *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1999, pàg. 130. De fet els tribunals constitucionals no són subjectes «actius» ni en la instauració de les constitucions ni en les reformes constitucionals. I en les constitucions que no contenen clàusules d'intengibilitat, en front del què sostenen els defensors d'un concepte substancialista de constitució, cal acceptar que el control dels tribunals constitucionals s'ha de limitar a assegurar el compliment dels procediments formals de reforma.

3.2. *El principi de separació de poders i la legitimitat democràtica limitada dels tribunals constitucionals com a arguments coadjuvants però no suficients per fonamentar els límits*

Els límits a les funcions de control dels tribunals constitucionals sobre l'activitat de les cambres representatives no deriven tampoc, o no sense matisos, de l'exigència de respectar una separació orgànica de funcions que aquestes constitucions no preveuen amb un grau de rigor suficient com per convertir-la per si sola en l'element capaç de fonamentar àmbits de llibertat política de les cambres, delimitadors de l'abast i la intensitat del control jurisdiccional. El respecte a la separació orgànica de funcions o, més exactament, el respecte al sistema de *checks and balances*, que és el que estableixen aquestes constitucions, pot coadjuvar a la delimitació de l'abast i la intensitat del control però no n'és el fonament essencial.

Tampoc no ho és la limitada legitimitat democràtica derivada del sistema d'elecció dels seus membres ni els febles contrapesos existents a la seva activitat jurisdiccional³⁸. Els principis democràtics que regeixen aquestes constitucions no exigeixen l'elecció directa dels magistrats —no exigeixen una legitimitat de representació—, ni toleren mecanismes de control de l'activitat jurisdiccional per part de les majories parlamentàries.

El control jurisdiccional dels tribunals constitucionals sobre l'activitat parlamentària extreu de manera directa i suficient la seva legitimitat jurídica —i també política— de les funcions que aquestes constitucions els hi atribueixen amb l'objectiu de garantir l'aplicació i l'efectivitat de la norma suprema. Cal tornar a recordar aquí que les constitucions d'aquests estats de dret estan legitimades democràticament pel seu origen i pel fet de consagrar formes d'estat democràtiques protectores del pluralisme polític³⁹. No existeix cap «contradicció ontològica» entre democràcia i jurisdicció constitucional. Cosa diferent és la legitimitat política, moral —o fins i tot jurídica— de l'exercici concret d'aquestes funcions jurisdictionals o els dèficits democràtics que es puguin identificar en els processos de creació d'algunes d'aquestes constitucions.

En suma, en aquesta mena d'estats de dret les limitacions democràtiques dels tribunals constitucionals no és argument suficient per justificar i delimitar l'abast i la intensitat del control constitucional sobre les activitats parlamentàries.

³⁸ Reduïts pràcticament aquests contrapesos a improbables reformes constitucionals, a reformes legislatives d'efectes limitats —atès que els tribunals constitucionals poden tornar a anul·lar les reformes mantenint la mateixa doctrina constitucional—, i a controls jurisdiccional supraestatals encara incipients i limitats. Dit d'una altra manera, la possibilitat que les cambres «corregixin» amb reformes legislatives els efectes de les sentències d'inconstitucionalitat és a la pràctica força limitada (vid. Bogdandy, *ob.cit.*, pàg. 44).

³⁹ Correspondria a la legitimitat de funció o legitimitat objectiva de la que parla P. Cruz, a la qual aquest autor afegeix la legitimitat de la minoria en front de la legitimitat de la majoria, que és pròpia també d'aquestes constitucions («Legitimidad de la jurisdicción y principio de mayoría» a *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid 1999. Pàg. 535 i s.).

3.3. *Els límits no es poden basar en les diferències entre la forma jurídica de fonamentar i argumentar les decisions dels tribunals constitucionals i la política dels parlaments. Tampoc en l'autocontenció o self-restraint dels tribunals envers les cambres*

Tampoc no crec que l'argument de la diferència entre el mètode de treball jurídic dels tribunals constitucionals i el polític de les cambres parlamentàries pugui per si sol fonamentar els límits del control jurisdiccional que imposa l'estat de dret constitucional i democràtic. I menys encara que la delimitació de l'abast i la intensitat del control es pugui limitar només a partir de la recomanació d'un capteniment de deferència graciosa dels tribunals constitucionals envers les cambres representatives.

El primer argument dels que defensen aquest fonament es podria enunciar així: atès que tant les funcions com els mètodes de treball que empren els tribunals constitucionals són radicalment diferents dels dels parlaments, basta que cadascun actuï dins del seu àmbit de competències per assegurar els límits del control⁴⁰.

És clar que les diferències funcionals i metodològiques entre les activitats de la jurisdicció constitucional i les parlamentàries, així com la creixent formalització dels mètodes i criteris hermenèutics i de les tècniques d'argumentació jurisdiccionals aplicats a la interpretació i aplicació dels principis constitucionals⁴¹, ajuden a fixar pautes diferenciadores entre l'activitat exclusivament política i l'activitat jurisdiccional. Tanmateix no eliminen la funció o la capacitat dels tribunals de crear dret, de reconstruir normes, ni la capacitat d'*inventio* i la discrecionalitat política en l'exercici de la funció jurisdiccional. En definitiva, no elimina per complet les similituds entre aquesta funció i la parlamentària, però, sobretot, no elimina les interrelacions i interferències entre l'exercici de les funcions jurisdiccionals dels tribunals constitucionals i l'exercici de les funcions polítiques i jurídiques d'interpretació, aplicació, adaptació i concreció de les constitucions atribuïdes als parlaments.

⁴⁰ Sobre les diferències entre la fonamentació i l'argumentació *jurídica* i la política, vid. Otto, I. «La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional» a *El Tribunal Constitucional*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1981, pàg. 1940 i s. De Otto admet que els tribunals constitucionals realitzen una funció creadora de dret i gaudeixen d'un ampli marge de discrecionalitat en la presa de les decisions jurisdiccionals, però sosté que això no planteja problemes de legitimitat democràtica en la mesura en què la fonamentació i l'argumentació d'aquestes decisions són —o haurien de ser— de naturalesa diferent a la de les decisions polítiques dels parlaments ja que es basen —o s'han de basar— en regles d'interpretació acceptades generalment per la comunitat dels juristes, els precedents jurisprudencials i la dogmàtica jurídica constitucionalista.

⁴¹ Necessitat de formalització que avui assumeixen fins i tot els defensors dels plantejaments tòpics —amb el precedent de l'elaboració de «catàlegs» de tòpics d'argumentació—. Però també des dels plantejaments de la denominada jurisprudència de principis o de valors. Vid., per tots, Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., i Bernal, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC. Madrid. 2005.

És, precisament, l'existència d'àmbits d'intersecció o d'interrelació entre les funcions jurisdiccionals dels tribunals constitucionals i les funcions polítiques i jurídiques dels parlaments la que fa necessari establir límits jurídics d'obligat compliment en l'exercici d'aquestes funcions. En el nostre cas, és la que obliga a establir límits a les funcions de control constitucional sobre les activitats dels parlaments. Es tracta de límits «externs» basats en l'obligació constitucional de respectar la posició constitucional atribuïda a les cambres representatives i, en última instància, de preservar els principis democràtic i de pluralisme polític que caracteritzen l'estat de dret establert en aquestes constitucions. Aquests tres elements es troben en el punt d'intersecció entre les funcions jurisdiccionals i les parlamentàries i fan de clau de volta que fonamenta i assegura tant l'exercici de les funcions i els àmbits de discrecionalitat dels tribunals constitucionals com els seus límits en relació amb les activitats parlamentàries⁴².

En suma, com veurem immediatament, aquestes tres exigències constitucionals «externes» són el fonament constitucional que dona solidesa als límits del control constitucional i a les correlatives garanties parlamentàries; no són límits «interns» basats en les característiques diferencials de les funcions i els mètodes de treball jurisprudencials o l'autocontenció gràciosa dels tribunals. A l'anàlisi d'aquesta qüestió dedicaré el pròxim apartat.

3.4. *Els principis constitucionals de pluralisme polític i democràcia com a fonament dels límits al control constitucional. Els parlaments com a membres principals de la comunitat oberta d'interprets constitucionals i el diàleg constitucional. Les garanties de la llibertat política dels parlaments i els límits del control constitucional com a elements consubstancials de l'estat de dret constitucional i democràtic*

3.4.1. La preservació del pluralisme polític, la democràcia i la posició constitucional atribuïda a les cambres representatives com a fonament constitucional dels límits del control de constitucionalitat. Els parlaments com interprets, concretitzadors i adaptadors de les constitucions als canvis socials i polítics

El fonament constitucional dels límits del control i de les garanties parlamentàries cal cercar-lo en les exigències que es deriven de la preservació dels principis democràtic i de pluralisme polític i la posició constitucionals dels parlaments que caracteritzen l'estat de dret establert a les constitucions continentals europees.

⁴² ALONSO GARCÍA, E. destaca aquesta funció, especialment amb relació al principi de pluralisme polític. Vid. *La interpretació de la constitución*, CEC, Madrid, pàg. 26-28.

Tant un principi com l'altre exigeixen i es manifesten⁴³ en tres fets íntimament relacionats: a) una específica concepció de les constitucions i de la seva interpretació, aplicació, concreció i adaptació; b) una determinada configuració orgànica i funcional de les cambres representatives; i c) un seguit de garanties constitucionals i jurisdiccionals de la llibertat política dels parlaments que limiten l'abast, la intensitat i, en definitiva, la discrecionalitat del control constitucional sobre les activitats parlamentàries. De fet, l'esmentada configuració funcional i orgànica i les garanties dels marges de llibertat són dos dels elements fonamentals a l'hora de definir la posició constitucional dels parlaments en relació als altres òrgans constitucionals, inclosos els tribunals constitucionals.

Més concretament, el principi democràtic i el de pluralisme polític —que la CE en l'art. 1 converteix respectivament en un principi estructural de l'Estat i un «valor superior de l'ordenament jurídic»⁴⁴—, exigeixen que les constitucions no solament siguin creades democràticament, sinó també que siguin interpretades, aplicades, concretades i adaptades als canvis socials i polítics de manera democràtica. És a dir, que en l'exercici d'aquestes funcions hi tingui un protagonisme privilegiat l'òrgan constitucional que és directament elegit per la ciutadania i que respon, també directament, davant d'aquesta de l'exercici de les esmentades funcions. L'òrgan, en suma, que ostenta la més alta legitimitat democràtica⁴⁵, i que expressa de la manera més completa el pluralisme polític que existeix en cada moment a la societat respectiva⁴⁶.

Dit encara d'una altra manera, el pluralisme polític i la democràcia volen que en les tasques de permanent adaptació del consens constituent originari als canvis socials, i en les de constant harmonització dels principis i regles constitucionals hi tinguin una participació decisiva les cambres representatives —i les majories parlamentàries—, que en cada moment expressen el pluralisme polític existent a

⁴³ Tal com he apuntat a l'apartat 2, en els plantejaments doctrinals la vessant descriptiva i la prescriptiva dels fenòmens analitzats sovint es confonen i es condicionen mútuament; són com dues cares d'una mateixa moneda.

⁴⁴ Tot i la CE empra el terme «valor» per referir-se al pluralisme polític, com he exposat a la nota 20, des de la perspectiva d'anàlisi del dret constitucional el pluralisme polític es pot incloure en el concepte genèric, i en la denominació, de principi constitucional, compartit entre d'altres amb el principi de democràcia del mateix art. 1 CE.

⁴⁵ Derivada, aquesta legitimitat, d'una banda, del fet que els seus membres són elegits directament pel poble en eleccions periòdiques —de fet, en les constitucions que adopten la forma de govern parlamentària són els únics òrgans constitucionals elegits directament— i, d'altra banda, de representar de manera permanent el subjecte del qual emanen tots els poders de l'estat i que, en alguns casos, fins i tot encarna la sobirania (art. 1.2 CE).

⁴⁶ És l'òrgan en el qual es fa present una part significativa de les opcions polítiques existents a la societat, en el qual es forma la voluntat mitjançant un debat públic en el que es manifesta aquest pluralisme polític, l'òrgan on es garanteix la participació de les minories en la formació de la voluntat de les cambres i dels seus òrgans i on les majories parlamentàries implementen, dins el marc establert a les constitucions, els seus programes polítics, partidistes i conjunturals, tot expressant el resultat del pluralisme ideològic i polític existent a la societat en cada moment.

la societat i que formen la seva voluntat mitjançant el debat lliure i públic entre totes les opcions polítiques representades en les cambres⁴⁷. És la fórmula adoptada per aquestes constitucions per tal de garantir la renovació permanent tant del pluralisme polític com de la legitimitat democràtica de les constitucions i del dret.

Per assegurar el protagonisme de les cambres representatives en les tasques d'interpretació, aplicació i adaptació de les constitucions, aquestes els hi atribueixen un seguit de competències específiques que no només els hi permeten participar en la reforma constitucional i en la seva adaptació⁴⁸, sinó que també, i més important a la pràctica, els hi reserven una participació fonamental en la «realització» o «concreció» de les constitucions. Es tracta d'una participació que fan efectiva a través de l'exercici de la funció legislativa. En aquest estat de dret els parlaments estan constitucionalment habilitats per, a través de la legislació, concretar el contingut constitucional que estimin políticament més convenient d'entre els que són possibles dins del marc constitucional⁴⁹.

En efecte, com he apuntat abans des de la perspectiva dels tribunals constitucionals, en aquest tipus d'estat les constitucions s'han de concebre com a marcs que expressen amplis consensos socials i polítics que els parlaments certament han de respectar i els tribunals garantir, però partint sempre del principi que es tracta de normes que admeten diverses interpretacions i concrecions i que correspon a les cambres representatives una participació fonamental en la tasca de concreció i actualització de les constitucions, per tal de fer efectiu permanentment el pluralisme polític i assegurar la continuïtat de la legitimitat democràtica de les constitucions en el moment fonamental de la seva realització o concreció⁵⁰.

⁴⁷ En aquestes constitucions el principi de pluralisme polític exigeix el reconeixement de drets o facultats de participació en la formació de la voluntat de les cambres als parlamentaris que conformen les minories polítiques però, com veurem a l'apartat 6.2.1, es tracta de drets o facultats limitades i instrumentals, ja que com succeeix en tots els òrgans col·legiats aquestes facultats tenen com objectiu primordial integrar la voluntat dels parlamentaris minoritaris en els procediments que tenen com a finalitat la formació de la voluntat de l'òrgan mitjançant el joc majories-minories característic de les democràcies representatives. En aquest sentit vid. Biglino, P. «Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales?», *Revista Cortes Generales* núm. 30, 1993, pàg. 85-86.

⁴⁸ La CE conté un elenc força extens d'aquesta mena de competències que el Parlament exerceix mitjançant actes de naturalesa materialment legislativa. Seria el cas, entre d'altres que esmentaré més endavant, de l'art. 93 CE en el qual es preveu l'autorització de les Corts Generals per cedir competències «derivades de la Constitució» a una «institució o organització internacional», sense necessitat de reforma constitucional prèvia.

⁴⁹ Com és conegut, els termes «realització» i «concreció» o «concretització» («konkretisierung») de les constitucions i la seva teorització corresponen en primer lloc a Hesse -*Ob.cit.*, pàgs. 26-31 i 43-57. En el plantejament de Hesse la concretització fa referència essencialment a les condicions del procés d'interpretació de les normes constitucionals. Jo empro aquí el terme en un sentit més ampli.

⁵⁰ En aquest mateix sentit, vid. Alexy, (*Epílogo, ob.cit.* pàg. 18). Tot i ser un dels màxims defensors de la seva l'optimització dels principis i del protagonisme dels tribunals constitucionals a l'hora d'aconseguir-la a través de la ponderació jurisdiccional, reconeix que «els principis del parlamentarisme democràtic (...) exigeixen que el legislador legitimat democràticament tingui una important participació autònoma en la configuració de l'ordenament jurídic, des dels punts de vista quantitatiu i qualitatiu».

Per això, des de la perspectiva de les funcions de les cambres representatives, en aquesta mena d'estat de dret les constitucions no es poden concebre com programes *polítics* o «plans superiors»⁵¹ que suposadament condensen un projecte complet i unitari que els parlaments s'han de limitar a «aplicar» o «executar». Són marcs normatius que per exigència dels principis democràtic i de pluralisme polític cal interpretar i aplicar de manera que les majories parlamentàries puguin actuar els seus programes polítics, les seves polítiques públiques partidistes. Així ho va proclamar el TC, precisament i significativament, en la primera sentència que resolva un recurs d'inconstitucionalitat, l'any 1981. Va declarar que «en un sistema de pluralisme polític (article 1 de Constitució) la funció del Tribunal Constitucional és fixar-los límits dins dels quals poden plantejar-se legítimament les distintes opcions polítiques, ja que en termes generals resulta clar que l'existència d'una sola opció és la negació del pluralisme»⁵².

El protagonisme dels parlaments en l'exercici de les funcions relacionades amb la interpretació i aplicació de les constitucions i les correlatives limitacions del control de constitucionalitat en aquests àmbits es posa de manifest i es reforça, també per exigències del pluralisme i la democràcia, en el fet que en aquestes constitucions correspon als parlaments —i als governs dels que sorgeixen— la iniciativa a l'hora de promoure noves interpretacions del significat dels preceptes constitucionals. És a dir, a l'hora de determinar els objectius, els mitjans per assolir-los i els continguts de les noves concrecions constitucionals.

És més, els tribunals constitucionals no solament no tenen la iniciativa de l'adaptació de les constitucions ni poden substituir la decisió o el judici polític dels parlaments a l'hora de fixar els esmentats objectius, mitjans i continguts, sinó que, en el procés bidireccional propi de tota interpretació constitucional, els tribunals en exercir el control de constitucionalitat han de partir inicialment de les interpretacions i concrecions que els parlaments han realitzat dels principis i regles constitucionals. D'aquesta manera l'acte legislatiu controlat actua com a «cas concret enjudiciat» que, com hem vist, condiona sempre el procés d'interpretació i aplicació⁵³. Els parlaments no només fan una primera interpretació de les constitucions sinó que la concreció que efectuen condiona el control de constitucionalitat. Es podria dir que d'aquesta manera els parlaments, tot i que pròpiament no «apliquen» les constitucions, participen indirectament de manera rellevant en l'aplicació realitzada pels tribunals constitucionals.

⁵¹ En expressió de Bogdandy, *Ob.cit.*

⁵² És la STC de 2 de febrer de 1981 citada per Alonso García, E. (*ob.cit.* pàg. 27).

⁵³ Sobre la interpretació de la Constitució a partir de les lleis vid. Alonso García, *ob. cit.*, pàg. 499-515. També Hesse (*ob.cit.*, pàg. 57) i la pràctica totalitat dels neoconstitucionalismes que posen l'accent en la transcendència del cas concret enjudiciat en la interpretació i aplicació del dret: el cas aquí seria la llei o l'acte parlamentari enjudiciat.

En suma, els tribunals constitucionals han d'acceptar que aquests estats de dret parteixen del principi que les cambres representatives —tot i les seves limitacions— estan en millors condicions jurídiques, polítiques i tècniques que no pas els tribunals a l'hora de donar contingut als valors, principis i regles continguts en aquesta mena de constitucions «principals», «axiològiques» i obertes.

En aquest tipus d'estat de dret els principis de pluralisme polític i democràcia obliguen els tribunals constitucionals a respectar el que Alexy qualifica i teoritza com a «marges de lliure actuació» o «espais de discrecionalitat... confiats» a les cambres representatives⁵⁴. Es tracta d'uns marges de llibertat que limiten l'abast i la intensitat del control constitucional, i que imposen uns límits que no són meres recomanacions d'autocontenció gràcies adreçades als tribunals constitucionals, sinó límits jurídics d'obligat compliment. A l'apartat 3.5 tornaré sobre aquesta qüestió, que ja he apuntat amb anterioritat. Abans però convé analitzar un darrer aspecte de les relacions entre els parlaments i els tribunals constitucionals pel que fa a la qualitat que comparteixen d'òrgans d'interpretació constitucional.

3.4.2. La comunitat oberta d'intèrprets constitucionals i el diàleg entre els tribunals constitucionals i les cambres representatives

En la forma d'estat de dret constitucional i democràtic els tribunals constitucionals són els intèrprets suprems de les constitucions i les seves resolucions tenen caràcter vinculant i definitiu pel que fa a la seva aplicació als casos enjudiciats. Amb tot, tant la vinculatorietat com el caràcter definitiu de la interpretació s'han de matisar, especialment amb relació als parlaments.

En efecte, tot i la condició d'intèrpret suprem de les constitucions que caracteritza els tribunals constitucionals, i tot i tenir l'última i vinculant paraula en l'aplicació de les constitucions als casos enjudiciats, no són, òbviament, els seus únics intèrprets ni poden pretendre donar-les-hi la interpretació definitiva. Les resolucions dels tribunals constitucionals, diu Pedro Cruz, «fan jurisprudència constitucional i aquesta jurisprudència constitucional és quelcom que queda un cop s'ha 'complet' la sentència dictada en el procés de constitucionalitat. Però això no ha de fer suposar...que la jurisprudència constitucional s'incorpori a la norma constitucional»⁵⁵; els tribunals constitucionals declaren el Dret constitucional, creen dret i fins i tot paràmetres de la constitucionalitat, però no creen dret constitucional primari, no creen constitució⁵⁶. Certament els tribunals constitucionals quan dicten sentències no es limiten a resoldre el cas concret enjudiciat. No ho fan ni en els supòsits dels recursos d'empara. També és cert que en les seves resolucions l'argumentació i, especialment el raonament principal que fonamenta

⁵⁴ Alexy, *Teoria...ob cit.*, pàg. 20 i 505 i *Épilogo* pàg. 21, 58 i s.

⁵⁵ A «*La formación del sistema europeo...*», *ob.cit.* a nota 36 pàg. 45.

⁵⁶ Vid. Cruz, P. «*El ordenamiento...*», *ob.cit.* a nota 37, pàg. 130.

la decisió (la *ratio decidendi*), tenen una importància i fins i tot una específica força vinculant que va més enllà del cas concret⁵⁷.

Això no obstant, en dret constitucional, com en la música que no deixa de ser també un llenguatge, cap interpretació es pot pretendre canònica. La paraula dels tribunals constitucionals en l'aplicació de les constitucions als casos enjudiciats és en principi vinculant i definitiva. No és així en canvi pel que fa a la interpretació de les constitucions, que és suprema però no definitiva; especialment no ho és en relació a les cambres representatives⁵⁸. Els parlaments no perden mai la capacitat de proposar nous significats, nous continguts o desenvolupaments normatius dels preceptes constitucionals; no se'ls pot privar dels àmbits de llibertat, constitucionalment garantits, a l'hora d'interpretar i aplicar les constitucions en l'exercici de les funcions parlamentàries.

Cal extreure encara una darrera conclusió: les exigències democràtiques i la preservació del pluralisme polític obliguen a preservar la idea de l'existència d'una comunitat oberta i plural d'intèrprets i aplicadors de les constitucions⁵⁹ i a garantir dins d'aquesta comunitat un lloc preeminent a la veu dels parlaments. Obliguen a prendre's seriosament la necessitat de preservar el diàleg entre els tribunals constitucionals i els legisladors; tot evitant resolucions jurisdiccionals que el tanquin o simplement el dissuadeixin, p.e., incorporant decisions que impedeixin o dissuadeixin les cambres de proposar de noves interpretacions constitucionals, que permeten evitar la petrificació de les constitucions i dels ordenaments jurídics⁶⁰; o, simplement, decisions que comportin controls preventius que

⁵⁷ No puc entrar aquí en el debat doctrinal sobre l'abast d'aquesta força vinculant. En aquest debat hi ha incidit la STC 115/2019 (fj. 7) en la qual, malgrat acceptar que en determinades circumstàncies les cambres representatives poden reiterar actes declarats inconstitucionals, afirma que té valor de cosa jutjada «la doctrina que es deriva dels seus pronunciaments». Hi ha un vot particular de Roca. E. sobre aquesta qüestió. Albertí, E. (*ob. cit.*, pàg. 17 i s.) destaca també els perills potencials d'aquesta doctrina.

⁵⁸ Com és sabut, la vinculatorietat de la doctrina constitucional respecte de la jurisdicció ordinària presenta especificitats, l'anàlisi de les quals excediria l'objecte d'aquest treball.

⁵⁹ Com és conegut, la tesi de la comunitat oberta dels intèrprets constitucionals va ser defensada inicialment amb especial agudeses per Häberle, P. Vid. «La Sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución» a *Retos actuales del Estado Constitucional*, IVAP, Oñati, 1996. Avui aquesta tesi és àmpliament acceptada per la doctrina amb diferents graus i matisos.

⁶⁰ En algunes resolucions el TC ha acceptat la idea de diàleg i la necessària participació del Parlament en la interpretació constitucional del TC (STC 206/1992, ATC 135/2004 -Pla Ibarretxe). Sobre la necessitat de no tancar el diàleg i sobre les condicions en les quals és tolerable que els parlaments s'apartin de les resolucions dels tribunals la bibliografia és abundant. Es poden citar: Ferreres, V. *Justicia constitucional y democracia*, p. 186-90; Ackerman, B. *We the people. Foundations*. Harvard University Press. Cambridge, 1991 pàg. 105 i s.; Bossacoma, P. «La espada del Tribunal Constitucional. Reflexiones y propuestas sobre la ejecución en la jurisprudencia constitucional» a *Revista General de Derecho Constitucional* 28, 2018, pag. 1-38; Viver, C. «Los efectos vinculantes de las sentencias del TC sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales», REDC, núm. 97, 2013, pàgs. 13 a 44. Sobre els jutges i «l'última paraula» Fiss, Owen, «*The Forum of Justice*» pàg 15, citat per Ferreres.

s'interfereixen en processos parlamentaris en curs, sense esperar que les cambres hagin pogut debatre o adoptar una decisió definitiva.

De fet, tal com intentaré justificar en el pròxim apartat, els mètodes i criteris interpretatius adreçats a propiciar o preservar el diàleg conformen una mena de clàusula de tancament dels mètodes i criteris hermenèutics a través dels quals es fan operatius els límits del control constitucional sobre les activitats parlamentàries.

3.4.3. Les garanties de la llibertat política dels parlaments i els límits del control constitucional com a elements consubstancials de l'estat de dret constitucional i democràtic

El que he dit fins aquí crec que permet deduir la idea, cabdal als nostres efectes, que els límits al control constitucional sobre les activitats parlamentàries i les corresponents garanties d'àmbits de llibertat política de les cambres, i en especial la inviolabilitat institucional, són elements inherents o consubstancials als estats de dret constitucionals i democràtics. No són cossos estranys, no són excepcions a una suposada regla general de maximització del control.

En aquestes constitucions la democràcia es constitucionalitza, fins un nivell desconegut en altres tipus d'estats de dret, en la mesura en que els parlaments se sotmeten a un control de constitucionalitat que empre com a paràmetre un elenc molt extens de principis constitucionals i regles de contingut abstracte sobre les més diverses matèries. Però al mateix temps les constitucions es democratitzen, també en un nivell superior, no solament perquè exigeixen una participació decisiva de les cambres representatives en la interpretació i aplicació de les constitucions, sinó també perquè incorporen principis i garanties constitucionals que sotmeten el control de constitucionalitat a l'obligació jurídica de respectar àmbits de llibertat política de les cambres en l'exercici de les seves activitats.

Zagrebel'sky, tot i ser un dels defensors més autoritzats de l'amplitud de la discrecionalitat del control dels tribunals constitucionals, reconeix que si en la interpretació i aplicació de les constitucions per part dels seus intèrprets suprems no reconeguessin amplis marges de llibertat a les cambres representatives «potser tindriem un estat més constitucional però no democràtic». Crec que aquí Zagrebelsky apunta en la bona direcció però no matisa prou: atès que en els estats de dret constitucionals i democràtics la democràcia i la preservació del pluralisme són consubstancials a la idea de constitució, cal concloure, parafrasejant l'art. 16 de la Declaració de drets de l'home i del ciutadà de 1789, que en aquest tipus d'estat de dret si no es preserva la llibertat política de les cambres, en puritat no hi ha constitució.

Aquesta constatació té conseqüències pràctiques rellevants que potser no han sigut tingudes prou en compte per Zagrebelsky ni, en general, pels planteja-

ments neoconstitucionalistes, llevat d'excepcions destacades⁶¹. En el nostre cas, una de les conseqüències fonamentals d'aquesta constatació és la d'obligar a replantejar la premissa fonamental de la qual sembla partir la doctrina acadèmica i jurisprudencial majoritària a casa nostra. Abans d'entrar, però, en aquesta qüestió cal precisar, encara que sigui breument, quina és la naturalesa i el contingut de les garanties constitucionals dels àmbits de llibertat parlamentària que limiten el control de constitucionalitat.

3.5. *Naturalesa i contingut de les garanties constitucionals dels àmbits de llibertat parlamentària*

Les constitucions dels estats de dret constitucional i democràtic incorporen un conjunt de garanties adreçades a assegurar àmbits de llibertat en l'exercici de les activitats de les cambres representatives. Tot i que es tracta de garanties interrelacionades i mútuament complementàries, tenen naturaleses i continguts diversos. Algunes pertanyen al gènere de les inviolabilitats, d'altres al de les immunitats o al de les autonomies (reglamentàries, pressupostàries o d'organització i funcionament interns) o també, amb rang infra-constitucional, al de les garanties de protecció penal (de les seus dels parlaments o dels parlamentaris).

No totes aquestes constitucions incorporen de manera explícita les mateixes garanties.

En relació amb el control exercit pels tribunals constitucionals les garanties produeixen dos efectes o tenen dues manifestacions que ja he anat enunciant: exclouen del control constitucional determinats àmbits d'activitats parlamentàries o bé, més freqüentment, estableixen límits a la intensitat del control.

Les garanties constitucionals es fan operatives essencialment en forma d'obligació d'aplicar determinats mètodes i criteris d'interpretació i aplicació constitucional que limiten l'abast i la incisivitat del control. Alguns tenen un contingut precís i concret, d'altres més genèric, més proper a pautes o enfocaments generals d'interpretació. La seva utilització per part dels tribunals constitucionals és d'obligat compliment jurídic ja que així ho exigeixen els principis constitucionals de pluralisme polític i democràcia, que fonamenten aquesta mena d'estats de dret, i la posició constitucional atribuïda als parlaments i als

⁶¹ De fet, com he apuntat abans, aquests autors, tot i reconèixer la necessitat que els tribunals constitucionals respectin un marge de llibertat política als parlaments, no solen bastir propostes sòlides a l'hora de fer efectiu aquest principi. Una de les excepcions destacades, tot i que discutible i àmpliament discutida, és la ja apuntada dels treballs d'Alexy que, pel que aquí interessa i dit simplifícadament, basa el reconeixement de marges de lliure actuació dels parlaments en l'existència d'àmbits «indiferents» pel dret i, d'altra banda, en l'obligació d'aplicar una mena de *in dubio pro parlamento* quan, en aplicació del principi de proporcionalitat —que inclou els tests de necessitat, idoneïtat i proporcionalitat en sentit estricte i mètodes ponderatius—, es produeixi alguna de les situacions que qualifica «d'empat», en les quals cal acceptar, diu, la prevalença de la competència de les cambres.

tribunals constitucionals. De fet, aquests cànons d'interpretació i aplicació d'obligat compliment contribueixen a delimitar la jurisdicció —i competència, que en aquest cas coincideixen— dels tribunals constitucionals de manera que la no aplicació d'aquests criteris hermenèutics restrictius de l'abast i la intensitat del control comporta incórrer en *ultra vires*. També contribueixen a fer efectius principis constitucionals tan fonamentals i irrenunciables com p.e. el de seguretat jurídica.

El contingut i els efectes limitadors d'aquests mètodes o criteris d'interpretació i aplicació varien en funció de diversos elements com ara:

—la mena d'activitat parlamentària exercida: no són els mateixos criteris ni tenen igual abast i intensitat quan s'apliquen a l'exercici de funció legislativa, que quan es refereixen als actes de control i impuls dels governs o els d'organització interna de les cambres

—la fase dins el procés de presa de decisió: iniciativa, formació interna de la voluntat parlamentària, exteriorització de la decisió

—el tipus d'actes parlamentaris a través dels quals es realitzen les activitats: interns o externs, de tràmit o finals, formalitzats jurídicament i productors d'efectes jurídics o actes de naturalesa exclusivament política

—el procediment jurisdiccional a través del qual s'exerceix: en el cas espanyol, p.e., no és el mateix el control que es pot produir a través del procediment d'empara que el del recurs d'inconstitucionalitat, el conflicte de competències o de l'incident d'execució de sentències.

Els límits del control constitucional sobre els actes dels parlaments es manifesten en dos àmbits o estadis: el de la delimitació de l'objecte de control i, superat aquest estadi, el de la intensitat del control. Pel que fa a l'objecte, queden exclosos de control en aquesta fase, que simplificadament podríem qualificar com a fase d'admissió: a) els actes de caràcter exclusivament polític, que, en tant que tals, són aliens al dret i per tant al control de constitucionalitat; b) els actes parlamentaris de naturalesa jurídica que ja *prima facie* es pot apreciar que no són susceptibles de vulnerar els preceptes constitucionals pretesament conculcats; i c) les pretensions que no tenen previst cap procediment constitucional de control per fer-les valdre davant el tribunal constitucional corresponent. Les garanties constitucionals dels marges de llibertat política de les cambres obliguen els tribunals a emprar mètodes i criteris hermenèutics restrictius a l'hora de decidir si les activitats parlamentàries recorregudes compleixen els requisits de «procedibilitat» des de la perspectiva dels tres supòsits que acabem d'esmentar.

L'obligació d'aplicar criteris hermenèutics restrictius actua també un cop admès que una determinada activitat parlamentària pot ser objecte de control cons-

titudinal⁶². En aquesta segona fase les garanties dels àmbits de llibertat política dels parlaments limiten la intensitat del control i adquireixen un especial relleu en els supòsits, molt freqüents, en els quals els tribunals constitucionals apliquen mètodes o cànons interpretatius com els de raonabilitat, proporcionalitat i en general els de ponderació o harmonització entre drets, principis, béns constitucionals o simples regles de contingut més o menys indeterminat.

En tot cas cal tenir en compte que la limitació de la intensitat del control en aquesta segona fase no pot servir d'argument per ampliar l'objecte del control de constitucionalitat com s'ha insinuat en algunes ocasions⁶³. Acceptar aquesta tesi equival a acceptar un control pràcticament universal —ni que sigui de baixa intensitat— sobre totes les activitats parlamentàries objecte d'impugnació davant els tribunals constitucionals i suposa aplicar una perspectiva esbiaixada a l'hora de delimitar les activitats parlamentàries exemptes de control constitucional.

No puc fer aquí un elenc i menys encara un comentari crític de tots els mètodes i criteris hermenèutics aplicats respecte de totes les garanties i en relació amb totes les activitats parlamentàries. Als apartats 6.2.1 i 6.2.2 els analitzaré des de la perspectiva concreta de la garantia de la inviolabilitat institucional dels actes interns de formació de la voluntat de les cambres. Aquesta anàlisi, ni que sigui per via d'exemple, permetrà completar el què de manera sintètica acabo d'exposar.

En tot cas, per finalitzar aquest apartat, cal reconèixer realistament que, a la pràctica, l'eficàcia limitadora del control constitucional que poden produir els criteris hermenèutics esmentats depèn de molt diversos factors, com p.e. el grau d'abstracció o mal-leabilitat del seu contingut i, molt especialment, l'aplicació més o menys estricta que en facin els tribunals constitucionals en cadascun dels casos enjudiciats. Des d'aquesta perspectiva cal acceptar que alguns dels mètodes o criteris hermenèutics més rellevants, com els que acabo d'esmentar de raonabilitat o proporcionalitat, tot i els importants i necessaris esforços realitzats per anar-los formalitzant, continuen deixant un important marge de lliure actuació als tribunals. I és precisament en aquest context realista —al qual cal sumar els febles contrapesos i controls sobre l'activitat dels tribunals constitucionals— que adquireix importància el criteri hermenèutic de tancament que obliga els tribunals constitucionals a deixar sempre oberta la porta del diàleg amb els parlaments. Es tracta d'un criteri dels que he qualificat com genèric, com a enfocament o pauta general d'interpretació, que inclou múltiples concrecions com la ja esmentada del

⁶² Sobre el desdoblament del procés de concreció de l'àmbit constitucionalment garantit dels drets entre l'àmbit de protecció inicial o *prima facie* i el garantit després dels processos de ponderació vid. Bernal, C. «Refutación y defensa del neoconstitucionalismo» *ob. cit.* pàg. 307 i s.; tot i que jo aquí faig una aplicació parcialment diferent del plantejament de Bernal.

⁶³ Prieto Sanchis sembla adoptar aquesta tesi a «El constitucionalismo de los derechos» a *Teoría del neoconstitucionalismo, ob.cit.*, pàg. 222. D'altres autors també accepten el control constitucional amb l'argument de la seva escassa incisivitat.

vet a controls preventius o els límits a l'aplicació de l'incident d'execució. Un cop aixecat el vel de la possibilitat de control es converteix en una última i rellevant clàusula de garantia.

4. *Necessitat de repensar la perspectiva d'anàlisi i d'enjudiciament aplicada de manera majoritària a l'hora d'interpretar i aplicar els límits del control constitucional*

Per cloure aquesta tercera part cal reprendre el fil argumental que hem deixat al final de l'apartat 3.4, en el qual es postulava la necessitat de replantejar la perspectiva d'anàlisi i enjudiciament aplicada per la majoria de la doctrina espanyola a l'hora d'interpretar i aplicar els límits del control constitucional sobre les activitats parlamentàries.

Si s'accepta que en aquesta mena d'estat de dret la garantia d'àmbits de llibertat dels parlaments i els límits conseqüents al control de constitucionalitat són elements consubstancials a aquestes constitucions, s'hauria d'acceptar que el criteri que ha de guiar la determinació de l'abast i la intensitat del control jurisdiccional no és el de maximització del control, com sembla defensar la doctrina majoritària a Espanya.

Enfront de les tesis que parteixen de la premissa segons la qual l'estat de dret persegueix com a objectiu fonamental la màxima subjecció possible de les activitats parlamentàries al dret i al control jurisdiccional, cal tornar a reiterar que en l'estat de dret constitucional i democràtic els límits al control jurisdiccional no són una anomalia, una excepció d'una suposada regla de màxim control, sinó un element inherent a un estat de dret que exigeix, com a regla general, l'aplicació de criteris hermenèutics orientats a assolir una ingerència mínima en la lliure actuació dels parlaments⁶⁴ ⁶⁵; i fins i tot orientats a reconèixer l'existència d'àmbits exempts de control. No es pot plantejar la qüestió dels principis que han de guiar els límits del control des de la perspectiva d'una confrontació ontològica entre

⁶⁴ En la jurisprudència del TC trobem algunes resolucions en les quals es defensa que en aquest àmbit la «intervenció judicial s'ha de reduir al mínim imprescindible» (p.e. STC 47/2005 o 217/2016). No en manquen, però, d'altres en les quals s'advoca per un control ampli «sin que existan, para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad» (STC 42/2014; ATC 141/2016). També a la STC 118/1988.

⁶⁵ Com he apuntat abans la maximització del control va més enllà del principi d'optimització defensat per Alexy, per aquest autor influent els drets fonamentals són principis que contenen mandats d'optimització que han de respectar els intèrprets i aplicadors del dret, però afegeix que optimització no és sinònim de maximització, precisament perquè això limitaria en excés l'activitat dels parlaments. De fet, l'exigència d'aplicar a la interpretació dels drets criteris hermenèutics de proporcionalitat i mètodes de ponderació introdueix límits a l'optimització, que en determinats supòsits l'aproparien a criteris de mínima ingerència. Vid. *Teoria ob.cit.* a nota 26 pàg. 111 i especialment, «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», REDC, n. 66, Madrid, 2002, pàg. 26 i s.

dret i democràcia. És el mateix dret elaborat i aprovat democràticament el que garanteix la llibertat política de les cambres representatives.

És clar que entre dret i democràcia pot haver-hi tensions, però es produeixen en un marc en el qual el dret, a l'hora que canalitzar i per tant limitar jurídicament l'exercici de la democràcia, incorpora, com a elements consubstancials de l'estat de dret, uns límits democràtics que limiten el control constitucional i veten la seva maximització.

Per això és important repensar la premissa de la qual sembla partir la majoria de la doctrina acadèmica i jurisprudencial i, més concretament, la concepció de l'estat de dret de la qual parteix. Es tracta sens dubte d'una qüestió fonamental tant des del punt de vista teòric com pràctic. Com saben tots els intèrprets i aplicadors del dret, i en particular els tribunals, les concepcions del dret, la constitució o l'estat de dret de les quals es parteix —així com de les pre-concepcions i pre-judicis sobre la solució que cal donar als casos enjudiciats— condicionen, sovint de manera molt rellevant, la selecció de la norma aplicada, el significat que se li atribueix i, finalment, el sentit de la resolució o la conclusió a la qual s'arriba⁶⁶.

Certament la submissió del poder al dret, el govern de les lleis en comptes del govern de les persones, és un dels avenços morals més importants que ha fet la humanitat. I cal continuar maldant per reforçar-lo en una lluita que mai no es pot considerar acabada. Establir i aplicar instruments jurídics per resoldre o canalitzar conflictes polítics, juridificar la política en aquest sentit, pot ser no només convenient sinó també necessari. Tanmateix, no és l'únic principi que en un estat de dret constitucional i democràtic ha de guiar l'exercici de la funció de control constitucional sobre les activitats dels parlaments. Cal partir d'un enfocament diferent, més equilibrat, del control jurisdiccional en aquest àmbit. No es poden minimitzar els perills reals d'un excés de juridificació de la vida política que finalment malmeti també la posició constitucional dels tribunals.

Si contrarestar els excessos antidemocràtics d'algunes forces polítiques i majories parlamentàries va ser a l'origen de l'estat de dret constitucional i democràtic, l'experiència demostra que l'excés o el desequilibri en el control jurisdiccional sobre les activitats parlamentàries pot portar al que Böckenförde qualifica com a «estat jurisdiccional —de la jurisdicció constitucional—»⁶⁷, a l'activisme jurisdiccional i fins i tot al denominat govern dels jutges.

Malauradament, de manera justificada o no —però en tot cas de manera perillosa per a la subsistència d'aquest tipus d'estat de dret—, el prestigi de la política i de les cambres parlamentàries no és avui molt millor que el del moment del naixement d'aquests estats. Tanmateix, els tribunals, que tradicional-

⁶⁶ Sobre la pre-comprensió i el «pre-judici» de l'intèrpret Vid. Gadamer, «*Verdad y método*», ed. Sigueme, Salamanca, 2017, 14 ed., pàgs. 396 i s. També, Hesse, *ob.cit.* pàgs. 43-45.

⁶⁷ Citat per Alexy, «Epílogo» *ob.cit.*, pàg. 17.

ment eren considerats, en expressió coneguda de Hamilton, com la branca menys «perilosa» dels poders de l'Estat, s'han convertit actualment en un seriós motiu de preocupació en molts estats, inclòs el nostre, degut al seu creixent activisme, que, a més, no té els controls o contrapesos externs que poc o molt tenen les cambres parlamentàries. La solució no passa per democratitzar el reclutament dels jutges ni establir controls polítics a la seva actuació, sinó per limitar l'abast i la intensitat del control i assegurar, constitucionalment i jurisdiccionalment, que les resolucions dels tribunals constitucionals deixin àmbits de llibertat política als parlaments i obertes les portes del diàleg amb la comunitat d'interprets del dret i de manera molt espacial amb les cambres representatives.

Si s'accepta o en la mesura que s'accepti la necessitat d'aquest canvi de perspectiva d'anàlisi o d'enjudiciament caldrà repensar alguns dels criteris d'interpretació i aplicació emprats actualment per una bona part de la doctrina i de la jurisprudència a Espanya. Això és el que tot seguit analitzaré a partir de l'estudi d'un cas concret: el de la inviolabilitat institucional amb relació als i.c.a.

Abans, però, un *excursus* final per a assenyalar que els tres grans canvis socials que s'han produït d'ençà l'aprovació de les primeres constitucions continentals europees posteriors a la II^a Guerra Mundial: la desregulació conseqüència de la globalització econòmica, l'encara incipient i parcial internacionalització del constitucionalisme, i les noves tecnologies digitals en l'àmbit de les comunicacions i de la intel·ligència artificial, afecten certament als valors i principis en els quals es basen aquestes constitucions i obliguen a introduir canvis en les constitucions i en el constitucionalisme⁶⁸. Tanmateix, al meu parer aquests canvis no desvirtuen, de moment, la substància del plantejament defensat en aquestes pàgines arran de la posició constitucional dels parlaments i els límits al control constitucional de la seves activitats.

IV. ELS LÍMITS CONSTITUCIONALS DEL CONTROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN L'ORDENAMENT JURÍDIC ESPANYOL: EL CAS DELS ACTES PARLAMENTARIS INTERNS O INTERNA CORPORIS ACTA I LA INVIOLABILITAT INSTITUCIONAL DELS PARLaments

5. *Consideracions preliminars*

Del que s'ha exposat a la tercera part crec que es pot inferir que la CE de 1978⁶⁹ és un exponent clar de constitució d'un estat de dret democràtic i

⁶⁸ Així, per posar un sol exemple d'aquests canvis, es parla ja de les constitucions dels algorismes i autors com Ferrajoli sostenen que, enfront dels reptes de la globalització, el constitucionalisme i la democràcia han d'evolucionar cap a un constitucionalisme social, de dret privat i internacional («Sobre los derechos fundamentales» a *Teoría del neoconstitucionalismo*, *ob.cit.*, pàg. 73). Caldrà estar atents a l'evolució d'aquestes tendències i a la normativa estatal i supraestatal que ja estan generant.

⁶⁹ Així com els Estatuts d'Autonomia en el seu àmbit.

constitucional, amb forma de govern parlamentari, en el qual es garanteixen, i s'han de garantir, àmbits de llibertat política a les cambres representatives en l'exercici de les seves activitats, i s'estableixen, i s'han d'aplicar, els corresponents límits jurídics al control constitucional sobre aquestes activitats. De fet, en termes comparats, tant la CE com els Estatuts d'Autonomia destaquen per l'explicitació de principis i regles que procuren una especial protecció de la llibertat d'actuació dels parlaments.

En són exemples ja esmentats: l'explicitació del caràcter democràtic de l'estat de dret i de la forma de govern parlamentari; la proclamació explícita del pluralisme polític com a valor superior de l'ordenament i la inviolabilitat institucional de les cambres com a element que les defineix; la configuració d'aquestes com a únics òrgans «representants del poble», elegits directament per la ciutadania i seu privilegiada del pluralisme polític; l'atribució d'àmplies funcions formalment i materialment legislatives entre les que destaquen les adreçades a l'adaptació de la constitució a les canviants circumstàncies socials⁷⁰; o l'absència de clàusules d'intangibilitat pel que fa a la reforma constitucional⁷¹.

Tanmateix, la CE atorga una posició constitucional molt rellevant al TC tot atribuint-li un elenc de competències que, també en termes comparats, es pot qualificar d'extens. Es tracta, a més, d'un àmbit competencial que la LOTC i les seves reformes han ampliat notablement i que el TC ha interpretat i aplicat de manera extensiva. Aquesta ampliació s'ha fet en alguns casos no sense polèmica doctrinal sobre la constitucionalitat d'alguna de les reformes de la LOTC i sobre la interpretació que n'ha fet el TC⁷².

Tal com he exposat abans, de l'àmplia problemàtica que planteja la jurisprudència i la doctrina relatives als límits del control constitucional sobre les activitats parlamentàries, en el que resta d'aquest treball analitzaré únicament els límits que porten causa de la inviolabilitat institucional de les cambres par-

⁷⁰ Entre altres, la ja citada autorització per poder celebrar tractats internacionals que atribueixin a una organització internacional l'exercici de competències derivades de la CE (art. 93 CE); l'aprovació dels Estatuts d'Autonomia que completen el disseny constitucional inacabat de l'estructura territorial de l'estat; en un altre ordre de consideracions: la transferència o delegació de facultats a les CCAA de matèries de titularitat estatal (art. 150.2 CE); l'aprovació de les mesures previstes a l'art. 155 CE; la suspensió de drets i llibertats constitucionals (art. 55) o l'adopció dels estats d'excepció i setge (art. 116).

⁷¹ L'absència a la CE de clàusules d'intangibilitat, força infreqüent en termes comparats, obre d'entrada un major marge de llibertat política al Parlament en la seva vessant de legislador «constituent», ja que no se l'hi imposen límits materials a la reforma. Tanmateix, a la pràctica hi ha el perill que aquesta manca de límits l'empri el TC com argument per no aplicar plenament al legislador, en la vessant de legislador «ordinari», els criteris hermenèutics que limiten el control jurisdiccional del TC, tot argumentant que no és necessari, ja que el Parlament sempre té oberta la via de la reforma constitucional, sense tenir en compte que, a la pràctica, aquesta via sol ser molt difícil de transitar.

⁷² Vid. per tots Lasgabaster citat en nota 10.

lamentàries i només en relació amb les activitats relatives a la fase de formació de la voluntat de les cambres i, més concretament, amb els i.c.a.

6. *Límits del control dels interna corporis acta*

6.1. *Concepte d'interna corporis acta*

Entenc aquí per i.c.a. els actes de les cambres parlamentàries i dels seus òrgans adreçats a la formació de llur voluntat, que no produeixen efectes jurídics directes sobre tercers⁷³ i realitzats o formalitzats tant en actes de naturalesa jurídica com en actes exclusivament polítics.

Inclou, per tant, no només els actes sense efectes externs relatius a l'activitat interna d'organització —p.e. actes de creació i constitució d'òrgans parlamentaris— i de funcionament de les cambres representatives —p.e. policia interna, sancions, informació i documentació o votacions—, sinó tots els actes sense efectes jurídics externs relatius a totes les activitats realitzades per les cambres i els seus òrgans.

Aquesta concepció dels i.c.a és més extensa que la que sol emprar el TC, que els limita als actes d'organització i funcionament intern —i que sol incloure entre les «autonomies parlamentàries» de l'art. 72 CE—. Entenc que si l'objecte o el bé jurídic protegit per les garanties constitucionals —i especialment, com veurem, per la inviolabilitat institucional— és el d'assegurar la lliure formació de la voluntat de les cambres legislatives, aquest bé jurídic s'ha de garantir en la realització de tots els actes i activitats parlamentàries internes. Sens perjudici de les especificitats que corresponguin en cada cas, però sense exclusions, ja que qualsevol d'aquests actes pot ser necessari per garantir que la formació de la voluntat parlamentària en aquesta fase inicial del procés de presa de decisions estigui lliure d'ingerències externes.

Tampoc no coincideix aquesta concepció amb la del TC i la d'una part significativa de la doctrina que, de manera circular, tot fent conclusió de la pregunta, defineix els i.c.a. a partir del règim jurisdiccional de control i conclou que els i.c.a. són els actes que estan exempts d'aquest control. Com va observar Arce, l'any 2001, aquest plantejament dificulta que el Tribunal basteixi una doctrina pròpia i sòlida sobre la naturalesa dels actes interns⁷⁴.

Segons el concepte adoptat en aquest treball ni tots els i.c.a. estan exempts de control ni tots els actes que estan exempts de control són i.c.a.

⁷³ A aquests efectes no considero tercers els parlamentaris, tot i que tenen reconeguts drets i interessos jurídics en relació a les cambres respectives.

⁷⁴ «Comentari a l'art. 42» a *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Coord. Requejo, J.L. Ed. Tribunal Constitucional-BOE, Madrid, 2001, pag. 663.

6.2. Règim jurisdiccional dels interna corporis acta

6.2.1. Nucli de protecció de la inviolabilitat institucional dels parlaments: la regla general de l'exempció de control constitucional dels *interna corporis acta* i el criteri hermenèutic d'ingerència mínima

Un dels interrogants cabdals que planteja la inviolabilitat institucional dels parlaments en relació amb el control de constitucionalitat dels i.c.a. és el de determinar quin és el contingut de la protecció que atorga aquesta garantia. Per tal de respondre a aquest interrogant cal tenir present d'entrada que la inviolabilitat institucional és una espècie del gènere de les inviolabilitats. En tant que tal un dels seus continguts o efectes essencials hauria de ser l'exempció de control jurisdiccional i, especialment, de control constitucional. Es tractaria en principi d'una exclusió absoluta; sense límits ni excepcions. Així és com es van entendre i aplicar originàriament i tradicionalment les inviolabilitats⁷⁵.

Amb tot, amb el pas del temps els ordenaments jurídics, inclosos els dels estats de dret constitucional i democràtic, han anat modulant l'abast de les diverses inviolabilitats en funció de variables com ara la del subjecte titular de la inviolabilitat (p.e. les dels caps d'estat en les formes de govern monàrquiques, les dels membres dels parlaments individualment considerats o la institucional de les cambres parlamentàries), o la mena d'activitat protegida per la inviolabilitat (p.e. la dels actes de formació de la voluntat de les cambres en contrast amb el control dels productes finals de l'activitat legislativa).

Així, p.e, la CE reconeix una inviolabilitat absoluta a la persona titular de la Corona —entesa com a vet «a qualsevol... control sobre els actes del rei»⁷⁶, mentre que respecte de la dels membres de les cambres representatives admet límits, que tant els legisladors com la jurisprudència han desenvolupat i aplicat de manera no sempre doctrinalment pacífica.

En el cas dels i.c.a. l'abast de la inviolabilitat institucional de les cambres pel que fa al control de constitucionalitat presenta especificitats que, d'entrada i a reserva de les matisacions que aniré fent, es podria sintetitzar així: la CE estableix com a regla general el caràcter absolut de l'exempció de control constitucional tot i que deixa oberta la possibilitat que el legislador prevegi una excepció a aquesta regla general en el supòsit concret de la protecció jurisdiccional de determinats drets constitucionals de participació política dels

⁷⁵ Vid. FERNANDEZ-VIAGAS, *ob.cit.* i Biglino, P. «Algunas consideraciones acerca de la eficacia de los actos parlamentarios», *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. 1999. pag. 41 i s.

⁷⁶ El TC qualifica la inviolabilitat personal del titular de la Corona com a «especial protecció jurídica ...que preserva el rei de qualsevol...control sobre els seus actes» (STC 98/2019, fj. 3 c i 111/2019).

parlamentaris. Es tractaria en tot cas d'una excepció que, com a tal, caldria interpretar restrictivament. Vegem-ho amb una mica de deteniment.

L'exempció de control constitucional com a regla general té el seu fonament últim en la preservació dels principis de democràcia i pluralisme polític i es basa en la conjunció de dos fets: d'una banda, la no previsió expressa a la CE de cap mena de control constitucional dels i.c.a. (ni a l'art. 53 ni al 161⁷⁷) —a diferència del que succeeix en relació amb altres actes i activitats de les cambres representatives—, i de l'altra, ajudant a omplir aquest silenci, el fet que si alguna concreció ha de tenir, com és obligat que tingui, la garantia de la inviolabilitat dels parlaments, proclamada de manera explícita i emfàtica per la CE —i els Estatuts—, és precisament en relació amb els actes interns de formació de la voluntat de les cambres i dels seus òrgans, ja que sense la protecció de la llibertat en la formació dels actes parlamentaris que inicien els processos de decisió, la resta d'actes parlamentaris podrien estar ja viciats o condicionats d'origen. La garantia de la inviolabilitat institucional queda buida de contingut essencial si els i.c.a. no es protegeixen d'inici enfront d'ingerències externes.

Sobre la base d'aquests arguments es podria defensar d'entrada el caràcter absolut de la inviolabilitat dels i.c.a. en el sentit d'exempció de tot control jurisdiccional de constitucionalitat i atribució del control de constitucionalitat sobre aquesta mena d'actes als propis òrgans parlamentaris competents en cada cas, com ha dit el TC en algunes ocasions rellevants⁷⁸.

Que aquesta interpretació era i continua sent legítima ho demostra el fet que és la que de manera absolutament majoritària va fer el TC al llarg de la primera dècada de funcionament, amb l'argument que els i.c.a., atesa la seva naturalesa d'actes interns, quedaven exclosos de l'àmbit del recurs d'empara de l'art. 42 LOTC⁷⁹.

Tanmateix, a partir de les STC 118 i 161/1988 el TC va fer un gir jurisprudencial que se sumava a la innovació de la CE introduïda per la LOTC en incloure explícitament a l'art. 42 la possibilitat de recórrer en empara els actes i decisions «dels parlaments i dels seus òrgans», cosa que la CE no contemplava de manera expressa. Al seu torn, el canvi jurisprudencial de 1988 es va produir en incloure els

⁷⁷ Ni en el 161.1, d) ni en el 161.2.

⁷⁸ Per totes vid. el rellevant ATC 135/2004 ja citat —cas Ibarretxe— o la ATC 190/2015 —sobre l'acord de la mesa del Parlament de Catalunya d'inici del procés de creació d'un estat propi—. En aquest mateix sentit, la interlocutòria del TSJ del País Basc 312/2019 —cas Atutxa— citada i comentada per Lasagabaster a *Democràcia, Derecho a decidir, Desobediència civil. ob.cit.* pàgs. 83 a 86, posa èmfasi en el major grau de llibertat d'expressió que tenen els parlamentaris quan el control de les seves activitats és merament intern que quan poden ser objecte d'un control jurisdiccional. Tornaré més endavant sobre els problemes que, tanmateix, pot plantejar el control intern.

⁷⁹ La STC 118/1988, que inicia el canvi tot i que no atorga l'empara sol·licitat, cita fins a sis resolucions precedents del TC que exclouen tot control jurisdiccional sobre els i.c.a. atesa, diu, la «naturalesa» pròpia d'aquests actes.

i.c.a. entre els «actes i decisions» dels parlaments i dels seus òrgans que podien ser objecte de recurs d'empara, cosa que l'art. 42 CE no preveu explícitament. Es pot afirmar, doncs, que el control dels i.c.a. es va introduir mitjançant una interpretació extensiva d'un article infra-constitucional⁸⁰.

Aquest canvi jurisprudencial va ser criticat per un sector minoritari de la doctrina. Es va sostenir, p.e., que els parlamentaris tenen constitucionalment i legalment reconegudes facultats però no drets; que, tal i com defensen les teories clàssiques de la representació política, els parlamentaris representen la ciutadania, no el seus electors⁸¹; o que, a fi d'evitar ingerències externes en la formació de la voluntat de les cambres, calia deixar el control de la constitucionalitat dels i.c.a. en mans dels propis parlaments. En tot cas, si es pretengués mantenir un control jurisdiccional, aquest sector doctrinal proposava seguir les passes d'altres ordenaments jurídics, rellevants de l'àmbit de l'estat de dret constitucional i democràtic europeu, i remetre les hipotètiques vulneracions de drets dels parlamentaris o els vicis *in procedendo* a la impugnació dels actes externs que finalitzen els procediments parlamentaris, vehiculades a través de procediments d'inconstitucionalitat diferents del recurs d'empara⁸².

Amb tot, malgrat que la inicial interpretació del TC d'excloure el control constitucional sobre els i.c.a. era sens dubte la més respectuosa envers la protecció dels marges de llibertat dels parlaments, cal acceptar que tant l'opció del legislador orgànic d'incloure els actes parlamentaris entre els actes susceptibles de recurs d'empara, com la interpretació d'aquest precepte realitzada pel TC a partir de 1988 en el sentit d'incorporar els i.c.a. als actes parlamentaris recurribles, són opcions constitucionalment legítimes del legislador i de l'intendent de la CE.

Ho són, però, sempre que l'abast i la intensitat d'aquest control es concebi i s'apliqui com una excepció a la regla general d'exclusió de control constitucional sobre els actes parlamentaris interns. És a dir, com una excepció al caràcter absolut de la inviolabilitat institucional amb relació a aquesta mena d'actes.

En aquest àmbit la inviolabilitat institucional té com a contingut essencial la protecció de les cambres, en tant que institució que representa la ciutadania, i la

⁸⁰ De fet, en algunes resolucions el TC va acceptar que el control dels i.c.a. es podia canalitzar a través d'altres procediments constitucionals tot i que tampoc la CE o la LOTC ho preveien explícitament.

⁸¹ En relació a aquests dos arguments vid. interessant treball de Biglino. P. citat a la nota 47. La tesi que els parlamentaris —i, més exactament els parlaments com a institució— representen el poble no els seus electors, ja havia sigut posada manifest en nombrosos vots particulars a un seguit de sentències com ara la 5/1983 i d'altres que reiteren aquesta mateixa tesi.

⁸² Aquesta tesi seria la defensada, entre altres, per Biglino que després d'afirmar que els parlamentaris no tenen drets envers les cambres sinó facultats o poders jurídics atribuïts per l'ordenament, nega la possibilitat de protegir aquestes facultats a través del recurs d'empara, tot remeient aquesta protecció als controls «objectius» de constitucionalitat respecte dels actes externs que finalitzen els procediments. Això és el que succeeix a Itàlia, França o els EUA on no tenen recurs d'empara, o a través del conflicte entre òrgans constitucionals al qual també es recorre a Alemanya tot i tenir el recurs d'empara. *Ob.cit.* a nota 47, pàg. 96 i s.

de les majories parlamentàries que expressen la voluntat de les cambres que conformen a través del joc majories-minories que actua com a mecanisme de presa de decisions. Tot i això, cal tenir en compte que tant el principi democràtic com el de preservació del pluralisme polític inclouen també com element constitucionalment rellevant del seu contingut la protecció de la participació de les minories parlamentàries en la iniciativa i al llarg del procés d'adopció de les decisions de les cambres i dels seus òrgans. Per això es pot considerar legítim emprar la protecció de les minories parlamentàries com element configurador o delimitador de l'abast de la inviolabilitat institucional. O, el que és el mateix, convertir els drets fonamentals del parlamentaris enfront les i.c.a. en objecte de control jurisdiccional, tot exceptuant la regla de l'exclusivitat del control parlamentari intern.

En suma, reconèixer que els drets fonamentals de participació política es poden fer valdre jurisdiccionalment enfront de les cambres a les que pertanyen els parlamentaris i, en el nostre cas, enfront dels i.c.a., té un fonament suficient en els béns constitucionals que conformen la protecció del pluralisme polític i més concretament la protecció de les minories parlamentàries. Es pot considerar que el pluralisme polític es perfecciona si la participació de les minories en la formació de la voluntat de les cambres es garanteix jurisdiccionalment, ateses, entre altres raons, les provades dificultats de poder foragitar els dubtes que legítimament poden tenir les minories sobre la imparcialitat de les majories i en definitiva sobre l'eficàcia real d'un control exclusivament intern.

Això no obstant, el control dels i.c.a. des de la perspectiva de la protecció dels drets de participació política dels parlamentaris ha de partir del caràcter limitat i instrumental propi d'uns drets que operen en el si dels procediments parlamentaris. S'han de concebre i aplicar tenint en compte que els drets de les minories actuen dins d'uns procediments parlamentaris regits pel principi del joc majories-minories que caracteritza les democràcies representatives. Un joc que garanteix que la voluntat de les cambres i dels seus òrgans podrà formar-se i manifestar-se tot reflectint la voluntat de les majories. Sense aquesta garantia la inviolabilitat institucional de les cambres seria irreconeixible. És dins del marc de la protecció de la institució, de les majories parlamentàries i del joc majories-minories que operen els drets constitucionals dels parlamentaris individualment considerats.

Les hipotètiques o reals deficiències del control intern sobre els i.c.a. haurien de portar a millorar l'eficàcia d'aquesta mena de control —a partir de la denúncia política i les reformes dels reglaments parlamentaris que fossin necessàries—. Tanmateix, no poden servir d'argument —o d'excusa— per desconèixer els límits a l'abast i la intensitat del control jurisdiccional que es deriven dels principis constitucionals i en definitiva per desconèixer el caràcter excepcional del control extern sobre els i.c.a. Caràcter excepcional que també té el control dels i.c.a. que afecten els drets de participació dels parlamentaris.

L'esmentada excepcionalitat es manifesta en els dos estadis del control que ja he apuntat abans amb caràcter general. En el cas dels i.c.a. i, pel que fa a la fase de la delimitació de l'objecte del control, les dues especificitats més rellevants són: en primer lloc, l'obligatorietat d'emprar criteris hermenèutics i d'aplicació restrictius a l'hora de garantir que només podran ser sotmesos a control constitucional els i.c.a. que presumptament hagin vulnerat el dret de participació política dels parlamentaris, interpretat, a més, el contingut d'aquest dret en sentit estricte per tal de garantir que el control es cenyirà a la protecció del nucli constitucionalment protegit de l'art. 23 CE, és a dir, als drets de proposta, participació en els debats i vot de les decisions parlamentàries.

En segon lloc, encara en la fase de delimitació de l'abast del control però ara des d'una perspectiva procedimental, les especificitats dels i.c.a. es concreten essencialment en l'obligatorietat d'aplicar criteris hermenèutics restrictius a l'hora d'admetre la utilització del procediment del conflicte de competències, per tal d'evitar d'entrada la tramitació d'impugnacions d'i.c.a. que no afecten el nucli constitucionalment protegit del dret de l'art. 23 CE.

Aquestes especificitats dels i.c.a. se sumen, tot i que amb especial èmfasi, als criteris restrictius que cal aplicar a l'hora de delimitar els actes parlamentaris que poden ser objecte de control, com ara els criteris adreçats a evitar controls preventius, o controls sobre actes de contingut exclusivament polític, o sobre actes de tràmit, o sobre contra-empares —és a dir, impugnacions que no pretenen defensar drets dels recurrents sinó que sol·liciten un vet jurisdiccional a l'exercici de drets o facultats de terceres persones o defensen interessos generals com el compliment de la Constitució o de la legalitat—.

Pel que fa a la segona fase, és a dir, en relació a l'obligació d'aplicar criteris interpretatius limitadors de la intensitat del control, entre les especificitats pròpies dels i.c.a. caldria esmentar: els límits a l'aplicació de criteris de maximització i fins i tot d'optimització dels drets de participació política de l'art. 23 CE; els criteris adreçats a evitar la suspensió dels efectes dels i.c.a. sotmesos a control constitucional o l'adopció de mesures cautelars i provisionals sobre aquests actes; els criteris per donar un abast estrictament declaratiu a les sentències estimatòries d'empara; per limitar l'aplicació del procediment de l'art. 161.2 CE i especialment la utilització per part del TC de criteris extensius a l'hora de ratificar els efectes suspensius automàtics es deriven automàticament de la interposició; o la impugnació de vicis *in procedendo* abans de finalitzar els procediments parlamentaris. En el proper apartat tornaré amb més detall sobre aquestes qüestions. En tot cas, cal reiterar aquí que els límits a la intensitat del control no poden ser utilitzats com argument per justificar una interpretació àmplia de l'abast material del control.

A la pràctica el TC no sempre ha aplicat criteris hermenèutics restrictius com els que acabo d'exposar. No sempre ha limitat l'objecte de control dels i.c.a.

a la protecció dels drets de participació política dels parlamentaris, ni sempre ha emprat mètodes d'interpretació i cànons d'aplicació estrictes a l'hora d'acotar el nucli constitucionalment protegit dels drets de participació de l'art. 23 CE. Tampoc en relació amb la interpretació i aplicació dels procediments de control, ni a l'hora de delimitar la intensitat del control.

Pel que fa als drets susceptibles de ser objecte de control, a partir del gir de 1988, la jurisprudència constitucional ha passat per diverses etapes. En una primera va interpretar de manera progressivament expansiva tant els drets dels membres dels parlaments susceptibles de recurs d'empara, com les vies processals de control utilitzables. En una segona, iniciada a partir de la STC 220/1991, va pretendre limitar l'abast del control als drets de participació política dels membres dels parlaments que afectaven el «nucli de la funció representativa» —exercida «principalment», deien les sentències, mitjançant les potestats legislatives i de control dels governs—. Tot i això a la pràctica va continuar aplicant de manera força expansiva el concepte de «nucli de la funció representativa». Finalment en una etapa més recent i en circumstàncies certament especials, ha tornat a ampliar l'abast i la intensitat d'aquest control, així com el de les vies processals per exercir-lo, com succeeix sobretot amb l'abast donat a l'expressió «disposicions i resolucions» autonòmiques de l'art. 161.2 CE i els incidents d'execució de l'art. 92 LOTC. També ha donat un contingut molt ampli al concepte d'acte de naturalesa jurídica en detriment de l'àmbit dels actes exclusivament polítics de les cambres parlamentàries.

La doctrina majoritària s'ha mostrat d'acord amb aquest procés expansiu del control constitucional. L'ha considerat en molts casos un avenç de l'estat de dret, entès aquest estat d'una manera tan poc matisada, que ha portat fins i tot a proclamar que en el nostre ordenament han desaparegut els i.c.a.

Si amb aquesta afirmació es vol significar que en l'ordenament actual no existeix avui una exclusió absoluta de control constitucional sobre els i.c.a., no tinc cap objecció a fer; per contra, si es vol dir que no tenen —ni han de tenir— un règim jurisdiccional constitucional específic i especialment garantista, que assegurí àmbits exempts de control jurisdiccional i, sobretot, límits estrictes pel que fa a l'abast i a la intensitat del control constitucional, llavors no ho comparteixo pels motius que he anat exposant. La tesi segons la qual els i.c.a. han desaparegut del nostre ordenament respon a una concepció de la posició constitucional dels parlaments i dels tribunals constitucionals que es manifesta a la pràctica en l'aplicació de mètodes i criteris hermenèutics que no concorden, en la meua opinió, amb els principis fonamentals de l'estat de dret constitucional i democràtic.

En les pàgines finals voldria apuntar alguns dels problemes que al meu entendre plantegen algunes de les línies doctrinals i jurisprudencials relatives a aquesta matèria. Ho faré d'una manera parcial i sintètica, ja que aquí no puc portar a terme l'estudi sistemàtic i exhaustiu sobre la qüestió. Tampoc no pretenc formular propostes alternatives. Fer-ho requeriria una argumentació més extensa

i aprofundida de la que puc fer dins dels límits d'aquest treball. Em limitaré a deixar constància d'alguns dels criteris o cànons d'interpretació i aplicació emprats pel TC o la doctrina acadèmica amb relació als i.c.a. que crec que s'haurien de repensar —i si fos el cas modificar— a la llum de les exigències que al meu parer es deriven de l'estat de dret constitucional i democràtic establert a la CE de 1978. Cal advertir, però, que en alguns casos es tracta de criteris hermenèutics o línies jurisprudencials no sempre són úniques o unànimes sinó que conviuen amb altres que no plantegen la problemàtica que abordaré a les pàgines que segueixen.

6.2.2. Criteris hermenèutics relatius a l'abast i la intensitat del control sobre els interna corporis acta que caldria repensar

Algunes de les principals línies doctrinals i jurisprudencials que segons la meua opinió convindria repensar es podrien enunciar així:

A) Premisses generals

S'haurien de replantejar els criteris hermenèutics i d'aplicació que a l'hora de precisar l'abast o la intensitat del control sobre els i.c.a. no tenen en compte, com a element essencial i obligat d'interpretació, les garanties constitucionals que protegeixen la llibertat d'actuació de les cambres i, en especial, la garantia de la inviolabilitat institucional.

Caldria reconsiderar les línies doctrinals que es guien de manera única o desproporcionada pel principi de maximització del control, enlloc de guiar-se pel principi d'ingerència mínima. També, les que conceben els criteris hermenèutics limitadors del control com una mera autocontenció graciosa i no com a límits jurídics d'obligat compliment.

Així mateix s'hauria de repensar l'aplicació de criteris interpretatius que no estan guiats per la necessitat de propiciar, o com a mínim no tancar ni desincentivar, el diàleg entre el TC i els parlaments.

B) Criteris hermenèutics relatius a l'abast o objecte del control constitucional

—I.c.a. que no afecten drets fonamentals de participació política dels parlamentaris

Caldria reconsiderar la jurisprudència i les propostes doctrinals que admeten la possibilitat d'impugnar aquesta mena d'actes per motius aliens a hipotètiques vulneracions del contingut constitucionalment garantit dels drets de participació política dels parlamentaris de l'art. 23 CE.

—Interpretació extensiva dels drets de participació política susceptibles de recurs d'empara

En el mateix sentit i concretant el què s'acaba de dir, caldria reconsiderar els criteris hermenèutics expansius que estenen el nucli constitucionalment pro-

tegit del dret de participació dels parlamentaris més enllà dels drets de proposta, de participació en els debats i de vot de les decisions de les cambres o dels seus òrgans.

—El cas dels contra-emparaments

De manera especial caldria repensar l'aplicació de criteris interpretatius que permeten portar davant el TC el que es pot qualificar com a «contra-empara» en el sentit fort d'aquesta expressió⁸³. És a dir, impugnacions en les quals, com he assenyalat abans, no es reivindica la reparació de la vulneració d'un dret dels recurrents, sinó que es demana el vet jurisdiccional a l'exercici d'un dret o d'una facultat d'un tercer o es defensa únicament un pretès interès legítim en el compliment de la Constitució, els Estatuts d'Autonomia, els Reglaments parlamentaris o la legalitat en general. Aquest seria el cas, p.e., de la petició d'empara per presumpta vulneració d'un suposat dret de participació política a no debatre determinades qüestions en seu parlamentària o a no tramitar determinades propostes⁸⁴.

—Control dels i.c.a. relatius a resolucions parlamentàries de caràcter polític

Caldria reconsiderar els criteris hermenèutics que permeten anul·lar admissiions a tràmit o debatre iniciatives adreçades a aprovar resolucions parlamentàries de caràcter exclusivament polític. Convindria repensar-les des de la perspectiva del control d'actes que encara no han finit el procediment i molt especialment des de la perspectiva dels criteris extraordinàriament extensius que en alguns casos s'empren a l'hora d'atribuir naturalesa jurídica —i, per tant, la condició de poder ser objecte de control jurisdiccional— a resolucions parlamentàries que no produeixen efectes jurídics vinculants, ni tenen capacitat per a crear drets, deures, expectatives de drets o relacions jurídiques o per innovar l'ordenament jurídic⁸⁵.

—Control preventiu

Caldria repensar l'aplicació de criteris hermenèutics que possibiliten la realització de controls preventius dels i.c.a.

⁸³ Sobre els contra-emparaes, vid. CAAMAÑO, F. «El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado 'contra amparo'», a REDC, núm. 47, 1996 pàg. 125 i s. És més que dubtós que aquest pretès dret de participació existeixi i, en tot cas, que judici de ponderació hagi de prevaldre sobre la garantia institucional.

⁸⁴ Vid. STC 46/2018, 47/2018, 115/2019.

⁸⁵ Aquesta concepció extensiva de la naturalesa jurídica de resolucions parlamentàries es produeix, entre altres, a les STC 42/2014, 259/2015 i 136/2018. La incidència en l'àmbit del i.c.a. es produeix a través d'incidents d'execució d'aquestes STC quan inclouen un mandat adreçat a la mesa del Parlament d'inadmetre la tramitació de propostes per debatre resolucions —en principi polítiques— que tenen un contingut similar a les que el TC ha atribuït extensivament naturalesa jurídica i, per tant, les ha convertit en objecte de control constitucional (entre altres AATC 9, 11, 16/2020).

—Actes fermes

Convindria replantejar l'aplicació de criteris que permeten la impugnació d'actes que encara poden ser revisats o esmenats per un altre òrgan de la cambra. S'hauria de ponderar la possibilitat d'exigir l'esgotament de vies revisores internes, com ara la sol·licitud de reconsideració o instruments de funcionalitat similar. Caldria revisar, per tant, l'aplicació de criteris que permeten el control jurisdiccional abans no s'hagi pronunciat l'òrgan parlamentari que pot modificar en última instància la decisió que es pretén recórrer⁸⁶.

—Actes d'òrgans parlamentaris interns

Caldria reconsiderar l'aplicació de criteris extensius que permeten controlar i.c.a. que no expressen la voluntat institucional de les cambres parlamentàries o dels seus òrgans. Especialment en el cas d'actes d'òrgans com les meses parlamentàries o les juntes de portaveus, que el propi TC qualifica d'òrgans jurídic-tècnics que realitzen funcions merament d'ordenació i racionalització del funcionament de les cambres.

—Actes de tràmit

S'hauria de replantejar la utilització de criteris hermenèutics expansius a l'hora d'estendre el control jurisdiccional dels i.c.a. de tràmit, sobretot dels que no impedeixen la continuïtat de la tramitació.

—Utilització del procediment del conflicte de competències o de l'extralimitació competencial com a motiu d'impugnació

Des de la perspectiva que obliga a acotar la impugnació dels i.c.a. a la vulneració del nucli constitucionalment protegit del dret de participació de l'art. 23 CE, caldria replantejar l'aplicació de criteris hermenèutics que permeten la utilització del procediment de conflicte de competències i l'argument de l'extralimitació competencial com a motiu per a impugnar i.c.a.

—Impugnació de vicis *in procedendo* abans de la conclusió del procediment legislatiu

Caldria repensar la utilització de criteris hermenèutics que permeten impugnar i.c.a. per vicis *in procedendo* en procediments com el legislatiu, abans que hagi finalitzat la tramitació parlamentària. Convindria ponderar la possibilitat d'exigir que el control d'aquests hipotètics vicis procedimentals es realitzés mitjançant els procediments de declaració d'inconstitucionalitat (recursos i qüestions).

⁸⁶ Vid. Alonso Mas, *ob.cit.* 373-381

C) Criteris hermenèutics que afecten la intensitat del control constitucional

—Principi *pro actione*

S'hauria de repensar l'aplicació del principi *pro actione* en el tràmit d'admissió dels processos constitucionals contra i.c.a.⁸⁷.

—Els criteris interpretatius de maximització i d'optimització de l'eficàcia dels drets fonamentals

S'hauria de reconsiderar l'aplicació de criteris que exigeixen que els òrgans parlamentaris optin, d'entre les interpretacions i aplicacions possibles de les lleis o dels reglaments parlamentaris, per les més favorables a l'eficàcia als drets de l'art. 23 CE⁸⁸. Aquesta és una exigència que es podria aplicar als tribunals de justícia, però caldria repensar la seva aplicació al control constitucional dels actes parlamentaris protegits per la inviolabilitat institucional.

—Suspensió, mesures cautelars i provisionals

Convindria replantejar l'aplicació de criteris extensius que permeten la suspensió dels efectes dels i.c.a. recorreguts⁸⁹, així com dels que permeten adoptar mesures cautelars o regulacions provisionals.

—Sentències d'empara merament declaratives

Caldria repensar l'aplicació de criteris interpretatius que permeten donar a les sentències estimatòries de recursos d'empara contra i.c.a. efectes que van més enllà dels que són propis de les sentències declaratives (declaració de l'atorgament de l'empara i de la vulneració del dret de participació política al·legat).

—Utilització del procediment de l'art. 161.2 CE

Atesa la suspensió automàtica dels actes impugnats per aquesta via, caldria repensar la utilització del procediment de l'art. 161.2 CE per impugnar i.c.a. i, en tot cas, caldria reconsiderar la utilització per part del TC de criteris extensius a l'hora de ratificar la suspensió automàtica dels i.c.a. que es deriva de la impugnació instada a través d'aquest procediment.

⁸⁷ Un exemple d'aplicació explícita del principi *pro actione* podria ser el de la STC 118/88. A més, en aquest cas s'aplica en un recurs dels de l'art. 161.2 CE que requereix una interpretació restrictiva quan s'aplica als i.c.a.

⁸⁸ Vid. STC 78/2006, fj. 5 i les sentències que cita en les quals es destaca el principi d'interpretació més favorable dels drets, en aquest cas del de participació de l'art. 23 CE, i fins i tot l'obligació de les meses de les cambres de realitzar una «motivació reforçada» en els casos d'inadmissió de proposicions de llei.

⁸⁹ Aquesta idea es recull i motiva a l'ATC 190/2015.

—Suplantació dels parlaments en la determinació del contingut dels i.c.a.
Control jurisdiccional extern, aplicat restrictivament

S'hauria de reconsiderar la utilització de criteris hermenèutics que fan possible que el TC suplanti els parlaments en la decisió política sobre els objectius de l'acció parlamentària o en l'elecció dels mitjans per assolir-los, o condicioni de tal manera aquests continguts que a la pràctica produeix aquest efecte suplantador.

Això és el que pot succeir, p.e., quan el TC empra els mateixos paràmetres d'enjudiciament que els que corresponen als òrgans parlamentaris a l'hora d'interpretar i aplicar els reglaments parlamentaris⁹⁰ o, com he apuntat abans, quan dona als òrgans parlamentaris determinats mandats de fer o de no fer⁹¹. Potser no seria forassenyat pensar en aplicar als i.c.a., *mutatis mutandis* i un cop superada la fase d'admissió, el test d'irraonabilitat lògica, extravagància respecte de la *communis opinio* dels juristes i error material patent, que el TC aplica a les resolucions judicials recorregudes en empara per vulneració del dret a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), tot argumentant que «la funció judicial correspon als jutges» i a ell li correspon un control merament «extern» de l'exercici d'aquesta funció.

—Incident d'execució de resolucions del Tribunal Constitucional

S'hauria de reconsiderar l'aplicació de criteris hermenèutics extensius en l'incident d'execució de les resolucions del TC, des d'una doble perspectiva:

D'una banda, la d'evitar la conversió de l'incident en un element petrificador de la Constitució i de l'ordenament jurídic i de tancament del diàleg amb les cambres representatives. Des d'aquesta perspectiva caldria repensar la utilització de criteris que porten a concebre i aplicar l'incident d'execució, no com un mecanisme per fer complir una resolució concreta i determinada, sinó com un instrument per aplicar una doctrina o una *ratio decidendi* a casos nous sense ponderar l'aparició de circumstàncies sobrevingudes i la possible exigència de dictar una nova resolució que tingui en compte el nou context⁹².

⁹⁰ N'és exemple la STC 226/2004 en la qual el Tribunal entra a analitzar, amb criteris de pura legalitat, si existeix o no una llacuna en el reglament, substituint així la decisió del parlament (que pretenia dissoldre una comissió parlamentària) —vid. el comentari de la sentència de Martí, S. «El Tribunal Constitucional y la disolución de comisiones de investigación» a *Anuario de derecho parlamentario*, n. 16, 2005, pag. 283 i s. Igualment la STC 177/2002 en la qual el TC entra a analitzar amb detall si una cambra legislativa autonòmica té competència suficient en matèria d'ensenyament per formular una determinada pregunta al Govern autonòmic en aquest àmbit.

⁹¹ Sobre aquesta qüestió vid. Lasagabaster obres citades en la nota 10 i especialment *Democracia, Derecho a decidir, Desobediencia Civil...* ob. cit. pàg. 41 i s., en la qual defensa amb una àmplia argumentació la tesi que el TC no està habilitat per dirigir mandats als parlaments.

⁹² Sobre aquesta problemàtica resulten d'interès les al·legacions formulades pel lletrat del Parlament de Catalunya A. Bayona el 10 de setembre de 2019 en l'incident d'execució de la sentència del TC promoguda pel Govern espanyol. Vid. també Bossacoma, P. *ob.cit.*, pag. 22 i s.

D'altra banda, caldria repensar l'aplicació de criteris que poden comportar una desvirtuació de la naturalesa essencialment declarativa pròpia de la jurisdicció constitucional o l'atribució al Tribunal d'una posició institucional que constitucionalment no li correspon. Això pot succeir, p.e., si s'interpreten extensivament les facultats d'execució atribuïdes, ja de manera extensa, per la LOTC reformada l'any 2015⁹³.

—Usos i costums parlamentàries

Cal reconsiderar les línies doctrinals i jurisprudencials que no tenen en compte el relleu que en la regulació de les activitats parlamentàries tenen els usos i costums de les cambres representatives, i la flexibilitat, molt sovint justificable, que introdueixen en l'aplicació dels procediments parlamentaris.

—Motivació. Raonabilitat

També convindria repensar la possibilitat de millorar l'explicitació dels criteris o cànons de control emprats i dels passos seguits en la seva aplicació, a fi de potenciar la seva racionalització, transparència i control o contrapès.

En suma, caldria repensar alguns dels criteris hermenèutics emprats en l'exercici del control constitucional sobre l'activitat interna de formació de la voluntat de les cambres representatives. Cal fer-ho des dels principis que configuren l'estat de dret constitucional i democràtic establert a la CE i als Estatuts d'Autonomia i donant ple contingut a la inviolabilitat institucional de les cambres parlamentàries. Cal assumir que la CE atribueix al TC una imprescindible i molt rellevant funció de control constitucional sobre les activitats parlamentàries; però també imposa límits al control. Límits que són espacialment severs en relació als actes interns de formació de la voluntat dels parlaments.

⁹³ BAYONA, A., («El futur polític de Catalunya: el paper del Parlament», *Revista Catalana de Dret Públic*, 54, 2017, pp. 10-21), i ALBERTÍ, E., (*ob. cit.*) assenyalen els perills que una aplicació expansiva dels incidents d'execució de les resolucions del Tribunal pot tenir pel principi democràtic, el pluralisme polític, el dret de participació política dels parlamentaris o l'autonomia parlamentària.

En aquest sentit és interessant el vot particular subscrit per tres magistrats del TC a l'ATC 126/2017 en el qual s'imposen multes coercitives de quantia elevada. Els magistrats dissidents recorden el caràcter «essencialment declaratiu» de la jurisdicció constitucional, destaquen la necessitat de concebre i aplicar els incidents d'execució i les mesures coercitives com a «mecanismes excepcionals» i adverteixen del perill de convertir la jurisdicció constitucional en punitiva o sancionadora i executiva; tot i que finalment accepten que en les circumstàncies del cas les multes imposades eren justificades.

CONTESTACIÓ

per
JOAQUÍN TORNOS MAS
Acadèmic de número

El DOGC va publicar el 29 de desembre de 2020 la convocatòria d'una plaça vacant d'acadèmic numerari de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya per cobrir el setial d'acadèmic de número corresponent a la medalla Ramon Coll i Rodès, deixada vacant per la defunció de l'acadèmic Sr. Agustí Bassols i Parés. El Sr. Carles Viver Pi-Sunyer va ser elegit el 2 de març de 2021 per ocupar aquest lloc, i un cop acceptat el nomenament va ser rebut com a nou acadèmic electe en la sessió de 23 de març de 2021.

Avui, en compliment dels Estatuts de l'Acadèmia, el Sr. Viver Pi-Sunyer ha llegit el seu discurs d'ingrés, que el converteix en acadèmic amb plenitud de drets i deures, i em correspon l'honor de procedir a contestar el seu discurs.

En compliment de l'encàrrec que em varen fer els meus companys i companyes de l'Acadèmia vull que les meves primeres paraules siguin per agrair a l'Acadèmia l'haver-me conferit l'honor d'haver estat designat per contestar el discurs d'ingrés de l'acadèmic Carles Viver Pi-Sunyer, amic i company. És certament un honor representar a l'Acadèmia en un dels seus actes més solemnes. Un honor i un motiu de satisfacció personal ja que he de contestar un magnífic discurs d'un company i amic.

Avui l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya té la satisfacció d'incorporar un nou membre de número, el professor Carles Viver Pi-Sunyer, un gran jurista que de bon segur enriqueix la nostra institució amb l'aportació del seu saber.

La tradició ens porta a que qui contesta el discurs dediqui unes paraules a fer la laudatio del nou acadèmic numerari. Laudatio que faig amb gran plaer i que segur que recollirà de forma suficient tots els mèrits de Carles Viver Pi-Sunyer.

Carles Viver va néixer a Terrassa el primer de setembre de 1949. Va estudiar la carrera de dret a la Universitat de Barcelona on es va doctorar el 1977 amb una tesi sobre «El personal polític de Franco». El 1987 obté la Càtedra de

dret constitucional de la Universitat de Barcelona i l'any 1990 passa a ocupar la càtedra de la Universitat Pompeu Fabra.

La seva llarga i rica activitat acadèmica l'ha compartit amb l'exercici d'importants càrrecs públics. Entre el 1992 i el 2001 va ser magistrat del Tribunal Constitucional, exercint de vice-president entre els anys 1998 i 2001. Posteriorment entre els anys 2006 a 2014 va formar part del Tribunal Constitucional d'Andorra.

També ha desenvolupat tasques de gestió administrativa com a Director de l'Institut d'Estudis Autònoms entre l'any 2004 i el 2017. També ha dut a terme tasques d'assessorament del Govern de la Generalitat al més alt nivell, assessorant tècnicament en la redacció de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya de 2006, com a membre del Consell Assessor per a la transició nacional i com a membre de la Comissió Jurídica de Catalunya. Des de març de 2012 és membre de l'Institut d'Estudis Catalans.

En la seva activitat acadèmica ha destacat com un gran teòric i professor en matèria de dret constitucional. Com a universitari també s'ha compromès en tasques de gestió. Carles Viver va ser membre de la comissió gestora que va crear la Universitat Pompeu Fabra i va ser el primer Degà de la Facultat de dret d'aquesta Universitat, càrrec pel que va ser elegit de nou quan va deixar el Tribunal Constitucional. Dintre de les moltes publicacions es poden destacar algunes que han constituït textos de referència en els següents àmbits de la seva especialitat: organització territorial de l'Estat, jurisdicció constitucional i tècnica legislativa. En particular voldria destacar algunes obres de referència. En matèria de dret autòmic el llibre *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, de l'any 1999, i en matèria de tècnica legislativa el Curso de tècnica legislativa, GRETEL. També cal destacar el llibre pels alumnes de batxillerat *La Constitución* de l'any 1984, amb múltiples reedicions. Igualment s'ha de mencionar que moltes de les seves publicacions han estat publicades o traduïdes a l'anglès, destacant en aquest sentit la seva col·laboració en el prestigiós Handbook on Constitutional Law.

Com a reconeixement de la seva tasca acadèmica i judicial ha rebut diverses distincions. La Creu de Sant Jordi, 2003, el Premi Justícia de Catalunya, 2003, la Gran Cruz de la Orden de Isabel la Católica, 2004, la Medalla de la Orden del Mérito Constitucional, 2005, i la Medalla d'Or de la Generalitat de Catalunya, 2018.

Una vida plena que acredita que estem davant d'un gran jurista compromès amb el seu país. Els seus mèrits l'avalen com a un gran company dintre de la nostra Acadèmia.

Em correspon ja entrar en la resposta del discurs que ens ha presentat el Sr. Viver. El treball que ens presenta el Sr. Viver Pi-Sunyer aborda una qüestió cen-

tral en els estudis de dret constitucional, al tractar de la relació entre el legislador i el seu control per un òrgan jurídic que actua segons regles i principis de dret.

Com és conegut la creació de la justícia constitucional no va ser pacífica. Sotmetre la llei, expressió de la voluntat popular, a un control per un òrgan no electe i que actua en base al dret, s'oposava als principis bàsics de l'estat democràtic, en el que la llei ocupava un lloc central i preeminent. Calia reconèixer la posició supra ordenada de la Constitució i la necessitat de protegir-la davant del propi Parlament.

En els Estats Units cal recordar la defensa del control judicial de les lleis que va fer Hamilton en *El Federalista*. Per a Hamilton «los contenidos de la Constitución sólo podrán mantenerse en la práctica mediante la actuación de Tribunales, cuyo deber sea invalidar cualquier acto contrario al tenor manifiesto de la Constitución. De lo contrario todas las reservaciones de derecho o prerrogativas particulares de las personas perderán relevancia». La coneguda sentència *Marbury versus Madison* va afirmar per primera vegada que un acte legislatiu contrari a la Constitució escrita ha de ser nul, donat que de no ser així les disposicions constitucionals no serien fonamentals, ni supremes ni permanents. Era important afirmar que la legislació no ha de ser totpoderosa.

A Europa la justícia constitucional neix en el període d'entreguerres i més concretament després de la Segona Guerra Mundial. S'acostuma a dir que es tractava de reaccionar davant del fet que una llei, com la llei alemanya d'apoderament de 1933, hagués permès l'arribada al poder de Hitler. Però en un interessant llibre, el professor Esteve Pardo vincula la creació de la justícia constitucional de forma més general a un fenomen més ampli i profund, com va ser la força del pensament antiparlamentari que va néixer en el període d'entreguerres. Com explica el professor Esteve la irrupció en l'escena política dels partits de masses va generar una reacció contrària al liberalisme de la il·lustració, ja que es considerava que el Parlament ja no permetia el debat i discussió entre persones notables, i que l'individu s'havia dissolt dintre dels partits. Així, per exemple, el gran jurista alemany Heinrich Triepel va dir que els partits de massa havien generat un ambient en els Parlaments «en el que difícilmente puede integrarse un profesor». La reacció antiparlamentària més intel·ligent no va pretendre suprimir els Parlaments, sinó que va tractar de moderar i racionalitzar el poder i l'actuació dels Parlaments. Amb aquesta finalitat es redacten les Constitucions, que garanteixen els drets de llibertat i propietat dels burgesos, es crea la justícia constitucional per defensar el contingut essencial d'aquests drets davant del legislador, i es crea la teoria de la garantia institucional per deixar fora de l'abast del legislador algunes institucions que es consideren constitueixen el fonament jurídic de la societat i l'estat, com la burocràcia alemanya o el poder local, i que per tant han de quedar fora de la competència del nou legislador. La justícia constitucional, per tant, neix dintre del pensament antiparlamentari i en el marc del nou dret públic europeu.

El cert és que la creació de la justícia constitucional no deixarà de plantejar de forma recurrent un seguit de preguntes. ¿Com es justifica que unes persones no electes ni responsables davant del poble puguin deixar sense efecte les decisions del poble? ¿què passa si el Tribunal Constitucional abusa del seu poder? ¿Com es pot defensar i reforçar la seva legitimitat per tal de que les seves decisions siguin acceptades per la ciutadania?

Tenint en compte l'origen i el fonament de la justícia constitucional crec que el treball de Carles Viver s'ha de situar dintre d'aquesta problemàtica general relativa als límits del control que sobre l'activitat dels Parlaments poden realitzar els Tribunals Constitucionals. I la tesi que es defensa és que cal repensar la perspectiva d'anàlisi i d'enjudiciament de la qual parteix una part important de la doctrina i la jurisprudència que es guia per un principi de maximització del control constitucional sobre l'activitat parlamentària. De forma més concreta el treball es centra en analitzar el contingut del precepte que garanteix la inviolabilitat institucional de les cambres parlamentàries, per determinar si es tracta d'un precepte buit de contingut normatiu propi o, pel contrari, és un precepte del que cal deduir uns límits jurídics al control de l'activitat parlamentària en l'ordenament espanyol des de la perspectiva de la garantia de la inviolabilitat institucional de les cambres representatives, límits que afectarien de forma principal al control dels actes parlamentaris interns o *interna corporis acta*. Com tractaré més endavant, crec que el Sr. Carles Viver utilitza la teoria de la garantia institucional per defensar una institució bàsica de l'Estat democràtic, el Parlament, per protegir-la des del dret, d'un control excessiu per part de la justícia constitucional.

El seu plantejament queda clarament expressat en aquestes paraules que conté el treball. El punt de partida de Viver és «una concepció de l'Estat de dret en la que sense renunciar a l'ideal de la submissió al dret, jurisdiccionalment garantida, de tots els poders públics —inclosos naturalment els parlaments— amb el mateix nivell d'irrenunciabilitat i de garanties constitucional i jurisdiccional, tingui també en compte que és consubstancial a l'estat de dret constitucional i democràtic la preservació d'àmbits de llibertat política —i jurídica— de les cambres representatives».

Una postura que es tracta de sustentar sobre la irrenunciable defensa de l'estat de dret, i per tant, del control judicial de tots els poders públics («los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», article 9,1 de la nostra Constitució), però al mateix temps garantint la defensa d'un estat democràtic, en el que han de respectar-se àmbits de pluralisme i llibertat política, en particular en el cas de les assemblees representatives, preservant el sentit i finalitat d'aquesta institució. En tot cas, una reflexió que es fa des de la prudència (Carles Viver parla de «repensar») i des de plantejaments jurídics, ja que tracta d'articular jurídicament els límits que s'haurien d'imposar al control del Tribunal Constitucional.

El fonament de la seva tesi i propostes finals es pot trobar en aquestes dues afirmacions:

a. La legitimitat del Tribunal Constitucional per controlar al poder legislatiu no es qüestiona, però aquest poder de control s'ha d'exercir dintre dels límits constitucionals. Com ha dit Pedro Cruz Villalón, la funció de la justícia constitucional és una funció regulada, positivitzada, racionalitzada i en últim terme, limitada. Si a principis del segle XX els juristes alemanys de forma intel·ligent no van negar l'existència de les cambres representatives i van optar per tractar de controlar la seva activitat, Carles Viver, també de forma intel·ligent, no negà la raó de ser de la justícia constitucional, però ens convida a «repensar» el seu abast quan tracta de controlar els *interna corporis* de l'activitat parlamentària.

b. La preservació del principi democràtic i el pluralisme polític que està en la base de la nostra Constitució no té un caràcter gracios, sinó que és d'obligat compliment, és la característica essencial que permet reconèixer a una cambra representativa i, per tant, és una nota que no pot desaparèixer d'aquesta institució.

El necessari equilibri entre aquests dos principis es tracta de construir jurídicament en base als següents principis:

a. La garantia de la institució del Parlament excloent determinats àmbits d'activitat parlamentària del control o limitant la intensitat del control.

b. El principi de la ingerència mínima en la lliure actuació dels Parlaments.

c. Els perills d'un excés de juridificació.

d. L'excés o el desequilibri en el control jurisdiccional sobre les activitats parlamentàries pot portar a l'activisme judicial i fins i tot al denominat govern dels jutges del que ja fa anys va parlar Eduard Lambert.

Sobre aquestes premisses el treball construeix les propostes per aconseguir el necessari equilibri entre el control de les cambres i el respecte a la seva funció institucional, el que comporta la veritable defensa de l'estat de dret democràtic, el veritable contingut de la inviolabilitat institucional de les cambres parlamentàries.

Aquest equilibri, com ja hem dit, es vol construir amb criteris jurídics concrets, que vinculin a la justícia constitucional, sense que la delimitació del control jurisdiccional es pugui limitar només a partir de la recomanació d'un capteniment de deferència gracios dels tribunals constitucionals envers les cambres representatives. Carles Viver vol construir des de paràmetres jurídics aquest necessari equilibri, donada la capacitat dels propis tribunals de crear dret, de reconstruir normes i d'una certa discrecionalitat política en l'exercici de la seva funció jurisdiccional.

Per aquesta raó, ens diu Carles Viver, «és necessari establir límits jurídics d'obligat compliment en l'exercici d'aquestes funcions», límits externs basats en l'obligació constitucional de respectar la posició constitucional atribuïda a les cambres representatives, per tal de preservar els principis de democràcia i pluralisme polític.

Si la finalitat perseguida per Carles Viver és fer realitat els principis constitucionals de pluralisme i democràcia, garantint que els parlaments puguin desenvolupar la seva funció com a membres principals de la comunitat oberta i del diàleg constitucional, la forma de defensar aquesta finalitat és establir límits al control del Tribunal Constitucional i, en particular, al control dels *interna corporis*. I això ha de ser així donat que en el nostre model constitucional les cambres parlamentàries tenen una participació fonamental en la «realització» o «concreció» de les constitucions. Es tracta d'una participació que fan efectiva a través de l'exercici de la funció legislativa. En aquest estat de dret els parlaments estan constitucionalment habilitats per, a través de la legislació, concretar el contingut constitucional que estimin políticament més convenient d'entre els que són possibles dins del marc constitucional. La conclusió a la que s'arriba és que els límits al control constitucional sobre les activitats parlamentàries i les corresponents garanties d'àmbits de llibertat política de les cambres, i en especial la inviolabilitat institucional, són elements inherents o consubstancials als estats de dret constitucionals i democràtics. No són cossos estranys, no són excepcions a una suposada regla general de maximització del control.

Però dels fonaments s'ha de passar a la concreció dels objectius. I per això Carles Viver diu que les garanties constitucionals es fan operatives essencialment en forma d'obligació d'aplicar determinats mètodes i criteris d'interpretació i aplicació constitucional que limitin l'abast i la incisivitat del control.

Per tal de donar més força a la seva tesi Carles Viver concreta el seu estudi i les seves propostes en relació a les activitats relatives a la fase de formació de la voluntat de les cambres i més concretament dels *interna corporis acta*. *Interna corporis* que delimita com els actes de les cambres parlamentàries i dels seus òrgans adreçats a la formació de llur voluntat, que no produeixen efectes jurídics directes sobre tercers i realitzats o formalitzats tant en actes de naturalesa jurídica com en actes exclusivament polítics. Carles Viver no entra en el debat sobre l'abast del control de les decisions legislatives, no entra en el control del contingut de les lleis en les que es manifesten les opcions polítiques del legislador. El seu interès és defensar les actuacions a través de les que es construeix la voluntat de les cambres, com a element essencial de la garantia institucional dels parlaments.

Si per Carles Viver la inviolabilitat institucional dels parlaments no comporta una exclusió total del control dels seus actes interns, aquest control ha de ser limitat i ha de trobar el seu fonament en altres valors constitucionals com els béns constitucionals que conformen la protecció del pluralisme polític i més concretament la protecció de les minories parlamentàries. Per aquesta raó critica l'ampliació del control dels actes interns que s'ha produït en els últims anys, en circumstàncies certament especials, com succeeix sobretot amb l'abast donat a l'expressió «disposicions i resolucions» autonòmiques de l'art. 161.2 CE i els incidents d'execució de l'art. 92 LOTC. També s'ha donat un contingut molt ampli

al concepte d'acte de naturalesa jurídica en detriment de l'àmbit dels actes exclusivament polítics de les cambres parlamentàries. D'aquesta forma, diu Carles Viver, s'ha deixat pràcticament sense contingut la inviolabilitat institucional de les cambres parlamentàries.

El treball conclou amb l'exposició d'alguns dels criteris o cànons d'interpretació i aplicació emprats pel TC o la doctrina acadèmica amb relació als I.C.A. que Viver creu que s'haurien de repensar —i si fos el cas modificar— a la llum de les exigències que al seu parer es deriven de l'estat de dret constitucional i democràtic establert a la CE de 1978.

Estem doncs davant d'un treball que aborda un tema clàssic però sempre obert, amb el que es pretén defensar l'estat de dret democràtic tractant d'establir el necessari equilibri entre les funcions dels parlaments i de la justícia constitucional. Aquesta defensa es fonamenta en una primera part de consideracions generals per concretar la reflexió i una segona part en la que es formulen propostes en relació al tema del control dels *interna corporis acta*, aportant una sèrie de raonades propostes per «repensar» l'abast del control judicial. Propostes que tenen la voluntat de que puguin anar més enllà de les respostes donades en una situació excepcional i que, com a tal, sol no produir bon dret (*hard cases make bad law*). Un treball necessari i interessant, que conclou amb aquestes paraules: «En suma, caldria repensar alguns dels criteris hermenèutics emprats en l'exercici del control constitucional sobre l'activitat interna de formació de la voluntat de les cambres representatives. Cal fer-ho des dels principis que configuren l'estat de dret constitucional i democràtic establert a la CE i als Estatuts d'Autonomia i donant ple contingut a la inviolabilitat institucional de les cambres parlamentàries. Cal assumir que la CE atribueix al TC una imprescindible i molt rellevant funció de control constitucional sobre les activitats parlamentàries; però també imposa límits al control. Límits que són espacialment severes en relació als actes interns de formació de la voluntat dels parlaments».

Aquest brillant treball, la tesi del qual comparteixo plenament, m'ha suscitat algunes reflexions que voldria incorporar en la resposta que tinc l'honor de formular. En primer lloc el treball de Carles Viver planteja, com deia al principi, el tema clàssic l'equilibri entre el poder de les assemblees representatives i el control de les seves decisions. Relacions i equilibris entre poders constitucionals, entre parlament i poder judicial, i sense qüestionar el control per part de la justícia constitucional, sí que vol obrir un debat, «repensar», l'abast d'aquest control. Doncs bé, des de la perspectiva de la meua especialitat, el dret administratiu, crec que també cal dur a terme una reflexió similar, en aquest cas pel que fa a la relació entre govern i poder judicial.

En el pensament administratiu l'estat de dret s'identifica com la submissió del poder a la llei, submissió que garanteix la justícia administrativa. Aquest con-

trol s'ha de portar al màxim, de forma que tota norma reglamentària i tot acte o inactivitat administrativa ha de ser susceptible de control judicial. La funció del dret administratiu s'ha identificat com la lluita contra les immunitats del poder (segons el famós treball de García de Enterría, que va tenir el seu origen en una conferència pronunciada el 1962 a la Facultat de dret de Barcelona), i per tant s'han anat incrementant les tècniques per tal que el poder judicial pugui, sense exclusions, revisar i en el seu cas anul·lar les normes i actes dels governs. Cal sotmetre aquestes decisions a control i, si el marc normatiu és imprecís o deixa marges de discrecionalitat al poder públic, els principis generals del dret serviran per controlar el poder. En aquesta funció de control a vegades sembla oblidar-se que certament el dret permet controlar les decisions, però també és l'instrument que habilita al poder públic a actuar en defensa d'interessos generals.

Per aquesta raó crec que el treball de Carles Viver ens incita a seguir un camí similar per «repensar» la relació entre els governs i el poder judicial, i sense negar el control ple i sense exclusions de totes les normes i actes dels governs, tractar d'establir alguns límits, que evitin en l'àmbit administratiu el govern dels jutges i la debilitació dels governs. Uns governs que no són els de 1962 quan García de Enterría va pronunciar el seu magnífic discurs, sinó uns governs que són fruit d'eleccions i que són controlats pels ciutadans cada quatre anys com a mínim.

Com deia, crec que en el cas de les relacions entre els governs i el poder judicial també cal «repensar» l'abast d'aquest control, sense negar la seva necessitat ni voler excloure cap norma o acte del govern del control dels jutges. Però sí cal repensar, com deia, l'abast del control. Veiem uns exemples. L'anul·lació de normes per vicis formals amb limitada incidència sobre el contingut de la norma, el recurs general al principi de proporcionalitat per anul·lar normes o actes de valor general, exigint a les administracions una motivació de les seves decisions en ocasions molt costoses o impossibles (per exemple es demana a l'administració que demostrí que la mesura que adopta per lluitar contra la pandèmia és la millor possible, quan els científics no tenen el coneixement necessari per donar resposta a la pregunta). Són exemples d'aquest desequilibri sobre el que caldria reflexionar. L'estat de dret reclama sotmetre el poder a la llei, però l'estat democràtic i social de dret requereix de poders públics que utilitzin el dret per donar contingut als drets socials reconeguts a la Constitució, que puguin fer realitat el mandat de l'article 9,2 de la Constitució, segons el qual «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». Com va dir ja fa uns anys el professor Alejandro Nieto en un altre magnífic treball, «La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo», «la administración moderna semeja el gigante de Gulliver inmovilizado por los enanos de las normas administrativas que sin perjuicio del verbalismo de sus declaraciones dogmáticas esconden instrumentos que debidamente manejados colocan a los particulares en una situación de preva-

lencia». El poder judicial s'afegeix a la paràlisi dels Governes. I els ciutadans que precisen de l'actuació dels governs, que en últim terme es legitimen per la seva actuació, perdran la confiança en la democràcia liberal i en la mateixa necessitat de l'estat. Com també diu Nieto «la atención de los intereses colectivos es lo que permite la supervivencia de cada persona y, por tanto, deben tener un rango primordial y ser asumidos por el Estado». Crec que amb la prudència i el rigor que utilitza el professor Viver, en l'àmbit del dret administratiu, amb les lògiques diferències, ens cal una reflexió similar. Aquest és el nostre repte, perquè, i torno a Nieto, «en definitiva, de lo que se trata es de que el jurista, en cuanto técnico del derecho, formule y ponga a disposición de la sociedad técnicas concretas que hagan viable la realización de los intereses colectivos y generales, de la misma manera que ahora existen ya para la defensa de los derechos individuales». Carles Viver també ha tractat de construir tècniques jurídiques per defensar la institució parlamentària i per tant l'estat de dret.

Una segona reflexió que m'ha suggerit el treball de Carles Viver és la relativa a la figura de la garantia institucional. De fet, encara que no ho formula de manera explícita, com ja he dit, crec que Viver utilitza la institució de la garantia institucional per defensar la institució parlamentària i protegir aquesta institució davant del poder de la justícia constitucional.

La tècnica de la garantia institucional va sorgir, com he dit al principi, en l'etapa d'entreguerres, dintre del moviment antiparlamentari. La principal manifestació del pensament institucionalista (torno en aquest punt al treball ja esmentat de José Esteve), la trobem en Carl Schmitt (Teoría de la Constitución). Per aquest jurista «mediante la regulación constitucional puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones. La regulación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible una supresión en vía legislativa ordinaria». La garantia institucional tractava de preservar una sèrie d'institucions que es creien essencials per al concepte d'Estat de dret propi dels juristes de l'època, i que es volien deixar fora de la desaparició o la pèrdua d'identitat per part del nou legislador de la societat de masses.

Aquesta tècnica ha estat recollida per la nostra justícia constitucional per defensar, per exemple, la institució de l'ens provincial. Així, a la sentència del Tribunal Constitucional 32/1981 s'afirma que «la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de estas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con

esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace».

Al meu parer Carles Viver tracta de recórrer a aquesta tècnica per defensar la institució de les cambres parlamentàries, limitant l'abast del control dels seus actes si aquest control fa perdre la imatge de la institució, el seu valor constitucional com a cambra representativa on s'exerceix el pluralisme polític i la democràcia.

La singularitat del treball de Carles Viver, al meu parer, és que la tècnica de la garantia institucional no s'utilitza per defensar una institució davant del poder legislatiu, sinó davant de la justícia constitucional. És el Tribunal Constitucional el que es vol limitar per aquesta garantia, en comptes de ser el Tribunal Constitucional qui utilitza aquesta tècnica per controlar el poder legislatiu. Però en el fons la finalitat és la mateixa, utilitzar una tècnica jurídica per deixar fora de manipulacions —ja sigui del legislador o del Tribunal Constitucional— determinades institucions essencials per l'Estat de dret i consagrades a la Constitució.

Finalitzo ja la meua intervenció. El professor Carles Viver ens ha ofert un brillant discurs sobre un tema essencial en la configuració del nostre estat de dret constitucional. Un discurs propi d'un gran jurista. Amb rigor ens obliga a repensar sobre els límits del control constitucional sobre les activitats parlamentàries, i amb prudència assenyala els punts més discutibles d'algunes recents decisions del nostre Tribunal Constitucional que s'han pronunciat sobre el control dels *interna corporis*. Sens dubte les seves reflexions s'hauran de tenir en compte.

Reitero, per tant, la felicitació al nou acadèmic en nom de tots els meus companys i companyes i en el meu propi. L'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya s'enriqueix amb un nou acadèmic de número, el Dr. Carles Viver Pi-Sunyer.

PARAULES DE CLOENDA DEL CURS 2021/2022

per

FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES
*President de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*

Salutacions,

I. Celebrem avui la darrera sessió del curs 2021/2022 de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

I ho fem com més ens agrada: amb un discurs d'ingrés.

Efectivament, vam inaugurar el curs el 28 d'octubre de 2021 amb el discurs d'ingrés de la Dra. M^a José Magaldi, intitulat: *«El delito de administración desleal en el sistema penal español: pasado y presente»*.

El dia 26 d'abril, el magistrat Sr. Antonio Recio va pronunciar el seu discurs d'ingrés amb el títol: *«La protección del heredero frente a las deudas de su causante»*.

I a la sessió d'avui, de cloenda del curs, el professor Dr. Carles Viver Pi-Sunyer ha llegit el seu discurs, intitulat *«Repensar els límits del control constitucional sobre les activitats parlamentàries»*.

Hem tingut, per tant, un discurs de dret penal, un de dret civil i un de dret constitucional. Bona prova de l'interès de l'Acadèmia i dels acadèmics per les diferents branques del dret, públic i privat (si considerem vigent la clàssica distinció dels juristes romans).

II. El protagonista d'avui és, sens dubte, l'acadèmic recipiendari, el Dr. Carles Viver Pi-Sunyer.

Vaig conèixer en Carles Viver fa molts anys, quan en la nostra ja llunyana joventut, tots dos practicàvem el mateix esport: l'hockey herba. En Carles, nascut a Terrassa, fou un excel·lent jugador, un sòlid i molt segur defensa.

Tots dos vam participar als campionats universitaris, a l'equip de hockey de la Facultat de Dret de la UB, que va quedar classificat el primer del Districte Universitari de Barcelona.

El Dr. Viver Pi-Sunyer pertany per línia materna a una reconeguda família catalana, formada per il·lustres metges i juristes.

El seu oncle avi Josep Maria Pi-Sunyer, prestigiós catedràtic de dret administratiu, degà del Col·legi d'Advocats de Barcelona i de la Facultat de Dret de la UB, fou membre de la nostra Acadèmia des de la seva restauració l'any 1954, fins el seu traspàs l'any 1984.

En Carles Viver Pi-Sunyer ha seguit la tradició familiar i és un gran jurista teòric i pràctic, com ja ens ha exposat el Dr. Tornos.

Catedràtic de Dret Constitucional, fou el primer degà de la Facultat de Dret de la UPF, membre del Tribunal Constitucional espanyol i del Tribunal Constitucional d'Andorra, i autor de nombroses publicacions de la seva especialitat.

Avui ens ha presentat, dins dels terminis estatutaris, el que és important i li agraeixo, un molt bon discurs, intítulat, com ja s'ha dit, «*Repensar els límits del control constitucional sobre les activitats parlamentàries*».

Del títol del discurs m'interessa destacar la primera paraula: repensar, és a dir, tornar a pensar, reflexionar.

El poeta Gabriel Ferrater, del que enguany commemoren el centenari del seu naixement, deia: «*Pensar, és pensar més: pensar més temps, més del normal, més profundament*».

I això, pensar més, reflexionar, és el que habitualment fem i volem transmetre des de l'Acadèmia, perquè com vam aprendre de Plató, cal despertar la passió pel pensament.

Vivim en una societat en la que malauradament es dona massa importància a l'aparença i la superficialitat. S'ignora i per tant no es valora la introspecció ni la reflexió. Ni tan sols es reconeix l'esforç que representa el treball mental.

Pensar és una activitat dura i fatigosa com ja ens va mostrar i reflectir molt bé Rodin, en esculpir l'estàtua del *penseur*.

Però sense pensar i repensar no és possible veure la realitat, estudiar-la, qüestionar-la i proposar els canvis que permetin continuar civilitzadament endavant.

I això és el que pretenem a l'Acadèmia.

En efecte, fixem-nos en els tres discursos d'ingrés d'aquest curs.

En el primer, la Dra. Magaldi critica la jurisprudència del Tribunal Suprem sobre el delictes d'administració deslleial i el divorci existent entre la doctrina penal i la jurisprudència: «*Dos mundos aparte que no debieran serlo*».

En el segon, el magistrat Antonio Recio suggereix una major protecció de l'hereu front als deutes del seu causant i conseqüentment proposa modificar l'article 461.18 del Codi Civil de Catalunya.

I avui, el Dr. Viver Pi-Sunyer demana repensar els límits del control constitucional sobre les activitats parlamentàries.

En definitiva, els tres discursos d'ingrés d'aquest curs posen de manifest la inquietud i l'inconformisme dels acadèmics. Reflexionem i treballem amb l'objectiu de participar en les reformes legislatives, promoure el desenvolupament del dret i d'impulsar la difusió de la cultura jurídica.

I ho fem amb la profunda convicció de que és el que cal fer per dignificar la importància del dret.

III. El Secretari de la nostra Corporació Dr. Joaquín Tornos ha contestat el discurs en nom de l'Acadèmia, amb un treball magnífic, que demostra que no només és un profund coneixedor del dret públic, sinó també un jurista intel·ligent.

Analitza el discurs del Dr. Viver Pi-Sunyer i proposa, des de la perspectiva del dret administratiu —que és la seva especialitat—, «*repensar*» també la relació entre els governs i el poder judicial per tractar d'establir alguns límits que evitin en l'àmbit administratiu el govern dels jutges i la debilitació dels governs. Ens convida també a pensar més, més del normal, més profundament sobre una qüestió ben actual i sens dubte molt interessant.

Em correspon per tant felicitar al Dr. Carles Viver Pi-Sunyer i al Dr. Joaquín Tornos Mas.

El Dr. Viver ha adquirit la plenitud de drets a la nostra Corporació, i ostentarà la medalla Ramon Coll i Rodés, que dugué el seu predecessor, el Dr. Agustí Bassols i Parés; i li desitgem una llarga i fructífera vida acadèmica.

L'Acadèmia s'enriqueix amb la incorporació d'un bon jurista especialitzat en dret constitucional.

IV. Durant aquest curs, a més dels tres discursos d'ingrés, hem celebrat sessions ordinàries amb comunicacions, necrològiques i actes especials, com la commemoració del 50 aniversari del II Congrés Jurídic Català i una conferència oberta sobre la clàusula *rebus sic stantibus*.

Però també aquest curs s'ha produït una intensa activitat interacadèmica.

Efectivament, a Catalunya, a part de la nostra, hi ha altres onze acadèmies anàlogues, reconegudes per la Generalitat i dedicades a diverses ciències i arts, com ara medicina, farmàcia, ciències econòmiques i financeres, estudis catalans, bones lletres, belles arts, ciències veterinàries, etc... Moltes d'elles centenàries.

Doncs bé, al llarg del curs presidents i representants de les diverses acadèmies ens hem reunit, i hem treballat conjuntament, atès que la problemàtica és comuna: manca de finançament i de reconeixement per part dels poders públics.

Conseqüentment, estem elaborant projectes i activitats conjuntes.

La directora general de la UNESCO Audrey Azoulay, en una recent visita a Barcelona, va declarar que si bé pot ser il·lusori un món governat per intel·lectuals i científics, per contra els necessitem absolutament en les decisions públiques, i les seves veus (dels científics i intel·lectuals) han de ser respectades per transformar llurs opinions en accions.

Les acadèmies ho estem demanant i esperem que se'ns escolti per poder dur a terme les tasques i prestar així els serveis que la societat ens requereix; i tot això des del rigor científic i la independència dels seus membres.

Hem de col·laborar, informar i assessorar als organismes oficials; estem preparats per fer-ho i la nostra intervenció és més necessària que mai.

Ens hem de fer escoltar i respectar per tal de que les nostres propostes esdevinguin realitats.

Només així ens podrem plantejar una societat millor.

Les Acadèmies estem especialment preparades per fer-ho. Portem segles d'estudi i reflexió. I som qui millor podem aconsellar als poders públics per impulsar el bon funcionament de la societat.

I no tan sols podem, sinó que quasi n'estem obligats.

Moltes gràcies a tots els assistents per l'honor que ens fan en acompanyar-nos en aquest acte tan important per a nosaltres.

Declaro conclús el curs acadèmic 2021/2022.

S'aixeca la sessió.

DISCURS D'INGRÉS DE L'ACADÈMIC
SR. TOMÀS FONT I LLOVET
8 de novembre de 2022

LA CIUTAT I EL SEU DRET.
EL RÈGIM ESPECIAL DE BARCELONA

per
TOMÀS FONT I LLOVET
Acadèmic de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

SUMARI

- PREÀMBUL
- INTRODUCCIÓ
- I. LA CONFIGURACIÓ JURÍDICA DE LA CIUTAT EN EL CONTEXT ACTUAL
 - 1. *La ciutat, l'Estat i Europa. Evolució recent*
 - 2. *Les funcions de la ciutat*
 - 3. *La forma jurídica de la ciutat*
- II. EL RÈGIM ESPECIAL DE LA CIUTAT DE BARCELONA
 - 1. *El dret públic català i el règim especial del municipi de Barcelona*
 - 2. *El principi de diferenciació i el règim especial de Barcelona*
 - 2.1. *Principi de diferenciació, règim local i Estat autònom*
 - 2.2. *El règim especial de Barcelona i el sistema de fonts del dret*
 - 2.3. *Règim especial i principi d'igualtat*
 - 3. *Característiques i significat del règim especial del municipi de Barcelona*
 - 3.1. *El règim especial o singular no és un privilegi*
 - 3.2. *Barcelona i el seu règim especial com a impuls i com a model*
 - 3.3. *Iniciativa, consens i pacte*
 - 3.4. *Modernització i actualització de l'autonomia local*
 - 3.5. *Capacitat d'anticipació i innovació del Dret públic*
 - 4. *El règim especial de Barcelona i la realitat metropolitana*
 - 4.1. *Recuperem el relat metropolità*
 - 4.2. *L'actual ordenació metropolitana de Barcelona*
 - 4.3. *Perspectives de projecció en la política urbana general*
- III. LES TRANSFORMACIONS DE LA CIUTAT I DEL SEU DRET
 - 1. *El territori en moviment*
 - 2. *Els poders de la ciutat*
 - 2.1. *La potestat normativa*

- 2.2. *Una justícia administrativa de la ciutat*
 - 3. *La ciutat com a subjecte institucional. La resposta vindrà d'Europa?*
 - 3.1. *Cap a un estatus europeu per les ciutats*
 - 3.2. *La legitimació de les ciutats davant la justícia europea*
- IV. FINAL

PREÀMBUL

1. El dia 31 de gener de l'any 1960, Josep Maria Font i Rius, el pare, va deixar escrit al seu dietari personal: «Diumenge, dia radiant. Felicitacions per l'elecció com Acadèmic de Jurisprudència, feta abans d'ahir per ocupar la vacant d'en Ventosa, junt amb l'elecció de la presidència en favor d'en Trias de Bes...Amb els nens anem als putxinel·lis del Turó Park». I l'endemà, dilluns 1 de febrer continua: «A la tarda, després de treballar una estona amb els Usatges, visito a n'en Trias de Bes elegit president de l'Acadèmia de Jurisprudència, emocionat per fer-me l'entrada, recordant els anys passats al seu despatx...».

Doncs podeu imaginar l'emoció que vaig sentir jo, seixanta anys després, quan el dia 15 de desembre de l'any 2020 vaig prendre possessió com acadèmic electe en aquesta Casa, per cobrir la vacant del meu pare, i ho vaig fer en la mateixa sessió en que el nét d'en Trias de Bes, en Francesc Tusquets Trias de Bes, era elegit President de l'Acadèmia. Una felix coincidència que es va completar quan, complint el ritual, jo visitava pocs dies després el President per felicitar-lo i per rememorar aquesta anècdota del seu avi i del meu pare que tant s'apreciaven.

Les institucions les fan les persones, i més l'Acadèmia, que és pròpiament una corporació. En aquest moment us he dir que aquella emoció segueix viva en ser unànimement acceptat per tots vosaltres, que heu estat, molts, els meus professors i els meus mestres. Personalitzo el meu agraïment en els presidents Guàrdia, Jou i Tusquets, que en diversos moments m'heu orientat i animat en relació amb l'Acadèmia, i especialment, en els que em vàreu proposar per cobrir la vacant del pare: Juan José López Burniol, per qui sento un gran respecte intel·lectual i personal, una veu pública assenyada de la que tan necessitats estem; Joaquin Tornos Mas, mestre i amic que m'ha acompanyat en tota la meua carrera universitària i amb qui he tingut la sort de compartir tants projectes i tantes activitats; i Josep Enric Rebés i Solé, jurista i servidor públic exemplar, fidel deixeble del pare i savi i generós conseller del fill, i que a demés avui em fa l'honor de contestar el meu discurs. Moltes gràcies, benvolgut Josep Enric, per la teva gentilesa i la teva generositat.

El fet que jo us estigui parlant des d'aquí és també el resultat de tota una vida universitària, en la que he tingut la fortuna d'haver trobat mestres excel·lents com Javier Salas, Sebastián Martín-Retortillo, Eduardo García de Enterría o Rafael Entrena. I en aquesta vida universitària ara tinc la sort de sentir-me

rodejat de companys, deixebles i col·laboradors, —novament les persones!—, que continuen la tasca d'estudi i d'investigació amb intel·ligència i dedicació.

2. Josep Maria Font i Rius havia nascut a Barcelona l'any 1915 i va morir l'any 2018, quan faltaven pocs dies per complir 103 anys. Catedràtic d'Història del Dret, tingué una vida llarga i plena, sempre al costat de la mare, Marta Llovet, una persona excepcional i, a demés, arxivera de la Corona d'Aragó, el que li facilitava la tasca de transcripció paleogràfica dels documents històrics que ell necessitava.

Deixeble de Luis García de Valdeavellano, hereu d'una constel·lació on brillaven Joaquín Costa, Eduardo de Hinojosa o Claudio Sánchez Albornoz, el pare es reconeixia més com historiador que com a jurista: de fet, algun cop ens havia explicat que com historiador trobava més el seu lloc a l'Acadèmia de Bones Lletres, però que les sessions de l'Acadèmia de Jurisprudència li interessaven molt perquè com a jurista hi aprenia més.

La seva tasca docent i la seva obra científica han estat glosades amplament. Ara ho he de resumir. El pare fou en essència un professor universitari vocacional, «todo un catedrático» en l'expressió d'Unamuno que li atribuï el seu deixeble Jesús Lalinde— compromès abans que res en impartir una docència de qualitat, com ho féu a les Universitats de La Laguna, Múrcia, València i Barcelona. En aquesta darrera, fou degà de la Facultat de Dret, succeint al seu apreciat Josep Maria Pi Suñer, i a la seva dedicació es deuen, en bona part, la Càtedra Consolat de Mar, la Càtedra Duran i Bas i la magnífica biblioteca que té la Facultat. L'any 1994 li fou atorgat el títol de Degà honorari.

Com a investigador, em remeto al que va escriure d'ell Jaume Vicens Vives, quan l'havia de rebre a l'Acadèmia de Bones Lletres: «cap altre com Font i Rius no podrà representar millor en els nostres rengles els estudis d'Història del dret i de les institucions de Catalunya». Sobretot del dret i de les institucions locals a la Catalunya medieval. Per resumir el seu treball ingent, cito només dues grans obres que els especialistes han considerat capitals: una de joventut: els *Orígens del règim municipal a Catalunya* (1944-45), l'altra de maduresa, *Les cartes de població i de franquícia de Catalunya* (1969-1983), a les que, per cert, el meu germà Josep Maria i jo vàrem contribuir de petits acompanyant el pare d'excursió per tot el país —espardenyant-lo, com deia ell invocant Durán i Santpere— a la recerca de masos i castells enrunats amb què identificar termes i topònims seculars.

El pare també va realitzar una gran tasca de recuperació i difusió documental com a President del Comitè de Textos Jurídics Catalans, i ell mateix redactà l'estudi de la compilació de les Constitucions de Catalunya de 1495. I dirigí al llarg de tota la vida la magna obra de la «Catalunya Carolingia», fundada per Ramón d'Abadal, que ja no va arribar a veure publicada.

La valoració de la seva llarga trajectòria la va fer ell mateix en l'homenatge que l'any 2015, en ocasió dels seus cent anys, li dedicaren l'Acadèmia i les altres

institucions a les que pertanyia. Digué: «sí alguna cosa he après, potser sigui a interrogar-me sobre el paper del Dret al llarg de la història, per a superar els conflictes entre les persones, entre les institucions, entre els pobles, i per a avançar cap a l'establiment de l'harmonia social i de la pau».

El pare va marxar tranquil, sabent que deixava una excel·lent escola d'Història del Dret catalana, encapçalada pel seu deixeble estimat, el professor Tomàs de Montagut, que honora la seva memòria amb el Seminari Permanent a ell dedicat.

Com que estem a l'Acadèmia, em sembla adequat recordar breument la participació del pare en la vida corporativa.

Ja he dit que va ser elegit el 29 de gener de 1960. Va pronunciar el seu discurs d'ingrés en la sessió solemne inaugural del curs acadèmic que l'Acadèmia va celebrar el 4 de novembre de 1972 a l'Aula Major de la catedral de Tortosa, en ocasió del VII Centenari dels Costums de Tortosa, i versà, com era lo propi, sobre «El procés de formació dels Costums de Tortosa».

Dos anys després va pronunciar el Discurs inaugural del Curs acadèmic, sobre «La projecció de Sant Ramon de Penyafort en la societat catalana de la seva època». A llarg dels anys, va presentar diverses comunicacions, com la referida als «Aspectes del dret civil recollits a les ordinacions locals a Catalunya», o al «VII centenari de la publicació del *Recognoverunt proceres*», o sobre una «Nova edició de les Costums de Tortosa».

El 1988 va ser elegit vice-president de l'Acadèmia durant la Presidència de Lluís Figa. L'any 2010, en complir 95 anys i cinquanta de vida acadèmica, la corporació li dedicà un càlid homenatge i el proclamà President Honorari de l'Acadèmia. En aquella ocasió el president Guàrdia glosava bellament, amb cita de la Divina Comèdia, la reciprocitat de l'estimació entre el pare i l'Acadèmia.

En morir el pare, l'Acadèmia el va recordar amb una bonica lloança a càrrec de Josep-Enric Rebés, on va deixar testimoni de l'afecte personal i del reconeixement corporatiu que el pare havia trobat sempre en aquesta casa.

3. Font i Rius va portar durant cinquanta-vuit anys la Medalla acadèmica dedicada a Jaume Callís, que ell mateix havia elegit. Callís era vigatà, i això sol ja el feia atractiu al pare, i segur que també pesà en l'elecció el fet que en la tradició jurídica catalana Callís és sense dubte el jurista més rellevant en el camp del dret públic.

Callís visqué a cavall dels segles XIV i XV. Fou conseller del rei Joan I i del rei Martí, i diputat a Corts, primer pel braç popular i després com a cavaller. Ferran I el nomenà advocat fiscal del Consell Reial, l'òrgan consultiu permanent del monarca, i Alfons el Magnànim el nomenà jutge de la Reial Audiència, càrrec que exercí fins la seva mort el 1434.

De les seves obres destaquen els comentaris als Usatges i als Tractats de Pau i Treva, així com el seu tractat sobre la convocatòria i la celebració de les Corts, sobre el fisc i sobre l'organització estamental. Les Corts de Barcelona de 1413, el

varen comissionar, juntament amb altres juristes, per compilar i traduir al català els Usatges i les Constitucions i altres drets de Catalunya, el que ell féu aplicant la sistemàtica del codi de Justinià, i que resultà en la publicació de les Constitucions de 1495.

Del pensament jurídic de Jaume Callís, estudiat per Jesús Lalinde, en destaca la defensa d'un dret propi de Catalunya, per la via de la romanització dels *Usatges*, i l'adhesió a l'anomenat *pactisme jurídic*. Una síntesi entre el concepte romanista de la monarquia, que sosté la sobirania absoluta del comte de Barcelona, i la teorització de la potestat legislativa compartida entre el rei i el poble.

Podeu imaginar que per la meua especialització en dret públic i la meua dedicació a la funció consultiva, com féu Jaume Callís, rebre la medalla que commemora la seva personalitat em causa una gran satisfacció.

Ah! I no oblideu que la de Jaume Callís és una de les figures realitzades pel gran escultor Josep Llimona que llueixen a la façana del Palau de Justícia de Barcelona.

INTRODUCCIÓ

«*La història d'Europa és des de fa molts anys una carrera: la carrera de la ciutat contra l'Estat*».

Aquesta advertència del gran historiador Fernand BRAUDEL sintetitza perfectament el nucli de la qüestió que suscita aquest estudi¹.

Aquest treball parteix del pressupòsit que en el moment actual, les ciutats, —i no només les europees, sinó com a fenomen a nivell mundial—, estan en el camí de constituir-se en un veritable subjecte jurídic-institucional, de naturalesa similar a la dels estats o d'altres institucions de naturalesa estatal, com poden ser les d'àmbit regional en determinats ordenaments. Les ciutats han entrat en competició amb els estats; en realitat ja estan compartint amb ells algunes de les seves missions caracteritzadores, i fins i tot ja han començat a substituir-los en determinats àmbits.

És comú emfasitzar les dades econòmiques i demogràfiques que caracteritzen la ciutat i la societat urbana. Així, s'assegura que l'economia global s'articula al voltant d'unes quantes ciutats i ciutats-regió, unes 440, que l'any 2025 sumaran una població de 600 milions d'habitants (el 7% del conjunt del planeta) i que seran responsables de la meitat del producte interior brut mundial². Igualment, es preveu que l'any 2050 els dos terços de la població mundial viuran en ciutats³.

¹ F. BRAUDEL, *Le modèle italien*, Flammarion, 1994, p. 34.

² Ben WILSON, *Metròpolis. La història de les ciutats. L'invent més gran de la humanitat*. Edicions 62, 2022, p. 11.

³ La dada l'ofereix Jean-Bernard AUBY, *Droit de la ville*, Lexis-Nexis, 2^a ed. 2016, p. 1.

La tesi que sostinc és que aquesta dinàmica requereix una articulació jurídica, una articulació jurídico-pública, dins del que anomenem el «dret de la ciutat»⁴, que pugui establir un règim jurídic específic per a les ciutats en el context estatal i mundial. Breu, és necessari desplegar l'estudi de la ciutat i del seu dret, de la seva regulació jurídica. En aquest treball pretenc apuntar algunes idees que puguin servir de base per ulteriors estudis, anàlisis i propostes.

En primer lloc, exposaré sintèticament alguns desenvolupaments recents en la configuració jurídica de la ciutat i de les seves funcions, que ja anuncien uns canvis; unes innovacions que obligaran a replantejar elements fonamentals d'aquest dret de la ciutat. Mostraré també els diversos instruments jurídics que poden contribuir a donar forma —forma jurídica— a la ciutat. Entre ells s'hi troba la utilització d'un dret especial per les ciutats diferent del comú dels altres governs locals, i encara més, d'un dret particular per a una ciutat en concret. Aquest és el cas de la ciutat de Barcelona.

En segon lloc, passaré a analitzar les característiques i el significat que té el règim jurídic especial de la ciutat de Barcelona. Tractaré d'enquadrar-ho en el context de l'evolució del dret públic a Catalunya i dins del marc dels requeriments del dret local actual. Així com la relació entre la ciutat oficial i la ciutat real, això és, entre la ciutat municipal i la ciutat metropolitana.

En tercer lloc, finalment, exposaré una visió prospectiva d'algunes dificultats o d'alguns reptes que planteja la configuració jurídica de la ciutat en la dinàmica de la globalització. Bàsicament ho referiré als tres elements clàssics que composen jurídicament els governs locals en la seva condició d'ens públics territorials: territori; competències, que n'hi direm poders; i organització, que n'hi direm configuració de la ciutat com a subjecte global.

I. LA CONFIGURACIÓ JURÍDICA DE LA CIUTAT EN EL CONTEXT ACTUAL

1. *La ciutat, l'Estat i Europa. Evolució recent*

Les generacions actuals estem assistint a la profunda transformació, si no és a la crisi definitiva, de l'Estat nacional sobirà. Consolidada com a forma d'organització política al llarg del segle XIX i de la primera meitat del segle XX, la «creació» estatal es troba avui dia sotmesa a una tal acumulació de tensions d'origen i naturalesa diversos i, a més, en direccions oposades que, tard o d'hora, es produirà un bloqueig en la seva funció bàsica de representació i d'ordenació de la societat per a la convivència humana.

⁴ Aquesta és una expressió avui prou difosa, degut, en part, a l'obra citada de J.-B. AUBY, *Droit de la ville*, Lexis-Nexis, 2^a ed. 2016.

D'una banda, veiem com l'estat, per la seva debilitat, es retira d'amplis camps de la normació social i sobretot econòmica, que queden deixats en les estrictes mans dels mercats. D'altra banda, també està tenint lloc, de fa anys, la transferència de molts dels poders de l'Estat, per la seva inadequació, cap a organitzacions supranacionals, internacionals i globals. També comprovem la progressiva dissipació de la delimitació territorial de l'espai com a àmbit de vigència de la llei i d'exercici dels poders públics, i ens sotmetem a la dimensió global dels agents interlocutors de l'Estat⁵. La vella noció de sobirania, exclusiva i exclouent, ha donat pas, en paraules d'Ulric BECK, a una sobirania inclouent i cooperativa⁶.

Alhora, l'Estat nacional sobirà acusa l'anquilosament dels seus mecanismes d'articulació democràtica, cosa que li fa perdre el contacte amb allò que constitueix la base mateixa de la seva legitimitat, la base de la seva sobirania. S'ha convertit en una organització autoreferent, deslligada de la col·lectivitat. Ha esdevingut incapaç d'assegurar-ne la supervivència i, per tant, d'acomplir la seva missió. Es pot dir que està en vies de disgregació.

Totes aquestes circumstàncies, que afavoreixen la progressiva aparició de nous actors polítics dins de l'ordre mundial, propicien també la incorporació, a aquest concert mundial, d'una vella actriu mil·lenària, una *vecchia* i coneguda *signora* que s'ha guanyat ja un nou i determinant paper de protagonista: és la ciutat, «l'invent més gran de la Humanitat»⁷.

La sentència d'Spengler ho diu ja tot: «Els pobles, els Estats, la política, la religió, totes les arts, totes les ciències, es fonamenten en un únic protofenomen de l'existència humana: en la ciutat»⁸. I l'actual explosió urbana és un fenomen que només pot ser ben comprès en relació amb la ciutat del passat⁹.

Davant la pregunta ¿què ve després de l'Estat nacional sobirà?, la resposta des de la història és: «El poder públic democràticament organitzat pot ser que no desaparegui (i tant de bo!), però tal vegada no es continuarà anomenant *Estat*»¹⁰. I, encara que no s'anomeni *Estat*, avui dia ja no hi ha cap dubte que la ciutat és un dels subjectes cridats a exercir les funcions que, en resposta a determinades necessitats històriques, han caracteritzat l'Estat com a tal.

⁵ Vegeu, entre molts altres, J-B. AUBY, *La Globalización, el Derecho y el Estado*, Derecho Global, 2012, p. 43.

⁶ Ulric BECK, *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 2017, p. 159 i 184.

⁷ Ben WILSON. *Metrópolis. La història de les ciutats. L'invent més gran de la humanitat*, Edicions 62, Barcelona, 2022.

⁸ Oswald SPENGLER, *La decadencia de Occidente*, Austral, 2011, II, 2.

⁹ En aquest sentit, és fonamental l'obra d'Arnold J. TOYNBEE, *Ciudades en marcha*, Alianza Ed., Madrid 1973.

¹⁰ Més enllà de les opinions dels sociòlegs, economistes i politòlegs, per a una reflexió en la perspectiva de la història jurídica veg. la del recentment traspassat Michael STOLLEIS, *¿Qué viene después del Estado nacional soberano? ¿Y qué puede decir al respecto la Historia del Derecho?*, Madrid, Marcial Pons, 2011, 103.

En la perspectiva del futur proper, davant l'erosió del fenomen estatal, la ciutat proporciona a la política la legitimació des de la base, perquè aporta a la col·lectivitat elements de pertinença o de vinculació social a un context urbà identificable. I, a partir d'aquest arrelament fonamental, la ciutat es projecta novament cap al món global. En aquest context, hom pot proposar-se justificar perquè les ciutats poden governar el món i com poden treure profit de la seva manca de sobirania «estatal». Les ciutats, per exemple, poden cooperar a nivell mundial perquè no està en perill la seva «sobirania»¹¹.

No és necessari insistir en l'íntima connexió entre el fenomen històric de la ciutat en el nostre context, i la forma política de la democràcia, a partir dels seus orígens atenesos, amb la formulació de Clístenes. La ciutat apareix aleshores com el triomf de la igualtat en drets i deures enfront de la identitat de la sang i de la tribu¹². Així es passà de la família o el clan, com a comunitat privada, a la ciutat com a comunitat pública.

Fixem-nos com dos mil cinc-cents anys després, i fent un gran salt fins i tot d'escala, aquest mateix tipus de consideració es trasllada avui a la dinàmica de funcionament de la Unió Europea, on finalment es dissenya una veritable política europea de les ciutats, perquè se les considera el reflex més fidel del que és una veritable comunitat política que ha de legitimar socialment les institucions, més enllà de la «retòrica basada en l'Estat»¹³.

Precisament Europa ha estat l'escenari de tot un procés iniciat el 1945, amb vista a l'enfortiment del paper de les llibertats locals i del lloc del municipi en el context de reconstrucció política europea i de les seves institucions després de la traumàtica experiència dels règims totalitaris i de la Segona Guerra mundial. La consideració històrica dels elements comuns als països europeus va posar en valor la incidència que havia de tenir l'existència d'unes ciutats i uns municipis lliures i autònoms per garantir el sistema de llibertats ciutadanes davant l'Estat, és a dir, per configurar una veritable democràcia¹⁴.

¹¹ Vegeu àmpliament l'interessant llibre de Benjamin R. BARBER, *Si els alcaldes governessin el món. Països disfuncionals, ciutats emergents*, Arcàdia, Barcelona, 2015. Així, mentre els EUA i la Xina estan enfrontats, les ciutats de Nova York i de Hong-Kong mantenen una estreta cooperació.

¹² Pedro OLALLA, *Grecia en el aire. Herencias y desafíos de la antigua democracia ateniense vistos desde la Atenas actual*, Acanalado, Barcelona 2015, p. 48.

¹³ Elisabetta TATÍ *L'Europa delle Città. Per una política europea del diritto urbano*, Franco Angeli, Milano, 2020, p. 422.

¹⁴ S'acostuma a destacar la influència que va tenir l'obra de l'historiador suís Adolf GASSER, *L'autonomie communale et la reconstruction de l'Europe : principes d'une interprétation éthique de l'histoire*, trad. William PERRENOUD, Boudry-Neuchâtel, 1946. Així, A. GALINSOGA, A. NOVELL, A. BLANCH, «La autonomía local en el marco jurídico-internacional europeo», *REALA* núm. 237 (1988), p. 882; I. LASAGABASTER, *La Carta Europea de la Autonomía Local*, Iustel, 2007, p. 31. Per a més detall sobre aquest procés, em remeto al meu treball: «El significado de la Carta Europea de Autonomía Local y sus retos actuales», al llibre col·lectiu Tomàs FONT i LLOVET (Dir.), *La Carta Europea de Autonomía Local a los treinta años de su aplicación: balance y perspectivas*, Fundació Democràcia y Gobierno Local, 2019, que segueixo a grans trets en el text.

En aquest context, la prevenció contra dinàmiques autoritàries i centralistes situa el municipi com la institució bàsica que pot fer de contrapès al poder de l'Estat i com a garantia de la democràcia i del pluralisme, en la línia de pensament inaugurada per Tocqueville en el seu famós passatge: «És al municipi on resideix la força dels pobles lliures. Les institucions municipals són, a la llibertat, allò que les escoles primàries són a la ciència: la posen a l'abast del poble, el fan gaudir del seu ús pacífic i l'acostumen a servir-se'n. Sense institucions municipals, una nació es pot donar un Govern lliure, però no tindrà l'esperit de la llibertat»¹⁵.

Una primera concreció d'aquell moviment polític es troba a la *Charte européenne des libertés communales*, aprovada a Versalles el 1953 per l'Assemblea General dels Municipis d'Europa, i al preàmbul queda clara l'orientació que la presideix:

«Els municipis d'Europa estan decidits a construir, en interès dels Ciutadans, una Europa lliure i pacífica. En conseqüència, han decidit evocar els seus drets basats tant en tradicions mil·lenàries com en la llibertat i la dignitat humanes. Constaten que avui dia aquests drets estan en perill i de vegades fins i tot han estat aniquilats...».

Posteriorment, el 1957, la Conferència Europea de Poders Locals reuneix per primera vegada electes locals juntament amb l'Assemblea de Parlamentaris del Consell d'Europa, on el 1961 aconseguí l'estatut d'òrgan permanent, i el 1975, la denominació de Conferència de Poders Locals i Regionals d'Europa, que mantindrà fins a transformar-se, el 1994, en el Congrés de Poders Locals i Regionals d'Europa (CPLRE)¹⁶. El 1981 sotmet al Comitè de Ministres del Consell d'Europa un projecte de Carta Europea de l'Autonomia Local sota la forma de Conveni Europeu. En va aprovar el text el juny de 1985 i el va obrir a la signatura el 15 d'octubre de 1985, en ocasió de la 20a sessió plenària de la CPLRE¹⁷.

El seu preàmbul diu així:

«Considerant que les Entitats locals són un dels principals fonaments d'un Règim democràtic; Considerant que el dret dels ciutadans a participar en la gestió

¹⁵ A. de TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Aguilar, 1992, tom I, p. 62. Vegeu, en relació amb això, l'interessant estudi d'A. GARRORENA MORALES, «Entidades locales, cuerpos intermedios y libertad en el pensamiento de Alexis de Tocqueville», a *Anuario del Gobierno Local* 2012, p. 173 i seg.

¹⁶ Sobre l'evolució de la Conferència Europea de Poders Locals, veg. Maria Àngels CLOTET MIRÓ, *La cooperación internacional de los municipios en el marco del Consejo de Europa. La obra de la Conferencia Permanente de Poderes Locales y Regionales de Europa*, Civitas, 1992; A. GALINSOGA, A. NOVELL, A. BLANCH, «La autonomía local en el marco jurídico-internacional europeo», cit., p. 915. Vasiliki. A. KALIMERI, *Le Conseil de l'Europe et les collectivités territoriales. Contribution à l'étude de l'autonomie locale*, L'Harmattan, 2017, p. 49 i seg. i 298 i seg.

¹⁷ Veg. la intervenció de J-C VAN CAUWENBERGHE, President de la Comissió de Finances i Gestió del CPLRE, a d. a., *Estudios sobre la Carta Europea de la Autonomía Local, Barcelona, 23-25 de enero de 1992*, Ajuntament de Barcelona, p. 33 i seg.; M. A. CLOTET MIRÓ, *La cooperación internacional...*, cit., p. 222 i seg.; LASAGABASTER, *La Carta...*, cit., p. 32 i seg.

dels afers públics forma part dels principis democràtics comuns a tots els Estats membres del Consell d'Europa; Convençuts que, en aquest àmbit local, aquest dret pot ser exercit més directament; Convençuts que l'existència d'Entitats locals investides de competències efectives permet una administració alhora eficaç i propera al ciutadà; Conscients que la defensa i l'enfortiment de l'autonomia local en els diferents països d'Europa representen una contribució essencial a la construcció d'una Europa basada en els principis de democràcia i descentralització del poder».

La CEAL, en el moment de la seva aprovació i ratificació per part dels primers Estats que ho van fer —el primer país que la va ratificar va ser Luxemburg el 1987; Espanya ho va fer el 1988—, es caracteritza pel seu fort component polític com a articulació efectiva del sistema democràtic. L'autonomia local es configura, doncs, com a un instrument necessari per a la consecució de la plenitud de l'Estat democràtic¹⁸.

A partir d'aquí, el lloc del municipi i de la seva autonomia en el concert dels estats contemporanis —entre ells, els europeus— ha evolucionat de manera molt significativa.

D'una banda, podem dir que el municipalisme ha contribuït a la construcció de l'Europa política democràtica, i aquesta Europa —el Consell d'Europa, l'Europa de les institucions i dels ciutadans— ha estat, al seu torn, determinant, si bé amb limitacions, en el reforç d'aquest municipalisme, de l'autonomia i de la democràcia local. I, paradoxalment, serà també Europa —però aquest cop la Unió Europea, l'Europa de l'economia i dels mercats— la que pot significar el més gran dels obstacles al ple desenvolupament de l'autonomia i la democràcia locals.

En un extrem de síntesi, és fàcil observar, segons que hem vist, com el Consell d'Europa, per mitjà de la CEAL, se situa en la línia de limitar el poder dels Estats en favor de les entitats públiques territorials de base, i en favor de les llibertats dels ciutadans.

La Unió Europea, en canvi, ha tendit durant molt de temps a disminuir allò que és públic —tot dient-ne «racionalitzar»— per exigències de l'austeritat i la contenció del dèficit, i ha tendit a encoratjar la supressió d'estructures públiques i de nivells administratius¹⁹, com es pot veure en totes les actuacions en relació amb Itàlia, Espanya, Portugal, Grècia i Irlanda en ocasió de la crisi econòmica de la

¹⁸ Així ho ha destacat L. ORTEGA, a «La Carta Europea de la Autonomía Local y el ordenamiento local español», *REALA* 259 (1993), p. 477: «Casi cabría utilizar un elemental silogismo matemático en su descripción: si Europa es igual a Democracia y el Municipio es igual a Democracia, Europa es igual a Municipio. Aquí hay, en efecto, una de las más hermosas ideas de todo este proceso político e institucional».

¹⁹ Així s'anunciava ja a T. FONT i A. GALÁN, «Gobierno local y reorganización territorial: ¿la reforma vendrá de Europa?», a *Anuario del Gobierno Local* 2011, p. 11 i seg.

primera dècada d'aquest segle²⁰, o a incrementar els controls d'eficiència i sostenibilitat. Tot això, en el nostre país va tenir el seu reflex més vistós a la Llei 27/2103, de Racionalització i sostenibilitat de l'Administració Local (LRSAL)²¹, i ha deixat una empremta profunda en tot el món local europeu²². La reforma constitucional de l'art. 135 CE, que impulsa les posteriors polítiques d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera, ha projectat especialment la seva influència en el camp de les competències locals. S'ha arribat a afirmar que en el fons ha tingut lloc, a més, una mena de mutació constitucional²³.

Però la intervenció de la UE ho ha estat també, com és notori, per exigències del mercat, que limita el paper d'allò que és públic i que el supera per extensió a propòsit del fenomen de la globalització. Si l'autonomia local pot tenir un referent per oposició a la sobirania dels Estats —una sobirania cada vegada més diluïda en el context global—, es corre el risc de disminuir radicalment la tutela que l'organització política dels Estats, el Consell d'Europa, ofereix als municipis.

En termes molt generals, l'aparició dels mercats financers globals com a veritables interlocutors de les polítiques estructurals nacionals, ha canviat les regles del joc i el mateix rol dels subjectes que hi intervenen. El món local s'ha trobat, així, al centre d'un remolí centrípet que ha conduït cap a una nova recentralització política i administrativa²⁴.

En definitiva, amb tota la seva cruïsa s'ha posat de manifest una tensió oposada arran del municipalisme entre les dues Europes: l'Europa de la democràcia i de l'autonomia, de les llibertats civils, és a dir, l'Europa del Consell d'Europa, enfront de l'Europa dels mercats i de les llibertats econòmiques, és a dir, l'Europa de la Unió²⁵.

²⁰ Entre molts altres, Marcos ALMEIDA CERREDA, Claudia TUBERTINI, P. COSTA GONÇALVES (dirs.), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas-Thomson Reuters, 2012; veg. també, L. COSCULLUELA MONTANER, L. MEDINA ALCOZ (dirs.) Maria HERNANDO RYDINGS (coord.), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Civitas-Thomson Reuters, 2012.

²¹ A més dels títols ja citats, veg., entre molts altres, M. J. DOMINGUEZ ZEBALLOS (coord.), *Reforma del régimen local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014; A. GALÁN (dir.), *Nous governs locals: regeneració política i estabilitat pressupostària*, IEA, 2016, així com el número monogràfic de l'*Anuario del Gobierno Local 2013*, «¿Un nuevo gobierno local en España? La reforma de la Administración local en la ley 27/2013».

²² Vegeu, entre molts altres, Luciano VANDELLI, Gianluca GARDINI, Claudia TUBERTINI (dirs.), amb la col·laboració de Marzia DE DONNO, *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Maggioli Ed., 2017.

²³ T. FONT I LLOVET, A. GALÁN, «La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?», a *Anuario del Gobierno local 2013*.

²⁴ J. P. QUINTANA CARRETERO (dir.) *Globalización y principio de autonomía local*, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

²⁵ Per descomptat que aquest dilema es planteja pretesament de manera més aviat simplista, amb la finalitat de cridar l'atenció sobre una dinàmica que, sens dubte, és molt més complexa.

Enmig d'aquesta dialèctica, apareix com a fenomen singular la consolidació de la ciutat com a protagonista de l'articulació institucional pública i com a promotora de tot tipus d'iniciatives polítiques, econòmiques, socials i culturals.

En efecte, avui dia ja no es pot negar que el paper central que despleguen les ciutats —les europees i les de tot el món— ja no és aquell de defensar un cercle protector de les llibertats individuals contra el poder dels Estats. Al segle XXI el paper central de les ciutats es projecta en la configuració estratègica i l'execució de la política, l'economia, el coneixement i l'articulació social en el context global²⁶.

2. *Les funcions de la ciutat*

El que fins fa poc s'anomenava —o encara s'anomena— autonomia per a la gestió dels propis interessos (art. 1 LBRL), o capacitat efectiva per ordenar i gestionar una part important dels assumptes públics (art. 3.1 CEAL), és a dir, la noció d'autonomia local, ha guanyat complexitat en el moment present. Així, a més del desplegament de les tasques pròpiament «municipals», avui les ciutats han d'afrontar les següents funcions:

a) En primer lloc, l'autogestió dels propis interessos, certament, però en una situació de fragmentació, diversitat i encara contraposició d'aquests interessos, de manera que la primera funció que ha de desplegar la ciutat és la de mediació i composició d'interessos, per a la qual cosa resulta bàsica la creació d'un propi espai jurídic.

b) En segon lloc, la codecisió en la formulació de la política general nacional —tant autonòmica com estatal— i encara transnacional, la qual cosa planteja una expansió de la subjectivitat internacional i una real compartició de la representació de la sobirania, que com hem dit abans, ja no és exclouent sinó que és inclusiva i cooperativa.

c) La projecció exterior de les aspiracions col·lectives de la comunitat i la captació de recursos suficients no assequibles en les estructures estatals, de manera que les ciutats ja no només cooperen entre sí (art. 10.1 CEAL), sinó que competeixen durament en un escenari global.

És un fet que, en l'actualitat, les ciutats, les grans aglomeracions, les metròpolis, a tot el món estan assumint comeses clàssiques pròpies del poder estatal nacional, com són la seguretat pública, la justícia i la seguretat jurídica, la redistribució de la renda, la definició dels drets dels ciutadans (solidaritat social, l'habitatge, la immigració), la delimitació del mercat (comerç, transport, turisme), les grans infraestructures, àdhuc fora del seu propi territori (aeroports, grans xarxes

²⁶ Vegeu per totes l'obra fonamental de Patrick LE GALÈS, *Le retour des villes européennes*, ScienPo, 2^a ed., 2011.

transnacionals), fins i tot les relacions exteriors o internacionals (*city diplomacy*)²⁷. En realitat, les ciutats han passat de col·laborar amb l'Estat a competir amb l'Estat i, en alguns casos, a suplir l'Estat.

Una conseqüència lògica de l'anterior és que les ciutats necessitaran, doncs, exercir poders de l'Estat, el que significaria, en un cert sentit, participar dels atributs de la sobirania, que ja ha deixat de ser, com hem dit, exclusiva i excloent.

En aquest sentit, un dels aspectes més nous de la projecció funcional de les ciutats és que l'entorn on despleguen aquestes funcions és l'espai propi dels Estats. Amb alguns exemples dels darrers anys podem copsar el sentit del que estem afirmant.

a) El primer cas: El 2015, després d'anys de diverses aproximacions, en el marc d'Hàbitat III, l'ONU va atorgar als governs locals un tracte diferent del que fins aleshores els havia assignat —que havia estat el propi de les ONG: el dret a ser consultades—, i els va convidar a formar part també de les deliberacions²⁸. A partir d'aquí, s'explica que, entre els objectius de desenvolupament sostenible de l'ONU —els ODS 2030—, hi figuri precisament l'«*objectiu urbà*», referit a la creació de ciutats cohesionades, segures, resilents i sostenibles (núm. 11)²⁹. Apareix, doncs, la Ciutat com a *subjecte* i com a *objecte* de la política global. Certament, en aquella seu, les ciutats són vistes com unes competidores davant la sobirania estatal, però també és veritat que poden acabar sent les millors aliades dels Estats en el seu combat en l'escenari global. Per això s'admet la presència de les ciutats als *llocs* de l'Estat, *a la seu* dels Estats, i això és realment molt significatiu.

b) Segon cas: La ciutat incrementa la seva presència en molts més àmbits. En un altre lloc he recordat com el 2019, quan Donald Trump, president en aquell moment dels Estats Units, va decidir d'abandonar l'Acord de París pel Canvi Climàtic, es va organitzar als Estats Units la *Climate Mayors*, una coalició de més de 470 alcaldes, tant demòcrates com republicans, compromesos en favor del medi ambient, que des d'aleshores intervé habitualment a les cimeres internacionals i posa de manifest, com hem dit, que les ciutats poden «substituir» l'Estat a la «seu» dels Estats³⁰.

²⁷ Vegeu Gustavo Manuel DÍAZ GONZÁLEZ, *La acción exterior local. Bases constitucionales*, Iustel, 2019.

²⁸ Això es va dur a terme mitjançant la *Global Taskforce of Local and Regional Governments*, un mecanisme de coordinació i consulta promogut per CGLU, que conjumina les principals xarxes internacionals d'autoritats locals. Veg. les dades sobre aquesta evolució que ofereix E. GARCIA-CHUECA, *Una mayor inclusión de los gobiernos locales hará más efectiva la ONU*, CIDOB REPORT # 06- 2020.

²⁹ José ESTEVE PARDO, *La Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2021.

³⁰ Em remeto al meu article, «De la autonomía local al poder de las ciudades», *Istituzioni del federalismo*, número especial en homenatge a Luciano Vandelli, 2020, p. 115 ss.

c) Tercer cas: encara més recentment, a la Conferència del Clima de les Nacions Unides (COP26), celebrada a Glasgow el mes de maig de 2022, hi ha participat directament el moviment C40 Cities, que agrupa a quasi bé un centenar de grans urbs aliades contra el canvi climàtic, del qual n'és vice-presidenta, per cert, l'alcalde de Barcelona. També aquí les ciutats interactuen amb els Estats a nivell mundial. Ja no es tracta d'una relació de cada municipi amb el «seu Estat», que és l'òptica clàssica de l'autonomia local, sinó d'una interlocució de «totes les ciutats», dels moviments mundials de ciutats, amb l'organització mundial dels Estats. En aquesta òptica, es planteja, en conseqüència, quina és la posició de les ciutats per a desplegar les seves potestats, i quin és el seu camp d'acció directa.

Parafraçant l'expressió que hem utilitzat en un àmbit molt proper, si el règim local clàssic en el nostre ordenament es debat entre el seu caràcter bifront, o la seva major «interiorització» per les Comunitats autònomes³¹, avui dia queda clar que l'estatus de les ciutats, el seu règim jurídic, no està exclusivament «interioritzat» dins de l'ordenament jurídic dels estats, sinó que ostenta un caràcter multipolar de molta major complexitat³². Després hi tornarem.

Així doncs, amb els nous plantejaments que comencen a aparèixer al primer quart del segle XXI, aquella visió inicial que vinculava l'autonomia local amb la democràcia i les llibertats ha passat a enriquir-se amb la seva projecció, també, sobre els drets dels ciutadans, la igualtat social i la solidaritat humana. Si segueix així, la transformació conceptual serà de gran calat, i comportarà també un profund canvi en el plantejament de l'estatus jurídic de les ciutats.

En efecte, el tradicional plantejament del *municipi* com a titular de l'*autonomia local en front de l'Estat* haurà de completar-se amb una visió més funcional de la *ciutat* com a titular de *potestats en favor de la col·lectivitat*³³. Ho veurem a la tercera part d'aquest treball.

3. *La forma jurídica de la ciutat*

Un dels aspectes més complexos en relació a la construcció del règim jurídic de les ciutats en el món contemporani és la delimitació del propi concepte de ciutat, de gran àrea o aglomeració urbana, des del punt de vista jurídic-formal.

³¹ Entre altres ocasions, vegeu: T. FONT i LLOVET, «Los retos actuales del gobierno local: repolitización, diversificación, interiorización», a J.M. BAÑO LEÓN, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPC, Madrid, 2016, II, pp. 1929-1946.

³² En aquesta línia, Göran THERBORN, *Cities of power. The urban, the national, the popular, the global*. Verso, 2019.

³³ Em remeto novament al meu article «De la autonomía local al poder de las ciudades», cit.

Certament, la configuració conceptual de la ciutat com a subjecte juridicopolític no és una qüestió senzilla ni que es pugui resoldre en pocs anys. Tampoc ho va ser la de l'Estat, que va requerir segles.

Certament, les aproximacions que es fan des de l'anàlisi de l'espai, en atenció a la formalització física del territori i de l'espai urbà, són prou fiables³⁴. Però, tal com canta Virgili en la fundació de Cartago, al Llibre I de *l'Eneida*, a la construcció física i urbanística de la ciutat li és consubstancial la seva forma institucional³⁵:

«I ja escalaven el pujol que de tota l'altura domina la ciutat i contempla daltabaix les muralles. Admira, Eneas, aquella grandesa, tuguris en altre temps; admira les portes, la bullícia, l'empedrat dels carrers. S'afanyen ardents els tiris; els uns prolonguen els murs, i basteixen la ciutadella, i empenyen blocs cap a dalt amb els braços; els altres escolleixen el solar per a l'estatge i el volten d'una rasa. *Elegeixen jutges i magistrats i un senat august*»³⁶.

A la *forma urbis* cal afegir-hi, doncs, la *forma civitatis*, que finalment acabarà per configurar el *ius civitatis*.

En els darrers temps s'ha desenvolupat molt l'adjectivació de la ciutat, quasi bé com una veritable estratègia³⁷: la ciutat intel·ligent³⁸, la ciutat justa³⁹, la ciutat ben disposada⁴⁰, la ciutat col·laborativa o ciutat compartida⁴¹, la ciutat refugi⁴², la

³⁴ Aquest és el camp de la urbanística i de la geografia urbana, en el que no entraré. Una excel·lent formulació i aplicació és la de J. PARCERISA BUNDÓ, *Forma urbis: cinco ciudades bajo sospecha*, Laboratori d'Urbanisme de Barcelona, Barcelona, Ed. UPC, 2012. Amb caràcter més general, entre altres, A.E.J. MORRIS, *Historia de la forma urbana. Des de sus orígenes hasta la revolución industrial*, Gistavo Gili, Barcelona, 2018.

³⁵ Ho recorda bellament Giuseppe PIPERATA a «La città oltre il Comune: nuovi scenari per l'autonomia locale», a *Istituzioni del federalismo*, núm. extraordinari en memòria de Luciano Vandelli, 2020, 135.

³⁶ *Eneida*, I, 418-430, traducció al català de Miquel Dolç, Fundació Bernat Metge.

³⁷ Susana DE LA SIERRA, «Las ciudades adjetivadas», a DDAA: *La ciudad del siglo XXI: transformaciones y retos*, AEPDA-INAP, 2020, pp. 717-727.

³⁸ La bibliografia és molt abundant. Per tots, el número monogràfic de la revista *Istituzioni del federalismo*, sobre «Smarts cities e amministrazioni intelligenti», núm. 4, 2015; Vicenç AGUADO CUDOLÀ (et al·lii): *El derecho a la ciudad: el reto de las Smart cities*. Ed. Atelier, Barcelona, 2019. Vegeu també Agustí CERRILLO i MARTÍNEZ: «Los servicios de la ciudad inteligente», a DDAA: *La ciudad del siglo XXI: transformaciones y retos*, citat, pp. 119-457. També, Tomàs FONT i LLOVET «La ciudad inteligente como actor global», *European Review of Digital Administration & Law*, 2021, Vol. 2, Issue 1, pp. 237.

³⁹ Vegeu. Gianluca GARDINI: «Rigenerazione urbana e nuova pianificazione urbanistica. Verso la 'città giusta' a DDAA: *La ciudad del siglo XXI: transformaciones y retos*, cit., pp. 665-704.

⁴⁰ Em remeto a les referències de Luciano PAREJO ALFONSO, «Reflexiones en torno a la ciudad y el Derecho Administrativo», a DDAA: *La ciudad del siglo XXI: transformaciones y retos*, cit., pp. 629-664, a partir de l'obra de J. F. P. ROSE, *The well-tempered city. What modern science, ancient civilizations, and human nature teach us about the future of urban life*, Ed. Harper Wave. An Imprint of Harper Collins Publishers, New York 2016.

⁴¹ Vegeu, entre molts altres, el núm. Monogràfic de la Revista *Istituzioni del federalismo*, sobre «Polítiche e strumenti per le città collaborative», núm. 4, 2019, així com el volum col·lectiu *New policies and Practices for European Sharing Cities*, Bologna, 2019.

⁴² O ciutat d'acollida front a les migracions forçades. Així, la Xarxa de Ciutats Refugi proposada el 2015 per l'alcaldesa de Barcelona, Ada Colau i a la que es va sumar la seva homòloga

ciutat oberta⁴³, la ciutat global⁴⁴. Tot plegat, amb la intenció d'anar perfilant un règim jurídic específic, però que és sobretot això, adjectiu. En canvi, el punt clau és el substantiu: definir la ciutat com a subjecte.

Al costat de les «maneres de fer» de les ciutats, interessen les seves «maneres de ser». Des de l'òptica jurídica-pública, actualment es pot observar un ampli polimorfisme en la solució organitzativa de la ciutat o, més ben dit, de la gran ciutat.

a) Certament, la *ciutat-municipi* continua sent a tot arreu la forma jurídica per excel·lència. Dins d'aquesta categoria, el legislador pot establir règims diferenciats en alguns aspectes específics per a categories de subjectes. És el cas espanyol de la Llei denominada de Grans Ciutats⁴⁵, que preveu modulacions en la seva organització, però no pas en les seves competències. Però el fenomen de les grans conurbacions de dimensions metropolitanes i regionals, així com variats factors històrics diferencials, ofereixen diversos models alternatius que podem resumir així:

b) *La ciutat per refosa* amb altres nivells superiors d'organització territorial (Província, Comunitats autònomes, Estat federat) el que porta a una simplificació en aquell àmbit dels nivells de l'organització territorial. Així, per exemple, la solució italiana de refondre la ciutat metropolitana amb la província. També a França, la solució adoptada en el cas de Lió, amb la refosa del departament i de la ciutat metropolitana. En aquests casos, subsisteix el municipi com a organització de base. En d'altres, la ciutat-municipi es refon amb el nivell superior d'organització territorial, com es pot veure a la solució alemanya de les ciutats-Estat de Berlín, Hamburg i Bremen o, en un altre nivell, també les ciutats «lliures de *kreis*»⁴⁶.

c) *La ciutat per agregació* conduiria a refondre els municipis associats amb l'àrea metropolitana, o una altra entitat supramunicipal, i donaria lloc a la creació d'un nou subjecte específic —la ciutat—, tant si s'anomena metropolitana com si no. En aquest supòsit, desapareixerien els municipis preexistents, que probablement mutarien el seu estatus jurídic al de municipalitats internes o districtes. És el cas de l'annexió a Madrid de 13 municipis perifèrics, produïda entre els anys 1948 i 1954, o de la creació del Gran Londres els anys 60 del passat segle.

a Madrid i molts altres ajuntaments espanyols. Amb les posteriors migracions arran de la invasió d'Ucraïna per Rússia, s'han desplegat encara més aquest tipus d'iniciatives.

⁴³ Vegeu un dels propulsors d'aquest model, Richard SENNETT, *Construir i habitar*. Ètica per a la ciutat, Arcadia, 2020.

⁴⁴ Per tots, vegeu Francisco VELASCO CABALLERO: «El Derecho de las ciudades globales», en *Anuario de Derecho Municipal 2017*, IDL-UAM, Madrid, 2018, i la bibliografia allí citada.

⁴⁵ Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que incorpora un nou Títol X a la LBRL.

⁴⁶ En el cas de Berlín, fins i tot, la realitat urbana excedeix el seu àmbit territorial, el que ha fet necessari un acord amb l'Estat circundant de Brandenburg. Vegeu, darrerament, Dian SCHEFOLD, *Drei staadtstaaten: Basel, Berlin, Bremen*, Europäische Verlagsanstalt, s.d.

d) *La ciutat per superposició*, en què es manté l'estructura municipal pre-existent i a la qual se suma una organització superior. És el cas espanyol de la creació d'àrees metropolitanes per llei autonòmica, però també les formes associatives, mancomunades o consorciades⁴⁷.

e) *Intervenció per llei singular*, que defineix cas per cas l'estatut jurídic d'una ciutat en concret, amb independència de la natura jurídica de l'organització que la representi. S'acosta a la dinàmica, a Espanya, de la llei especial i singular, com és el de la Carta Municipal de Barcelona aprovada per llei de Parlament de Catalunya, 22/1998, de 30 de desembre, i de la llei estatal 1/2006, de 13 de març, de Règim especial del municipi de Barcelona⁴⁸. Pel seu caràcter emblemàtic, ens hi referirem amb tot detall a la part següent d'aquest treball.

Hi ha, doncs, diverses *maneres de «ser» ciutat* que poden superar el marc juridicoadministratiu del municipi⁴⁹. El repte consisteix a plantejar la possibilitat que un mateix ordenament es pugui atribuir a diverses formes juridico-institucionals, establir un *estatus jurídic comú de ciutat*, és a dir, un conjunt de *poders específics*, un règim jurídic, adequat a les funcions pròpies comunes en totes les ciutats. Com dic, aquesta construcció es dilatarà en el temps, amb ritmes històrics diferenciats, encara que no tant en la mesura en què la globalització pugui afavorir tendències convergents.

II. EL RÈGIM ESPECIAL DE LA CIUTAT DE BARCELONA

1. *El dret públic català i el règim especial del municipi de Barcelona*

La ciutat de Barcelona ha disposat durant llargs períodes de la seva història d'un règim jurídic-institucional propi, d'una ordenació jurídica específica que l'ha singularitzat respecte de les altres ciutats de Catalunya i d'Espanya. Aquest règim especial és un dels molts elements que configuren la llarga tradició del municipalisme a Catalunya que, a manca d'institucions nacionals pròpies durant dos segles i mig, constitueix una de les arrels del mateix dret públic català actual.

⁴⁷ Les formes jurídiques poden ser molt variades. En el cas d'Anglaterra, és el supòsit de les *combined authorities* creades per mecanismes associatius, veg. Marc VILALTA REIXACH, «Modelos de organización metropolitana: las *combined authorities* inglesas,» a *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* (REAF), núm. 31, 2020, p. 101-142.

⁴⁸ També el cas de Madrid en cert sentit, o les ciutats autònomes de Ceuta i Melilla, amb Estatut d'Autonomia; o bé, *en un altre àmbit*, s'hi aproxima la fórmula de la «Constitució» de la Ciutat, com en el cas de grans ciutats llatinoamericanes (Mèxic, Buenos Aires). En aquests casos, es planteja, entre altres aspectes, la qüestió del rang normatiu i la dels límits a l'especialitat.

⁴⁹ Fulvio CORTESE, «Dentro il nuovo diritto delle città», a *Munus*, núm. 2, 2016.

La història del règim especial de Barcelona ha estat exposada abastament, i no és l'objecte d'aquest estudi d'aturar-s'hi en detall⁵⁰. Només ho faig per tal de posar de relleu la seva integració en el conjunt del dret públic de Catalunya.

Quant als orígens, recordem només que el procés gradual de la configuració jurídica del règim municipal barceloní sota el regnat de Jaume I —organització inicial el 1248, reformes de 1258, 1265 i 1274— en el context de l'aparició definitiva de la institució municipal al conjunt de la Catalunya medieval⁵¹, queda coronat mitjançant el *Recognoverunt Proceres*, disposat per Pere el Gran el 1283, i que constitueix el «verdader estatut jurídic de la ciutat»⁵².

Però, saltant els segles, el que ara vull destacar és la incorporació del règim especial de Barcelona en el municipalisme català a partir del s. xx. La dinàmica generada per la Mancomunitat estimulà el desplegament dels conreadors del municipalisme, del dret local i del dret públic⁵³, i, pel que aquí interessa, serà l'aprovació de l'Estatut Municipal de Calvo Sotelo (1924) la porta que donarà entrada legal, per primer cop a Europa, al règim especial de Carta Municipal. Aquesta possibilitat no va ser aprofitada per l'Ajuntament de Barcelona, però sí que serví d'inspiració pocs anys després als redactors de la Llei Municipal de Catalunya, un cop establert el règim d'autonomia en virtut de l'Estatut de 1932, que al seu art. 10 atribuïa a la Generalitat la competència sobre la legislació de règim local.

Com és sabut, la tasca de preparació legislativa en la Generalitat republicana fou assignada a la Comissió Jurídica Assessora, que actuà com una veritable comissió de codificació⁵⁴. El 19 de gener de 1933 es reuní per primer cop la secció de la Comissió que, en un breu període de temps, elaboraria l'Avantprojecte de Llei Municipal

⁵⁰ Una bona síntesi és la de Ricard GRACIA RETORTILLO, *Evolució històrica del règim especial del municipi de Barcelona*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2008. Vegeu també, DDAA *Història de l'Ajuntament de Barcelona. Dels orígens a 1808*, Enciclopèdia Catalana, 2007. Manuel ARRANZ, Ramon GRAU, Marina LÓPEZ, *Anàlisi històrica de l'ajuntament de Barcelona (segles XVIII -XX)*; Documents de treball per a la Carta Municipal, Quadern número 3, Ajuntament de Barcelona, 1987.

⁵¹ Vegeu Josep M^a FONT i RIUS, «Orígenes del Règim municipal en Catalunya», *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. XVI (1945) i vol. XVII (1946), ara al volum recopilatori dels seus treballs *Estudis sobre els drets i les institucions locals a la Catalunya medieval*, Universitat de Barcelona, 1985, p. 281 ss., en especial, p. 491 ss.

⁵² Josep Ma FONT i RIUS, «Jaume I i la municipalitat de Barcelona» a *Estudis sobre els drets i les institucions locals a la Catalunya medieval*, cit., p. 676.

⁵³ Vegeu Xavier ARBÓS, «Els inicis del dret públic contemporani a Catalunya», i Enric ARGULLOL, «Una aproximació al conreu del dret públic a Catalunya», tots dos a *Revista catalana de dret públic*, 41 (2010). Una síntesi d'aquest període, i dels posteriors, a Xavier FORCADELL i ESTELLER, *L'organització territorial i el règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, Tirant lo Blanch, 2016.

⁵⁴ Vegeu Vicenç AGUADO CUDOLÀ, «La Comissió Jurídica Assessora i l'autonomia de Catalunya durant la Segona República: la creació del sistema polític i institucional d'autogovern» RCDP 48, 2014, pp. 83 ss. així com l'obra col·lectiva DDAA *La Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya. 75 anys d'història*, impulsada per la mateixa Comissió, Viena ed., 2011.

de Catalunya⁵⁵. En aquell moment, el desenvolupament del dret públic a Catalunya havia agafat ja una bona embranzida: la secció estava integrada per Joan Maluquer i Viladot (president, que ho era també de la Comissió Jurídica Assessora), Pi i Sunyer, Roig i Bergadà, Amadeu Hurtado, Gubern i Fàbregas, Xirau i Palau, Coll i Rodés (vocals) i Quero i Molares (secretari tècnic)⁵⁶. Molts d'ells tenien ja una ampla vinculació amb el dret municipal, ja fos per la via de l'Oficina d'Estudis Jurídics de la Mancomunitat o de l'Escola d'Administració Pública⁵⁷, algun d'ells —Roig i Bergadà— havia estat alcalde de Barcelona i algun altre —Coll i Rodés— ho seria més endavant. En breu, una bona presència de «ius publicistes de formació o extracció local, el que serà una característica permanent dels estudis del dret públic català»⁵⁸.

Potser el vocal més significatiu seria qui fou ponent de l'avantprojecte, Josep M^a Pi i Sunyer, aleshores secretari general de l'Ajuntament de Barcelona, gran especialista en dret local, que ja havia participat en l'elaboració de l'Estatut municipal de Calvo Sotelo de 1924⁵⁹. D'aquesta darrera norma diria que «la seva idea fonamental s'inspirava en la d'Antoni Maura, segons la qual la grandesa de l'Estat depèn de la dels municipis»⁶⁰.

Sense dubte les circumstàncies descrites van facilitar, per una banda, que s'incorporés al text de la Llei municipal una regulació específica del règim de Carta Municipal (Títol IX), referit, sobretot als aspectes organitzatius⁶¹; però, d'altra banda, el que és més rellevant és que la mateixa Llei Municipal ja contenia una regulació material de diverses especialitats del municipi de Barcelona en els camps de l'organització, la potestat sancionadora, el règim electoral i les obres i serveis⁶².

⁵⁵ Contemporàniament, els primers dies de febrer de 1933 se celebrava el I Congrés Municipalista Català, al Saló de Cent de l'Ajuntament de Barcelona, que formulà un projecte de Llei Municipal.

⁵⁶ DDAA. *La Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya. 75 anys d'història*, cit., p. 72. El text aprovat per la Comissió es troba a *Avantprojectes de la Comissió Jurídica Assessora I*, Barcelona, Departament de Justícia i Dret, 1933, pàg. 71 ss. Hi ha una edició facsímil per la pròpia Comissió Jurídica Assessora, 2008.

⁵⁷ Em remeto a Josep SARRION GUALDA, *Història de l'Escola d'Administració pública de Catalunya (1912-1939)*, Barcelona, EAPC, 1982, i Manuel PÉREZ NESPHEREIRA, *1912-2012. Escola d'Administració Pública de Catalunya. 100 anys*, Barcelona, EAPC, 2012.

⁵⁸ Enric ARGULLOL, «Una aproximació al conreu del dret públic a Catalunya», cit., p. 63. Altres destacats iuspublicistes de l'època també participaren a la Comissió Jurídica Assessora, com FRANCESC MASPONS I ANGLASELL autor, entre altres obres, de *L'esperit del dret públic català*, Barcino, Barcelona 1932.

⁵⁹ Sobre la polifacètica personalitat de Pi i Sunyer, després catedràtic de Dret administratiu, degà de la Facultat de Dret i del Col·legi d'Advocats de Barcelona, i membre de l'Acadèmia, es pot veure la semblança elaborada per Joaquim CAMPS i ARBOIX, *Josep M^a Pi Sunyer*, Ed. Alcides, 1963. A la seva defunció, la sessió necrològica a l'Acadèmia tingué lloc el 5 de desembre de 1984, i va córrer a càrrec de Miquel Casals Colldecarrera.

⁶⁰ CAMPS i ARBOIX, *Josep M^a Pi Sunyer*, cit., p. 51.

⁶¹ Lluís MARQUÈS CARBÓ, en justifica les limitacions materials: *Llei Municipal de Catalunya*, Ed. El Secretariat Català, 2^a es. 1935, pp. 255 i ss.

⁶² Vegeu amb més detall, Ricard GRACIA, *Evolució històrica del règim especial del municipi de Barcelona*, cit., p. 59 ss.

Fent un nou salt en el temps, el règim especial de Barcelona tornarà a ser, al cap de vint-i-cinc anys, l'ocasió de l'inici de la recuperació del dret públic català en ple franquisme. La iniciativa i l'impuls de l'alcalde Porcioles i de diversos elements de la societat barcelonina aconseguiren l'aprovació de la Llei especial del municipi de Barcelona per Decret de 23 de maig de 1960⁶³, després de més de dos anys de treball de la comissió redactora. En ella hi tornem a trobar, entre altres, Josep M^a Pi i Sunyer, aleshores degà de la Facultat de Dret⁶⁴, i els seus dos deixebles més rellevants, tots dos catedràtics de dret administratiu: Laureano López Rodó, secretari general tècnic de la Presidència del Govern, i Manuel Ballbé Prunés, catedràtic i advocat, principal redactor de la Carta. També hi tingueren intervenció altres administrativistes, com Eduardo García de Enterría o Antonio Carceller⁶⁵.

L'elaboració i aprovació de l'anomenada «Carta municipal» de 1960 tingué una repercussió significativa en el conreu del dret públic, fins aleshores d'una vida «més escanyolida»⁶⁶. En efecte, els anys posteriors, els resultats del pla d'estabilització i l'important increment poblacional requeriran un nou plantejament de l'urbanisme i dels serveis públics de la ciutat de Barcelona i del seu entorn que la situaran en la dinàmica de projecció comarcal, primer, i després metropolitana. No és el moment d'estendre-s'hi, però sí d'assenyalar que la lògica de la «gran ciutat» —la «Gran Barcelona» de Porcioles— i l'horitzó, que comença a dibuixar-se, d'una estructuració territorial de major envergadura a l'entorn de Barcelona, marcaran des d'aleshores l'evolució del dret públic i en especial del dret administratiu local a Catalunya⁶⁷.

La Llei especial de 1960 és la primera expressió d'una certa organització supramunicipal, amb la nova Comissió d'urbanisme i serveis comuns de Barcelona i altres municipis, antecedent de l'Entitat Municipal Metropolitana de Barcelona que no seria creada fins el 1974. Així, amb ocasió del règim especial singular del municipi de Barcelona es posa en evidència que és inevitable vincular aquest règim «municipal» a una realitat superior i projectar-lo «Barcelona enllà». Aquesta és una característica que ja no abandonarà al règim especial de Barcelona i que el

⁶³ Podem resseguir els propis plantejaments de l'alcalde a José M^a de PORCIOLES, *Mis memorias*, Editorial Prensas Ibéricas, 1994, pp. 79 i ss.

⁶⁴ Josep Ma Font i Rius el succeiria en el deganat, fet que va motivar la seva incorporació a la comissió dictaminadora de la Llei de Règim especial de Barcelona.

⁶⁵ Vegeu Antoni CARCELLER FERNÁNDEZ, «Estudio sobre la Ley especial de Barcelona de 1960», a *Barcelona: anàlisi històrica del règim municipal*, Documents de treball per a la Carta Municipal, quadern núm. 3, citat, p. 243 i ss.

⁶⁶ ARGULLOL, «Una aproximació...» cit., p. 67.

⁶⁷ L'any 1961 arribava a la càtedra de Dret Administratiu de Barcelona Rafael ENTRENA, que aquell mateix any publicava «Problemas actuales de las grandes ciudades», a *Problemas políticos de la vida local*, IEP, Madrid 1961. Posteriorment, com a regidor, seria president de la Comissió d'Ordenances de l'Ajuntament, i també assessoraria als successius alcaldes en els temes del règim especial de Barcelona.

situarà al centre de les anàlisis de l'organització territorial de Catalunya. La ciutat de Barcelona ja no és només el municipi de Barcelona, però la manera d'afrontar aquesta dislocació serà, en un primer moment, a través del règim especial del municipi de Barcelona.

Després de diversos intents no fructificats, als que em referiré més endavant, aquesta situació es modificà substancialment el 1974, amb la creació de l'Entitat Municipal Metropolitana de Barcelona —la «Corporació Metropolitana»—, a les portes ja del final del règim franquista i de l'inici de la transició democràtica, que permeté donar llum al Pla General Metropolità de 1976⁶⁸.

En aquest context, que és el de la recuperació democràtica i de l'autonomia catalana, se situa la represa del debat acadèmic sobre aspectes centrals del dret local a Catalunya⁶⁹. Una de les seves primeres manifestacions serà, precisament, l'Informe de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona sobre *La reforma de l'Administració local de Catalunya*. La comissió redactora va ser constituïda el 18 de gener de 1978, presidida per Josep M. Vilaseca i Marcet, el qual va presentar-ne el resultat en la sessió de 8 de novembre del mateix any⁷⁰.

Ja situats a l'era constitucional, les primeres eleccions municipals celebrades l'any 1979 assenyalen el llançament definitiu del municipalisme contemporani. Pel que fa al règim especial de Barcelona, el 29 de maig de 1980 el ple de l'Ajuntament a proposta de l'alcalde Narcís Serra, acordà iniciar els estudis per la revisió de la Llei especial de Barcelona, amb una ponència especial presidida per Lluís Armet. A un dels exemplars de l'acord que es conserva a l'Ajuntament⁷¹, hi figura grapada una nota mecanoscrita amb els noms, adreces i telèfons dels juristes que probablement havien de ser contactats per a col·laborar-hi. Es tracta dels professors Enric Argullol, José Ramon Parada i Fabián Estapé, dels juristes i acadèmics Josep Joan Pintó, Raimon Noguera i Josep Maria Vilaseca i de l'advocat i ex alcalde Josep Maria Sociás.

⁶⁸ Més endavant em referiré a la Ponència especial que es creà l'any 1976 a l'Ajuntament per a adequar la Llei especial, en un moment de canvi en la legislació general de règim local.

⁶⁹ D'aquest període és l'obra fonamental, impulsada i dirigida per Sebastián MARTÍN-RE-TORTILLO des de la seva càtedra barcelonina, *Descentralización Administrativa y organización política*, 3 volums, Alfaguara, 1973, que tingué una gran influència en la preparació del dret públic català i espanyol per afrontar els reptes de la imminent recuperació de la democràcia i l'autonomia territorial. En el seu equip s'hi trobava el després catedràtic Luis Cosculluela Montaner, que per aquella època fou delegat de serveis d'urbanisme a l'Ajuntament.

⁷⁰ PAGAROLAS, Laureà: *Historia de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, Barcelona, 2000, p. 223. Amb Vilaseca hi participaren Rebés, Pou Viver, Argullol i Pellissé. Sobre la personalitat de Josep M^a Vilaseca i Marcet i la seva contribució a la societat, el dret i les institucions catalanes, vegeu Jordi AMAT, *Un país a l'ombra. Vida de Josep M^a Vilaseca i Marcet (1919-1995)*, L'Avenc, 2015. Arran de la seva mort, *Autonomies. Revista catalana de Dret públic* li va dedicar un número especial *In memoriam* (núm. 21, 1996), del que el Consell de redacció em va encarregar la seva presentació, que porta el títol «Josep Maria Vilaseca i Marcet i el Dret públic català».

⁷¹ En concret, a la Direcció de desplegament de la Carta Municipal, Secretaria General.

En el que aquí interessa, es produirà un fet transcendent amb l'aprovació de la Llei de Bases de Règim Local de 1985, clarament tendent a la millora de l'autonomia local, que és la inclusió a la seva disposició addicional 6^a del respecte i la garantia del règim especial del municipi de Barcelona⁷². Però hi ha una altra decisió transcendent: l'atribució a les Comunitats Autònomes de la competència per la regulació, la creació i la supressió de les àrees metropolitanes. D'aquesta manera es lliurava la clau de la seva subsistència a unes Comunitats Autònomes que a més de competents, esdevenien les seves més directes competidores⁷³.

La història que seguí és prou coneguda, derivada del conflicte polític entre les forces governants a una i altra banda de la plaça de sant Jaume: com que ni l'Estatut d'Autonomia, ni la LBRL, ni el règim especial de Barcelona garantien l'existència d'una àrea metropolitana de caràcter territorial, el paquet de les denominades Lleis d'Organització Territorial de 1987, a banda d'apostar per l'organització comarcal, varen substituir la Corporació Metropolitana de Barcelona per dues entitats de caràcter funcional. I, per un altre costat, pel que fa a Barcelona, es varen limitar a declarar que el municipi de Barcelona «*ha de gaudir d'un règim jurídic especial establert per la Llei*»⁷⁴.

Certament, amb això darrer el règim especial es configurava no com una simple possibilitat, sinó com un veritable «dret» de la ciutat de Barcelona⁷⁵, però es desvinculava totalment de la seva necessària articulació dins d'un govern conjunt de la ciutat real. De fet, planava la disjuntiva entre una carta municipal i una carta metropolitana, però «la dissolució de la Corporació Metropolitana va representar una frenada a la negociació d'una nova Carta Municipal»⁷⁶. En canvi, en l'àmbit estatal, la Llei d'Hisendes Locals de 1988 va declarar directament, que el municipi de Barcelona «tindrà un règim financer especial, del que serà supletori el dispostat en aquesta Llei»⁷⁷.

⁷² A la vista de la nova LBRL, per Decret d'Alcaldia de 30 de setembre de 1985 es nomenava una comissió especial per a preparar una nova llei de règim especial de Barcelona, i l'any 1987 es completava amb una comissió tècnica per al desplegament dels treballs.

⁷³ Així ho he destacat al meu article «L'ordenació metropolitana en la Catalunya autònoma. Evolució i perspectives», a *L'agenda Cerdà. Construïnt la Barcelona metropolitana*. (Joan Fuster, ed.). Barcelona: Landweg, 2010; i posteriorment, a FONT i LLOVET, T., «Els governs locals intermedis i la seva projecció metropolitana», *Revista catalana de dret públic*, 57, 2018, p. 32 ss.

⁷⁴ Art. 57 LLMRLC.

⁷⁵ Així ho declarà el Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora 334/1998, de 23 de juliol a que després em referiré.

⁷⁶ Així ho indica un dels protagonistes del procés, Jaume GALOFRÉ i CRESPI, aleshores director dels Serveis Jurídics de l'Ajuntament de Barcelona, a: La reforma del règimen de las grandes ciudades: la cuestión metropolitana y la Carta Municipal de Barcelona», *Anuario del Gobierno Local 2003*, p. 179. Sobre la dinàmica d'aquell procés, entre molts altres, Mariona TOMÁS FORNÉS, *Governar la Barcelona real. Pasqual Maragall i el dret a la ciutat metropolitana*, Fundació Catalunya Europa, 2017.

⁷⁷ Art. 142 Llei 39/1988, de 28 de desembre, reguladora de les Hisendes Locals.

En el moment de l'aturada, els treballs per la Carta estaven molt avançats, amb aportacions d'un notable conjunt de iuspublicistes: entre ells citem aquí, Jordi Solé Tura, Isidre Molas, Eliseo Aja, Santiago Muñoz Machado, Luciano Parejo, Joan Prats, Joaquin Tornos, Antonio Carceller, jo mateix, així com experts d'altres especialitats jurídiques, com el mercantilista Joaquim Bisbal, coordinats tots ells amb gran eficàcia pel Director dels Serveis Jurídics de l'Ajuntament, Jaume Galofré⁷⁸. Però caldria esperar deu anys més per a que, després d'altres temptatives infructuoses⁷⁹, finalment fos aprovat el text de l'avantprojecte de Carta municipal pel Ple municipal el dia 16 de juliol de 1997.

El text aprovat per l'Ajuntament, com fase prèvia a la intervenció de la Comissió Mixta Ajuntament-Generalitat prevista a la disp. transitòria primera 2 de la Llei 8/1987, de 15 d'abril, municipal i de règim local de Catalunya (LLM-RLC) i a la seva conversió en projecte de llei a presentar en seu parlamentària, contenia una àmplia regulació que abastava matèries tant de competència de la Generalitat com de l'Estat. El Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora 338/98, de 23 de juliol, formulà diverses alternatives per aconseguir l'aprovació de la Carta en un text únic. Tanmateix es prengué l'opció de desglossar-lo en dos textos distints, que donarien peu, respectivament, als anomenats tram autonòmic de la Carta, que s'aprovaria per la Llei 22/1998, de 30 de desembre, de la Carta Municipal de Barcelona, i tram estatal, que no arribaria a bon port fins l'aprovació de la Llei 1/2006, de 13 de març, de Règim especial del municipi de Barcelona.

En el que ara interessa, cadascun d'aquest dos textos legals va donar lloc a l'elaboració de múltiples estudis i anàlisis doctrinals, dins del ja plenament normalitzat dret públic català i, en especial, d'un renovat dret local⁸⁰. Em limito ara a senyalar, a demés del llibre de Ricard GRACIA citat⁸¹, i entre moltes altres aportacions científiques, l'obra d'Alfredo GALÁN sobre el règim especial des de la perspectiva de les fonts del dret⁸², així com diverses obres col·lectives que

⁷⁸ Vegeu les aportacions de tots aquests autors als sis Quaderns dels *Documents de treball per a la Carta Municipal de Barcelona*, publicats per l'Ajuntament, 1987.

⁷⁹ Vegeu pels detalls, GRACIA RETORTILLO, *Evolución histórica*, cit., p. 116 GALOFRÉ i CRESPI, «La reforma del régimen de las grandes ciudades: la cuestión metropolitana y la Carta Municipal de Barcelona», cit., 180.

⁸⁰ El procés de renovació del dret local a Catalunya havia ja quallat en ocasió de disposar d'una legislació pròpia, sistemàtica i tendencialment completa amb les esmentades Lleis d'organització territorial de l'any 1987, i el posterior desplegament reglamentari, de manera significativa amb l'aprovació del Reglament d'obres i serveis de les entitats locals de Catalunya, l'any 1995. Així ho vaig expressar a «La renovació del dret local a Catalunya», a Tomàs FONT i LLOVET (Coord.), *Dret local. Ordenances, activitats i serveis públics*, Marcial Pons, UAB i UB, 1997, pp. 17-25.

⁸¹ Ricard GRACIA RETORTILLO, *Evolución histórica del régimen especial del municipio de Barcelona*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2008.

⁸² Alfredo GALÁN GALÁN *La Carta Municipal de Barcelona y el ordenamiento local*, Marcial Pons, 2001.

es varen publicar arran de l'aprovació de la Llei 1/2006, de Règim especial del municipi de Barcelona⁸³.

En definitiva, amb aquest ràpid repàs cronològic només he volgut posar de relleu la implicació que sempre ha corregut entre la doctrina iuspublicista catalana, i en concret del seu dret local, amb la fonamentació, defensa i exposició del dret especial de la ciutat de Barcelona. Finalment, en el moment present torna a reviure aquesta positiva relació arran de l'aprovació del «Programa per l'Impuls del règim especial de Barcelona», creat per Decret de l'alcaldia de 22 d'abril de 2021, i que ha implicat a més de cent experts i especialistes, procedents no només de les universitats catalanes, sinó de tot Espanya i de l'estranger⁸⁴.

2. El principi de diferenciació i el règim especial de Barcelona

2.1. Principi de diferenciació, règim local i Estat autonòmic

El trànsit cap a la configuració jurídica de la ciutat, i en concret de la de Barcelona, a què m'he vingut referint, s'està produint en el context d'una determinada configuració del règim local. Pel que aquí interessa, vull destacar que l'estat actual del govern local a Espanya, i a Catalunya, des del punt de vista del seu règim jurídico-institucional, presenta tres característiques negatives que dificulten la seva evolució cap a les realitats emergents: és massa *uniforme*, és massa *rígid* i és massa *estàtic*. De manera que l'atenció de les necessitats actuals dels governs locals europeus, espanyols i catalans passa per incrementar tres aspectes en l'ordenació jurídica local: a) la diversitat i la *diferenciació* regulatòria, b) La *flexibilitat* dels instruments normatius i organitzatius i c) la dimensió *dinàmica* i relacional de les institucions locals. Tanmateix, en aquest moment em centro específicament en la necessitat d'atendre les exigències de major diversitat i diferenciació.

És sabut que el règim local contemporani s'ha caracteritzat tradicionalment per un notable uniformisme. Ha estat consubstancial a la dinàmica centralitzadora pròpia dels Estats continentals del s. XIX, que té el seu origen en uns concrets pressupòsits ideològics, com són els dogmes revolucionaris de la subjecció a la llei com expressió de la voluntat general i del principi de la igualtat davant la llei⁸⁵.

⁸³ En concret, indico les següents: Tomàs FONT i LLOVET i Rafael JIMENEZ ASENSIO (Coords.), *La 'Carta Municipal' de Barcelona. Diez estudios*, Marcial Pons-FCPIS, 2007; i Andrés BETANCOR, director, Belén NOGUERA DE LA MUELA, coord., *Comentarios al régimen municipal especial de Barcelona*, Thomson Aranzadi, 2008.

⁸⁴ El resultat dels seus treballs, que he tingut l'honor de dirigir, va ser exposat a la Jornada celebrada el dia 29 de juny de 2022 a l'Aula Magna de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona, amb la col·laboració de l'Observatori de Dret Públic IDP de Barcelona la Fundació Carles Pi i Sunyer, i serà publicat prou properament per l'Ajuntament de Barcelona.

⁸⁵ Per tots, el treball emblemàtic d'Alejandro NIETO, «Organización local: uniformismo y variedad», a Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Descentralización Administrativa y organización política*, Alfaguara, 1973, t.II, p. 21. Tanmateix, és prou sabut que TOCQUEVILLE sostenia que la centralització era en realitat un producte de l'Antic Règim, a *L'Ancien régime et la Révolution*. Vegeu,

Però ja fa temps que l'uniformisme local no es justifica per aquell motiu històric de la construcció de la Nació política: sense anar més lluny, els sistemes federals, en estats netament parlamentaris, admeten clarament que el règim local és competència dels estats membres, cosa que condueix a una gran diversitat de regulacions⁸⁶: així, en l'estructura territorial, en el règim electoral, en l'àmbit competencial, en la protecció de l'autonomia local, etc. En altres ordenaments descentralitzats, les solucions diferenciades i asimètriques estan sobre el tauler dels debats⁸⁷. Fins i tot en els sistemes més uniformistes, la diferenciació s'ha obert camí en la seva organització territorial⁸⁸. En fi, el principi de diferenciació ha estat consagrat a nivell constitucional com a criteri d'assignació de les competències als diversos ens locals, com és el cas de la reforma del Títol V de la Constitució italiana operat l'any 2001⁸⁹.

Venint al nostre dret actual, per superar aquesta insuficiència es varen avançar diverses propostes a favor d'una major «interiorització» del règim local dins de l'àmbit autonòmic, sobre la base que fins i tot la legislació bàsica podia no ser d'aplicació general si hi havia base o «ancoratge» suficient per a això en els Estatuts d'Autonomia (STC 27/1987 i 109/1998, entre d'altres). Aquesta línia passava per reivindicar per a l'Estatut d'Autonomia, com a norma constitucionalment adequada, el paper de regular directament les especialitats del govern local de cada Comunitat Autònoma i, alhora, incrementar la densitat i concreció del contingut constitucional de l'autonomia local, erigint-se així en la norma capaç de ser una eficaç orientació i límit per al legislador ordinari⁹⁰. D'aquesta manera, l'Estatut podria esdevenir una espècie de «Constitució

per tots, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Turgot y los orígenes del municipalismo moderno», *RAP* 33 (1960) i al llibre *Problemática de la ciencia del Derecho. Estudios en homenaje a J.M. Pi y Suñer*, Barcelona, 1962, p. 271 ss. Avui està inclòs al llibre de GARCÍA DE ENTERRÍA *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Civitas, 4^a ed. 1994. Així mateix, vegeu Luciano VANDELLI: *Poteri Locali. Le origini nella Francia rivoluzionaria. Le prospettive nell'Europa delle regioni*, Il Mulino, Bologna 1990. Traducció al castellà, *El poder local: su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, MAP-INAP, Madrid, 1992.

⁸⁶ Francisco VELASCO CABALLERO, «Municipios urbanos versus municipios rurales: homogeneidad y diversidad en el régimen local», *Anuario de derecho municipal* 2019, núm. 13, p. 21 ss.

⁸⁷ Vegeu, entre altres publicacions, el número monogràfic de la revista *Istituzioni del Federalismo*, sobre «Assimetric e conflitti territoriali nel quadro dell'integrazione europea», núm. 2 de 2018.

⁸⁸ El cas més paradigmàtic és el de França en el darrer decenni. Vegeu el volum col·lectiu, sota la direcció de Jean-Bernard AUBY i Olivier RENAUDIE, *Réforme territoriale et différenciation(s)*, Berger-Levrault, 2016.

⁸⁹ La bibliografia al respecte és molt abundant. Per totes, em remeto a la completa obra d'Enrico CARLONI, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Giappicchelli, Torí, 2004.

⁹⁰ Em remeto als meus treballs «El gobierno local en la reforma del Estado de las autonomías» *Anuario del Gobierno Local* 2004, i «Autonomía local y Estatutos: crónica de un compromiso», a *Anuario del Gobierno Local* 2006, tots dos recopilats a Tomàs FONT i LLOVET *Gobierno local y Estado autonómico*, FDyGL, 2007. La polèmica fou àmplia, com per exemple la que vàrem

local territorial» —com ho són, en realitat les Constitucions dels Länder a Alemanya o a Àustria—, que permetés traslladar la garantia constitucional de l'autonomia local a la concreta realitat municipal del seu respectiu territori⁹¹.

L'aprovació de l'Estatut de Catalunya de 2006 va ser l'ocasió de posar a prova aquesta capacitat, procurant una major «interiorització» del règim local dins de l'àmbit autonòmic, en la línia dels sistemes federals esmentats. L'Estatut de Catalunya del 2006 va intentar aquesta operació, per dues vies: d'una banda, com s'ha dit, amb una major densitat normativa i regulació substantiva del règim dels governs locals, i, per altra banda, amb una més precisa delimitació de les competències de la Generalitat sobre les matèries afectades⁹².

La STC 31/2010, de 28 de juny, la «Sentència de l'Estatut», en termes generals malgrat el que pogué semblar, no va objectar aquest tipus de plantejaments⁹³. La seva posició és que l'Estatut ha de respectar la competència bàsica de l'Estat en matèria de règim local, de manera que «no impedeixi l'exercici de la competència estatal en la matèria»; això és, l'Estatut d'Autonomia no té força per impedir que l'Estat fixi el mínim comú denominador, en aquest cas pel que fa al contingut competencial dels ens locals. Ara bé, l'Estat, en exercitar aquesta competència bàsica, haurà de respectar els Estatuts en la mesura que aquests amplïin —no redueixin— el contingut competencial de l'autonomia local⁹⁴.

La posterior STC 132/2012, de 19 de juny, sobre els consells insulars de Balears, confirmaria la dinàmica cap a la interiorització autonòmica del règim dels governs locals, al relativitzar l'abast general de la LBRL quan hi ha normes constitucionals o, en aquell cas, estatutàries, que incorporen elements diferenciadors⁹⁵.

desplegar entre els apreciats companys Luis ORTEGA i Francisco VELASCO, recollida al llibre *El gobierno local en la reforma de los Estatutos de Autonomía*, CEPC, Madrid 2006.

⁹¹ Vegeu la meua posició a «Estatutos de Autonomía y Gobierno local: la Constitución territorial local», a Luis COSCULLUELA MONTANER, Eloisa CARBONELL PORRAS (Dirs.), *Reforma estatutaria y régimen local*, Thomson Civitas, Madrid pp. 69 ss.

⁹² F. VELASCO CABALLERO, «Organización territorial y régimen local en la reforma del Estatuto de Cataluña: Límites constitucionales», a DDAA. *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, IEA, 2004.

⁹³ Sobre la incidència de la STC 31/2010, vegeu: A. GALÁN GALÁN, R. GRACIA RETORTILLO, «Estatuto de autonomía de Catalunya, gobiernos locales y Tribunal Constitucional», *REAF*, núm. 12 (2011), pp. 237 ss., així com els comentaris d'aquest autor, junt amb els d'Antoni BAYONA, Josep R. FUENTES i Josep MIR, a «Règim local» a *RCDP*, núm. Especial sobre la STC 31/2010, (2010).

⁹⁴ Així ho hem sostingut a T. FONT LLOVET i A. GALÁN GALÁN, «Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿es ésta la reforma?», en *Anuario del Gobierno Local 2012*, p. 20.

⁹⁵ Em refereixo àmpliament a aquesta Sentència a l'estudi «El projecte de Llei de Consells insulars de 2021. Coordenades constitucionals i estatutàries», a AADD, *Un nou marc legal per als Consells Insulars*, Institut d'Estudis Autonòmics, Palma, 2021. En canvi, la posterior STC 168/2016, de 6 d'octubre de 2016, una de les referides a la LRSAL, de manera incomprensible va desconèixer el valor del mandat estatutari del Principat d'Astúries, de reconèixer la personalitat jurídica de les parròquies, que la LRSAL pretenia suprimir per a totes les entitats locals desconcentrades.

Doncs bé, l'Estatut d'Autonomia de Catalunya dona encara un pas més en la línia de la diversificació normativa sobre el règim local, en la mesura que en la seva regulació material o substantiva proclama expressament el «*principi de diferenciació*» en relació als municipis, i n'assenyala un cert contingut⁹⁶. L'art. 88 EAC diu així.

«Les lleis que afecten el règim jurídic, orgànic, funcional, competencial i financer dels municipis han de tenir en compte necessàriament les diferents característiques demogràfiques, geogràfiques, funcionals, organitzatives, de dimensió i de capacitat de gestió que tenen».

Aquesta disposició s'anomena «principi», però té un contingut normatiu evident, i un clar caràcter imperatiu, segons l'expressió «*les lleis...han de tenir en compte necessàriament...*». Sense entrar ara en el detall, sorgeixen algunes qüestions, com per exemple, la de determinar quines són les lleis afectades per aquest mandat. S'hi diu que han de ser les lleis que «afecten els municipis», no necessàriament, doncs, les que afecten les altres administracions locals, però són àmbits difícilment separables, i és més que probable que una llei que reguli altres entitats locals, com per exemple, les comarques, «afecti» indirectament el règim dels municipis, pel que no es pot excloure també la possibilitat i fins i tot l'obligació de preveure règims diferenciats per a d'altres entitats locals.

També es pot plantejar quin és l'àmbit material de les lleis obligades a tenir en compte la diferenciació, quan es parla de lleis que afecten «el règim jurídic, orgànic, funcional, competencial i financer» dels municipis. Hom podria pensar que hauria de referir-se a la llei que reguli el règim municipal en el seu conjunt, a l'estil de la vigent Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya (LMRLC, text refós de 2003). Però també es pot entendre, de manera fonamentada, que no es refereix només a la regulació sistemàtica i general, sinó també a qualsevol altra llei que «afecti» a aquests aspectes. Per exemple, en la legislació general de procediment i règim jurídic de les Administracions públiques catalanes —la vigent Llei 26/2010, de 3 d'agost— o en una norma en matèria de contractació pública de Catalunya⁹⁷. En realitat, les queixes sobre l'excessiu uniformisme, sovint en relació als petits municipis, es refereixen a l'aplicació indiferenciada de la legislació administrativa general.

Quant a les lleis que afecten el «règim competencial», també es planteja el dubte de si abasta cada llei sectorial que atribueixi competències als municipis,

⁹⁶ En aquest aspecte, com en alguns altres, l'Estatut es va inspirar clarament en la reforma del Títol V de la Constitució italiana de 2001, a què s'ha fet referència més amunt.

⁹⁷ Per Acord de Govern de 28 de juny de 2022 s'ha aprovat la memòria preliminar de l'Avantprojecte de llei de contractació pública de Catalunya, que fa referència a la necessària diferenciació: «Així, les necessitats de compra pública i de prestació de serveis de les entitats locals són diferents, amb diferents tipologies de contractes, amb molts contractes amb llindar inferior a l'harmonitzat; també són diferents els recursos personals, materials i organitzatius de què disposen, que solen ser menors, i menys especialitzats, la qual cosa dificulta poder assolir en aquest àmbit una compra pública eficient i de qualitat».

o només a la llei general que estableixi el sistema, la tipologia, i el règim jurídic de les competències municipals, com pot ser la LMRLC, o bé una futura Llei de Governos Locals de Catalunya⁹⁸. En una primera aproximació sembla que s'hauria d'interpretar en aquest segon sentit, però també cal tenir en compte que l'actual sistema d'atribució de les efectives i concretes competències municipals es recolza en el legislador sectorial (art. 84.2 EAC), de manera que també aquest hauria de quedar vinculat per la regla de la diferenciació.

El que en tot cas cal subratllar són els efectes de la regla, no ja principi, de la diferenciació. En efecte, en la mesura que l'Estatut d'Autonomia de Catalunya estableix un mandat vinculant al legislador, entraria en joc el sistema de control de l'estatutòria de les lleis que no compleixin aquesta regla diferenciadora. En aquest sentit, el Consell de Garanties Estatutàries podria intervenir per dues vies: en virtut de l'art. 76.2,b) EAC, com a mecanisme ordinari; però possiblement també, encara que de manera indirecta, en virtut de l'art. 76,2,d) EAC, que li atribueix la competència per dictaminar l'adequació dels projectes i proposicions de Llei a l'autonomia local en els termes que garanteix l'Estatut. Perquè no és difícil relacionar la inaplicació de l'atenció diferenciada a les diverses realitats municipals amb la possible afectació a la seva autonomia garantida pel mateix Estatut⁹⁹.

2.2. *El règim especial de Barcelona i el sistema de fonts del dret*

Els règims jurídics especials, com el de la ciutat de Barcelona, són, per òbvia definició, com a *ius singulare*, instruments fonamentals de diversificació, de flexibilitat i de dinamisme. En aquest sentit, com he dit, adquireix el màxim interès la consideració del règim especial del municipi de Barcelona configurat per les seves dues branques ja esmentades, el tram autonòmic i el tram estatal, així com pel dret emanat del mateix Ajuntament de Barcelona.

Aquesta relació entre el principi de diversitat o diferenciació i el règim especial de Barcelona fou posat de manifest en el Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora 334/1998, de 23 de juliol, ja citat, emès a petició del Conseller de la Presidència, «sobre les implicacions competencials i procedimentals que l'aprovació d'una futura llei especial de Barcelona pot plantejar des de la perspectiva de les relacions entre l'ordenament jurídic català i el de l'Estat així com sobre els

⁹⁸ Per Acord del Govern de 3 de maig de 2022 s'ha aprovat la memòria preliminar de l'Avantprojecte de llei de governs locals de Catalunya. Tanmateix, no s'hi troba explicitada la diferenciació ni tan sols com a criteri o perspectiva a tenir en compte en l'elaboració del projecte.

⁹⁹ M'he referit a aquests mecanismes al meu treball: «La protecció de l'autonomia local. Possibilitats des del Dret català», a F. BADOSA COLL (Dir.), M. E. GINEBRA MOLINS i E. LAUROBA LACASA (coords.) *Estudis de Dret català. Llibre homenatge a Antoni Mirambell i Abancó*, Barcelona: Atelier, 2022, pp. 745-760.

mecanismes de tramitació més adients que a aquests efectes es poden utilitzar¹⁰⁰. Ens trobem en el moment crucial de posada en marxa del que avui és el règim especial constituït per la Carta Municipal i per la Llei 1/2006. En raonar sobre la fonamentació del règim especial de Barcelona (FJ 2), va dir la Comissió:

«B)... En aquest sentit, la STC 214/1989, de 21 de desembre, admet clarament que puguin haver-hi normes bàsiques dictades per l'Estat que continguin règims excepcionals per algunes comunitats autònomes o algunes entitats locals. I, en el cas concret de Barcelona, cal tenir present que la STC 75/1983, de 5 d'agost, va entendre que no eren contràries al principi d'igualtat, les disposicions normatives que en virtut del règim especial de Barcelona estableixen un tractament diferenciat en matèria de personal, atesa la seva fonamentació raonable en la singularitat objectiva del municipi de Barcelona, en atenció a la complexitat i peculiaritats organitzatives i funcionals de dit Ajuntament.

«C) Així doncs, hi ha una admissió constitucional, en primer lloc, que no és obligada la uniformitat normativa en les matèries que afecten el règim local; i, en segon lloc, que existeixen concretament en el cas del municipi de Barcelona, raons objectives que fonamenten aquesta diversitat normativa. I aquesta diversitat pot donar-se tant en els aspectes de règim jurídic més estricte —com el resolt a la citada STC 75/1983— com en l'aspecte d'una atribució diferenciada de competències al municipi de Barcelona. En aquest sentit, l'article 2.1 de la Llei de bases del règim local (LBRL) ja estableix que l'autonomia dels municipis, que s'ha de satisfer mitjançant l'atribució de les competències que és procedent per a intervenir en tots aquells afers que afecten directament el seu cercle d'interessos, ha de tenir en compte les «característiques de cada activitat pública i la capacitat de gestió de l'entitat local». Aquesta mateixa circumstància la recull l'article 63.3.b) de la LMRLC, en determinar que les lleis han d'atribuir les competències pròpies als municipis «en funció de la capacitat de gestió del municipi».

«En definitiva, en relació amb aquesta condició de l'article 2.1 LBRL, la STC 214/1989 ha declarat plenament ajustada a la Constitució la previsió d'un principi bàsic com és el d'establir la directriu que el legislador ha d'apreciar en cada cas la capacitat de gestió del municipi com un criteri per a l'assignació de competències. Les circumstàncies objectives d'aquest tenor que concorren en el municipi de Barcelona fonamenten, per tant, l'atribució diferenciada de competències.»

En aquell moment, com diu el mateix Dictamen, «l'Estatut d'autonomia de Catalunya, que declara que Barcelona és la seu de les institucions parlamentàries i executives de la Generalitat, no va preveure expressament l'establiment d'un

¹⁰⁰ El president de la Comissió Jurídica Assessora, l'acadèmic i apreciat amic Josep Enric Rebés i Solé —que em fa l'honor de contestar aquest discurs— va designar una ponència conjunta formada per Joaquim Ferret i jo mateix. Em plau recordar el company Ferret en aquest moment, a qui vaig homenatjar a «"Seny i saber": Joaquim Ferret a la Comissió Jurídica Assessora», a *Ratione legis, Ratione personae. En homenatge al Dr. Joaquim Ferret i Jacas*, Bellaterra, UAB, 2016, p. 73 ss.

règim especial per aquest municipi». En canvi, l'existència i la persistència del règim especial de Barcelona, amb la seva garantia expressa en l'art. 89 de l'actual EAC de 2006, i amb l'actual articulació normativa a la legislació estatal bàsica, és la prova més definitiva de que en el nostre ordenament constitucional, com ja hem senyalat, des d'un punt de vista estrictament jurídic *és bàsic que hi hagi tractes diferents per a diferents realitats municipals*¹⁰¹.

La conseqüència de tot això és la confirmació de que Barcelona té reconegut legalment i exerceix materialment un lideratge innovador, com a referent de la dinàmica diferenciadora, especialment quant al règim de les ciutats.

Ara bé, l'efectivitat real i pràctica d'aquesta capacitat referencial del règim especial de Barcelona depèn en part del seu efectiu reconeixement a l'hora de ser aplicat amb caràcter preferent pels tribunals de justícia front al règim comú o general¹⁰². No és objecte d'aquest treball realitzar un estudi monogràfic sobre la naturalesa jurídica del règim especial de Barcelona i la posició de les normes que el configuren dins del sistema general de les fonts del dret. Aquesta temàtica ha estat estudiada profundament per Alfredo GALÁN¹⁰³ y Francisco VELASCO¹⁰⁴, abans i després, respectivament, de l'aprovació de la Llei 1/2006 de Règim especial del municipi de Barcelona. A ells em remeto *in totum*.

Ara bé, en aquest moment sí que vull posar de manifest, perquè em sembla preocupant, com diverses sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i algunes del Tribunal Suprem no apliquen correctament, al meu entendre, el principi d'especialitat pel que fa al règim de Barcelona¹⁰⁵.

a) Així, per una banda, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala contenciosa administrativa, Secció cinquena) núm. 874/2019, de 25 d'octubre, va donar resposta al conflicte en relació al Reglament de participació ciutadana de l'Ajuntament de Barcelona, aprovat el 6 d'octubre de 2017, plantejat tant per qüestions procedimentals com pel seu contrast amb la LBRL. Va ser seguida per la Sentència 38/2020, de 10 de gener de 2020, centrada en

¹⁰¹ Així ho vinc mantenint de fa temps. Em remeto als meus treballs «La autonomía local en España a los veinte años de la Constitución: perspectivas de cambio», *Anuario del Gobierno Local 1998*, IDP- Diputació de Barcelona, Marcial Pons, 1999, p. 36. i «Los retos actuales del gobierno local: repolitización, diversificación, interiorización», a J.M. BAÑO LEÓN, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPC, Madrid, 2016, II, pp. 1929-1946.

¹⁰² Sobre la relació entre norma general i norma especial en l'àmbit del Dret administratiu, vegeu: José Antonio TARDÍO PATO: «El principio de especialidad normativa (*lex specialis*) y sus aplicaciones Jurisprudenciales», *RAP*, 162, 2003, pp. 189 ss.

¹⁰³ Alfredo GALÁN GALÁN, *La Carta Municipal de Barcelona y el ordenamiento local. El régimen especial del Municipio de Barcelona*, Marcial Pons, FCPiS, 2001.

¹⁰⁴ Francisco VELASCO CABALLERO, «Ley especial de Barcelona y Derecho local», FONT LLOVET-JIMENEZ ASENSIO (Coords.) *La «Carta Municipal de Barcelona»*, cit., pp. 22 ss.

¹⁰⁵ Vegeu més recentement algunes referències a Alfredo GALÁN GALÁN, *El régimen especial de Barcelona en el sistema de fuentes. Parte general*, document de treball del Programa per l'Impuls del Règim especial de Barcelona, juny 2022.

l'antinòmia entre el Reglament municipal i l'art. 71 LBRL. Les respostes varen ser anul·latòries de les normes municipals. Reprodueixo alguna de les afirmacions sobre les que descansa aquesta darrera resolució:

«La Carta [de 1998, que regula la participació ciutadana] es configura com a norma bàsica de l'ordenament jurídic propi del govern local de la ciutat de Barcelona, atribuint a l'Ajuntament el seu desenvolupament reglamentari, *el qual s'ha de dur a terme amb respecte al model organitzatiu comú i uniforme per a totes les Entitats municipals i provincials recollit a la normativa estatal en matèria de règim local i a la legislació de desenvolupament plasmada en la mateixa Carta*. Per tant, la Carta Municipal no deroga el sistema constitucional de fonts, ni singularitza la potestat normativa de l'Ajuntament».

Sense entrar ara en majors detalls, només assenyalo que essent norma especial la Carta municipal, el seu desplegament reglamentari pel propi ajuntament també és dret especial, que pertany al seu mateix grup normatiu. Així es declara en el joc dels trams estatal i autonòmic del règim especial. En efecte, d'una banda, l'art. 1.2 de la LREMB disposa:

«El règim especial del municipi de Barcelona s'integra pel que es disposa en aquesta Llei i a la Llei del Parlament de Catalunya 22/1998, de 30 de desembre, de la Carta Municipal de Barcelona, en aplicació del que es disposa a la disposició adicional sisena de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, de Bases del Règim Local.

I la Carta Municipal de Barcelona, que és cridada per la Llei 1/2006, a la seva vegada estableix al seu art. 1.2:

«La ciutat de Barcelona gaudeix d'un règim especial, garantit per l'article 89 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya i integrat per aquesta Carta, per la legislació que regula el règim especial del municipi de *Barcelona i per les disposicions emanades de l'Ajuntament de Barcelona en exercici de la seva potestat normativa*.»

Sembla realment una *contradictio in terminis* pretendre, com fa la Sentència, que el dret especial s'hagi de «*dur a terme amb respecte al model organitzatiu comú i uniforme per a totes les Entitats municipals*». En realitat, el que varen aplicar les Sentències del TSJ citades, són les regles de la relació entre normes bàsiques estatals i normes de desenvolupament autonòmiques, quan el que es tractava era d'aplicar les regles de la relació entre dret comú o general, estatal, i dret especial, municipal.

Entenc que cal subratllar que la Llei 1/2006, del règim especial del municipi de Barcelona (LREMB), en relació a la Llei de Bases de Règim Local: a) és llei posterior, b) és llei especial i c) és llei capçalera integrada en un grup normatiu on també figuren la llei catalana de la Carta Municipal i els reglaments municipals de desenvolupament, normes a les quals es remet la LREMB.

A partir d'aquesta constatació, entra en joc el principi d'especialitat com a mecanisme de resolució de contradiccions o antinòmies normatives com la que es planteja a les STSJCAT citades. Però abans, ha de quedar clar que, per definició, l'existència d'un dret especial respecte d'un de comú o general significa necessà-

riament que el seu contingut difereix, s'aparta o contradia la norma comuna. Si no, no hi hauria cap conflicte entre normes. Per tant, no es pot negar d'entrada la legitimitat de la contradicció perquè seria tant com negar el pressupòsit mateix de la qüestió plantejada.

Així va deixar-ho clar el Consell d'Estat al Dictamen de 26 de juny de 2013, sobre la disposició addicional quarta i la derogatòria única de l'Avantprojecte de la que seria la Llei 27/2013, coneguda com la LRSAL, que es referia precisament als règims municipals especials. El Consell d'Estat va criticar la regulació proposada i va plantejar la necessària reconsideració:

«Lo natural es que las normas jurídicas de naturaleza particular difieran de las normas generales referidas a la misma materia. Por ello, la precisión según la cual las leyes particulares de los Municipios de Madrid y de Barcelona cuya vigencia expresamente se mantiene deben aplicarse en cuanto no se opongan a la nueva Ley constituye una determinación poco coherente y generadora de confusión. Por tal razón, se entiende necesario que en esta disposición adicional se suprima el inciso “en lo que no se oponga a la misma”».

b) En segon lloc, s'ha plantejat el conflicte entre l'apartat 2 de l'art. 75 del Reglament Orgànic Municipal (ROM) de l'Ajuntament de Barcelona i l'art. 85.2 del Reglament d'organització, funcionament règim jurídic de les entitats locals, aprovat pel RD 2568/1986, de 28 de novembre (ROF), respecte a la col·locació de símbols al saló de plens de l'Ajuntament.

La STSJ de Catalunya de 18 de novembre de 2019 va anul·lar el precepte municipal per vulneració de l'art. 85.2 del ROF *«que constitueix norma estatal de aplicació a tots els ayuntamientos»*. La Sentència compta amb el vot particular del President del tribunal jutgador, senyor de Soler Bigas, que opina que no es pot apreciar la contradicció amb l'article 85.2 ROF, *«per no poder apreciar-se la condició de norma estatal bàsica ni prevalent d'aquest precepte reglamentari»*.

Recorreguda la sentència en cassació, el recurs fou resolt per la STS 2611/2021, de 28 de juny de 2021. La Interlocutòria d'admissió del recurs havia declarat com a qüestió d'interès cassacional l'atinent a *«determinar si l'article 85.2 del Reglament d'Organització i Funcionament de les Entitats Locals, aprovat per Reial Decret 2568/1986 de 28 de novembre pot ser considerat com a normativa de caràcter bàsic»*. La Sala del TS així ho va entendre, en contra de tots els criteris constitucionals sobre la determinació d'allò que és bàsic¹⁰⁶.

En realitat, el que ve a fer el TS és suplir la voluntat del legislador de règim local, que s'havia abstingut de regular aquesta matèria com a bàsica; més aviat, la

¹⁰⁶ Vegeu els comentaris a aquesta Sentència de Francisco VELASCO CABALLERO, *Dice el Tribunal Supremo que el ROF puede contener normas básicas. ¿Pero no habíamos quedado en que las normas básicas deben tener forma de ley?*, Blog de l'Institut de Derecho Local de la UAM, 10 de juliol de 2021; i de Tomàs FONT i LLOVET, *ROF versus ROM: Norma bàsica estatal, norma supletoria y potestad municipal de autoorganización*, *RAP*, núm. 217 (2021).

LBRL li havia negat dita naturalesa. O, vist amb més benvolença, com a molt, el TS procedeix a esmenar l'oblit d'aquest legislador. Ambdues operacions no corresponen, a parer meu, als tribunals de la jurisdicció contenciosa administrativa¹⁰⁷.

Però vull destacar que el Tribunal Suprem va evitar entrar en la discussió sobre l'abast de la potestat d'autoorganització de l'Ajuntament de Barcelona i la seva connexió amb el règim especial, aspecte al que sí havia al·ludit la Sentència del TSJ recorreguda, que transcrivia literalment el paràgraf més amunt reproduït de les anteriors Sentències del TSJ sobre el Reglament de participació ciutadana.

És a dir, que un cop més, la relació entre el dret especial i el dret comú o general es deriva, incorrectament, a la relació o confrontació amb una norma estatal declarada bàsica, ja que aquesta, en tot cas, desplega els seus efectes respecte de les normes autonòmiques¹⁰⁸.

c) Un cas paradigmàtic dels problemes aplicatius dels règims especials en l'àmbit del dret local és el resolt en la Sentència del Tribunal Suprem de 23 de juny de 2020 per la qual s'anul·la l'article 55 de la Llei 22/2006, de 4 de juliol, de Capitalitat i Règim Especial de Madrid (LCREM), a la que han seguit altres sentències similars de 24 de juny i de 28 de juliol de 2020¹⁰⁹. El Tribunal Suprem

¹⁰⁷ El vot particular a la Sentència del TSJ efectua una profunda anàlisi de la jurisprudència constitucional i contenciosa administrativa sobre el rang de les normes bàsiques i la posició del ROF en relació amb el ROM, la qual cosa li porta, com s'ha dit, a negar el caràcter bàsic del ROF i a afirmar que no li correspon al tribunal suplir el legislador. Així mateix aporta el següent precedent: «c) *Que el modelo organizativo común y uniforme para todas las entidades municipales y provinciales, o el principio de unidad estatal, que invocan alguna de las Sentencias de la Sala Tercera del TS, no puede ser otro que el diseñado y resultante de las normas básicas estatales con rango legal (la Ley 7/85, LBRL; y el R.D. Legislativo 781/1986, de 18 de abril), teniendo el ROF la condición que le confiere la transcrita STS, Sala 3ª, de 2 de enero de 2013, rec. 1530/2012, con cita de otras y remisión a la STC 214/1989, de 21 de diciembre, esto es: «(Que) Tales normas estatales no básicas vienen a ocupar una posición subordinada y complementaria con respecto a los reglamentos orgánicos municipales de suerte que no pueden anularse, como hace la sentencia impugnada, los artículos 79 y 82, apartados 2 y 4 del ROM del Ayuntamiento de Sagunto sobre la base de una supuesta infracción de lo dispuesto por el 85 del ROF RD 2568/1986, y ello por cuanto el ROM no está subordinado a las determinaciones del ROF».*

Com s'ha dit, al final, el TS va desestimar el recurs de cassació i com diu la seva Sentència, «desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia impugnada, no sin dejar constancia de que los términos del litigio se ventilan entre la sentencia y el voto particular. Siendo ambos planteamientos rigurosos y bien fundados, no obstante esta Sala entiende que el parecer mayoritario es más ajustado a Derecho, apreciando en el voto particular un criterio atendible, pero en exceso formal y que deja en segundo plano el origen del ROF así como su interpretación a la luz de la evolución de la doctrina constitucional».

¹⁰⁸ Un cas diferent és el que es planteja a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala contenciosa administrativa, Secció cinquena) 3676/2021, de 6 de setembre, que resol el recurs interposat contra una resolució de la Comissió de garantia del dret d'accés a la informació pública, que havia estimat la reclamació formulada per una societat mercantil en relació amb l'accés a les actes i altra documentació de les sessions de la Comissió de Govern de l'Ajuntament, on es posa de manifest un desajust entre el règim especial de Barcelona i el dels municipis de gran població.

¹⁰⁹ Sobre el règim especial de Madrid, vegeu: Antonio TRONCOSO REGADA (Dir.), *Comentarios a la Ley de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid* Thomson Aranzadi, 2006; Luciano PAREJO, Juan BRAVO, Cayetano PRIETO (coords.), *Estudios sobre la Ley de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid*, Bosch, 2006; Jorge FERNÁNDEZ-MIRANDA, *El régimen especial de Madrid como gran ciudad y capital del Estado*, Iustel, 2007.

considera que l'article 55 LCREM, relatiu a l'exercici de funcions de fe pública va ser derogat per la disposició addicional segona de la Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, sense que davant aquesta norma posterior en el temps pugui invocar-se el caràcter especial de règim de capitalitat de Madrid. Diu així:

«A todo lo dicho, además de reiterar con la sentencia de 27 de diciembre de 2013, que la Ley 22/2006 no es básica y que su carácter especial no la pone al resguardo de la derogación de sus preceptos incompatibles con leyes posteriores, es menester añadir lo siguiente. Ni la capitalidad de España ni el número de vecinos implican por sí mismos la exención de la aplicación de las reglas generales sobre la ordenación de la función pública local y, en particular, sobre la reserva de funciones necesarias en todas las corporaciones locales a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.»

Com s'ha vist, el Tribunal Suprem es remet a la seva anterior STS 6490/2013, de 27 de desembre. Diu així:

«En relación con lo que acabamos de exponer conviene salir al paso de lo alegado por el Ayuntamiento de que la Ley 22/2006 es una ley Básica y especial, que no puede resultar afectada por la Disposición Adicional, que se refiere al régimen de los funcionarios y no a la organización de la Administración; y que “la finalidad objeto del EBEP no es la reordenación de las municipios de población, sino la definición de la Bases del régimen estatutario de los empleados públicos; la finalidad objeto del EBPE tampoco es la reordenación del régimen especial de capitalidad reconocido en la Villa de Madrid mediante la LCREM, desarrollo legal específico de dicho Título X” (con referencia al título X Ley 7/1985).

En primer lugar no consideramos correcta la calificación de la Ley 22/2006 como ley básica, pues no se encuentra en ella calificación tal. Es advertible en tal exceso calificadorio la intención de evitar la prevalencia sobre ella de la posterior ley, sí básica, a la que pretende oponerse.

En segundo lugar, desde el prisma de la especialidad, ésta no puede prevalecer frente al designio ordenador de una ley básica posterior, que, sin excepciones, pretende establecer una ordenación unitaria respecto a unas determinadas funciones.

Finalmente, el hecho de que el objetivo y finalidad del EBEP no sea la reordenación del régimen especial de la Villa de Madrid, ni la reordenación de los municipios de gran población, no es óbice para que dichas ordenaciones, en la medida afectante al régimen funcional de todas las Corporaciones locales, puedan resultar afectadas por la regulación de dicho EBEP».

A la vista d'aquestes afirmacions, cal oposar, en primer lloc, que si la Llei de Capitalitat i règim especial de Madrid no tingués el caràcter de llei bàsica, l'Estat no hauria tingut competència per a dictar-la. És per tant una Llei bàsica, una llei

bàsica si es vol, «singular»¹¹⁰. Però és que, en qualsevol cas, en el joc d'aplicabilitat entre dues lleis de l'Estat, és indiferent que una de les dues sigui bàsica i l'altra no, ja que del caràcter de norma bàsica no se'n desprèn cap jerarquia o preferència aplicativa sobre altres lleis estatals, com ha dit el Tribunal Constitucional respecte de la LBRL. La STC 240/2006, ho senyala clarament:

«... de la jurisprudencia examinada no se concluye que la Ley reguladora de las bases del régimen local constituya siempre canon de validez de la ley, estatal o autonómica, a la hora de enjuiciar normas que desarrollen aspectos concretos de la autonomía local. De la ley estatal no lo constituye porque la Ley de las bases del régimen local, más allá de la referida naturaleza singular, y de su carácter básico ex art. 149.1.18 CE, no ocupa en nuestro Ordenamiento una posición distinta a las demás leyes ordinarias del Estado, que pueden por tanto establecer disposiciones contrarias a la Ley de las bases del régimen local, las cuales deberán ser consideradas modificaciones legislativas pero no leyes inconstitucionales» (FJ 8).

Amb posterioritat, la STC 95/2014 ha reiterat que la posició ordinal de la LBRL no li otorga cap plusvalor:

«Pero la legislación básica sobre régimen local no se integra en el 'bloque de la constitucionalidad' ni constituye canon de validez respecto de otras leyes estatales. Tal como sostiene el Abogado del Estado no puede pretenderse de este Tribunal que enjuicie una norma estatal utilizando como parámetro otra norma estatal (configuradora de la autonomía local constitucionalmente garantizada) pues, lógicamente, si no se ha vulnerado la Constitución debe interpretarse como una nueva opción del legislador».

En tercer lloc, en conseqüència amb l'anterior, la Sentència ha de resoldre el conflicte normatiu en virtut del criteri de l'especialitat. És comú definir el Dret especial com el que es contraposa al Dret General, és a dir, el que s'aparta de la regla general i és relatiu a classes especials de persones, coses i relacions. La seva essència consisteix en el fet que «aparta aquestes classes determinades de l'esfera d'imperi d'una regla general [...], per sotmetre-les a una disposició especial, i així formar un Dret Especial, un *jus proprium* d'aquestes classes, que divergeix del *jus commune* aplicable a la resta»¹¹¹.

L'especialitat, doncs, es pot projectar normalment en l'element subjectiu. És a dir, es dirigeix o es justifica per a un tipus determinat de subjectes: en aquest

¹¹⁰ Així ho sosté, Jorge FERNANDEZ-MIRANDA, *El régimen especial de Madrid como gran ciudad y capital del Estado* cit., 49 ss., pel que fa al règim especial, no al de capitalitat. Perquè efectivament, en casos com aquest, cal distingir la gran ciutat, la capitalitat i el fet metropolità. Vegeu Alfredo GALÁN GALÁN, i Francisco TOSCANO GIL, «Las tres dimensiones de la gran ciudad», a TRONCOSO, *Comentarios*, cit., pp. 231 ss.

¹¹¹ Em remeto a TARDÍO PATO, «El principio de especialidad...», citat, i als autors que ell maneja: pp. 191 i ss. La frase transcrita és d'ENNECERUS, KIPP y WOLFF: *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, tomo I, vol. I, traducció espanyola, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, pàgs. 182-183. Vegeu també Federico DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

cas, per a un subjecte únic, singular, ja sigui el municipi de Madrid, o el de Barcelona, tenint en compte les seves singulars característiques històriques, demogràfiques, econòmiques, geogràfiques, organitzatives, de capacitat de gestió, etc., que estan detallades als preàmbuls de les dues lleis especials.

I els efectes del principi d'especialitat són coneguts. La jurisprudència del Tribunal Suprem és unànime a l'hora d'acceptar i aplicar el principi d'especialitat segons el qual és d'aplicació preferent la norma especial o particular davant la norma comuna o general. És suficient la cita de la STS de 16 de gener de 1998 (RJ 1998\826) que subratlla, al seu FJ 4, que:

«constituye principio general de derecho (*generi per speciem derogatur: specialia generalibus derogant*) que la norma especial deroga la norma general en cuanto a su ámbito singular de aplicación, siendo en cuanto a dicho ámbito de preferente vigencia [...]»

Certament, l'expressió utilitzada per la Sentència és equívoca, i no és el cas ara d'entrar en la clàssica polèmica sobre si el principi d'especialitat té conseqüències sobre l'aplicació de les normes —aplicació preferent— o sobre la seva vigència-derogació¹¹².

Una situació anàloga de relació entre dues lleis estatals s'ha plantejat també en el cas de la ciutat de Barcelona, que troba una específica projecció en l'àmbit del seu règim financer¹¹³. En aquest cas la norma de capçalera és l'art. 161 del Text Refós de la Llei Reguladora de les Hisendes Locals, aprovat pel RDLeg. 2/2004, de 5 de març (TRLRHL), que diu així:

«Artículo 161. Régimen financiero especial.

El municipio de Barcelona tendrá un régimen financiero especial, del que será supletorio lo dispuesto en esta Ley».

Parem esment que, a diferència de la Disposició addicional 6^a de la LBRL, en aquesta ocasió la norma que preveu l'existència del règim financer especial no estableix cap tipus de precisió o limitació sobre el seu abast material. En virtut d'aquesta previsió, la Llei 1/2006, del Règim especial de Barcelona va incorporar una disposició «receptícia» del següent tenor:

«Article 4. Règim financer especial.

En aplicació del que preveu l'article 161 del text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2004, de 5 de març, aquesta Llei estableix el règim financer especial del municipi de Barcelona. En

¹¹² Vegeu Roberto BIN-Giovanni PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giacchappelli ed. Torí, 2009, pp. 15 ss.; J. L. VILLAR PALASÍ: *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las normas*, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1968, págs. 479 y ss. Ens el recorda TARDÍO PATO, *loc. cit.*

¹¹³ Vid. FRÍAS VALLE, Fernando- OLIVER CUELLO, Rafael: «Règim financer especial de la Hisenda municipal de Barcelona», a: FONT i LLOVET, Tomàs -JIMENEZ ASENSIO, Rafael (coords.): *La «Carta Municipals» de Barcelona. Deu Estudis*, Marcial Pons, FCPiS, 2007, pp. 315 ss.

tot el que no regula el títol IV d'aquesta Llei, és aplicable la normativa estatal en matèria d'hisendes locals».

Pròpiament, aquesta disposició no és més que el revers de l'art. 161 TRLRHL, i no fóra estrictament necessària, ja que la regulació material continguda en el títol IV que se cita ja reuneix la naturalesa de legislació especial. Si de cas, la norma podria tenir, ara sí, un efecte delimitador de l'àmbit material del règim financer especial, tancant la possibilitat de successives regulacions. Però tampoc això és possible, atesa la manca de força de resistència passiva de la LERMB respecte d'una ulterior llei estatal.

El conflicte normatiu que s'ha donat ha estat objecte de l'Informe Consell Tributari 1416/21, de 15 de desembre, i es refereix a la relació entre l'art. 51 de la Llei 1/2006 de REMB i el RD Llei 26/2021, de 8 de novembre, dictat a conseqüència de la STC 26/2021, de 8 de novembre, en matèria de l'Impost sobre l'increment del valor dels terrenys de naturalesa urbana. Val la pena transcriure aquell Informe extensament, tant per la seva argumentació com per les referències jurisprudencials que conté:

«[...] la naturalesa de la llei especial reguladora del règim local de Barcelona suposa que la Llei 1/2006 és d'aplicació preferent no només respecte de lleis anteriors d'igual rang i eficàcia, dictades pel mateix òrgan, siguin sectorials o generals, sinó també respecte de lleis posteriors que reuneixin els mateixos requisits excepte que aquestes últimes establiren expressament el contrari. Aquesta afirmació ha estat corroborada reiteradament pel TS que de forma general s'ha pronunciat a favor del principi d'especialitat normativa en detriment del de temporalitat de les normes o cronològic. En la seva jurisprudència s'aplica la regla de que la llei posterior quan és general no deroga la llei especial anterior si aquella no ho estableix directament. Així es manté, entre d'altres, a la STS 1155/2001, de 28-2-2001, FJ2, en la que s'assenyala que la norma amb una regulació directa i específica de la matèria de que es tracti preval sobre qualsevol altra; la STS 573/2010, de 30-9-2010, FJ2, en la que s'especifica que el principi d'especialitat resol el problema del concurs de lleis o conflicte aparent de normes mitjançant l'aplicació preferent i prioritària de la norma especial; o la més recent STS 1504/2018, de 15-10-2018, FJ3 i 4, en la que es declara la preferència de l'aplicació del règim previst a la llei especial sobre el regulat a la llei general. També a la jurisprudència europea s'ha mantingut la mateixa posició. Així es pot citar, entre d'altres, les sentències sobre els assumptes C-199/11, de 26-6-2012, ap. 26, en la que es declara l'aplicació del criteri «*lex specialis derogat legi generalis*» quan les disposicions persegueixen objectius idèntics i contenen continguts contradictoris o la STG, de 9-6-2010, assumpte T-237/05, ap. 33, en què s'assenyala que les col·lisions entre normes especials i generals es resolen a favor de les primeres.

«La Llei 1/2006 és la norma que conté el règim local específic de Barcelona expressió de l'autonomia constitucional reconeguda als ens locals d'acord amb els

articles 137 i 140 de la CE que troba el seu reflex en matèria tributària als articles 133.2 i 142 de la pròpia Constitució. Així es reconeix expressament, com ja s'ha escrit, a l'article 2.2 de la Llei 1/2006, que sota el títol «Garantia de l'autonomia municipal» atribueix competències en matèria d'hisenda local d'acord amb l'article 161 del TRLRHL en el que es preveu el règim financer especial del municipi de Barcelona declarant-se així expressament a l'article 4 de la mateixa Llei 1/2006 que al mateix temps reconeix el caràcter supletori del TRLRHL.

«En efecte, el caràcter de Llei de l'autonomia local de Barcelona que inclou la pròpiament tributària, es plasma de forma específica en les normes citades fins a l'extrem de declarar expressament la supletorietat de la llei general. En conseqüència, no es tracta exclusivament de l'aplicació preferent de la regla de l'especialitat en els termes analitzats, sinó de que el propi ordenament regula aquesta última perquè és expressió del reconeixement constitucional de l'autonomia de Barcelona que la fa resistent front a possibles regulacions posteriors a la seva aprovació, excepte derogació expressa, reconeixent, per aquest motiu, el propi legislador la supletorietat de les normes generals reguladores de la hisenda local. És a dir, el règim tributari del municipi de Barcelona s'estableix en la Llei 1/2006 en tots els seus aspectes essent aquesta darrera llei la que ha d'aplicar-se al sistema de tributs que en ella es preveu i amb l'abast que en la mateixa es disposa sense perjudici de la supletorietat de la normativa general que només seria aplicable segons l'article 4 de la Llei 1/2006 «*En tot el que no regula el títol IV*».

«Les consideracions anteriors es fonamenten no només en aquest article 4, sinó en la pròpia literalitat de l'article 161 del TRLRHL, citat, en el que es disposa que:

“Artículo 161. Régimen financiero especial.

El municipio de Barcelona tendrá un régimen financiero especial, del que será supletorio lo dispuesto en esta Ley”.

“Es reconeix doncs que el municipi de Barcelona és titular d'un règim tributari especial que ha de ser regulat en la llei, actualment la Llei 1/2006, l'aplicació prioritària de la qual ve establerta expressament, posant-se així de manifest que és aquesta llei la que regula el règim fiscal que li correspon al municipi i, en conseqüència, la que ha de ser aplicada en els seus propis termes.

“Per tot el que s'ha exposat es pot concloure que no procedeix l'aplicació, en aquest cas concret, de la regla '*lex posterior derogat priorit'*' a la qual es refereix la pregunta número cinc de l'escrit de sol·licitud del present informe.”»

En definitiva, malgrat l'acord de la doctrina i dels organismes consultius, alguns tribunals no acaben de combinar adequadament, en la meua opinió, els dos criteris distints d'especialitat i de competència en la relació entre normes en el camp del dret administratiu i del dret local. Probablement, la idea clàssica de l'uniformisme en el règim local encara perviu en alguns plantejaments.

2.3. Règim especial i principi d'igualtat

En fi, és bo destacar que l'expressió de la diferenciació i la diversitat, en aquest cas a través del règim especial de Barcelona, no ha d'implacar, per principi, una infracció del principi d'igualtat. Altrament, tota regulació especial, particular o de cas únic, podria eventualment ser titllada de contrària al principi d'igualtat.

Doncs bé, en relació precisament amb el règim especial del municipi de Barcelona, en aquest cas, el règim especial contingut en la normativa preconstitucional, la STC 75/1983, de 3 d'agost de 1983, ja citada en el Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora 334/1988 abans transcrit, va tenir ocasió de pronunciar-se sobre la norma especial que establia un límit màxim d'edat per accedir a determinada plaça funcional. El Tribunal negà cap infracció del principi d'igualtat:

«La regla enjuiciada del art. 28.2 b), con otras, constituyen el contenido de un régimen especial y singular, previsto en nuestra legislación para la importante ciudad de Barcelona —así como para la de Madrid en otra norma posterior— que suponen un sistema de diversidad porque excepciona el de uniformidad, que no puede ser valorado o tratado desde el principio de igualdad que proclama el art. 14 de la Constitución, ya que por el contrario proporciona un dato para inferir que podrán establecerse dentro de ese régimen especial peculiaridades o diferencias en la función pública, sin que por ello, desde una comparación con el régimen común se pueda concluir que se establece un tratamiento desigual, ya que la desigualdad —y la proscripción de la desigualdad— no se produce entre regímenes municipales, al surgir como inevitable y necesario establecer el régimen especial que comporta para los cargos funcionariales (...)».

A continuació, el TC argumenta sobre les dades objectives que justificaven materialment la mesura, per reconduir-lo finalment al cas:

«Lo expuesto conduce a justificar que el art. 28.2 b) de la Ley especial con sus diferencias cualitativas sobre el régimen común de funcionarios de la Administración Local, no es discriminatorio ni contrario al principio de igualdad, porque su contenido se apoya en una situación diferenciada que recibe un tratamiento singular, basado en fundamentos razonables según criterios de valor aceptados con generalidad».

D'altra banda, des del punt de vista de la constitucionalitat, en els casos més amunt senyalats, de conflicte entre una norma reglamentària especial —l'ordenança municipal de Barcelona, integrant del règim especial— i una norma general de rang legal, el primer judici a efectuar és el d'aplicació preferent de la norma especial, i un cop determinada aquesta, valorar la seva compatibilitat amb el principi d'igualtat.

En aquest sentit és emblemàtica la STC 82/1994, de 14 de març, que resol en favor de la preferència aplicativa d'una norma reglamentària interna d'una

Universitat, tenint en compte, a més, l'autonomia universitària que garanteix la Constitució, i descartant que aquesta afecti el principi d'igualtat¹¹⁴. La proximitat al tema d'autonomia local de l'Ajuntament de Barcelona és evident.

3. *Característiques i significat del règim especial del municipi de Barcelona*

L'abast i el contingut del règim especial del municipi de Barcelona ha anat variant en el temps, segons les circumstàncies històriques i polítiques, econòmiques, administratives i socials de cada moment. No és objecte d'aquest estudi profunditzar en un estudi analític del contingut normatiu del règim especial. En tot cas, en el moment actual ho podem sintetitzar dient que abasta els següents àmbits materials: la potestat normativa, l'organització política i administrativa del Municipi, la descentralització administrativa i la participació ciutadana, així com el contingut material de les seves competències, fins i tot en àmbits propis de l'Estat, la forma d'exercici de les mateixes i de la prestació dels serveis públics, el finançament i la hisenda municipal i la relació de la ciutat amb els altres nivells territorials de govern.

La meua intenció és la d'oferir una sistematització segons criteri propi de les principals característiques que configuren el règim especial de Barcelona que ens permeti captar el significat que revesteix en el context de l'ordenament territorial. Això ha de permetre referir-me, després, a alguns dels principals reptes que el dit règim té plantejats i que assenyalen les dinàmiques que s'obren en el context de la nova posició de les ciutats com a subjectes jurídic-institucionals en el context global.

3.1. *El règim especial o singular no és un privilegi*

Una primera característica que no s'acostuma a destacar però que és molt significativa és que el règim especial de Barcelona mai ha donat lloc a l'obtenció d'un privilegi pels ciutadans de Barcelona o l'atorgament d'una exempció en el compliment dels deures generals. Ni a l'Edat Mitjana, ni en el moment actual.

En efecte, traient profit de la distinció entre «*ius singulare*» i «*privilegium*», la ius-historiografia més atenta, com Tomàs de MONTAGUT¹¹⁵, conclou que el dret especial de la Barcelona medieval, malgrat la seva denominació de «privilegis i a diferència del que era comú a l'època, no vol afavorir ningú declarant que no està subjecte a les regles imperatives vigents pel conjunt de la comunitat. Més aviat al contrari, s'assenyala que es tracta de «construir un ordenament jurídic suficientment complet per protegir i assegurar la vida de relació social dels ciutadans

¹¹⁴ Vegeu l'anàlisi detallat que en fa TARDÍO PATO, cit., p. 212 i ss.

¹¹⁵ Tomàs de MONTAGUT ESTRAGUÉS: «Els orígens de la institució municipal barcelonina», a DDAA *Història de l'Ajuntament de Barcelona*, Enciclopèdia Catalana, 2007, pp. 22-43.

i dels habitants de Barcelona. És a ells a qui van dirigides aquestes normes, que hauran d'observar com a dret propi i especial»¹¹⁶.

Ben mirat, podria succeir ben bé el contrari, *és a dir*, com que sovint el règim especial ha implicat el reconeixement de majors poders reguladors i d'intervenció a la ciutat, —si de cas, un privilegi per la ciutat—, correlativament el règim especial ha pogut implicar majors obligacions pels seus ciutadans. Per posar un exemple, així ha pogut succeir amb el règim especial en el camp tributari (en l'actualitat, la Llei 1/2016), on s'imposen majors deures de col·laboració amb l'administració, o situacions de subjecció que poden resultar més gravoses¹¹⁷.

Això és important perquè quan es parla de règims diferenciats en el context dels governs territorials, sorgeix immediatament la sospita del privilegi i del greuge comparatiu. Doncs no. El règim especial de Barcelona mai no ha significat ni ha facilitat situacions de privilegi, sinó que més aviat *és el fruit de la voluntat d'assumir* unes majors responsabilitats per part de la ciutat.

D'altra banda, també hem vist més amunt com la STC 75/1983, de 3 d'agost de 1983, va desvincular les singularitats del règim especial de Barcelona d'una possible infracció del principi d'igualtat.

3.2. *Barcelona i el seu règim especial com a impuls i com a model*

També des dels seus orígens, el règim especial de Barcelona sempre ha actuat com un model o patró per altres regulacions del dret local, ja sigui del dret local general, ja sigui de regulacions especials per a realitats més concretes.

I això ha estat així tant a l'Edat Mitjana, quan el dret propi de Barcelona es constituïa com patró de la majoria dels municipis de les grans ciutats i viles de Catalunya¹¹⁸ i, encara més, s'aplicaria directament en virtut de la figura del carreratge a ciutats com Vilanova, Igualada, Granollers o Mataró, veritable «corona» territorial de Barcelona¹¹⁹; com és així al segle XXI, amb l'aplicació, fins i tot millorada, als municipis de gran població de tot Espanya, com es dirà.

La intenció de la ciutat de Barcelona ha estat sempre la d'oferir la seva capacitat d'iniciativa per l'avanç en la millora del règim local general i en particular de les grans ciutats en tot el país. Sens dubte, el dret de Barcelona ha estat sempre un referent. Fins i tot Barcelona ha exercit un clar lideratge en el conjunt del municipi-

¹¹⁶ DE MONTAGUT, *Els orígens*, cit., p. 29. En aquest treball s'efectua un estudi detallat del *Llibre Verd* de 1345, que recopila els «costums i privilegis especials» de la ciutat de Barcelona.

¹¹⁷ Vegeu Fernando FRIAS VALLE, Rafael OLIVER CUELLO, «Règim financer especial de la hisenda municipal de Barcelona», a FONT LLOVET-JIMENEZ ASENSIO, *La «Carta municipal» de Barcelona. Deu Estudis*, cit., pp. 314 ss.

¹¹⁸ FONT I RIUS, «Jaume I i la municipalitat de Barcelona», cit., p. 666.

¹¹⁹ Vegeu Ma Teresa FERRER MAYOL, *L'associació de municipis a l'Edat Mitjana. El carreratge de Barcelona*, Barcelona 1999.

palisme català i espanyol, especialment de cara a superar l'uniformisme imperant, en diferents èpoques i nivells d'actuació.

Per citar un exemple històric no tan conegut, es pot recordar el recolzament de l'Ajuntament al que seria el projecte de Llei de «bases para regular la vida municipal en las grandes ciudades», presentat al Senat el 14 de novembre de 1919. Mitjançant acord plenari de 4 de maig de 1918, l'Ajuntament va trametre al Govern una memòria sobre la reforma de la llei Municipal en el referent a poblacions de més de 100.000 habitants, on se senyalava que «*si bien esta Corporación ha acariciado la idea de solicitar una Carta Municipal para la Ciudad, en la que podría reflejarse con toda fidelidad su especial idiosincrasia y manera de ser*»¹²⁰, acabava preferint acollir-se a un règim especial per a municipis de més de 100.000 habitants que només establís unes bases comunes i que després cada una d'elles pogués fixar el seu règim especial.

Anàlogament, un segle després, un cop aprovada la Carta Municipal de 1998, algunes de les innovacions, sobretot sobre la distribució de les competències orgàniques, que havia aportat la Carta, es traslladen a l'àmbit de les reformes de la legislació estatal de règim local. Primer a través de la Llei 11/1999, de 21 d'abril, en el context del denominat «Pacte Local», i posteriorment per mitjà de la Llei 57/2003, de 16 de desembre, de Mesures per la Modernització del Govern Local. La introducció d'un nou Títol X a la LBRL amb un règim especial pels «municipis de gran població» —coneguda com llei de «grans ciutats»— va acollir també elements del règim especial barceloní pel que fa a la seva organització politico-administrativa, i fins i tot va incloure particularitats organitzatives de l'Ajuntament de Barcelona fruit de la seva potestat d'autoorganització, com per exemple, els òrgans municipals de resolució dels recursos en matèria tributària, a partir de la positiva experiència del Consell Tributari de Barcelona¹²¹.

Ara bé, la *difusió* del règim especial de Barcelona cap al règim de les grans ciutats no significa la seva *dissolució* dins d'aquest darrer. La tramitació de la Llei de Mesures de Modernització del Govern Local va posar de manifest els diferents punts de vista del Govern, per una banda, i del propi Ajuntament i de la Generalitat, de l'altra, quant a l'aplicació de la nova llei al municipi de Barcelona. Al final es resolgué declarant, de manera un xic equívoca, que «no serà d'aplicació

¹²⁰ Prenc la cita de Ricard GRACIA, *Evolución histórica*, cit., p. 40.

¹²¹ Vegeu Mercedes CASTILLO SOLSONA: *La competencia tributaria en la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local*, Fundació Carles Pi Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, 2003. La visió des del moment originari, a Joaquín TORNOS MAS, «El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona», *Documentación administrativa*, núm. 220, 1989. Per una valoració de conjunt, em remeto al meu article «El Consell Tributari de Barcelona als trenta anys de la seva creació. Cap a una nova justícia administrativa per a les ciutats», a *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2020, pp. 87 ss.

al municipi de Barcelona mentre no s'aprovi el seu règim especial» (Disposició Transitòria 4^a de la Llei 57/2003)¹²².

Destaco aquest aspecte per fer veure com preval la idea de que, fins i tot en relació a un règim especial com és el de les grans ciutats inspirat pel propi de Barcelona, el reconeixement de la singularitat barcelonina segueix tenint una entitat pròpia.

Però la idea de difusió del règim especial de Barcelona no ha oblidat la lògica dels antics mecanismes. En aquest sentit, per exemple, indiquem que en el procés d'elaboració de l'actual Llei 1/2006 de REMB, un dels esborranys que es varen manejar en seu interna municipal incloïa en l'article 54, relatiu als principis de la Hisenda Municipal, el següent criteri general:

«l'extensió de les singularitats atribuïdes en aquesta Carta als municipis, entitats supramunicipals i mancomunitats que formin part de l'Àrea metropolitana de Barcelona, que ho sol·licitin, previ el coneixement i aprovació dels òrgans competents de la Generalitat i de l'Estat».

L'extensió d'aspectes del règim especial de Barcelona a altres poblacions de l'entorn ja estava present, com es dirà, en la Carta Municipal ds 1960. Però en aquesta ocasió, la versió definitiva del precepte, avui art. 38 de la Llei del REMB, ja no va incorporar aquesta previsió.

3.3. *Iniciativa, consens i pacte*

El règim especial de Barcelona ha estat i és expressió de l'impuls, l'energia, la capacitat i la voluntat de la pròpia ciutat de Barcelona.

En l'època medieval, la concessió dels *privilegis* era sovint a petició dels prohoms o dels ciutadans. En el cas de Barcelona, la mateixa expressió *Recognoverunt proceres* que dona nom al privilegi de 1284, indica que varen ser els propis prohoms de la ciutat els qui varen donar reconeixement per escrit als seus drets consuetudinaris i varen presentar el text ja redactat al monarca per a la seva aprovació¹²³.

En l'època contemporània, la formulació del dret especial de Barcelona sempre ha estat a iniciativa de la ciutat i del seu ajuntament. Fins i tot la Carta Municipal de 1960, en una època sense democràcia i sense autonomia local, sorgí clarament de la iniciativa i de l'impuls de l'alcalde i de les forces econòmiques barcelonines¹²⁴. I és prou sabut que les actuals lleis que constitueixen el règim especial han estat fruit de la iniciativa municipal. Encara que en sentit formal la

¹²² Les derivades interpretatives d'aquesta redacció, poc afortunada, es poden veure a Alfredo GALAN GALAN, «Àmbito de aplicación del régimen especial de los municipios de gran población», *Revista general de Derecho administrativo*, núm. 5, maig 2005.

¹²³ DE MONTAGUT, «Els orígens...», cit, p. 54.

¹²⁴ Podem resseguir els propis plantejaments de l'alcalde a: José M^a de PORCIOLES, *Mis memorias*, Editorial Prensa Ibérica, 1994, pp. 79 i ss.

iniciativa legislativa per la revisió del règim especial correspon al Govern de la Generalitat (disposició transitòria primera, 2, LLMRLC), el text va ser redactat en el si de l'Ajuntament i aprovat pel seu Consell Plenari en la sessió de 16 de juliol de 1997.

L'Estatut d'Autonomia ha donat un pas més i després de declarar a l'art. 89 que «el municipi de Barcelona disposa d'un règim especial establert per llei del Parlament», proclama de manera expressa que «l'Ajuntament de Barcelona té iniciativa per a proposar la modificació d'aquest règim especial».

Es podria dir, potser amb una expressió una mica massa esquemàtica, que el règim especial no és un règim *atorgat* a la ciutat, sinó *obtingut* per la ciutat.

Aquesta característica porta directament a considerar una altra singularitat del règim barceloní. En efecte, es pot dir que el règim especial de Barcelona en les seves expressions legislatives actuals i en la regulació estatutària, en realitat és una *norma paccionada*, una norma acordada entre l'Ajuntament i les institucions generals: l'Estat i la Generalitat¹²⁵.

I això és així, tant a la vista de la iniciativa, com en atenció al procediment d'elaboració, formal i informal, amb la intervenció de la Comissió mixta prevista a la disposició transitòria primera, apartat segon, de la LMRLC. Sobre el significat d'aquesta Comissió mixta, és interessant allò que diu el Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora 334/1998, de 23 de juliol citat:

«En aplicació d'aquesta disposició, i d'acord amb això, el Govern, prèviament a l'exercici de la iniciativa legislativa mitjançant la presentació del corresponent projecte de llei, ha constituït una Comissió integrada per representants de la Generalitat i l'Ajuntament de Barcelona, per tal d'elaborar els estudis i les propostes corresponents, i així queda reflectit en l'escrit de la consulta formulat per l'Administració. La llei no ens diu la composició ni el sistema d'adopció d'acords d'aquesta Comissió. De la seva funció es pot deduir, però, que es tracta d'un òrgan de negociació i que, per tant, els acords hauran de ser presos per consens, el que és possible pel tipus d'acords a què ha d'arribar aquesta Comissió. La Comissió Mixta no ha d'elaborar necessàriament un text articulat, sinó simplement els estudis i les propostes corresponents. Seria possible, fins i tot, que l'acord de la Comissió fos la constatació del desacord i l'elevació al Govern de propostes alternatives, ja que la flexibilitat de l'expressió «els estudis i les propostes corresponents» així permetria interpretar-ho. L'únic que sembla deduir-se de la norma és la necessitat d'una autèntica voluntat negociadora».

Com es pot veure, negociació i consens qualifiquen el procediment, i per tant el producte resultant del mateix. I un cop en l'àmbit parlamentari, el caràcter

¹²⁵ En el mateix sentit, Ricard GRACIA, *Evolución histórica...* cit., així com Jaume GALOFRÉ i CRESPI, «La reforma del régimen de las grandes ciudades: la cuestión metropolitana y la Carta Municipal de Barcelona», *Anuario del Gobierno Local 2003*, pp. 177 ss.

de norma institucional (art. 108 del Reglament del Parlament) requeriria la seva aprovació per un quòrum reforçat, el que subratlla encara més la idea del consens com a l'única base sobre la que es pot articular eficaçment el règim especial de Barcelona¹²⁶. La realitat, com se sap, va fer honor a aquests requeriments, i el text va ser aprovat per unanimitat tant de l'ajuntament, com de la Comissió mixta i del Parlament de Catalunya.

En canvi, succeeix que aquest règim consensuat a través del procediment «singular i participat»¹²⁷ es veu afectat, interferit o desconegut per altres lleis de dret comú, generals o sectorials, que no han estat objecte d'acord amb la ciutat. Això és una anomalia, que certament ha provocat una sèrie de conflictes entre normes, als que em referiré més endavant, i que té els seus mecanismes de resolució, tot i que també convindrà perfeccionar-los.

L'esmentat art. 89 EAC preveu ja uns instruments per a vehicular almenys una minimització dels conflictes que hem assenyalat. Així, disposa que l'Ajuntament de Barcelona

«d'acord amb les lleis i el Reglament del Parlament, ha de participar en l'elaboració dels projectes de llei que *incideixen en aquest règim especial* i ha de ser consultat en la tramitació parlamentària d'altres iniciatives legislatives *sobre el seu règim especial*».

És clar que els mecanismes de mera participació o consulta no revesteixen la mateixa força que el consens i la negociació a què hem fet referència. Però l'àmbit de la participació que es garanteix és força acotat: referència o incidència sobre el règim especial, no sobre el règim local en general.

I també és cert que aquella dinàmica del pacte i el consens prevista per la revisió del règim especial pot desplegar una certa funció interpretativa respecte de la suficiència dels concrets mecanismes de participació o consulta que en cada cas es posin en pràctica, així com del seu resultat i de la motivació que s'expliciti en cas de discrepància final¹²⁸.

¹²⁶ Jordi SOLÉ TURA i Eliseo AJA, «Memòria sobre els fonaments jurídics de la nova carta Municipal de Barcelona», *Documents de treball per a la Carta Municipal de Barcelona*, Quadern núm. 5; FONT i LLOVET, *La Carta Municipal de Barcelona en la reforma del règimen local* FCPiS, 2000, p. 13. També a *Justícia administrativa*, núm. extraordinari, 2000, pp. 231 ss.

¹²⁷ GALAN GALAN, *La Carta*, p. 74.

¹²⁸ En diverses ocasions m'he pronunciat sobre la insuficiència de valorar la participació dels ajuntaments en els procediments normatius aliens que els afectin com a criteri constitucional per a entendre vulnerada o no la seva autonomia: «El que sí que cal advertir és sobre el possible “efecte pervers” o “trampa” que poden tenir els mecanismes de participació local en les decisions autonòmiques. Em refereixo al supòsit que en cas de no satisfer-se les demandes locals en la fase de participació en l'elaboració de la norma, davant d'un recurs ulterior d'inconstitucionalitat o conflicte en defensa de l'autonomia local, el Tribunal Constitucional pugui veure's temptat a argumentar que no es pot apreciar aquesta lesió de l'autonomia local ja que els ens locals ja van tenir ocasió de participar en la formulació de la llei que ara impugnen».

Això és el que s'ha insinuat a la STC 82/2020, de 15 de juliol, sobre la Llei 3/2019, de 18 de febrer, de serveis socials inclusius de la Comunitat Valenciana», en la línia clàssica del Tribunal

En qualsevol cas, la modificació de la Carta Municipal portada a terme per la Llei 18/2014, de 23 de desembre, va actualitzar i ampliar l'àmbit de la participació de l'Ajuntament de Barcelona en el següent sentit:

«Article 5

1. Aquesta Carta es configura com a norma bàsica de l'ordenament jurídic propi del govern local de la ciutat de Barcelona. *Qualsevol norma sectorial que afecti els governs locals* ha de tenir en compte el règim especial de la ciutat de Barcelona, en els termes que estableix l'article 89 de l'Estatut d'autonomia.»

El règim especial de Barcelona, doncs, no només és participat en ell mateix, sinó que el contingut substantiu de dit règim especial amplia el dret de participació de la ciutat de Barcelona en els procediments d'altres institucions.

3.4. *Modernització i actualització de l'autonomia local*

L'actual *règim especial de Barcelona* no busca les seves arrels només en la pròpia història. No té un component de base romàntica o historicista. Certament, en l'època contemporània és usual invocar els seus antecedents històrics, com per exemple fa el Preàmbul de la Carta Municipal de 1998, que invoca els *Usatges*, potser amb certa imprecisió, com a «primer precedent de la Carta».

El que ara vull destacar és que el règim especial es nodreix directament de les més actuals orientacions, europees i mundials, en el reforçament de l'autonomia local i dels poders de les ciutats. Poso un exemple paradigmàtic: l'europeisme del règim especial de Barcelona.

M'he referit més amunt a la Carta Europea de l'Autonomia Local com a potent formulació contemporània de la posició dels governs locals front als Estats. Doncs bé, la incorporació efectiva i pràctica d'aquet tractat internacional a l'ordenament espanyol ha estat deguda fonamentalment a la iniciativa i a l'impuls de l'Ajuntament de Barcelona i més precisament a la configuració del seu *règim especial*. En efecte, a aquella incorporació efectiva de la CEAL, que ja havia entrat en vigor a Espanya l'any 1989¹²⁹, hi va contribuir de manera rellevant la «Conferència

que formulà «amb tanta sinceritat com simplicitat, segons la qual una llei no vulnera l'autonomia local quan “no elimina tota participació” de l'ens local en el procediment de la presa de decisió que afecti els seus interessos, o el que és el mateix, que “és suficient amb una mica de participació” per donar per preservada l'autonomia local.» Aquesta és la clàssica formulació de la STC 159/2001, de 5 de juliol.

Ara no puc més que reiterar la crítica que ja en el seu moment vaig formular a aquesta posició improductiva del Tribunal Constitucional al meu article «La renovació del poder local: avances en la configuració jurídica e institucional del gobierno local», *Anuario del Gobierno Local 2001*, i després recollit al llibre *Gobierno local y Estado autonómico*, Fundació Democràcia y Gobierno Local, Madrid 2008, pàg. 112. Posteriorment (2022), hi he insistit a Tomàs FONT i LLOVET, «La protecció de l'autonomia local. Possibilitats des del Dret català», cit., pp. 747 ss.

¹²⁹ L'elaboració de la Llei de Bases de Règim Local (LBRL) de 2 d'abril de 1985 va córrer en paral·lel a la de la CEAL, que s'aprovaria l'octubre d'aquell mateix any, però no hi ha mencions explícites a aquesta en la Llei, ni al preàmbul ni al text normatiu, i a penes una al·lusió durant el debat parlamentari.

sobre la Carta Europea d'Autonomia Local», que va tenir lloc a Barcelona el gener de 1992¹³⁰. Posteriorment, la Carta Municipal de Barcelona de 1998 seria la primera norma de tot l'ordenament espanyol que invoca la CEAL expressament al seu articulat, i ho fa per assegurar que les lleis sectorials garantissin l'atribució a l'ajuntament de les competències necessàries per satisfer les finalitats previstes a la CEAL (art. 58.1)¹³¹.

Més endavant, la Llei 1/2006, del Règim especial del municipi de Barcelona, a banda d'una referència en el seu preàmbul al principi de subsidiarietat «plasmada a l'article 4 de la CEAL», efectua una recepció expressa del contingut normatiu de la CEAL. En concret, l'article 2, titulat *Garantia de l'autonomia municipal*, disposa:

«1. D'acord amb l'autonomia garantida constitucionalment als municipis, el que preveu l'Estatut d'autonomia de Catalunya i el que estableix la Carta Europea d'Autonomia Local, es reconeix a l'Ajuntament de Barcelona *el dret i la capacitat efectiva per ordenar i gestionar* els assumptes públics que afectin els seus ciutadans, en el marc de l'ordenament jurídic, sota la seva pròpia responsabilitat i en benefici dels seus habitants».

La Llei del règim especial de Barcelona aconsegueix així incorporar aquesta definició del contingut efectiu de l'autonomia local en una llei bàsica de l'Estat, del mateix rang que la pròpia Llei de Bases de Règim Local. Perquè la Llei de règim especial de Barcelona és una Llei especial, sí, però no oblidem que també és una llei bàsica en termes constitucionals, com hem tingut ocasió de veure¹³².

Amb aquest impuls europeu, el règim especial de Barcelona obre camí a la concepció més moderna de l'autonomia local que millora substancialment la concretada en la LBRL, i que es recolza, com s'ha vist, en la necessària atribució de potestats públiques de caràcter normatiu i executiu que impliquin capacitat efectiva de decisió.

D'altra banda, en aquesta línia modernitzadora de la configuració de l'autonomia local, Barcelona lidera la defensa constitucional de l'autonomia local, no

¹³⁰ Vegeu les Actes publicades a DDAA, *Estudios sobre la Carta Europea de Autonomía Local. Barcelona, 23-25 de enero de 1992*, ed. Ajuntament de Barcelona, 1994. Sobre els objectius i els resultats de la Conferència, em remeto al meu treball «El significado de la Carta Europea...», cit.

¹³¹ Vegeu Alfredo GALÁN GALÁN i Ricard GRACIA RETORTILLO, «La incorporación de la Carta Europea de la Autonomía Local en el ordenamiento local español», a Tomàs FONT i LLOVET (Dir.) *La Carta europea de autonomía local a los treinta años de su aplicación. Balance y perspectivas*, cit., p. 56.

¹³² L'Exposició de Motius de la Llei destaca un altre aspecte innovador en el concepte de l'autonomia local: la participació local en competències estatals. Diu així: «La incidència de la planificació i de la gestió de les grans infraestructures del transport i de comunicacions en general en els interessos de la comunitat veïnal municipal s'evidencia tant des del punt de vista de la seva qualitat de vida com des del de la seva promoció econòmica. En aquest sentit, la participació municipal en els esmentats àmbits és una materialització del principi d'autonomia local.»

només la pròpia i singular de la seva ciutat, sinó com a valor constituït del règim constitucional. Vegem-ho.

Com és sabut, la introducció d'un mecanisme reaccional dels ens locals davant el Tribunal Constitucional en defensa de la seva autonomia havia sigut àmpliament reclamat per la doctrina i pel moviment municipalista¹³³, i s'havien proposat molt diverses alternatives, tenint a la vista les experiències comparades¹³⁴. La solució finalment introduïda per la reforma de la LOTC en virtut de la Llei orgànica 7/1999 va ser la de crear un nou procés, el conflicte en defensa de l'autonomia local (CDAL).

Doncs bé, senyalo ara que la Carta Municipal de Barcelona, aprovada l'any anterior, ja s'avançava a aquesta possibilitat. En efecte, l'article 7 estableix:

«L'Ajuntament de Barcelona té legitimació per a recórrer directament davant el Tribunal Constitucional contra les lleis i les disposicions amb força de llei de l'Estat i de la Generalitat de Catalunya i, si escau, les disposicions de rang inferior, quan contravinguin a l'autonomia local, garantida per l'article 140 de la Constitució, d'acord amb el procediment i els termes establerts per la Llei orgànica del Tribunal Constitucional.»

La remissió a la LOTC era obligada: en aquells moments, en el context de l'anomenat «Pacte Local», s'estava ja debatent la creació del nou procediment constitucional, però encara no era clara quina seria la fórmula. La inclusió de l'art. 7 de la Carta Municipal, tenia aquest valor d'anticipar la imperiosa necessitat de modernitzar els instruments de garantia de l'autonomia local. La mateixa Carta europea de l'autonomia local donava suport a aquesta dinàmica en preveure l'existència d'un recurs efectiu amb aquesta finalitat en els ordenaments nacionals.

¹³³ Vegeu entre altres, J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, «La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios», a R. GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.), *La provincia en el sistema constitucional*, Diputación de Barcelona-Civitas, Madrid, 1991, pp. 465-490; Javier SALAS, «La defensa directa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional», *REALA*, núm. 245, gener-març 1990, pp. 9-22; M. SÁNCHEZ MORÓN, «La defensa jurisdiccional de la autonomía local», a DDAA., *Comunidades autónomas y gobiernos locales*, Diputació de Barcelona, Barcelona, 1987, pp. 319-322. Una ressenya molt completa de les propostes formulades a: José Luis REVERTER VALLS; *Los conflictos en defensa de la autonomía local*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2018, pp. 53-67. D'altra banda, vegeu el document *Bases para el Pacto Local*, Comisión ejecutiva de la FEMP, 1996.

¹³⁴ Vegeu: DDAA, *Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 1999, pp. 89-121. A l'*Anuario del Gobierno Local 1997, 1998*, s'inclouen diversos articles al respecte: Jorge RODRIGUEZ-ZAPATA, «Autonomía local y procesos constitucionales: el problema de la legitimación»; Markus GONZALEZ BEILFUSS «El recurso de amparo municipal en la República Federal de Alemania», y María Jesús GARCIA MORALES, «La impugnación de normas por los municipios ante el Tribunal Constitucional en Austria». La perspectiva d'altres països europeus es completa en aquell moment amb Tania GROPPPI, «La garanzia dell'autonomia costituzionale degli enti local i: una analisi comparata», *Le Regioni*, a. XXVI, n. 5, octubre 1998, pp. 1021-1054.

Tanmateix, la regulació que en resultà fou extremadament restrictiva¹³⁵, de manera que després de passats més de vint anys, no ha estat estimat cap ni un dels trenta conflictes plantejats¹³⁶. Pel que fa a la legitimació, en essència, llevat de casos singulars, s'exigeix una legitimació col·lectiva per agregació: una setena part dels ens locals afectats per la llei que representin almenys una sisena part de la població.

Doncs bé, això no va impedir que l'Ajuntament de Barcelona desplegués una activitat de promoció i lideratge de diversos conflictes en defensa de l'autonomia local. Em limito a enumerar-los: el conflicte contra la Llei 18/2001, general d'estabilitat pressupostària, plantejat per l'Ajuntament de Barcelona i 1.184 municipis més; el conflicte contra la Llei catalana 31/2002, en la mesura que reservava la titularitat de la línia 9 del ferrocarril metropolità a la Generalitat de Catalunya, plantejat per l'Ajuntament de Barcelona i deu municipis més de l'àmbit metropolità; i el conflicte contra la Llei 27/2013, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració Local (LRSAL), plantejat per l'Ajuntament de Barcelona i 2.392 municipis més¹³⁷.

Com es dedueix del que he dit abans, cap d'ells va tenir èxit, per raons diverses. Però el que m'interessa destacar, com he dit, és l'important valor significatiu que el règim especial de Barcelona ja preveïés per a l'ajuntament la innovadora capacitat de defensa de l'autonomia local, i que aquest la posés en pràctica no només per a la seva garantia individual o subjectiva, sinó per a la defensa objectiva de l'autonomia local com a element estructurant de tot el sistema constitucional.

3.5. Capacitat d'anticipació i innovació del Dret públic

Lligat amb l'anterior aspecte, una altra característica a subratllar és que Barcelona i el seu règim especial han demostrat en tot moment una gran capacitat d'anticipació a necessitats futures, i oferint solucions innovadores, fins i tot experimentals, molt abans que se n'hagués generalitzat l'ús. El tema de la legitimació

¹³⁵ La reacció doctrinal va ser en general força crítica. Entre altres, G. FERNÁNDEZ FARRERES, «El conflicto de defensa de la autonomía local: justificación, configuración jurídica y funcionalidad», a *Anuario del Gobierno Local 2001*, págs. 55-77; M. D. CABELLO FERNÁNDEZ, *El conflicto en defensa de la autonomía local*, Civitas, Madrid, 2003; J. GARCIA ROCA, «La primera sentencia sobre el conflicto en defensa de la autonomía local (STC 240/2006): una ocasión perdida», a *Cuadernos de derecho local*, 13, 2007, pp. 14-23; Francisco VELASCO CABALLERO, «Conflictos en defensa de la autonomía local», al *Tratado de Derecho Municipal* dirigit per Santiago MUÑOZ MACHADO, 3^a ed., Iustel, Madrid 2011, tomo I, que qualifica la solució com «artificiosa», p. 636.

¹³⁶ He analitzat aquesta disfunció institucional a «La escasa (o nula) operatividad del Conflicto en defensa de la autonomía local», a Antonio LÓPEZ CASTILLO i Antonio ARROYO GIL, *Garantía y límites de la autonomía local*, FDyGL, Madrid, 2022, pp. 115 ss.

¹³⁷ Per una detallada descripció de cada un d'ells, em remeto a Manuel Luis PÉREZ GARCÍA, *El régimen especial del municipio de Barcelona. Claves históricas, constitucionales, administrativas y europeas*. Tesi doctoral, inèdita, UPF, 2015, pp. 372 i ss.

constitucional acabada d'explicar n'és una mostra. Ara em limito a citar ràpidament alguns altres exemples del contingut del règim especial, d'altra banda prou coneguts, que tenen un cert valor emblemàtic.

a) Reforçament del caràcter polític del govern de les grans ciutats i modernització de la seva organització

El règim especial posa èmfasi en una organització que vol distingir la direcció política de l'alcalde i la representació democràtica del Consell plenari, d'una banda, i la capacitat executiva de la Junta de Govern, lligada a una potenciació de l'estructura gerencial i de la direcció pública professional. La preocupació per innovar en la gestió i articular una rellevant capacitat executiva ja estaven presents en la Carta de 1960. I com s'ha dit, les posteriors regulacions n'han estat model per les grans ciutats¹³⁸, sense perjudici que avui ja calgui actualitzar aquesta regulació¹³⁹.

b) Protecció dels drets dels ciutadans

És un objectiu que està present, per descomptat, en el contingut competencial del règim especial, en relació a drets com la sanitat, l'educació, els serveis socials, l'habitatge, la cultura, etc. Però també en l'àmbit de la creació de nous instruments de garantia, com ho fou el Consell Tributari Municipal (1988) per tal que una major autonomia local —la supressió de les reclamacions econòmico-administratives contra els tributs locals davant l'Estat— no impliqués una disminució de garanties dels drets dels ciutadans¹⁴⁰.

L'experiència ha estat molt satisfactòria i ha implicat una disminució notable de la litigiositat davant dels tribunals i ha servit de model per la creació dels Tribunals econòmico-administratius municipals en les grans ciutats espanyoles. M'hi tornaré a referir en posteriors moments.

c) Nous instruments d'administració consorciada

Els consorcis com a instrument d'administració conjunta van ser una gran innovació de la Carta de 1998 per a defensar les competències de l'ajuntament i articular-les amb les de la Generalitat que hi eren coincidents sobre importants

¹³⁸ Vegeu per tots, Jordi CASES i PALLARÈS, «L'organització politico-administrativa de la ciutat de Barcelona», a FONT LLOVET-JIMENEZ ASENSIO, *La «Carta municipal» de Barcelona. Deu estudis*, cit., pp. 141 ss.

¹³⁹ Vegeu en aquest sentit les completes propostes que recull FRANCISCO VELASCO CABALLERO, «Órganos de gobierno. Potestad de autoorganización. Distritos. Organización municipal. Forma de gestión de los servicios», document de treball per al *Programa per l'impuls del règim especial de Barcelona*, febrer 2022.

¹⁴⁰ Vegeu Joaquín TORNOS MAS, «El Consell Tributari...», citat.

àmbits d'actuació¹⁴¹. Més enllà del seu eventual perfeccionament¹⁴², el consorci era una figura durant molt de temps desconeguda, després deslegitimada (LR-SAL de 2103) o reduïda (LRJSP de 2015)¹⁴³. En l'actualitat, en canvi, es torna a revitalitzar com a mecanisme útil per l'execució dels Fons Next Generation UE (2021)¹⁴⁴.

Els requeriments de flexibilitat i visió relacional de l'Administració dels propers temps trobaran bona inspiració en el model dels consorcis.

d) Participació ciutadana en la gestió cívica de serveis i equipaments

La Carta de 1998 significà un canvi de plantejament, en afegir a la ja coneguda participació ciutadana en la presa de les decisions públiques una nova dimensió en la *línia de la participació cívica en la gestió* col·laborativa dels serveis i equipaments. Vint anys després aquesta dinàmica ha obtingut carta de naturalesa i ha encaixat en tot un corrent de pensament molt més ample, i que ja troba una aplicació pràctica en molts municipis europeus: l'anomenada «administració compartida»¹⁴⁵, en un context més general de la ideologia dels béns comuns¹⁴⁶.

¹⁴¹ Amb caràcter general, vegeu TOSCANO GIL, Francisco, *Los consorcios metropolitanos*, IAAP – FDGL 2011; DDAA, *Els consorcis de la Carta Municipal de Barcelona*, F. Carles Pi i SUNYER, 2011, 88 pp.; també, M.A. ORRIOLS i SALLÉS, «Els consorcis legals previstos a la Carta Municipal de Barcelona», a FONT i LLOVET, T. y JIMÉNEZ ASENSIO, R., (Coord.), *La «Carta Municipal» de Barcelona. Deu estudis*, cit, pp. 199 ss.

¹⁴² Vegeu una bona síntesi a: Ricard GRACIA RETORTILLO, «Los consorcios legales de la Carta municipal de Barcelona. Origen y principales debates doctrinales»; així com la formulació de propostes de millora a: Silvia DIEZ SASTRE, «Consortis legals de Barcelona»; tots dos són documents de treball per al *Programa per l'impuls del règim especial de Barcelona*, 2022.

¹⁴³ TOSCANO GIL, F., «La reforma del régimen legal de los consorcios administrativos: ¿modificación de sus notas características o mutación de su naturaleza jurídica?», *Anuario del Gobierno Local 2014*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2015, pp. 75-103.

¹⁴⁴ Vegeu el Reial Decret LLei 36/2021, de 30 de desembre, així com els diversos estudis que s'hi han dedicat a *Quaderns de Dret Local*, núm. 55 (2021), o el de Francisco VELASCO CABALLERO, «Aplicación del régimen administrativo especial de los fondos Next Generation EU a las entidades locales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 16, 2021. Junt als consorcis, també es recuperen altres figures, com les agrupacions de beneficiaris de les subvencions. Vegeu la meua valoració, junt amb Marc VILALTA, a «La lenta vuelta a la normalidad. Los gobiernos locales tras la pandemia... y ante los fondos NGEU», *Anuario del Gobierno Local 2021*.

¹⁴⁵ Marc VILALTA REIXACH: «Instrumentos de gestión ciudadana de bienes comunes en la ciudad de Barcelona: la cesión de espacios vacíos y la gestión cívica de equipamientos», a ALVISI, C.; DONATI, D.; PAVANI, G. (Coord.): *New policies and practices for european sharing cities*, Universitat de Bolonya, Bolonya, 2019, p. 377-409. Un gran impulsor és Gregorio ARENA, de qui es pot veure «Un nuevo derecho para la administración compartida de los bienes comunes. La experiencia italiana», *RAP*, núm. 203, 2017, pp. 423 ss, i el seu llibre *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un patto per l'Italia fra cittadini e istituzioni*, Touring Club Italiano, 2020. També, F. GIGLIONE, «Le città come ordinamento giuridico», *Istituzioni del federalismo*, núm. 1 2018, pp. 29 ss.

¹⁴⁶ Entre molts altres, Ismael BLANCO i Ricard GOMÀ, *El municipalisme del bé comú*, Icària, 2016. També, Joan SUBIRATS, *El poder de lo próximo. Las virtudes del municipalismo*, Catarata, 2016, pp. 62 ss.

Podríem seguir amb moltes altres regulacions del règim especial que han tingut al seu moment un fort caràcter innovador de les institucions públiques o de les regulacions sectorials: des de l'organització «descentralitzada» de l'Ajuntament a través de la figura dels districtes¹⁴⁷, fins a la regulació de l'aprofitament urbanístic i els usos del subsòl, així com de les galeries de serveis en el subsòl públic¹⁴⁸, entre moltes d'altres més.

El que he volgut destacar és la virtualitat que pot tenir una legislació especial, com la de Barcelona, per a introduir en l'ordenament jurídic-públic regulacions innovadores respecte de problemàtiques o de situacions que requereixen d'una solució encara no prevista en l'ordenament general. Però l'experimentació jurídica no es pot portar a terme sense una alta capacitat d'adaptació de les institucions que han de protagonitzar les proves pilot.

En el cas del règim especial de Barcelona, es pot ben dir que la ciutat i el seu ajuntament, que l'han promogut, han acreditat una *performance* ben alta, i això és de gran importància en la dinàmica actual de definició del nou dret de la ciutat amb caràcter global.

4. *El règim especial de Barcelona i la realitat metropolitana*

4.1. *Recuperem el relat metropolità*

El règim especial de Barcelona no ha mirat només cap endins de la ciutat, sinó que sempre ha mirat al seu entorn i més enllà. Des dels seus orígens, ha tingut en compte la inserció de la ciutat de Barcelona en el seu context territorial i institucional. La pregunta ha estat: què pot aportar Barcelona als demés? Tant al seu entorn territorial com al conjunt del país.

Ja hem citat la figura medieval del carreratge com a projecció del dret barceloní. També és comú recordar que el terme de la Barcelona medieval abastava tot l'actual pla de Barcelona, i més: de Montgat i Collserola a Molins de Rei i Castelldefels¹⁴⁹.

La Carta Municipal de 1960 ja fou concebuda amb perspectiva supramunicipal, i fou el primer text legal que va introduir una certa organització per l'àrea

¹⁴⁷ Vegeu el complet estudi de Ramón Luis GALINDO CALDÉS, *La organización territorial de los municipios: los distritos*, Cemci, Granada, 2014, així com el meu article «Los distritos en la organización municipal: descentralización y regeneración democrática», *Anuario de Derecho municipal*, núm. 9, 2015, pp. 98 ss.

¹⁴⁸ Vegeu Ignasi GUAL, «La Carta municipal de Barcelona: competències en matèria d'urbanisme», a FONT LLOVET-JIMENEZ ASENSIO (Coords.), *La «Carta Municipal» de Barcelona. Deu estudis*, cit., pp. 276 ss, en especial p. 286; Ramón GARCÍA BRAGADO ACÍN, Joan BALDA TORREDEMER, «Las galerías de servicios de las Rondas de Barcelona: Un importante precedente en la ordenación del subsuelo», a *Urbanismo, Revista oficial del Colegio de Arquitectos de Madrid*, núm. 32, 1997, pp. 16 ss.

¹⁴⁹ Ho recorda Joan PERDIGÓ SOLA, «La institucionalización del Área Metropolitana de Barcelona. Antecedentes y situación actual», *Anuario del Gobierno Local 2009*, pp. 121, amb cita dels textos històrics.

metropolitana de Barcelona. Va donar per superades les dinàmiques anteriors en la solució a les necessitats urbanes de Barcelona: les muralles ja havien estat enderrocades, els municipis del pla de Barcelona ja havien estat agregats a la capital¹⁵⁰, la figura del pla comarcal ja havia estat explorada...

Com ja he dit més amunt, la creació aleshores de la Comissió d'urbanisme i serveis comuns de Barcelona i altres municipis significà el primer exemple d'estructura supramunicipal metropolitana, antecedent del que després seria l'Entitat Municipal Metropolitana, amb una comesa més ampla que l'estrictament urbanística —serveis d'aigües, transports, residus, etc.— fins a preveure que l'organització i el règim fiscal especials de Barcelona es poguessin estendre a altres municipis de la comarca. Com s'ha dit, la Carta Municipal de Barcelona de 1960 ja era una *Carta metropolitana*¹⁵¹, a través de la qual, Barcelona s'obria al seu entorn territorial.

Pocs anys després, per Decret d'alcaldia de 1r de març de 1966 es constituïa una ponència especial de cara a la revisió de la Carta Municipal¹⁵². El seu Informe¹⁵³ proposa, succintament, la millora normativa i estructural de la comarca de Barcelona i la regulació de l'organització i composició de l'Àrea Metropolitana. En tot cas suggereix la reordenació de la Comissió d'Urbanisme i Serveis, que hauria de passar a tenir composició estrictament municipal¹⁵⁴.

L'Entitat Municipal Metropolitana creada el 1974 ja atorgava una posició especial a l'Ajuntament de Barcelona, amb igual nombre de representants (10) que la resta dels altres municipis junts, a demés dels sis que s'atorgaren a la Diputació amb certa contrarietat per part de l'Ajuntament de Barcelona¹⁵⁵. I sense presència de l'Administració de l'Estat. Podem dir que la primera regulació expressament metropolitana passà a formar part del règim especial de Barcelona, en la mesura

¹⁵⁰ J. M de PORCIOLES, *Mis memorias*, cit., p. 89: «Barcelona rechazaba la absorción de los núcleos municipales adyacentes». Vegeu entre altres, Ramon GRAU i Margarida NADAL, *La unificació municipal del Pla de Barcelona 1874-1897*, IMUHB, Proa, 1997.

¹⁵¹ Joan PERDIGÓ SOLA, «La institucionalización del Área Metropolitana ...», cit., p. 112

¹⁵² El president de la ponència fou el primer tinent d'alcalde, Miguel Cabré LListosella, i sembla que hi tingué intervenció Antonio Carceller, per delegació del secretari municipal Bermejo, segons anotació manuscrita en una còpia del Decret de nomenament de la ponència que es conserva a la Direcció de Desplegament de la Carta Municipal a la Secretaria General de l'Ajuntament, carpeta «Antecedents».

¹⁵³ El document de l'Informe que es conserva igualment a la Direcció de Desenvolupament de la Carta Municipal de la Secretaria General de l'Ajuntament no hi consta data, i ni tan sols si va ser elevat a l'alcaldia.

¹⁵⁴ La preocupació municipal per l'adequació de la Carta tenia, però, també una vessant interna. Així, per Decret d'Alcaldia de 25 de març de 1971 es constituïa una nova ponència especial, en aquest cas per estudiar una nova distribució dels districtes, de cara a una major eficàcia en la prestació de serveis públics. Fou designat president de la ponència especial el Tinent d'alcalde Rafael Entrena Cuesta, catedràtic de Dret administratiu.

¹⁵⁵ ENTRENA CUESTA, Rafael «La experiencia metropolitana de Barcelona», a *Estudios de derecho público económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 275-284.

que la Corporació Metropolitana fou una projecció de la Comissió comarcal de la Carta Municipal de 1960, i que afectà decisivament les competències urbanístiques, amb l'aprovació del Pla General Metropolità de 1976, així com els serveis públics, amb la seva progressiva metropolitització¹⁵⁶.

Com he anunciat més amunt, en aquell mateix període del final del franquisme, el 19 de novembre de 1975, just el dia abans de la mort del dictador, es va aprovar la Llei 41/1975, de Bases de l'Estatut de Règim Local. En paral·lel al procés del seu desplegament, el 12 de gener de 1976 l'alcalde de Barcelona Joaquín Viola va establir una ponència especial per l'estudi de la revisió de la Llei del *règim especial*, i per tal d'actuar en coordinació amb els treballs ministerials, el 12 d'agost constituïa dos Grups de Treball «de suficient nivell tècnic, un per la part Orgànica i Funcional i un altre per la part Econòmica»¹⁵⁷.

La ràpida evolució política i institucional, el procés constituent i estatutari i el seu desplegament, i especialment, el resultat de les primeres eleccions municipals democràtiques van posar en evidència la progressiva dissociació entre la construcció de la Catalunya autònoma i la consolidació del fet metropolità al voltant de la ciutat de Barcelona¹⁵⁸, dissociació que acabà amb l'enfrontament directe.

La crisi institucional que desemboca en la supressió de la Corporació Metropolitana l'any 1987, amb les lleis d'organització territorial, va propiciar, en canvi, una nova projecció metropolitana de la ciutat de Barcelona, en la mesura en què va liderar el procés de constitució de la Mancomunitat de Municipis de l'Àrea Metropolitana de Barcelona. Aquesta va assumir les competències metropolitanes no assignades a les entitats funcionals de Transports i Medi Ambient i que havien retornat als municipis, i la gestió en comú d'obres i serveis, així com la distribució de finançament.

És significativa la nodrida xarxa de relacions operatives que la Mancomunitat metropolitana, sorgida de la llibertat associativa municipal, va establir entre els diversos organismes locals de l'àmbit metropolità, fent visible la potestat d'autoorganització i de llibertat de pactes pròpies de l'autonomia municipal¹⁵⁹. Podria dir-se que s'iniciava un procés de «reconstrucció des de baix» de l'àrea metropolitana.

¹⁵⁶ PERDIGÓ, loc. cit.,

¹⁵⁷ Per a dirigir l'ajuda tècnica als grups de treball es va nomenar Cap de l'equip de col·laboradors a Josep Enric Rebés i Solé, lletrat consistorial i Secretari Tècnic de l'Alcaldia, per la part Orgànica i Funcional, i a Albert de Rovira Mola, Director tècnic del Gabinet de Programació, per la part Econòmica.

¹⁵⁸ Em remeto de nou al meu estudi «L'ordenació metropolitana en la Catalunya autònoma...», citat.

¹⁵⁹ Els convenis de col·laboració foren recorreguts per la Generalitat però la STS de 4 de juliol de 2003 els va considerar emparats per la Carta Europea d'Autonomia Local. Em remeto a Tomàs FONT i LLOVET, «La diversificación de la potestad normativa: la autonomía municipal y la autoadministración corporativa», *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, 2003, en memòria de Javier Salas, pp. 253 ss.

4.2. *L'actual ordenació metropolitana de Barcelona*

Avui dia, el règim especial de Barcelona, aprovat deu anys després d'aquell procés, incideix directament en el seu entorn metropolità. El Preàmbul de la CMB de 1998 ho expressa així:

«Barcelona és el nucli central d'un continu urbà i d'un territori que s'expressa en realitats municipals plurals i amb valor propi, però que, pel seu caràcter de conurbació, demana coordinació, entesa i l'aplicació de criteris comuns en àmbits diversos¹⁶⁰.

La voluntat de Barcelona és compartir amb les ciutats del seu entorn metropolità formes específiques de col·laboració institucional en la prestació de determinats serveis, que tinguin així en compte el pes específic de la Barcelona metròpoli, en el marc del desplegament regional de Catalunya. El planejament territorial i estratègic de l'àmbit regional, la planificació, la coordinació i la gestió del transport urbà, i la planificació, la construcció, la coordinació i la gestió de les grans infraestructures de comunicacions i de promoció econòmica, i també les mediambientals, són objectius que Barcelona comparteix amb el seu entorn.»

Ja s'ha dit que de cara a l'elaboració i aprovació de la Carta Municipal es va establir una condició prèvia i bàsica per tal de poder negociar: la Carta no regularia ni faria cap menció a l'àrea metropolitana¹⁶¹. Però el cert és que hi va ser afrontada la temàtica metropolitana, en la qual s'havia d'inserir l'especialitat de Barcelona, tot i que de manera parcial i sectorial, amb algunes articulacions en matèries d'urbanisme (arts. 64 ss) i transports. Per exemple, el Consorci Autoritat del Transport Metropolità és regulat a la Carta (arts. 90 i ss).

Per altra banda, la Llei especial de Barcelona 1/2006, el tram estatal de la Carta Municipal, reconeix potestats d'autoritat de l'alcalde en matèries típicament metropolitanes com el trànsit, la mobilitat i la seguretat ciutadana; potestats que en canvi no tenen els alcaldes veïns, dins del mateix context urbà. I estableix el finançament especial de Barcelona, que es justifica, com diu l'exposició de motius, en l'existència de facto de l'àrea metropolitana.

És així com, des d'aleshores s'ha posat encara més en evidència la problemàtica de la inserció i la relació entre la ciutat oficial de la Barcelona municipi i la ciutat real de la Barcelona metropolitana¹⁶². Es produeix una vinculació de la governança metropolitana amb el règim especial de Barcelona, en la mesura que

¹⁶⁰ Aquest primer paràgraf es reitera a l'EM de la Llei 1/2006, de REMB, el que subratlla la imatge d'una continuïtat normativa entre els dos textos.

¹⁶¹ Així ho explica un protagonista directe: Jaume GALOFRÉ i CRESPI, «La reforma del règimen...» cit., p. 181.

¹⁶² Aquesta és una qüestió recurrent i capital. Em remeto, entre molts altres, a Joan PERDIGÓ, «El Área Metropolitana de Barcelona: territorio, naturaleza y competencias», inèdit, de propera publicació; també, Jaume MAGRE, «Perspectives de futur del règim especial de Barcelona» document de treball per al *Programa per l'impuls del règim especial de Barcelona*, 2022.

el fenomen metropolità també vol solucions ad hoc: de fet, la Llei 31/2010, del 3 d'agost, de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (LLAMB) és una llei especial i una llei singular, igual que les que configuren el règim especial de Barcelona.

El context econòmic de l'aprovació de la LLAMB és el del moment àlgid de la crisi iniciada el 2008 quan en tot l'àmbit europeu es comença a parlar de la necessitat de racionalització i simplificació de l'Administració. El context polític és el del moment en què el «tripartit» surt del Govern de la Generalitat i s'arriba al que s'ha anomenat la «*pax metropolitana*». Es rebaixa la tensió, en l'esgotament per la batalla de l'Estatut d'Autonomia, que culmina en la STC 31/2010, estrictament contemporània de la LLAMB. I l'ordenació metropolitana també és contemporània a la Llei 30/2010 de Vegueries, que surt ja molt desvirtuada i que no s'ha arribat a activar.

Pot dir-se que des d'aleshores no hi ha hagut una presència forta del debat metropolità¹⁶³. Només en els moments més actuals es comença a reprendre aquest debat des de diversos fòrums d'opinió i *think tanks*¹⁶⁴.

La gran decisió de la LLAMB fou de descartar l'alternativa de la ciutat metropolitana per agregació municipal, que és un dels models presents en els sistemes comparats i que més amunt he referenciat. Ni en el procediment administratiu d'aprovació del Projecte de Llei per part del Govern, ni en la seva posterior tramitació parlamentària, no hi va haver cap debat envers l'alternativa entre ciutat metropolitana o àrea metropolitana.

Ben al contrari, l'objecte de la LLAMB no és altre que reproduir, per bé que actualitzada, la desapareguda Corporació Metropolitana de Barcelona. Per aquesta raó, potser, es pot qualificar com a una solució «suau» o «light» —per no dir «dèbil»—, per evitar que se suscités novament els greus conflictes que portaren a la supressió de 1987 i que al mateix temps fos una solució acceptable. És una decisió que potser per molt de temps condicionarà la potència de la projecció institucional de Barcelona i de la seva àrea.

La LLAMB (llei singular i especial, recordo) no conté cap clàusula de projecció externa anàloga a la que figurava al Decret Llei de 1974 de creació de la Corporació Metropolitana. La seva disposició addicional cinquena deia:

«El Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Hacienda, de la Gobernación y de la Vivienda, podrá crear en la provincia de Barcelona otras Entidades municipales metropolitanas con regulación análoga a la contenida en el presente Decreto-ley.»

Però, com a llei especial —igual que les Lleis de Barcelona— la LLAMB preval sobre les normes generals, amb la consegüent modulació de la uniformitat

¹⁶³ Andrés Hildenbrand SCHIED, «El abandono de la cuestión metropolitana en España». *Revista Iberoamericana de Urbanismo*, 13, 2017, 25-46.

¹⁶⁴ Vegeu, per exemple, l'Associació del Pla Estratègic Metropolità de Barcelona, el bloc ReThinkBCN, conduït per la Societat Barcelonessa d'Estudis Econòmics i Socials de Foment del Treball, el moviment Barcelona Global, la Fundació Catalunya-Europa, etc.

en el règim local a què ens hem referit més amunt, en l'organització, en les competències, en el règim jurídic. Això ha servit a les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya sobre el Pla Director Gran Via-Llobregat, —com ara la Sentència núm. 4698 de 17 de novembre de 2020—, per anul·lar-lo per manca de la participació específica de l'Àrea Metropolitana de Barcelona en el procés de la seva elaboració i aprovació.

L'AMB és una entitat local territorial, amb universalitat de fins generals, front a les entitats «funcionals» sectorials suprimides, i està dotada d'autonomia, una declaració que és rellevant perquè ni la Constitució, ni l'Estatut d'Autonomia, ni la Llei de Bases de Règim Local, quan declaren i garanteixen l'autonomia local, no l'atribueixen a les àrees metropolitanes. Ostenta les potestats i prerrogatives d'autoritat pròpies del poder públic, de manera que no és només una xarxa de relacions, ni només un ens de prestació de serveis.

Quant a les seves competències, no hi ha un *numerus clausus*, ni hi ha cap àmbit material exclòs, per principi, de la possible actuació de l'AMB¹⁶⁵. Al contrari, l'art. 13.2 LAMB estableix una clàusula general no llunyana a la que figura a l'art. 58 de la Llei 22/1998, de la Carta Municipal de Barcelona, i a l'art. 3 de la Llei 1/2006, del Règim Especial de Barcelona, en la línia de l'art. 4.2 de la Carta Europea d'Autonomia Local, com ja he comentat.

Així, doncs, l'AMB es configura com un veritable «govern local» que pot incidir directament en la posició jurídica dels ciutadans delimitant, restringint, o bé ampliant la seva esfera de drets i llibertats. Aquesta connexió entre la forma institucional i la base social ha estat destacada pel Consell de Garanties Estatutàries:

«[les àrees metropolitanes] es tracta d'institucions que han de ser exponents d'uns *interessos públics metropolitans* de referència, en el “reconeixement” dels quals es fonamenta la seva existència» (...) «i estan dotades d'un feix de competències lligades a les peculiaritats *de la col·lectivitat del territori que representen*. [—no només dels municipis que agrupen—] En definitiva, compten amb una *capacitat de direcció política i administrativa dels assumptes que els incumbeixen, per a la gestió dels interessos respectius*»¹⁶⁶.

El reconeixement de l'existència d'una col·lectivitat local metropolitana, això és, d'una comunitat de persones amb interessos comuns d'àmbit metropolità, —els interessos metropolitans— està precisament a la base de l'atribució a l'AMB de les potestats públiques que, com hem vist, li permeten imposar deures i obligacions als ciutadans i incidir així en la seva posició jurídica.

¹⁶⁵ La STC 41/2016 reconeix que a l'art. 25 LBRL no hi ha *numerus clausus* de competències municipals. Vid. GRACIA RETORTILLO, R.: «La LRSAL ante el Tribunal Constitucional: la afectación de la autonomía local», a *Anuario del Gobierno Local 2015/2016*, pp. 225 ss.

¹⁶⁶ Dictamen CGE núm. 14/2010, FJ 2, reiterat al Dictamen CGE núm. 15/2014, de 3 de juliol, FJ 3.1.A.

Aquesta orientació també és la que fonamenta l'atribució de competències a l'AMB sobre el desenvolupament econòmic i social, així com sobre la cohesió social i territorial, atribucions que són pròpies de les entitats de caràcter territorial que se sustenten sobre una col·lectivitat pròpia.

En definitiva, la naturalesa, l'abast, i les formes de reconeixement de les potestats i competències de l'AMB la configuren, com hem dit, com una veritable entitat de «govern local», capaç de determinar una política pròpia en relació als interessos que li són específics. En un cert sentit, tot això permetria configurar l'AMB com un veritable «municipi metropolità», o com una «ciutat metropolitana»¹⁶⁷.

Si això fos així, caldrà esmerçar esforços per tal que la dinàmica del règim especial de Barcelona com un règim estrictament municipal pugui encaixar amb la configuració institucional de la ciutat metropolitana. Hem vist que, històricament, el règim especial de Barcelona s'ha obert, ha anat a trobar, ha dialogat amb la realitat metropolitana. En el moment present, convé evitar que l'ordenació metropolitana i el règim especial de Barcelona puguin arribar a anar «en paral·lel», en el sentit estricte de l'expressió, essent que les línies paral·leles són aquelles que no es troben mai.

4.3. *Perspectives de projecció en la política urbana general*

Sovint s'ha fet una anàlisi introspectiva, estàtica i individualitzada de l'AMB que cal complementar —i potser superar— amb una visió extravertida i relacional. Passar del «quí sóc, com sóc i què faig?» al: «on som, cap on anem i com hi anem?».

a) La projecció de la ciutat metropolitana

Una primera orientació és dirigir-se cap a la idea de la «ciutat metropolitana». Es troba a faltar una més potent integració metropolitana dels municipis, una perspectiva metropolitana dels ajuntaments i de les polítiques municipals. Caldria plantejar-se en què l'àrea metropolitana podria ser útil per a la política municipal i, també, en què són útils els municipis per a la política metropolitana.

No s'ha de pensar com a «confederació» de municipis, sinó com un salt d'escala dels municipis al nivell superior, que implica major interdependència i complexitat. Hi ha una única ciutat metropolitana, que està, ara per ara, articulada en municipis. I el que és determinant: un d'aquests municipis, Barcelona, és especial, ja té un règim especial. Cal repensar l'estructura de l'AMB i la seva relació amb els municipis, que té molt que veure amb l'organització política de l'AMB... i amb la mateixa subsistència dels municipis —de tots o d'alguns—.

¹⁶⁷ Joan PERDIGÓ, «El Área Metropolitana de Barcelona...», ult. cit., creu que «l'evolució desitjable fóra que el que ara és l'AMB es configurés com una ciutat metropolitana, com bona part de les grans ciutats del món, com París, Londres o Nova York».

Abans hem parlat d'un règim local massa rígid i massa estàtic. Una major flexibilitat i un major dinamisme passa per potenciar els instruments relacionals de les diverses entitats que configuren el sistema local-metropolità, tenint en compte l'especialitat del municipi de Barcelona¹⁶⁸.

Certament es podria reforçar la posició interna de l'Ajuntament de Barcelona dins de l'estructura i els mecanismes de presa de decisions de la mateixa AMB, però també s'han d'articular i desplegar comissions bilaterals que assegurin la relació directa per als aspectes singulars del règim especial de Barcelona que es vegin afectats per l'actuació metropolitana. Lògica relacional que també caldrà projectar en les relacions de l'Ajuntament de Barcelona amb els altres nivells de govern —amb la Generalitat, en primer lloc—, tot millorant els mecanismes ja existents, per tal de configurar un nou model de relacions entre veritables governs, el local i l'autonòmic, i fins i tot amb el Parlament¹⁶⁹. I, en segon lloc, amb l'Estat: d'una banda, actualitzant la Comissió de col·laboració interadministrativa, que també inclou la Generalitat, a més de l'Ajuntament i l'Administració de l'Estat; i, d'altra banda, tot ponderant l'oportunitat d'establir una relació bilateral directa Estat-Ajuntament.

La ciutat metropolitana, en fi, ha de reforçar imperiosament la relació i els mecanismes de cooperació amb la no-metròpoli, o amb les altres metròpolis, o amb la resta de la metròpoli. Amb independència de quina sigui la delimitació geogràfica de la ciutat de Barcelona —el terme municipal, el terme metropolità, etc.— les necessitats de cooperació, col·laboració i especialment, de solidaritat interterritorial en benefici d'una igualtat mínima dels ciutadans, requeriran un desplegament important, ja sigui per la via contractualista horitzontal¹⁷⁰ (convenis, consorcis...) ja sigui per obra de la intervenció anivelladora d'una estructura territorial superior comprensiva dels territoris involucrats, com pot ser una institució regional o veguerial, o fins i tot la mateixa Generalitat.

En qualsevol cas, convé distingir, per una banda, la pretensió —*més pròpia de geògrafs, arquitectes, politòlegs i economistes*— de formular propostes de delimitació territorial dels àmbits que calgui reconèixer, siguin de naturalesa municipi-

¹⁶⁸ Em remeto per tots al suggestiu treball de Marc VILALTA REIXACH, «Propostes d'articulació de les relacions entre l'Ajuntament de Barcelona i l'AMB», Document de treball del *Programa per l'impuls del Règim especial de Barcelona*, novembre 2021.

¹⁶⁹ Per aquests àmbits, em remeto a Antoni BAYONA ROCAMORA, «Las relaciones interadministrativas», Document de treball del *Programa per l'impuls del Règim especial de Barcelona*, desembre 2021.

¹⁷⁰ La seva potenciació està prevista a L'Agenda urbana espanyola 2019: Objectiu 10.2:D. També el *Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* propugna l'agilització i flexibilització dels mecanismes de convenis i consorcis, ja sigui amb caràcter general ja sigui en l'execució dels fons de recuperació NGUE.

pal, metropolitana, veguerial o regional, etc.¹⁷¹; i, per altra banda, l'intent de posar l'accent sobre els mecanismes institucionals, tinguin la mida que tinguin¹⁷².

Deia Josep Pla que «a Barcelona tothom està acostumat a la peremptorietat urbanística i arquitectònica, i que el més difícil és trobar una cosa que tingui l'aspecte d'acabada». En contra d'això, avui es pot dir que la Barcelona estrictament municipal està urbanísticament acabada, i que la seva expansió es projecta necessàriament fora del seu territori legal. S'ha dit que, des del punt de vista de les institucions administratives, «la ciutat està territorialment confinada sense possibilitat d'expansió i creixement, però no succeeix el mateix si la ciutat assumeix competències territorials de major escala, establint un marc de relació intermunicipal i definint un model de ciutat-territori ajustat a les condicions que els seus habitants es vulguin autoimposar»¹⁷³.

En aquest context, s'ha suggerit que el creixement de Barcelona pot arribar a incorporar, al seu funcionament com a ciutat, zones més llunyanes i no necessàriament limítrofs, gràcies a les infraestructures d'alta velocitat, les connexions per internet, el teletreball, etc. És el que s'ha anomenat la *metàpolis*¹⁷⁴.

En aquest sentit, el règim especial del municipi de Barcelona ha de predisposar una situació que permeti que el seu ajuntament estigui pràcticament en xarxa amb les altres ciutats i poblacions que configuren la seva *metàpolis* i amb totes les altres instàncies implicades, per tal de desplegar les seves potencialitats en xarxa, i ser capaç de competir o de cooperar amb les altres potències globals¹⁷⁵, i podent co-decidir les grans opcions que assenyalen el benestar de la ciutat i dels ciutadans.

Si morfològicament Barcelona pot considerar-se com una ciutat ja acabada, jurídicament el seu règim especial encara té el repte i l'oportunitat de desmentir Josep Pla.

b) Cap a una política urbana i metropolitana general

Una segona orientació, lligada a l'anterior, és dirigir-se cap a una política metropolitana nacional o estatal, una veritable «política urbana» en tots els seus

¹⁷¹ En aquest sentit resulta molt interessant el document «Una governança metropolitana en construcció», del projecte *Barcelona demà. Compromís metropolità 2030*, impulsat pel Pla estratègic metropolità de Barcelona, de juny de 2022, on es visualitza una futura regió metropolitana d'ampli abast i amb solucions asimètriques per les diferents missions.

¹⁷² Així es va intentar fer a l'*Informe sobre la revisió del model d'organització territorial de Catalunya*, conegut com «Informe Roca» (desembre de 2000), amb propostes que estimo molt ponderades, però al darrer moment s'hi van incorporar com Annexos els mapes de les diverses propostes, el que va comprometre la seva acceptació política.

¹⁷³ Eduard RODRÍGUEZ i VILLAESCUSA, *Barcelona: de la ciudad acabada al territorio metropolitano*, RBA, 2022, p. 12.

¹⁷⁴ François ARCHER, *Métapolis ou l'avenir des villes*, Paris 1995, citat per RODRÍGUEZ i VILLAESCUSA, ob.cit., p. 123.

¹⁷⁵ RODRÍGUEZ i VILLAESCUSA, ob. cit, p. 224.

aspectes. La metropolitanització és una política pública general¹⁷⁶. Les àrees i les ciutats metropolitanes han de fer política local i nacional, i política global, i ha d'haver-hi una política nacional —i europea— de ciutats i d'àrees metropolitanes¹⁷⁷. La recent evolució de les metròpolis als països europeus obeeix a polítiques i a legislacions de caràcter nacional: França, amb les *Métropoles* i el paquet legislatiu de 2014 i 2015; Itàlia, amb les *Città metropolitana* i la Llei «Delrio», també de 2014, previ el seu reconeixement a nivell constitucional¹⁷⁸; Anglaterra: les *combined authorities* entre els anys 2009-2016¹⁷⁹; a Alemanya és la legislació dels *länder*, però també es produeix el suport federal en coordinació amb *länder* a la creació de Regions metropolitanes europees, i àdhuc el caràcter interestatal del Gran Berlin¹⁸⁰.

En el cas espanyol, cal estar atents a l'evolució de la reivindicació dels darrers anys en favor de la major «interiorització» del govern local per les comunitats autònomes, que jo mateix he defensat àmpliament¹⁸¹. No hi ha dubte que en abstracte aquest plantejament entra en la lògica federal, però en la concreta realitat, la dimensió que agafa el fenomen metropolità a Catalunya i a tot Espanya fa pensar en la necessitat d'articular una política concertada on a la legislació bàsica estatal no hi figuri només una previsió de creació de les àrees metropolitanes per part de les comunitats autònomes, sinó també uns instruments generals d'organització i un sistema de garanties.

Entenc que una política nacional no és incompatible amb l'acompliment del principi de diferenciació, com es posa de manifest amb el tram de competències estatals de la Carta Municipal. Ara bé, en l'elaboració d'aquesta política nacional hi hauria de participar formalment l'AMB. Ja s'ha parlat de desplegar la presència de l'AMB a la Generalitat i a l'Estat. Ara, hi afegeixo la necessària activació i

¹⁷⁶ Mariona TOMAS «La no política metropolitana en España», *blog IDL-UAM*, maig 2019.

¹⁷⁷ Vid. la completa recerca d'Elisabetta TATI, *L'Europa delle città. Per una politica europea del diritto urbano*, Franco Angeli, 2020.

¹⁷⁸ Una primera aproximació comparatística a Marzia DE DONNO «Verso un nuovo ordine territoriale in Europa: Francia e Italia a confronto», *AGL 2014*, (2015), pp. 105-149; una posterior visió de conjunt a M. BELTRÁN DE FELIPE, «Tendencias en Europa sobre los gobiernos locales intermedios»; a L. PAREJO (dir.), A. ARROYO (coord.): *El futuro de la Administración local y el papel de los gobiernos locales intermedios*, FDyGL, 2017. També, els diversos treballs al volum citat: Marcos ALMEIDA CERREDA, Claudia TUBERTINI, P. COSTA GONÇALVES (dirs.), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas-Thomson Reuters, 2015.

¹⁷⁹ Marc VILALTA REIXACH, «Modelos de organización metropolitana: las *combined authorities* inglesas» a Revista d'Estudis Autonòmics i Federals (REAF), núm. 31, 2020, citat.

¹⁸⁰ Andrés Hildenbrand SCHIED, «El model alemany de ciutats metropolitanes», paper del Grup de treball *El fet metropolità i la seva governança futura*, Pla Estratègic metropolità de Barcelona, 2018.

¹⁸¹ Em remeto novament als meus treballs ja citats «El gobierno local en la reforma del Estado de las autonomías» *Anuario del Gobierno Local 2004*, i «Autonomía local y Estatutos: crónica de un compromiso», a *Anuario del Gobierno Local 2006*, tots dos recopilats a Tomàs FONT i LLOVET *Gobierno local y Estado autonómico*, FDyGL, 2007.

actualització de la Conferència de Ciutats¹⁸², que ja està prevista a l'art. 138 LBRL i que no s'ha reunit mai¹⁸³. El problema és que no hi ha lobby d'àrees metropolitanes, perquè no hi ha més àrees metropolitanes, com a ens territorials, que la de Barcelona¹⁸⁴.

El règim especial de Barcelona, amb la seva capacitat de projecció i de difusió que hem vist, ha de permetre també la difusió d'una dinàmica política dirigida a configurar la ciutat com una institució netament urbana i metropolitana. En el moment actual, difondre sobre el territori i en l'espai aquesta cultura i aquesta energia, és la tasca de la democràcia i de la solidaritat que hauria de guiar el govern de les col·lectivitats¹⁸⁵.

Més encara, la ciutat intel·ligent en el món global es caracteritza per projectar-se cap a l'exterior difonent la seva pròpia manera de ser i d'actuar, els seus mètodes d'anàlisi i de proposició, en suma, el seu esperit i el seu *genius loci*.

En qualsevol cas, tant el règim especial de Barcelona en ell mateix, com les futures articulacions institucionals d'abast més gran, que hauran de donar forma a la ciutat real de Barcelona, hauran de tenir present en tot moment que per sobre de tot caldrà construir una ciutat de les persones i per les persones¹⁸⁶. Així ho va deixar dit Nícies:

«Vosaltres podreu alçar de nou la força derruïda de la ciutat; perquè la ciutat són els homes, i no pas els murs ni els vaixells buits»¹⁸⁷.

III. LES TRANSFORMACIONS DE LA CIUTAT I DEL SEU DRET

M'he estat referint al fenomen del renaixement de la ciutat en l'actual evolució social, política i econòmica. El fenomen de la ciutat com a actor global no és

¹⁸² Com va haver a Itàlia la Conferenza Stato-Regione- Città.

¹⁸³ 138 LBRL regula la Conferència de Ciutats, en el si de la Conferència sectorial para asuntos locales, que inclou representants de l'AGE, de les CCAA, i els Alcaldes de les grans ciutats. En el primer Govern Sánchez el Senat va aprovar una moció per a què es constituís, però no s'hi ha donat compliment.

¹⁸⁴ Com és sabut, l'àrea metropolitana de Vigo creada l'any 2012 ha estat paralitzada *de facto* per la controvèrsia política amb la Xunta de Galícia, i fins i tot amb una suspensió cautelar judicial l'any 2017. A Madrid, València i Bilbao les solucions són de caràcter funcional i sectorial.

¹⁸⁵ Paolo CARROZZA, *Le province della post-modernità: la città territoriale*, a *www.federalismi.it*, n. 3/2018.

¹⁸⁶ Tomàs FONT, «La Carta municipal de Barcelona: "l'Estatut dels ciutadans"», a FONT-JIMENEZ ASENSIO, *La «Carta Municipal» de Barcelona. Deu estudis*, cit., 2007, p. 19. Des del punt de vista del seu disseny, es proposa una ciutat que «tingui cura» dels seus ciutadans: Izaskun CHINCHILLA, *La Ciudad de los cuidados. Salud, economía y medioambiente*, Libros de la Catarata, 2020.

¹⁸⁷ TUCIDIDES, *Història de la Guerra del Peloponès*, VII, 7.

exactament el mateix que el de la denominada «ciutat global», si bé hi ha múltiples punts de connexió¹⁸⁸. Tampoc m'estendré en aquesta distinció.

Originàriament, des d'una perspectiva econòmica, la nota distintiva de la ciutat global és la seva posició central en un context econòmic i financer mundialitzat, que transcendeix els Estats nacionals. Aquestes ciutats tenen un paper central en processos d'escala mundial (econòmics, demogràfics, tecnològics, ambientals, culturals) en una estreta interrelació entre elles, tant competitiva com cooperativa.

D'altra banda, la continuïtat o contigüitat territorial ja no és condició per a la creació d'un espai propi que, al seu torn, genera nous tipus d'identitats i de comunitats, incloses les transnacionals¹⁸⁹, i simultàniament s'afavoreix un context de pluralisme jurídic dins de la globalització, pel reconeixement de realitats identitàries, minories nacionals, ètniques, religioses i lingüístiques, etc.¹⁹⁰. Com ja hem avançat, la qüestió és si a partir d'aquí és possible inferir les línies d'un règim jurídic específic per a les ciutats, en el context d'un dret públic ja també globalitzat¹⁹¹. Algunes propostes en aquest sentit ofereixen gran interès¹⁹². Certament, s'ha intentat trobar les «especificitats» materials que es donen de manera comuna a les ciutats¹⁹³, però encara hi ha alguns obstacles rellevants. Em limito a unes poques indicacions.

1. *El territori en moviment*

Avui dia és innegable la inadequació en molts casos de les actuals divisions territorials i administratives a les funcions a les que pretesament haurien de ser-

¹⁸⁸ Em remeto a l'obra fonamental de Saskia SASSEN, *The global city*, 2^a ed., Princeton University Press, 2001.

¹⁸⁹ Així ho recorda M. L. GÓMEZ JIMÉNEZ, *Smart cities vs. Smart governance: ¿dos paradigmas de interrelación administrativa no resueltos aún?*, a *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 300, 2015, 71. Igualment, així ho hem vist a través del concepte de «metàpolis» esmentat més amunt, a partir de les obres d'ARCHER i de RODRIGUEZ VILLAESCUSA, citats.

¹⁹⁰ Manuel CALVO GARCÍA, «Transformaciones del Derecho y del Estado», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2012 (XXVIII), pp. 33-53.

¹⁹¹ La bibliografia sobre la globalització i el dret públic és immensa. Entre molts d'altres, vegeu Oriol MIR PUIGPELAT, *Globalización, estado y derecho: las transformaciones recientes del derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2004; Sabino CASSESE, *La globalización jurídica*, Marcial Pons 2006; Jean-Bernard AUBY, *La Globalización, el Derecho y el Estado*, Global Press, 2012; Mercè DARNACULLETA, «Derecho administrativo global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho administrativo?», *RAP*, 199, 2016, pp. 11-50.

¹⁹² Veg. per a tots, el sistemàtic plantejament de F. VELASCO CABALLERO, «El Derecho de las ciudades globales», a *Anuario de Derecho Municipal*, 11, 2017, pp. 25 ss.

¹⁹³ Jean-Bernard AUBY, «El papel de la ciudad como nuevo sujeto político institucional», *Anuario del Gobierno Local* 2019, pp. 189-202. Anteriorment: AUBY, J. B., «La ville, nouvelle frontière du droit administratif?», *Actualité Juridique Droit Administratif* (AJDA), n. 15, 2017, 853-858. (Trad. española: «La ciudad, ¿nueva frontera del derecho administrativo?», TransJus Working Papers Publications, ISSN 2462-263X, Working Paper N. 3/2018).

vir. A escala general, està en la base de tot el fenomen de la globalització, que desconeix les fronteres estatals. Això s'ha posat prou de manifest amb ocasió de l'impacte de la COVID-19. La seva incidència fou especialment forta en les aglomeracions urbanes i metropolitanes, i en general, a les ciutats, per una qüestió de densitat de població. Però les mesures adoptades sovint no s'hi ajustaven: per exemple, en el cas de Catalunya, les mesures de confinament per municipis, o per comarques, o l'abast geogràfic de les àrees bàsiques de salut i de les regions sanitàries, etc. no encaixaven amb la realitat urbana i demogràfica de la ciutat metropolitana¹⁹⁴.

És només un exemple, en la línia dels molts que han de propiciar un repensament no ja de les concretes divisions territorials segons les diverses finalitats administratives, sinó de la insuficiència que el mateix concepte de territori està mostrant com a delimitació de l'àmbit geogràfic d'eficàcia de les normes o de l'exercici vàlid de les competències administratives¹⁹⁵. Fa més de cinquanta anys que Alejandro NIETO ja va posar de relleu la inadequació de l'element territorial per a definir i classificar les entitats públiques i la conveniència de substituir-lo per l'element de la comunitat social¹⁹⁶.

Ara ens trobem en un estadi més avançat. En aquest període en el qual les activitats semblen cada vegada més desterritorialitzades, s'estableix una espècie de diàleg entre els àmbits global i local del qual les ciutats, i especialment les grans ciutats, es beneficien enormement¹⁹⁷. Així, es proposa explorar el tema de l'extraterritorialitat de l'actuació de les ciutats, les estratègies urbanes sostenibles, en la mesura que «el territori urbà» no es correspon necessàriament amb els límits administratius de l'entitat pública¹⁹⁸.

Un cas molt comú és el fet que la ciutat sovint disposa de les seves més importants infraestructures, les que precisament la fan ciutat, fora del seu àmbit territorial: abastament d'aigües, aeroport, energia, comunicacions, etc. La seva capacitat de decisió sobre aquests seus elements estructurals s'haurà de formular de manera diferent al clàssic exercici de competències administratives sobre un territori, i valdrà explorar noves vies a partir de mecanismes de co-decisió i participació.

¹⁹⁴ Vegeu Mariona TOMÀS, «Impacto de la crisis del COVID-19 en las grandes áreas urbanas y metropolitanas», al núm. Especial de l'*Anuario del Gobierno Local 2020*, monogràfic sobre *El impacto del COVID-19 en los Gobiernos locales*, pp. 73 ss.

¹⁹⁵ Vegeu per tots l'important volum col·lectiu dirigit per Marco CAMMELLI, *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Il Mulino, Bologna, 2007.

¹⁹⁶ Alejandro NIETO, «Entes territoriales y no territoriales», *Revista de administración pública*, núm. 64, 1971, pp. 29-52.

¹⁹⁷ J.-B. AUBY, «El papel de la ciudad como nuevo sujeto político-institucional», a *Anuario del Gobierno Local 2019*, citat, p. 193.

¹⁹⁸ María del Rosario ALONSO IBÁÑEZ, «Un territorio para un derecho urbanístico sostenible», a Andrés M. GONZÁLEZ SANFIEL dir, *Nuevo derecho urbanístico: simplificación, sostenibilidad, rehabilitación*, Thomson Reuters Aranzadi, ULL, 2020, p. 160 ss.

En altres casos, com ja està fent la legislació d'alguns Estats d'EUA, es reconeixen als municipis alguns poders de regulació sobre territoris adjacents amb la justificació que els municipis podrien estar algun dia en condició d'annexar-se a aquells territoris¹⁹⁹.

En definitiva, aquest tema del territori és una mostra de què estem davant del repte de fer més flexible i més dinàmic l'ordenament jurídic de les organitzacions públiques, en especial les locals o subestats, a base de la profundització en elements de tipus relacional i de connectivitat en les xarxes.

2. *Els poders de la ciutat*

Ja he assenyalat que cal afrontar el trànsit des de l'autonomia local cap als poders de la ciutat, i que això implica que se li reconeguin potestats públiques de caràcter normatiu i executiu que li atribueixin una capacitat efectiva de decisió. Però resulta que aquest plantejament ens condueix inexorablement davant d'un altre repte de molta major transcendència, que excedeix de la nostra actual comesa, però que ens assenjala un horitzó. No és el cas de precipitar canvis radicals ni girs copernicans, sinó d'anar madurant línies de treball i d'aprofundiment. Molt sintèticament, em limito a indicar una sèrie de qüestions que caldrà anar desplegant en els propers temps.

2.1. *La potestat normativa*

El repte de major envergadura és que cal repensar la naturalesa i l'abast de la potestat normativa de la ciutat, qüestió fonamental per poder intervenir en la llibertat i la propietat dels ciutadans com a objecte de regulació. Sabem prou que el principi de *reserva de llei* que presideix el sistema de les fonts del dret en la majoria dels ordenaments occidentals té el seu origen en la confluència dels principis revolucionaris francesos i les monarquies constitucionals alemanyes del s. XIX, i es fonamenta en la teoria democràtica i en el caràcter representatiu de la Llei²⁰⁰. Simplificant molt, es pot dir que, originàriament, el principi de reserva de llei operava dins de la relació de separació de poders entre el parlament —principi democràtic— i el poder executiu —principi monàrquic. Impedia que aquest darrer, no essent directament representatiu, pogués incidir negativament en la llibertat i la propietat de l'individu²⁰¹.

¹⁹⁹ AUBY, Droit de la Ville, citat, p. 5.

²⁰⁰ Una magnífica lectura crítica del relat sobre l'*État de droit*, entenent-lo als seus orígens com una certa forma de nou absolutisme, a Gustavo ZAGREBELSKY, *La legge es la sua giustizia*, Il Mulino, Bolonya, 2008.

²⁰¹ La literatura és immensa i ressegueix tota la història del dret públic contemporani, a partir de les conegudes formulacions d'HAURIU, MOREAU, CARRÉ DE MALBERG, JELLINEK, etc. Vegeu, per tots, A. GALLEGRO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho público occidental*, IEA,

Però en el moment actual, i en relació al nostre tema, el que es planteja no és la relació entre la norma parlamentària i la norma governamental dins d'un mateix sistema institucional –l'Estat-, sinó la relació entre les normes sorgides respectivament de sistemes institucionals diferenciats: el sistema estatal i el sistema de les ciutats, que a efectes ordenadors es pot incloure dins del sistema local.

Doncs bé, és bò recordar que des dels inicials moments de la Revolució Francesa, quan la prohibició de tota potestat normativa al poder executiu és radical (Decret de l'Assemblea Constituent de 2 d'octubre-3 de novembre de 1789), ja s'estableix una excepció en relació als municipis per a que puguin dictar normes de policia (Llei de Municipalitats de 14-18 de desembre de 1789)²⁰², que per definició incidien en les llibertats individuals-, com a funció pròpia del *pouvoir municipal*, no delegada per l'Estat (art. L). Es tractava, naturalment, d'uns ajuntaments elegits per sufragi universal: «*Tous les Citoyens actifs de chaque Ville, Bourg, Paroisse ou Communauté, pourront concourir à l'élection des Membres du Corps Municipal*» (art. V).

El reconeixement del poder normatiu de les col·lectivitats locals s'ha considerat des d'aleshores «fonamentat en una legitimitat històrica i democràtica única, que no poden reivindicar» altres centres de producció normativa²⁰³.

Si fem un salt en el temps, dos segles després, ja en l'actual ordenament constitucional espanyol, aquella inicial distinció ha tingut uns reflexos certament significatius. La doctrina, i una àmplia jurisprudència, s'ha mostrat àmpliament favorable a adequar la fonamentació clàssica del principi de reserva de llei, la forma de la seva vinculació a l'Administració i el seu abast material a una nova realitat en què el principi democràtic i representatiu -el d'autonomia local i el de la participació ciutadana- caracteritzen plenament la posició jurídica del municipi²⁰⁴.

1971; J.A. SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, I, Fundación Areces, 1991; Ricardo GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, 1988; José Luis CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, *Ley y administración pública. Un ensayo de historia dogmática sobre la potestad normativa de la Administración*, Discurso de ingreso en la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, 2012.

²⁰² Ho recorda José Luis CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, *Ley y administración pública*, cit., p. 39.

²⁰³ Així, Bertrand FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, LGDJ, 1998, p. 121, seguint les posicions de Jean-Claude DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, LGDJ, 1968.

²⁰⁴ El de la potestat normativa dels municipis ha estat un dels grans debats als darrers anys, i que sens dubte ha de prosseguir. Vegeu, per tots, la completa obra d'Alfredo GALAN GALÁN: *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, 2001; així com la de Francisco TOSCANO GIL, *Autonomía y potestad normativa*, Comares, Sevilla, 2006. També, Luciano PAREJO ALFONSO, *La potestad normativa local*, Marcial Pons, 1998; F. VELASCO CABALLERO: *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, 2009; Eva NIETO GARRIDO, *El Estatuto Constitucional de los Entes Locales*, Aranzadi, 2019, entre molts altres. En contra d'una visió expansiva de la potestat normativa local sobre la base de flexibilitzar la reserva de llei, vegeu Tomás CANO CAMPOS, «El poder normativo local y la crisis de la ley», *Documentación administrativa*, nova època, núm. 6, 2019, pp. 26-42.

Com és prou sabut, el Tribunal Constitucional ha flexibilitzat l'abast de la reserva de llei en matèria tributària (STC 239/1999, de 16 de desembre) i sancionadora (STC 132/2001, de 8 de juny) —propietat i llibertat— en relació al major camp normatiu que s'ha de deixar als municipis, en virtut de la seva configuració democràtica i de la seva autonomia constitucionalment garantida. Concretament, la STC 239/1999, indica que:

«no es posible trasladar a este lugar sin las precisas matizaciones la doctrina que sobre la reserva de ley reflejamos [...] en la STC 185/1995» [ja que en ella es jutjava] *«la sintonía con la reserva de ley tributaria de prestaciones patrimoniales de carácter público de ámbito estatal cuya creación se atribuye al Gobierno o al ministro del ramo»* [mentre que en aquesta ocasió es tracta de] *«tasas que se imponen y ordenan mediante Ordenanzas fiscales aprobadas por el máximo órgano municipal, el pleno... y ésta es una peculiaridad de la que se derivan necesariamente consecuencias respecto de la reserva de ley tributaria»* (FJ 10).

En termes similars, pel que fa a la potestat normativa municipal en matèria sancionadora, la STC 132/2001 recorda la seva doctrina sobre la relació llei-reglament en la tipificació d'infraccions i sancions, per a senyalar que:

«esta doctrina está enunciada para definir la relación entre las leyes y los reglamentos, por lo que necesita de ulteriores precisiones cuando se trata de definir la colaboración normativa de las ordenanzas municipales.» (FJ 5)

I a partir d'aquí el Tribunal formula la seva posició segons la qual es flexibilitza la reserva de llei, essent suficient que estableixi els criteris mínims d'antijuridicitat i el llistat de les possibles sancions. Qüestions que, d'altra banda, es van incorporar a la LBRL amb ocasió de la Llei 57/2003, de 16 de desembre, de Modernització del Govern Local. Certament, el Tribunal Constitucional no va arribar a extreure totes les conseqüències del fet que «les ordenances municipals compleixen el requisit de la reserva de llei des d'una perspectiva institucional i democràtica»²⁰⁵.

Crec que això és precisament, el que caldrà afrontar en el futur immediat, per anar modulant la institució de la reserva de llei a les característiques dels Estats contemporanis que estan integrats per uns governs locals i unes ciutats plenament i directament responsables democràticament davant de la ciutadania²⁰⁶.

²⁰⁵ Així ho havia expressat Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, 2^a ed. 1994, p. 123.

²⁰⁶ Precisament en relació amb l'estudi de la potestat normativa, el meu mestre Javier SALAS recorda que «La tarea del jurista, en nuestro caso del estudioso del Derecho administrativo consiste en analizar la verdadera realidad del Derecho administrativo español en la etapa histórica concreta a que se haga referencia», a «De nuevo sobre los reglamentos autónomos en derecho español», *RAP*, 84 (1977).

En aquesta circumstància, ens podem preguntar quin és el sentit actual de la reserva de llei en un sistema institucional que ja no és només estatal, sinó que a més és alhora global i local? Per exemple, la diferent extensió dels àmbits materials de la reserva de llei en els diversos ordenaments jurídics, molt extensa en alguns casos com Alemanya, Espanya o Itàlia, dificulta elaborar una visió comuna del dret i de l'autogovern de les ciutats²⁰⁷ i, el que és més greu, les situa en posició de desigualtat competitiva de cara a la implantació d'activitats i d'inversions d'abast global.

En efecte, quin ha de ser en el futur pròxim el valor jurídic de les normes de la ciutat governada democràticament? Estem davant el repte de repensar i redefinir com és, en la seva naturalesa més profunda, el dret de la ciutat²⁰⁸.

La ciutat ha de tenir la capacitat d'afrontar els reptes del progrés tecnològic en l'organització i prestació dels serveis i de les activitats econòmiques que incideixen directament i de forma específica en les exigències de l'economia i de la societat urbanes. És a dir, ha de poder intervenir en una regulació que en realitat no afecta només al sector privat, sinó que incideix decisivament en la seva pròpia posició com a actor que competeix en el mercat global.

Un exemple paradigmàtic de l'anterior, és el cas tan actual de la denominada economia col·laborativa (apartaments turístics, lloguer de vehicles amb conductor (VTC), etc.). El caràcter eminentment urbà d'aquest fenomen contrasta amb les escasses possibilitats d'intervenció efectiva que hi tenen les Administracions locals²⁰⁹.

Com ha assenyalat TORNOS MAS, referint-se al transport urbà de viatgers, amb tots els conflictes sorgits arran de l'activitat de lloguer de vehicles amb conductor (VTC), el dret, la regulació, ha de ser «subjecte actiu aportant el nou marc regulador que, tenint en compte la realitat existent i el conjunt de sectors afectats, permeti vehicular l'aplicació de les noves tecnologies que permetin millorar la qualitat en la prestació dels serveis públics»²¹⁰. La qüestió és delimitar quin és el poder públic més adequat per establir aquesta regulació.

I, en efecte, l'exemple també posa de manifest, com deia, la impotència de les entitats ciutadanes competents —en aquest cas concret, l'Àrea Metropolitana de Barcelona— per a establir aquesta regulació, atès al caràcter reglamentari de les seves disposicions normatives, circumstància que determina la necessitat que hi intervinguin els titulars de la potestat legislativa, l'Estat i les Comunitats Autònomes,

²⁰⁷ Així, Francisco VELASCO CABALLERO, «El Derecho de las ciudades globales», cit., p. 32.

²⁰⁸ Per usar novament el concepte especialment estudiat pel prof. Jean-Bernard AUBY, *Droit des Villes*, cit.

²⁰⁹ Vegeu Gabriel DOMENECH PASCUAL, «Economía colaborativa y Administración local», *Anuario del Gobierno Local 2015/16*, p. 35 ss.

²¹⁰ Joaquín TORNOS MAS *Dret i innovació tecnològica. El cas Uber versus taxi*. Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 2019, p. 67.

que, en el cas de Catalunya, ho han fet de forma «desbocada» per Decret-Llei²¹¹ i sense la ponderació adequada de tots els interessos públics i privats en joc.

La darrera intervenció duta a terme per aquesta via ha estat la del Decret Llei 9/2022, de 5 de juliol, de mesures urgents en matèria de lloguer de vehicles amb conductor, que, per cert, ja ha estat objectada fortament per l'Autoritat Catalana de la Competència²¹². El preàmbul de la norma deixa clar que el problema que es vol resoldre és un problema estrictament urbà, i que és en relació amb aquesta qüestió de naturalesa local que es produiria el buit normatiu que justificaria el Decret Llei, i que la finalitat és «donar cobertura», obrir la porta a la intervenció dels governs locals:

«A aquest respecte cal assenyalar que la regulació de les autoritzacions de lloguer de vehicles amb conductor d'àmbit urbà, partint de la base de les competències locals reconegudes per l'article 38.3 de la Llei 12/1987, de 28 de maig, de regulació del transport de viatgers per carretera mitjançant vehicles de motor, *té com a objectiu fixar uns continguts aplicables al conjunt d'ens locals de Catalunya, a partir dels quals aquests poden desenvolupar les seves facultats d'ordenació de l'activitat si així ho estimen necessari i procedent*».

Malgrat que al·ludeix al conjunt dels ens locals de Catalunya, en realitat, tota la regulació material continguda la Decret Llei es refereix única i exclusivament a l'exercici de l'activitat «en l'àmbit urbà», que en la pràctica es remet a l'espai ciutadà i metropolità, i per tant, a la potestat autoritzatòria de les institucions locals corresponents. Però com es veu, l'exercici per aquestes institucions locals d'unes potestats que ja tenen atribuïdes per l'ordenament, resta condicionat a una prèvia habilitació legal *ad hoc*. I la necessitat urgent que els governs locals puguin intervenir, per risc de que es produeixi un buit normatiu, fa que l'habilitació legal s'hagi de fer mitjançant un Decret-Llei.

A propòsit d'aquesta situació, és inevitable senyalar que l'ús reiterat del Decret-Llei en els darrers temps, i encara més a partir de les necessitats derivades de la pandèmia del COVID-19, no fa més que incrementar els dubtes sobre l'actual significat del dogma de la reserva de llei parlamentària, que és esquivada ja amb tota habitualitat per raons d'urgència, i també a conseqüència de la inactivitat del legislador parlamentari²¹³; i això té lloc en front de les normes que les ciutats produeixen com a fruit de l'activitat democràtica més immediata, naturalment, sempre i quan l'òrgan d'aquestes que les aprovi reuneixi la legitimació democràtica directa equiparable a la parlamentària²¹⁴.

²¹¹ TORNOS, *Ob. Cit.*, p. 61.

²¹² Vegeu ACCO, *Informe de regulació relatiu al Decret Llei 9/2022 de mesures urgents en matèria de lloguer de vehicles amb conductor*, IR 61/2022.

²¹³ També aquí la bibliografia és àmplia. Vegeu una crítica a la situació senyalada a JAVIER BARNES, «La crisis de la democracia parlamentaria. El caso de la COVID-19», *RAP*, 216, 2021, pp. 101-139.

²¹⁴ Condició que no es compleix en el cas de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, competent en matèria de VTC, ja que la composició del Consell Metropolità és d'elecció indirecta o de segon grau.

Precisament en relació a la COVID-19, un fenomen global que s'ha hagut d'abordar, també, i especialment, a escala local²¹⁵, s'ha posat de manifest de manera flagrant la total inadequació i insuficiència dels poders de les ciutats, i en especial, en les grans conurbacions, per a fer front a les exigències d'actuació immediata i eficaç sobre les conductes ciutadanes i les activitats econòmiques. Una visió restrictiva de les potestats locals de limitació i de prohibició que han acabat relegant el paper dels ens locals, a la prestació extraordinària —d'altra banda, decisiva— de serveis socials a les persones afectades²¹⁶.

En definitiva, cal anar replantejant, per tant, el valor i la força de les normes locals fruit de la decisió democràtica de la ciutadania, així com la imprescindible adequació del dogma de la reserva de llei a les característiques institucionals del moment present.

2.2. *Una justícia administrativa de la ciutat*

La seguretat jurídica i la justícia, que són una de les funcions i serveis propis de l'Estat, avui dia impliquen directament les ciutats. Les demandes de rapidesa, proximitat i adequació; la dimensió estrictament veïnal i urbana de molts conflictes privats i públics; la rellevància dels ordenaments jurídics específics a controlar i aplicar —planejament, ordenances, llei especial, etc.; tots aquests factors, dic, poden significar una major implicació de la ciutat en l'organització i la prestació de determinades funcions de justícia.

He indicat més amunt que una dels funcions que les ciutats desenvolupen avui dia és la de conciliació d'interessos, sovint contraposats, dels diversos actors i sectors que configuren la base social i econòmica ciutadana, així com els d'aquests i els operadors econòmics globals.

Però al mateix temps, en l'àmbit més intern, la ciutat juga un paper capital en la resolució dels conflictes, individuals o col·lectius, de dimensió més propera i limitada, ja sigui entre particulars, ja sigui amb la mateixa administració municipal.

El dret propi de Barcelona, de manera absolutament pionera, ha estat atent a aquesta qüestió. L'avantprojecte de llei sobre el règim especial de Barcelona que va aprovar l'ajuntament el 16 de juliol de 1997 incloïa una regulació detallada de la «justícia municipal de Pau», que s'organitzaria a través dels districtes mu-

²¹⁵ Vegeu C. NAVARRO (dir.), *Los ayuntamientos ante la Covid-19*, IDL-UAM, 2021. També, F. GARCIA RUBIO, «El Derecho local en tiempos de alarma. Un análisis jurídico de los efectos del COVID-19 en las entidades locales», a *Cuadernos de Derecho Local*, QDL 54 (octubre 2020), 68-146; F. VELASCO CABALLERO, «Derecho local y COVID-19», a *Revista galega de administración pública* 59 (2021) p. 237 i seg.

²¹⁶ Vegeu per tots el núm. especial de l'*Anuario del Gobierno Local 2020*, monogràfic sobre «El impacto del COVID-19 en los Gobiernos locales», amb una vintena d'articles que aborden tots els aspectes implicats.

nicipals, amb competències en els ordres civil, penal, contenciós administratiu i laboral i seria administrada per jutges de Pau nomenats per la sala corresponent del Tribunal Superior de Justícia (arts. 149-158). També es preveia la creació d'un «Consell de Justícia Municipal de Pau», de composició àmpliament representativa (arts. 159 i 160)²¹⁷.

El Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora 334/1998 ja va indicar que «quan les facultats legislatives queden en exclusiva en mans de l'Estat, fins i tot en el supòsit que l'Administració autonòmica tingui atribuïdes competències executives pròpies, la qüestió no és particularment complexa, i correspondrà al legislador estatal la decisió», concretant que «aquest és el supòsit de la regulació de la justícia i l'assignació de les competències corresponents, matèria sobre la que, a més, recau la reserva de llei orgànica, estatal per definició». Per aquest motiu, aquesta matèria es reservà de cara a la posterior aprovació del «tram estatal» de la Carta Municipal.

Arribat aquell moment, l'exposició de motius de la Llei 1/2006 assenyalava al respecte el següent:

«consolida l'existència de la denominada “justícia de proximitat”, un nou esglaó judicial dirigit a resoldre els conflictes derivats de la convivència ciutadana, sense els inconvenients de formalisme i lentitud que de vegades pateix la justícia ordinària. No obstant això, i atès que l'article 122 de la Constitució reserva la regulació d'aquesta matèria a la Llei orgànica del poder judicial, es difereix la posada en marxa dels jutjats de proximitat fins a l'aprovació de la modificació de la dita Llei orgànica en aquest sentit.»

I, efectivament, els arts. 35 i 36 es limiten a remetre's a la Llei orgànica del poder judicial. La remissió era oportuna, perquè precisament estava en marxa en aquell moment una reforma de la LOPJ dins de la qual s'inclouïa un tractament de la justícia de proximitat²¹⁸. Tanmateix, tampoc aquest projecte va tenir èxit, en barrejar-s'hi finalitats diferents, allunyades de les que movien des de feia anys la

²¹⁷ Vegeu àmpliament Jaume GALOFRÉ i CRESPI, «Ponència sobre la justícia de pau, local o de proximitat», *Segon Congrés Català de Municipis*, 2001, pp. 300-323. Com antecedent de la regulació de l'avantprojecte, l'any 1990 la Fundació Carles Pi i Sunyer havia preparat una «Propuesta de anteproyecto de ley sobre organización y funcionamiento de la justicia municipal de Barcelona», més ambiciosa. L'equip redactor era presidit per Cesáreo Rodríguez Aguilera, i el ponent fou Àngel García Fontanet. Aquesta redacció no s'incorporà al text de l'esborrany d'avantprojecte de Llei de règim especial aprovat el mes d'octubre de 1990 anomenat «versió de mínims», però sí figura en un altre document titulat «Articulació Provisional Carta Municipal».

²¹⁸ Vegeu, per tots, Teresa ARMENTA DEU, *La justicia de proximidad*, Marcial Pons, 2006; Rosa Maria MUÑOZ RODÓN i Juan Antnío TOSCANO ORTEGA, «La justícia de proximitat i les seves connexions amb el món local», a FONT-JIMENEZ ASENSIO, *La «Carta Municipal» de Barcelona*, cit., pp. 295 ss. i Jordi NIEVA FENOLL «La justícia de proximidad en la ciudad de Barcelona», a Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ - Belén NOGUERA DE LA MUELA, *Comentarios al régimen municipal especial de Barcelona*, 2008, págs. 665-696; també, Marta POBLET, *La justícia de proximitat: àmbits i models*, Col. Síntesi, 13, Diputació de Barcelona, 2007.

iniciativa barcelonina, i coincidint en el temps amb el procés de reformes estatutàries que van enterbolir la situació²¹⁹.

En aquest sentit, és molt expressiu l'Informe del CGPJ sobre l'avantprojecte presentat pel Govern. Diu així:

«La ideación de la Justicia de Proximidad en los términos del texto informado no parece que sea una iniciativa generalizada o ampliamente sentida, más bien se presenta como un deseo nacido en una ciudad concreta —Barcelona— que no puede condicionar la estructura de un Poder del Estado ni, por tanto, los pilares constitucionales en los que se asienta el Poder Judicial». I en un altre moment assenyala: «La previsión de que la Justicia de Proximidad es Poder Judicial del Estado o que el nombramiento final de sus jueces corresponde al Consejo General del Poder Judicial, sólo cubriría las apariencias de un modelo diseñado en un contexto de reforma estatutaria que aspira a un Estado federal», «...existen serias dudas de la constitucionalidad del sistema al romper el principio constitucional de unidad de la Carrera Judicial», «... El modelo elegido llevaría a un sistema judicial paraestatal, de base autonómica y local, que permitiría erigir otra Judicatura, otro Poder Judicial.» «...Frente a lo que debería ser una opción ambiciosa —buscar un Poder Judicial moderno y eficaz—, cobra protagonismo otra ambición: frente a la idea de Poder Judicial único y estatal, hacer presente los postulados de política territorial en ese ámbito...»²²⁰.

A la vista de les àmplies crítiques, el projecte enviat pel Govern a les Corts era ja molt diferent del que havia propiciat l'impuls de l'Ajuntament de Barcelona, però en qualsevol cas, tampoc es va aprovar abans de la dissolució de la legislatura.

Descartada aquesta via per ara, crec que en el nostre ordenament el paper de les ciutats ha de dirigir-se cap a un més ampli ventall d'instruments, els que genèricament s'anomenen les *alternative dispute resolution* (ADR), que troben en la conflictivitat vinculada a la societat i a l'economia urbanitzada un camp d'actuació molt oportú²²¹.

²¹⁹ En efecte, el projecte d'Estatut de Catalunya, aleshores en tramitació, preveia la competència de la Generalitat sobre justícia de pau i de proximitat, en els termes de la LOPJ. Avui figura a l'art. 108 EAC.

²²⁰ Prenc aquestes cites d'Antonio CEREJO SOTO, *El rechtspfleger alemán como una manifestación de la justicia de proximidad*, tesis en xarxa, Universitat de Girona, 2015, <http://hdl.handle.net/10803/289983>

²²¹ Sembla que les iniciatives van per un altre costat. Vegeu la notícia al *Diario del Derecho Municipal* de 27 de gener de 2022: «La ministra de Justicia, Pilar Llop, y el presidente de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y alcalde de Vigo, Abel Caballero, han mantenido una reunión, en sede ministerial, en la que han abordado temas de interés común, como es la implantación de Justicia 2030. Llop ha dialogado con Caballero sobre la importancia de los ayuntamientos de España en la implantación del nuevo modelo organizativo que contempla este proyecto, con tres figuras fundamentales: las oficinas de Justicia en los municipios, los Tribunales de Instancia y las Oficinas Judiciales. Según la ministra, estos tres elementos “crean proximidad, dinamización, aprovechamiento de recursos y, en definitiva, un beneficio para toda la ciudadanía en el servicio público de Justicia”». Ben poc a veure amb la justícia ciutadana de què parlem.

Però en la línia de centrar-me en les propostes més estrictament connectades amb el dret públic, no hi ha dubte que on es troba major camp per córrer és en reforçar i reformar els mecanismes dels recursos administratius, ja siguin ordinaris o especials, atesa la seva ineficàcia en molts casos, i en relació als qual s'han efectuat nombrosos estudis i s'han avançat suggestives propostes²²².

Ja he subratllat com el règim especial de Barcelona l'any 2006 va donar cobertura definitiva a una iniciativa pionera del 1988 que ha fet fortuna: la creació del Consell Tributari com a òrgan especialitzat i independent per a dictaminar els recursos administratius en aquesta matèria, i com les grans ciutats espanyoles s'han trobat en l'ocasió d'assumir aquest model, fins i tot millorant-lo, en virtut de la Llei 57/2003 de Modernització del Govern Local. I aquesta és només una de les múltiples fórmules que cabria imaginar²²³.

Amb posterioritat, diversa legislació ha anat estenent la tècnica d'establir recursos administratius especials, ja siguin preceptius o bé potestatis, cap a altres diversos àmbits materials. Sens dubte, on s'ha causat major impacte és en l'àmbit de la contractació del sector públic, amb el recurs especial que es va regular de manera prou complerta per la Llei 34/2010, de 5 d'agost²²⁴, i que avui està regulat als arts. 44 i ss. de la LCSP de 2017. M'importa assenyalar que la seva adopció va ser resultat de previsions normatives del dret de la Unió Europea en relació a la necessitat que els drets nacionals oferissin una via de recurs efectiu, després d'haver constatat l'incompliment per Espanya de les seves obligacions en aquesta matèria²²⁵. La solució adoptada ha estat validada pel mateix TJUE (gran sala) que en Sentència de 6 d'octubre de 2015, assump-

²²² Vegeu àmpliament les nombroses aportacions incloses a: Fernando LOPEZ RAMON (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Asociación española de Profesores de Derecho administrativo –INAP, Madrid, 2016, i en especial, la de José M^a BANO LEÓN «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho público español», pp. 647 ss., i la de César CIERCO SEIRA «El procedimiento de recurso administrativo: su virtualidad y la necesidad de reforma», pp. 675 ss.

²²³ Així per exemple, es poden veure les àmplies referències contingudes a Luis M. ALONSO GONZALEZ–Eva ANDRÉS AUCEJO (Dir.), *Resolución alternativa de conflictos* (ADR) en Derecho tributario comparado, Marcial Pons, 2017.

²²⁴ Vegeu, entre molts altres, Joaquín TORNOS MAS «Los tribunales independientes para la resolución de los recursos administrativos en materia de contratos del sector público», en *ÁADD Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid 2011, p. 806 ss.; Sílvia DIEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*; Marcial Pons, 2012.

²²⁵ La bibliografia al respecte és extensíssima. Vegeu, per tots, J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015; Patricia VALCARCEL FERNANDEZ, «El recurso especial en materia de contratación: en la senda del derecho a una buena administración», a Fernando LOPEZ RAMON (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, cit., pp. 303 ss.; així mateix, J.M. GIMENO FELIU, *Sistema de control de la contratación pública en España: (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)* Aranzadi Thomson Reuters, 2016.

te C-203/14, «Consorti Sanitari del Maresme», va admetre i donar resposta a una qüestió prejudicial plantejada pel Tribunal Català de Contractes Públics²²⁶.

És de destacar que, en l'actualitat, l'art. 46 LCSP permet que les comunitats autònomes, les diputacions i els municipis de gran població puguin crear els seus propis tribunals administratius de contractes. I així ho han fet, entre altres, les diputacions de Granada i Cádiz, i els ajuntaments de Granada, Sevilla i Saragossa²²⁷, entre altres. Caldrà estar atents al rendiment d'aquests tribunals municipals, quan a la seva organització i funcionament, i la seva incidència efectiva en la resolució adequada, ràpida i fiable dels conflictes en la matèria contractual municipal²²⁸.

Altres sectors on s'han desplegat recursos administratius especials, o vies administratives de reclamació, són l'àmbit de la transparència i accés a la informació pública²²⁹, veritable paradigma de l'administració actual²³⁰; la protecció de dades personals; la garantia de la unitat de mercat; la defensa de la competència; les acreditacions universitàries, etc. La valoració de la seva eficàcia i la seva veritable utilitat en la satisfacció de l'accés ràpid a una via fiable de protecció dels drets dels ciutadans resulta molt matisada segons els sectors i els àmbits territorials d'actuació²³¹. Per exemple, en el cas del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic, en un sol any (2019) els recursos contractuals a Catalunya varen augmentar en un 98%, produint unes demores que posen en entredit l'èxit d'aquesta figura.

Els exemples senyalats se situen en l'horitzó d'una reforma més general del sistema de recursos administratius davant la incapacitat i a vegades la falta d'ido-neïtat de la jurisdicció contenciosa administrativa per a resoldre eficaçment els conflictes entre els ciutadans i les administracions públiques. En aquest sentit, ja fa temps que s'han avançat diverses propostes de reforma general en l'orde-

²²⁶ Al respecte em remeto al meu article, «Organización y gestión de los servicios de salud. El impacto del derecho europeo», *RAP*, 199 (2016), pp. 253 ss.

²²⁷ El TSJ d'Aragó va suspendre, primer, i anular després el reglament de l'organisme de Saragossa per manca de consulta pública, tràmit que s'ha obert de nou per part de l'Ajuntament els mesos de juliol i agost de 2022.

²²⁸ En aquest sentit seran d'interès els resultats del projecte de recerca del Ministeri de Ciència i Innovació «*Hacia un mejor control de la contratación pública local: los tribunales administrativos de recursos contractuales como órganos cuasi jurisdiccionales*» (PID2019-106255GB-I00), que es porta a terme a la Universitat de Barcelona en relació amb el Grup de Recerca consolidat en Govern i Administració Local (GREGAL).

²²⁹ Vegeu la doctrina i l'activitat de les diverses autoritats de transparència, estatal i autonòmiques, en relació al món local a *Anuario de Transparencia Local*, dirigit per Ramon CAMP BATALLA, que publica desde 2018 la Fundació Democràcia y Gobierno Local.

²³⁰ És de gran interès el llibre d'Enrico CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazione, informazione, democrazia*, Il Mulino, Bolonya, 2022.

²³¹ Pel que fa a la via econòmic-administrativa i als recursos contractuals, vegeu al respecte l'*Informe sobre la justícia administrativa*, dirigit per Silvia DIEZ SASTRE, que publica anualment el Centro de investigación sobre Justicia administrativa de la UAM, a partir de 2015.

nament espanyol²³², assenyaladament sobre la base de garantir la independència i l'especialització dels òrgans cridats a resoldre els recursos, tal i com succeeix amb els *Administrative Tribunals* del Regne Unit²³³ i també en alguns dels òrgans administratius de resolució de recursos ja creats a Espanya i als que he al·ludit fa un moment.

Doncs bé, el que ara vull subratllar és que el desplegament d'aquest tipus de solucions resulta especialment indicat en el cas de l'ordenació jurídica de la ciutat, i és així tant per la naturalesa i la dimensió de la conflictivitat que es genera en determinats sectors, com per l'alta capacitat d'organització i de coneixement que pot aportar la ciutat, la gran ciutat, en la seva resolució. En canvi, una previsió general i indiscriminada per a totes les administracions i tots els sectors pot portar a la «balcanització» del sistema i al seu fracàs²³⁴.

En aquest sentit, s'ha proposat estendre la fórmula del Consell Tributari de Barcelona a altres matèries com les sancions administratives o les qüestions de personal, i atribuint a l'òrgan especialitzat corresponent no només la capacitat consultiva i de proposta, sinó l'efectiva capacitat resolutòria del conflicte²³⁵. I això, sense perjudici de que caldrà una ulterior reflexió sobre la seva projecció cap a altres sectors de l'acció pública local, com els urbanístics, ambientals, de convivència, de consum²³⁶, d'accés als serveis públics i socials, etc. a demés dels contractuals ja citats.

Des del punt de vista de l'articulació jurídica d'aquest tipus de solució, que pot arribar a configurar una «justícia administrativa ciutadana», caldrà ponderar la conveniència de mantenir, parangonant els orígens del contenciós administratiu francès, un sistema de «Jurisdicció retinguda» com el que caracteritza el Consell Tributari de Barcelona, on la resolució del recurs correspon a l'ajuntament, encara que sempre sigui d'acord amb el Dictamen del Consell; o bé passar al sistema de «jurisdicció delegada», amb capacitat resolutòria pròpia de l'òrgan especial, com hem vist que ja s'ha proposat; o bé una via intermèdia que formalitzi el caràcter obstatiu, i fins i tot vinculant, de la decisió de l'òrgan independent especialitzat. I, d'altra banda, caldrà valorar també el caràcter potestatiu o bé obligatori del recurs en via administrativa per accedir, si escau, a la via jurisdiccional.

²³² S'hi refereix àmpliament, per tots, CIERCO SEIRA, «El procedimiento de recurso...», cit.

²³³ Vegeu Agustín GARCÍA URETA, «Los Tribunales administrativos en el Reino Unido», i Joaquín TORNOS MAS, «Los órganos administrativos independientes de resolución de recursos administrativos. La *Proportionate Dispute Resolution*», a LÓPEZ RAMÓN, *Las vías administrativas*, citat.

²³⁴ L'expressió és de J.M ALEGRE ÁVILA, recollida per E. MOREU CARBONELL, «Valoración del sistema español de recursos administrativos: conclusiones», a LÓPEZ RAMÓN, *Las vías administrativas*, cit., p. 834.

²³⁵ VELASCO CABALLERO, «Órganos de gobierno. Potestad de autoorganización...», cit.

²³⁶ Són ja habituals les Junes arbitrals de consum d'àmbit municipal, en el marc del Sistema Arbitral de consum previst a l'art. 57 del Real Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel que s'aprova el text refós de la Llei General per la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementàries.

En definitiva, l'adequació i enfortiment dels poders normatius de la ciutat, en la línia més amunt assenyalada, exigeix, en la lògica de l'estat de dret, un semblant enfortiment de la justícia ciutadana, i potser no només, o no tant, en el camp de les relacions civils i penals, com es preveia en els projectes de «justícia municipal o de proximitat», com en el camp de les relacions administratives dels ciutadans amb la institució rectora de la ciutat.

3. *La ciutat com a subjecte institucional. La resposta vindrà d'Europa?*

Hem parlat més amunt de la necessitat inajornable que es formuli i es desplegui una veritable «política pública» dels Estats envers les ciutats. I això requereix anar configurant el seu estatus jurídic propi. Però com que la ciutat, en el moment actual, és la gran competidora dels Estats, com he indicat a l'inici, sembla necessari afegir-hi una política transnacional —en el nostre cas, especialment europea, però no només—, que ajudi a impulsar aquesta dinàmica. En aquest moment, em limito a oferir uns elements inicials a partir dels quals es podria anar construint jurídicament una nova posició de la ciutat i del seu dret²³⁷.

3.1. *Cap a un estatus europeu per les ciutats*

Ja hem tingut ocasió de valorar positivament la configuració no només constitucional, sinó també convencional de l'autonomia local efectuada mitjançant la Carta Europea d'Autonomia Local (CEAL). Certament, l'estàndard comú, en aquest cas europeu, de l'autonomia local resulta d'aplicació a tots els municipis —i, fins i tot, a altres ens locals— i no únicament a les ciutats. I en qualsevol cas, no totes les ciutats són municipis, ni tan sols ens locals, perquè, com ja he recordat, bé poden aconseguir la categoria pròpia d'un nivell regional o d'una ciutat-estat, en alguns ordenaments.

Però també és cert que a partir d'aquí es pot plantejar en el futur un procés de modulació i graduació, en virtut del principi de diferenciació ja explicat anteriorment. Val la pena recordar, salvant totes les distàncies, l'advertència de Léon DUGUIT: «l'autonomia de les grans ciutats és de dret i de fet una realitat. La dels petits municipis, una ficció»²³⁸. Ara bé, qualsevol moviment en aquest sentit requerirà importants modificacions i innovacions.

En primer lloc, caldria una actualització del sistema de controls i garanties de la Carta Europea de l'Autonomia Local, ja sigui mitjançant la creació d'una instància específica de control jurisdiccional del tractat, com ho és el Tribunal Europeu de Drets Humans en el seu àmbit, ja sigui per mitjà de l'articulació d'un mecanisme més «suau», similar a l'establert en el Protocol núm. 16 del Conveni Europeu de Drets

²³⁷ He avançat parcialment algunes idees al respecte al meu article «La ciudad inteligente como actor global», *ERDAL*, cit., que ara reprenc i desplego.

²³⁸ *Les transformations du droit public*, trad. d'Adolfo Posada, 2^a ed. Madrid 1926.

Humans, que permetés sol·licitar, per exemple, al Congrés de Poders Regionals i Locals d'Europa (CPLRE), la seva opinió en casos de conflicte amb la Carta²³⁹. Això podria contribuir també a fixar una interpretació comuna sobre el seu contingut i, per tant, a delimitar aquest estàndard europeu transnacional del que hagi de ser l'estatus jurídic-institucional substantiu de la ciutat des del punt de vista de la seva autonomia.

En aquesta línia, és de destacar la Recomanació del CPLRE núm. 429 (2019), de 17 de maig, titulada *La contribution du Congrès à la réflexion sur l'avenir du Conseil de l'Europe (Session ministérielle d'Helsinki, 16-17 mai 2019)*, que defensa el paper de les institucions locals en la recuperació d'una veritable democratització del poder públic i de la confiança ciutadana en aquest poder davant els embats de la globalització.

En aquesta ocasió, el Congrés fa una crida a la necessària adaptació de la Carta Europea de l'Autonomia Local a les noves exigències i possibilitats que deriven d'instruments internacionals de caràcter general com és, per exemple, el Programa de les Nacions Unides 2030 per al desenvolupament sostenible i la digitalització, que té un ampli contingut urbà i metropolità. Aquesta invocació és una novetat d'una certa profunditat, perquè per primera vegada s'obre la porta a una consideració material, amb continguts substantius sobre polítiques públiques, de l'estatus transnacional dels ens locals.

No és de descartar, potser, que una futura Carta Europea de les Ciutats, o tal vegada un Protocol addicional a la CEAL, pugui atorgar un nou estatus substantiu a aquesta realitat específica. Ja he dit que no és fàcil imaginar que els Estats reforcin el seu competidor més proper, que ara ja és la ciutat. Però no hem d'oblidar que aquest competidor també pot ser el seu aliat més eficaç en la defensa del mateix Estat davant de la globalització.

A diferència de l'àmbit del Consell d'Europa, és prou sabut que a l'ordenament de la Unió Europea regeix el principi de respecte de la identitat nacional, «també pel que fa a l'autonomia local i regional» (art. 4.2 TUE)²⁴⁰. Però també és cert que cada cop es visibilitza més el protagonisme de les ciutats en les seves relacions amb la Unió²⁴¹. Aquest progressiu procés té un punt d'expressió rellevant en l'aprovació del Pacte d'Amsterdam de 2016 i l'Agenda Urbana Europea²⁴².

²³⁹ Així ho hem suggerit a T. FONT i LLOVET i M. VILALTA REIXACH, «Perspectivas de futuro para la Carta Europea de la Autonomía Local», a l'obra col·lectiva *La Carta Europea de Autonomía Local a los treinta años de su aplicación. Balance y perspectivas*, cit., p. 395.

²⁴⁰ Però s'ha destacat el significat que també té el precepte com reconeixement de l'autonomia local. Vegeu Laura HUICI SANCHO, «Los gobiernos locales en la Unión Europea: del principio de autonomía institucional al principio de autonomía local», *Anuario del Gobierno Local 2010*, p. 521 ss.

²⁴¹ Vegeu per tota l'evolució, Elisabetta TATI, *L'Europa delle città. Per una politica europea del diritto urbano*, citat, pp. 48-81.

²⁴² E. DE SANTIAGO RODRÍGUEZ, «Agendas Urbanas El pacto de Ámsterdam y la Agenda Urbana de la Unión Europea», a *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, 49, 2017, pp. 151-161.

Però des del punt de vista jurídic, aquesta realitat ja havia trobat reconeixement amb anterioritat. En aquest sentit, és significatiu el concepte d'«autoritat urbana» —segons el Reglament UE 1301/2013, 17 desembre, FEDER— que assumirà la responsabilitat de l'aplicació de les estratègies urbanes sostenibles, les anomenades EDUSI²⁴³. En efecte, el concepte inclou «les ciutats, organismes subregionals o locals». Tinguem en compte que l'art. 9.1 del Reglament crea la *Urban Development network*, la Xarxa de desenvolupament urbà sostenible, en la qual les ciutats interactuen per primer cop directament amb la Comissió, sense intermediaris, per a millorar l'execució de fons europeus a les ciutats.

D'una manera particular, el dret ambiental europeu és el que major incidència està tenint en la relació dels governs locals, i en particular, de les ciutats, amb els objectius, regles, procediments i institucions de la Unió Europea. Això s'ha posat especialment de manifest els darrers anys en ocasió de les polítiques en matèria d'energia i de canvi climàtic, on el paper de les ciutats esdevé determinant, com és notori i com més endavant veurem²⁴⁴.

I, més recentment, és prou conegut que tota la política europea de recuperació post COVID-19, amb el Fons del Pla de recuperació *Next Generation EU*, incorpora una important component urbana i ciutadana²⁴⁵.

En definitiva, en l'àmbit de les organitzacions europees, els objectius d'acció política ofereixen un contingut material directament i àmpliament vinculat a la ciutat com a subjecte i objecte d'aquestes accions²⁴⁶. Així, doncs, s'ha dit que les ciutats apareixen com a font de legitimació i d'integració europea²⁴⁷, i formen part d'una xarxa d'administracions directes i indirectes que dialoga directament amb la Unió, més enllà de la lògica dels Estats.

A propòsit d'aquesta capacitat de les ciutats per negociar amb les instàncies polítiques superiors, fora ja de l'àmbit europeu, és curiós assenyalar com al Cana-

²⁴³ María del Rosario ALONSO IBÁÑEZ, «Un territorio para un derecho urbanístico sostenible», a Andrés M. GONZÁLEZ SANFIEL (dir.), *Nuevo derecho urbanístico: simplificación, sostenibilidad, rehabilitación*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 160 ss.

²⁴⁴ Una completa exposició de conjunt la podem trobar a Alexandre PEÑALVER i CABRÉ, «El rol de los Gobiernos locales frente al cambio climático en el derecho internacional y en el derecho de la Unión Europea», a *Anuario del Gobierno Local 2021*, número monogràfic sobre «Los gobiernos locales ante el cambio climático», p. 51 ss, i la bibliografia allà citada. Més específicament, Susana GALERA RODRIGO, *El hacer urbano de la Unión Europea. Modelo de ciudad, poder local y sostenibilidad energética*, Atelier, 2022.

²⁴⁵ Vegeu per tots, el núm. monogràfic de *Cuadernos de Derecho Local*, 55, 2021, dedicat als «Fons europeus per la recuperació i la seva incidència en els Governos locals».

²⁴⁶ Una síntesi de l'evolució dels plantejaments de la Unió Europea sobre agenda urbana i sobre política urbana a E. CARLONI i M. VAQUERO PIÑERO, «Le città intelligenti e l'Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano», a *Istituzioni del federalismo*, 2015/4, 865-894, així com a M.A. GONZÁLEZ BUSTOS *et al.*, «La Unión Europea y el desarrollo urbano sostenible» a Concepción BARRERO, Joana M. SOCIAS (coords.) *La Ciudad del siglo XXI: transformaciones y retos*, Madrid, AEPDA- INAP, 2020, 753.

²⁴⁷ E. TATI, *L'Europa delle città. Per una politica europea del diritto urbano*, cit., 405.

dà, el *Chapitre C-19 Loi sur les cités et villes*, de Québec, que s'aplica a les ciutats, que estan excloses del *Code municipal general*, disposa que:

29.1.1. *Toute municipalité peut conclure avec le gouvernement une entente en vertu de laquelle elle se voit confier la prise en charge de responsabilités que définit l'entente et qu'une loi ou un règlement attribue au gouvernement ou à l'un de ses ministres ou organismes.*

29.1.4. *Une entente conclue en vertu de l'article 29.1.1 prévaut sur toute disposition inconciliable d'une loi générale ou spéciale ou de tout règlement pris en vertu d'une telle loi.*

Naturalment aquest plantejament se situa en el context d'un altre ordenament jurídic i d'una realitat històrica molt específica sobre l'ocupació del territori i la constitució dels assentaments humans. Però val com a referent de la posició jurídica singular de les ciutats en la seva capacitat de negociació, que pot prevaler fins i tot sobre qualsevol tipus de llei.

3.2. *La legitimació de les ciutats davant la justícia europea*

La defensa dels interessos de la ciutat troba una projecció específica en la possible actuació processal de la ciutat davant d'instàncies judicials supranacionals, cosa que planteja la qüestió de la legitimació processal de la ciutat en afers que són del seu interès. Em limito a oferir dos exemples que poden indicar l'inici d'una evolució que potser encara tardi en consolidar-se, però que ja està iniciada.

a) París, Brussel·les i Madrid i la qualitat de l'aire

El primer dels casos es tracta de l'afer resolt per la Sentència del Tribunal General de la Unió Europea núm. 927, de 13 de desembre de 2018 (afers acumulats T-339/16, T-352/16 i T-391/16). Més enllà de la qüestió de fons discutida, pel que fa al que aquí ens interessa aquesta Sentència va reconèixer la *legitimació* dels ajuntaments de París, Brussel·les i Madrid per interposar un recurs d'anul·lació contra el Reglament de la Comissió 2016/646, que modificava, fent-los menys exigents, els límits màxims d'emissions permeses per la norma Euro 6 que havien estat establerts al Reglament 715/2007 del Parlament Europeu i del Consell, tot això en el context de l'anomenat cas del «Dieselgate».

A fi de reconèixer aquesta legitimació, el Tribunal recorda la seva posició segons la qual un acte de la Unió que impedeix que una persona pública exercixi com consideri oportú les seves competències pròpies, produeix directament efectes sobre la seva posició jurídica, que és el que exigeix l'art. 263.4 TFUE per poder-hi recórrer. El Tribunal General subratlla que en aquest cas particular passa així:

«Doncs bé, un acte de la Unió afecta de forma *encara més directa* una entitat infraestatal si afecta les seves pròpies competències *normatives* [en aquest cas

concret, en matèria de regulació de la circulació d'automòbils] i no solament a la seva potestat per adoptar decisions individuals en un marc preestablert».

En conseqüència, la STGUE de 13 de desembre de 2018 segueix així:

«Així, doncs, com es desprèn dels elements jurídics i de les circumstàncies que s'han analitzat anteriorment, referits en particular a les potestats dels demandants per restringir la circulació dels automòbils a fi de protegir la qualitat de l'aire i a la utilització que en fan, ha quedat demostrat que el Reglament impugnat té efectes sobre la situació jurídica dels demandants i que, en conseqüència, els afecta directament, en el sentit de l'article 263 TFUE, paràgraf quart. A més, tenint en compte que el Reglament impugnat és un acte reglamentari que no inclou mesures d'execució, en el sentit de la referida disposició, com s'ha assenyalat en els apartats anteriors 38 i 40, en resulta que els recursos d'anul·lació interposats pels Ajuntaments de París, de Brussel·les i de Madrid són admissibles i que s'han de desestimar les excepcions d'inadmissibilitat proposades per la Comissió».

En aquest cas, i tractant-se d'un recurs d'anul·lació, l'actuació de les ciutats recurrents desplega uns efectes generals que van més enllà del restabliment de la seva situació jurídica vulnerada, assumint un paper de garants de la legalitat ambiental europea²⁴⁸. No són els Estats, sinó les ciutats —les «entitats infraestatals», segons la sentència— els subjectes que despleguen les opcions polítiques «discrecionals», això és, la potestat normativa respecte de les denominades Zones de Baixes Emissions (ZBE), que es veia limitada per la modificació d'un Reglament comunitari (aprovada, a demés, pel procediment de «comitologia»)²⁴⁹.

²⁴⁸ En relació amb això, veg. B. PUENTES COCIÑA, *Las ciudades como garantes de la legalidad europea en materia de calidad del aire*, a F. LOPEZ RAMON i J. VALERO TORRIJOS (coords.), *20 años de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, AEPDA-INAP 2019, 179.

²⁴⁹ És oportú portar aquí el cas en que, malgrat reconèixer la competència i fins i tot l'obligació de la ciutat de Barcelona per a regular les ZBE, la Sentència del TSJCat 970 /2022, de 21 de març, va anul·lar la corresponent ordenança amb la següent argumentació: «En el expediente no se realiza un análisis suficiente de las alternativas, ni de las consecuencias económicas, sociales y sobre el mercado y competencia que producen las medidas, ni se evalúan suficientemente los costes y beneficios que implica el proyecto de disposición para sus destinatarios, así como las cargas administrativas que supone la promulgación de la Ordenanza» tot dient que «Este contenido mínimo resulta de la aplicación de las Directrices aprobadas por el Ayuntamiento de Barcelona de 2015 que se integran en el ámbito de los principios de la buena regulación definidos en el art. 129 de la LPAC». També va succeir el mateix en el cas de l'Ajuntament de Madrid, on la Sentència del TSJ de Madrid de 27 de juliol de 2020 va anul·lar els preceptes corresponents de l'Ordenança de ZBE del «Madrid Central», per insuficiència de l'avaluació econòmica. El debat sobre l'anul·lació de reglaments ordenances i plans urbanístics per motius formals, de procediment o d'insuficient motivació és molt ampli. Vegeu Fernando LOPEZ RAMÓN, «La calificación de los vicios de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, 205, 2018; Joaquín TORNOS MAS, «La nulidad de normas por vicios procedimentales. La necesidad de nuevos planteamientos legislativos y jurisprudenciales» *Revista de Administración Pública*, 210, 2019, així com els altres articles continguts en la secció «Debates», d'aquest mateix número de la RAP. En tot cas, senyalo com en la Sentència citada s'obre pas, solapadament, —encara que es negui expressament— la via per a incloure com a integrant del dret especial de Barcelona a les seves Directrius de bona regulació (¡).

El cert és que es va interposar recurs de cassació contra aquesta sentència per la Comissió, Alemanya i Hongria. L'Advocat General va entendre que no hi havia afectació directa als ajuntaments en el sentit sostingut per la Sentència recorreguda, ja que la norma es dirigia a l'homologació de vehicles, però va sostenir que en canvi sí que s'havia d'admetre la seva legitimació en base a una interpretació equilibrada del requisit de l'afectació directa d'acord amb el principi de respecte de l'autonomia local de l'art. 4.2 del Tractat, que abans hem esmentat, i el paper dels governs locals en el dret de la Unió.

En fi, el recurs fou resolt per la Sentència del TJUE de 13 de gener de 2022 (C-177/19 P a C-179/19 P) que va acollir el rebuig a l'argumentació de la sentència que admetia la legitimació, però en canvi no va acollir el segon argument de l'Advocat general en favor d'admetre-la. I en conseqüència, va anul·lar la sentència del TGUE ...per falta de legitimació²⁵⁰.

Com deia, assenyalo aquest cas com un simple indicatiu de que ja ha començat el procés per a reconèixer que, cada cop més, les polítiques de les ciutats són determinants de les polítiques transnacionals, aquí europees, i que com a tals, són actors directament implicats que hauran d'obtenir un estatut jurídic-institucional que es correspongui amb la seva funció.

b) Milà i la seu de l'Agència Europea del Medicament

El segon cas d'interès és el del recurs interposat per l'Ajuntament de Milà contra l'acord del Consell de la Unió Europea n. 3579 de 20 de novembre de 2017 relatiu a la designació de la seu d'un organisme europeu, que és un dels objectius típics en la política de posicionament global de les ciutats. En aquesta ocasió, es tractava de la seu de l'Agència Europea del Medicament, obligada a abandonar Londres després del Brexit. Les tres candidates a la ronda final van ser Amsterdam, Copenhaguen i Milà. Com que Amsterdam i Milà van empatar en el primer lloc, per decidir la guanyadora es va fer un sorteig segons preveia la normativa, sorteig que va afavorir la ciutat holandesa²⁵¹.

Des d'un punt de vista processal, la situació era una mica complexa, perquè l'Ajuntament de Milà, amb el suport de la regió de Llombardia, havia presentat el seu recurs davant el Tribunal General de la UE (T-49/18), mentre que la República Italiana també havia presentat recurs d'anul·lació davant el Tribunal de Justícia (C-59/18). L'art. 40.2 de l'Estatut del Tribunal de Justícia, en regular el dret dels Estats i de les institucions de la Unió a intervenir com a coadjuvants en els litigis, assenyalava que:

²⁵⁰ Vegeu al respecte, Alexandre PEÑALVER i CABRÉ, «El rol de los Gobiernos locales...», citat, p. 84.

²⁵¹ Sobre l'ús del sorteig com a mecanisme per a la presa de decisions públiques, veg. l'interessant llibre de Nadia URBINATI i Luciano VANDELLI, *La democrazia del sorteggio*, Torí, Einaudi, 2020. Es refereix a la «final» Amsterdam-Milà, a la p. 120.

«El mateix dret [a intervenir] tindran els òrgans i organismes de la Unió i qualsevol altra persona que pugui demostrar un interès en la solució d'un litigi sotmès al Tribunal de Justícia. Les persones físiques i jurídiques no podran intervenir en els afers entre els Estats membres, entre institucions de la Unió, o entre Estats membres, d'una banda, i institucions de la Unió, de l'altra».

Per la seva part, l'art. 54.3 de l'Estatut del Tribunal de Justícia disposa:

«Quan se sotmetin al Tribunal de Justícia i al Tribunal General afers que tinguin el mateix objecte o que plantegin la mateixa qüestió d'interpretació o que qüestionin la validesa del mateix acte, el Tribunal General podrà, prèvia audiència de les parts, suspendre les seves actuacions fins que el Tribunal de Justícia dicti sentència o, si es tracta de recursos interposats en virtut de l'article 263 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea, declinar la seva competència a fi que el Tribunal de Justícia es pugui pronunciar sobre aquests recursos. En aquestes mateixes condicions, el Tribunal de Justícia també podrà decidir suspendre el procediment del que conegui; en aquest cas, el procediment continuarà davant el Tribunal General».

En aquest cas, el Tribunal General va decidir declinar la seva competència en favor del Tribunal de Justícia. Pel que fa al recurs de l'Ajuntament de Milà, el Consell era partidari del fet que el TGUE suspengués les seves actuacions fins que el TJUE es pronunciés sobre el recurs interposat per l'Estat membre. Però el Tribunal d'instància es va estimar més reenviar l'afet també al Tribunal de Justícia. D'aquesta manera, l'Auto del TGUE de 8 de març de 2018 va entendre:

«che è nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia e della tutela del diritto di difesa dei soggetti di diritto che la Corte (...) possa prendere in considerazione i diversi motivi e argomenti di fatto e di diritto invocati dal Comune di Milano in quanto persona giuridica a sostegno della propria domanda intesa all'annullamento, in sostanza, del medesimo atto».

Així, doncs, amb la decisió adoptada queda clar, en aquest supòsit, que el municipi no podia ser tractat com un mer coadjuvant de l'Estat —no s'admetria la seva intervenció—, però que, al mateix temps, la seva posició pròpia necessàriament s'havia de tenir en compte per part del TJUE en resoldre sobre la validesa del mateix acte impugnat per la República Italiana. Així, es posa de manifest que els interessos i les raons de la ciutat no estan englobats automàticament en les de l'Estat membre al qual pertany, perquè, a més, segons els escrits dels respectius recursos, les seves raons eren diferents. La justícia europea entén, doncs, que el municipi-ciutat deté una autonomia jurídica i política en l'ordenament europeu en la defensa d'uns interessos propis²⁵².

²⁵² Veg. en aquest sentit E. TATI, *L'Europa delle Città. Per una politica europea del diritto urbano*, cit., 327.

Haig de destacar que el TGUE fonamenta la seva decisió en el principi general de l'«interès en la bona administració de justícia» i també en el «dret a la tutela judicial dels drets els subjectes jurídics». Com es veu, al plantejament objectiu s'hi afegeix un plantejament subjectiu que precisament subratlla la posició de la ciutat com a subjecte jurídic institucional de projecció general i europea, més enllà del que seria l'exercici estricte de les seves competències administratives.

A conseqüència de la decisió del TGUE, es varen acumular els dos assumptes davant el Tribunal de Justícia, i aquest els ha resolt amb la recent Sentència TJUE (Gran Sala) de 14 de juliol de 2022, ECLI:EU:C:2022:567, assumptes C59/18 (*Repubblica italiana*) i C182/18 (*Comune di Milano*). I ho ha fet amb el següent pronunciament sobre la seva competència per a conèixer de la qüestió:

«De todas las consideraciones anteriores resulta que la Decisión impugnada [la designació de la ciutat d'Amsterdam] constituye no un acto del Consejo, sino un acto de carácter político carente de efectos jurídicos vinculantes adoptado colectivamente por los Estados miembros, de modo que dicha Decisión no puede ser objeto de un recurso de anulación en virtud del artículo 263 TFUE».

I en conseqüència va desestimar els recursos acumulats. Sense entrar en el mèrit de la qüestió, el que interessa senyalar, en tot cas, és que no es va posar més en qüestió, ni va ser objecte de pronunciament, la legitimació de la ciutat de Milà per a defensar la seva posició pròpia, de valor singular respecte a qualsevol persona física o jurídica, i sense haver d'actuar com a simple coadjuvant de la República italiana.

* * *

En definitiva, sense desconèixer que els aspectes i els casos estudiats són sectorials i acotats, el que he volgut destacar en aquest darrer capítol és l'apertura del dret i de les institucions europees a la realitat política i jurídica de les seves ciutats, i per tant, la seva contribució, ni que sigui inicial, a la dinàmica de progressiu reconeixement i construcció de la realitat jurídica de la ciutat en el món global.

IV. FINAL

Rudolph von IHERING va deixar dit que històricament la ciutat és «condició de la civilització, és més, -diu- és en ella mateixa civilització, en la mesura que significa emancipació». Adolfo POSADA, que havia traduït a IHERING, recull aquesta afirmació²⁵³ i afegeix: «La ciutat és una forma diferenciada del viure humà

²⁵³ Adolfo POSADA, *El régimen municipal de la Ciudad moderna*, Lib. Gen. Victoriano Suárez, 1936, p. 19, citant *La prehistoria de los indoeuropeos*, de IHERING, amb estudi preliminar del propi Posada. D'aquesta darrera hi ha versió actual amb un nou estudi preliminar de José Luis MONEREO, ed. Comares Granada 2008. De l'obra de POSADA la FEMP en va fer una edició facsímil l'any 2007, amb un complet estudi preliminar d'Enrique ORDUÑA REBOLLO i Enrique ORDUÑA PRA-

col·lectiu; un centre o nucli de forces o energies convergents; és alhora fenomen d'integració i de desintegració, de concentració i d'expansió».

Aquesta visió contraposada o dialèctica em permet dirigir-me cap al final d'aquest discurs.

En efecte, Norberto BOBBIO ha recordat sovint —i ha vingut practicant amb encert— la capacitat constructiva de la *dicotomia*, —les díades, diu ell— en el camp de les ciències socials, i, afegeixo jo, en especial en el camp del dret²⁵⁴. Ho trobem en contraposicions tan essencials com: públic/privat, llei/contracte, Estat/societat, llibertat/igualtat, legalitat/oportunitat, etc. Sabem que la dicotomia no és sempre contradicció, sinó també interacció, creixement, recíproca il·luminació, encara que sigui per contrast, i, en definitiva, fonament d'un nou postulat, la síntesi en què es resol la projecció de diverses forces positives.

Jo hi afegeixo ara la dicotomia de què avui us he parlat: la Ciutat *versus* l'Estat.

L'estudi del dret de la ciutat ens ha de portar a determinar quin és el lloc que la ciutat ocupa dins de l'Estat global.

He iniciat aquest discurs amb la cita de Braudel segons la qual la història d'Europa és una carrera de la Ciutat contra l'Estat. Fins ara, s'ha cregut que la Ciutat, malgrat veure's més jove i dinàmica, es podria trobar amb dificultats per atrapar l'Estat, vell i encarcerat, com succeeix a la paradoxa d'Aquil·les i la Tortuga. Però, en el moment actual, en què la globalització conflueix amb la megaurbanització, el cert és que l'Estat és cada vegada menys *estat*, i en canvi *la ciutat* ja és més que una ciutat. Desmentirem per fi al vell Zenó d'Elea i acabarà la ciutat per atrapar l'Estat?

La realitat és que, en l'evolució de l'organització política i administrativa de la nostra societat, ens trobem tot just a l'inici d'una nova i apassionant etapa, en què el dret és cridat, una vegada més, a proporcionar els models i les formes de les institucions que sostenen la nostra civilització. La mateixa creativitat i determinació amb què ens vam dotar del *Recognoverunt proceres*, de la Carta Municipal, de la Llei del règim especial, ens farà falta ara per a definir i ordenar jurídicament el complex que avui anomenem Ciutat.

El règim especial de Barcelona és la prova que el nostre dret ha estat sempre atent a les exigències singulars de la ciutat real; i, fent això, a demés ha estat pioner en innovar l'ordenament general. Jo estic convençut que l'impuls del règim

DA, on se senyala com antecedent de l'obra el discurs llegit per POSADA en l'acte de la seva recepció a la Reial Acadèmia de Ciències Morals i Polítiques el 13 de juny de 1915, amb contestació de Gumersindo de AZCÁRATE.

²⁵⁴ Entre molts altres assajos, vegeu «La grande dicotomia publico-privato», dins *d' Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torí, 1990; així com *Derecha e izquierda, Razones y significados de una distinción política*, Madrid, Taurus, 2014, i també *Igualdad y libertad*, Ed. Pàgina indòmita, Barcelona, 2020.

especial de Barcelona ha de servir també per a fer progressar l'evolució cap a aquesta nova perspectiva dels poders de la ciutat en favor de la ciutadania que a Europa, i a tot el món, ja s'està albirant.

Senyor President, senyores i senyors acadèmics: el dret públic de Catalunya, els juristes catalans, sobretot els més joves, aquesta Acadèmia, tots plegats tenim el repte de contribuir a completar la *forma iuris* d'aquesta institució tan dinàmica i engrescadora, la «gran encisera» de Joan Maragall²⁵⁵, que és Barcelona, que és la Ciutat.

²⁵⁵ Joan MARAGALL, *Oda nova a Barcelona*.

CONTESTACIÓ

per
JOSEP E. REBÉS I SOLÉ
Acadèmic de número

INTRODUCCIÓ

Il·lustríssim senyor President de l'acadèmia de Jurisprudència i legislació de Catalunya,

Distingides autoritats,

Companyes i companys acadèmics,

Senyores i senyors,

No voldria començar sense agrair al president, il·lustríssim senyor Francesc Tusquets Trias de Bes que hagi facilitat que fos jo qui tingués l'honor que significa per a aquesta Acadèmia el fet de presentar un nou acadèmic numerari.

Tot i la diferència d'edat existent, de la qual no faré referència més específica perquè és evident que hi sortiria perdent, la vida de l'excel·lent jurista que avui tinc la satisfacció de contestar en el seu magnífic discurs d'ingrés, doctor Tomàs Font i Llovet, i la meua han coincidit en reiterades i molt diverses ocasions, tant en l'àmbit professional com en el, podríem dir, social i personal.

I això puc dir-ho sense recança perquè tinc l'honor i la constatació d'aquest fet, en el record del que em va dir el seu pare, el doctor Josep Maria Font i Rius, al llarg de la darrera conversa que vaig tenir ocasió de mantenir amb ell, poc abans de la seva malaurada pèrdua. Em va dir: Rebés, la nostra és una relació quasi familiar. Efectivament, com ja dec haver dit alguna altra vegada, jo sentia el mateix.

I, al seu torn, sempre hem mantingut, si el mateix Tomàs em permet fer-ho extensiu a tots dos, una sòlida relació basada en l'afecte i el respecte mutu i manifestos.

També em suposa un orgull haver estat jo mateix qui va promoure la seva candidatura per accedir a l'Acadèmia, la qual fou votada per unanimitat.

Permetin-me expressar el meu sentiment d'aflicció, quan penso en el goig que hauria suposat pel seu pare el fet de poder escoltar avui aquesta magnífica intervenció, plenament integrada en els fins que, segons els seus estatuts, donen

raó de ser a aquesta Acadèmia, i que són l'estudi i la investigació del dret, la col·laboració en la reforma de la legislació i el foment de la cultura jurídica.

1. L'ACADÈMIC RECIPIENDARI

Tomàs Font i Llovet, va néixer a Barcelona el 25 de maig de 1956.

Estudià la carrera de Dret a la Universitat Autònoma de Barcelona, en una Facultat llavors jove i dinàmica, on la finalitzà l'any 1979, amb premi extraordinari.

Seguint la tradició dels seus mestres, el 1981 es doctorà a la Universitat de Bolonya —Becari del Col·legi de Sant Clemente, com altres il·lustres membres d'aquesta Acadèmia— i des d'aleshores ha mantingut sempre una estreta relació amb el món universitari d'Itàlia, fins al punt que en l'actualitat és President de l'Associació Ítalo-espanyola de professors de dret administratiu.

Com a professor adjunt, el 1983, el 1986 guanyà la càtedra de Dret administratiu a la Universitat de Barcelona, on continua exercint avui la seva activitat docent i investigadora, i on ha dirigit durant molts anys el Departament de Dret administratiu, dret processal i dret financer i tributari, així com els Grups de recerca en Dret administratiu i en Govern i administració local. També ha estat professor invitat a nombroses universitats europees i americanes.

Ha combinat la plena dedicació universitària amb l'exercici de responsabilitats institucionals, entre altres moltes, com a membre del Comitè d'Experts independents del Congrés de Poders Locals i Regionals del Consell d'Europa; com a membre de la *Commissione per l'abilitazione scientifica nazionale* de la República italiana i, també, com membre de la Comissió per la reforma de l'organització territorial de Catalunya.

Em satisfà especialment recordar que ha estat membre de la Comissió Jurídica Assessorada entre 1989 i 2016, de la qual n'ha estat el president entre els anys 2005 i 2014.

En l'actualitat és president del Consell Tributari de l'Ajuntament de Barcelona.

La seva àmplia obra científica abasta les més diverses matèries en el camp del Dret públic: des de l'organització administrativa a l'empresa pública, passant pel servei públic i la contractació administrativa.

Destaquen els seus treballs sobre la configuració constitucional d'institucions com el domini públic o l'execució de les sentències contencioses-administratives, així com els diversos estudis sobre la funció consultiva, d'entre els quals, l'impuls que va donar al llibre col·lectiu sobre la història de la Comissió Jurídica Assessorada.

Una de les matèries en què més s'ha especialitzat és l'organització territorial, l'Estat autonòmic i, en particular, el dret local, com s'ha pogut veure al discurs

d'avui i en nombroses publicacions, entre tantes, *l'Anuario del Gobierno Local* que dirigeix des de fa 25 anys.

I es dona la circumstància que el dret i les institucions locals són també la temàtica que va caracteritzar l'obra de Font i Rius, com és prou conegut, tot i que referida a la Catalunya medieval. Aquí la cita del *Recognoverunt proceres* (1283), resulta indispensable.

Ha estat promotor d'equips i de treballs col·lectius, sempre amb la idea de sumar coneixement, d'aglutinar iniciatives, i ara mateix compta amb un bon grapat de deixebles, molts d'ells ja catedràtics a diverses universitats. Amb aquests equips ha portat a terme una àmplia tasca d'assessorament a diversos governs i administracions catalanes, espanyoles i estrangeres.

I no és només tot el que he dit en aquesta exposició dels mèrits del doctor Tomàs Font el que pot justificar que el rebem com a acadèmic de número, sinó que és també el fruit d'unes vivències humanes, ja que, com he dit en l'inici d'aquesta contestació, des de fa molts anys hem coincidit de manera continuada en diverses institucions i en tasques comunes que m'han permès un coneixement personal.

Escola d'Administració Pública de Catalunya

Va ser quan jo era director d'aquesta institució, que en Tomàs Font va fer les primeres publicacions científiques i les primeres conferències.

A inicis dels anys 80 del segle passat, vaig convidar a Tomàs Font, quan era un ajudant de càtedra, a integrar-se al Consell de redacció d'una revista que jo volia crear, i ell ho va acceptar amb entusiasme juvenil, fins al punt que va ser ell mateix qui en va suggerir el títol: «Autonomies, Revista catalana de dret públic». El seu primer número es va publicar el 1985.

Comissió Jurídica Assessoradora

Durant els vint-i-set anys que vam compartir com a membres de la Comissió Jurídica Assessoradora, tant quan tots dos n'érem membres, com quan jo o bé ell en vàrem ser presidents, la confiança que em mereixia el doctor Font per l'honestat, rigor, ordre i mètode de les seves ponències, era total, tant en els seus raonaments com en les conclusions.

Precisament en va compartir una amb el recordat Joaquim Ferret, sobre el projecte de Carta Municipal de Barcelona, la qual avui ha estat analitzada al seu discurs.

Vaig tenir una gran satisfacció quan vaig poder veure que era succeït en la presidència d'aquest òrgan pel doctor Font i ser un testimoni privilegiat de la continuïtat en la tasca que en Tomàs hi va dur a terme, amb empena i a la vegada

amb «seny i saber», com proclama el lema de la Comissió extret dels Usatges i que tant té a veure també amb la «Jurisprudència» que dona nom a l'Acadèmia.

Cal tenir present la importància de la Comissió Jurídica Assessora per assegurar la legalitat de l'actuació administrativa, i que en l'actualitat es concentra en les comeses que es poden destacar d'entre les que li han estat encomanades i que parteixen d'una llarga relació de dictàmens preceptius, alguns dels quals vinculants, i de la funció consultiva, destacant-ne els avantprojectes de llei i els projectes de reglament i de disposicions de caràcter general.

En definitiva, en conjunt, de la trajectòria de Tomàs Font es desprèn la imatge d'un «jurista institucional», professor, investigador i servidor públic, preocupat per a què el Dret administratiu assegurí unes institucions públiques robustes, en millori la seva legitimació democràtica, faciliti l'eficaç prestació dels serveis públics i garanteixi la satisfacció dels drets de les persones.

És positiu per l'Acadèmia ampliar la nòmina dels seus iuspublicistes, perquè enriqueix el seu coneixement i les seves perspectives de cara a l'estudi de les qüestions més candents dins del debat jurídic actual.

2. EL DISCURS

2.1. *Aspectes formals*

El discurs que hem escoltat és una síntesi i selecció del treball escrit presentat el seu dia, i que serà distribuït a tots vostès en finalitzar l'acte. Allí podran apreciar que es tracta d'un treball sòlid, extens, ben estructurat, fonamentat en el maneig d'una àmplia documentació bibliogràfica, de la jurisprudència, del dret comparat, etc.

2.2. *Aspectes substantius*

El tema objecte del discurs, de gran interès i actualitat, se situa en el centre dels debats actuals sobre l'organització de les grans aglomeracions urbanes.

La qüestió essencial s'ubica en el propòsit d'anar cap a una regulació jurídica de la ciutat com a fenomen d'articulació social, a la vegada local i global, revisant l'evolució de les institucions jurídicopolítiques i la necessitat d'adaptar-se a les noves exigències de la societat.

En el fil del tema central, més propi del dret administratiu, apareixen apuntes qüestions que més aviat s'introdueixen en el camp del Dret constitucional i de la filosofia política, com, per exemple, el replantejament del principi de reserva de llei, o del paper de l'Estat en el món global o del concepte mateix de sobirania.

Però des d'aquestes qüestions podríem dir «més elevades», Font aterra d'immediat en la realitat més concreta del municipalisme i del dret públic català i planteja el que és tot un «estudi de cas»: la Carta Municipal de Barcelona com a «dret de la ciutat».

Tots aquests plantejaments són originals i innovadors, i el discurs és molt suggestiu, en el sentit que proposa múltiples qüestions pel debat i, lògicament per la crítica i, en aquest sentit, s'adequa perfectament als fins de l'Acadèmia, els quals, com ja hem dit anteriorment són «l'estudi i el debat doctrinal, històric i pràctic de temes jurídics».

3. ASPECTES PARTICULARS A COMENTAR

En la línia indicada de promoure el debat jurídic, al fil de les múltiples qüestions tractades al discurs, aporto aquí alguns elements extrets de la meva vivència i experiència i de la meva vinculació a les institucions on he servit.

Abans, però, vull remarcar que avui es tanca un cercle, el cercle que lliga els orígens del municipi a Catalunya (Font i Rius) amb el futur de les ciutats globals (Tomàs Font). Té molta significació per a mi. I avui s'obre un nou cicle d'anàlisi que ha de seguir en el futur.

Dit això, cal recordar que en l'evolució del dret públic català, i en particular del dret municipal, hi ha tingut un paper destacat l'Escola d'Administració Pública de Catalunya, ja des de la Mancomunitat, i la Generalitat republicana.

El règim d'autonomia obtingut en l'Estatut de 1932, el qual, en l'article 10 va atribuir a la Generalitat la competència sobre la legislació de règim local, va obrir camí a la redacció de la Llei Municipal de Catalunya. La tasca de preparació legislativa de la Generalitat republicana es va assignar a la Comissió Jurídica Assessora, la qual actuà com una veritable comissió de codificació. En va ser ponent Josep M. Pi Sunyer. Diversos membres de la secció de la Comissió que el va elaborar tenien ja una vinculació molt directa amb l'Escola d'Administració Pública de Catalunya.

Va ser una llei molt avançada per l'època. I tants altres projectes de procediment administratiu, de recursos en via administrativa i contenciosa-administrativa.

I això lliga amb el que s'ha explicat sobre la Carta Municipal. Tomàs Font ha fet referència al principi de diferenciació en la regulació del règim local. Doncs bé, un bon suport a l'aplicació d'aquest principi en relació a Barcelona el va donar la Comissió Jurídica Assessora, ara ja amb la Generalitat restablerta, en el Dictamen 334/1998, de 23 de juliol, emès a petició del Conseller de la Presidència, «sobre les implicacions competencials i procedimentals que l'aprovació d'una futura llei especial de Barcelona pot plantejar des de la perspectiva de les relacions entre

l'ordenament jurídic català i el de l'Estat així com sobre els mecanismes de tramitació més adients que a aquests efectes es poden utilitzar».

Aporto aquí, pel seu interès, el que aleshores va dir la Comissió:

«B)... En aquest sentit, la STC 214/1989, de 21 de desembre, admet clarament que puguin haver-hi normes bàsiques dictades per l'Estat que continguin règims excepcionals per algunes comunitats autònomes o algunes entitats locals. I, en el cas concret de Barcelona, cal tenir present que la STC 75/1983, de 5 d'agost, va entendre que no eren contràries al principi d'igualtat, les disposicions normatives que en virtut del règim especial de Barcelona estableixen un tractament diferenciat en matèria de personal, atesa la seva fonamentació raonable en la singularitat objectiva del municipi de Barcelona, en atenció a la complexitat i peculiaritats organitzatives i funcionals de dit Ajuntament.

C) Així doncs, hi ha una admissió constitucional, en primer lloc, que no és obligada la uniformitat normativa en les matèries que afecten el règim local; i, en segon lloc, que existeixen concretament en el cas del municipi de Barcelona, raons objectives que fonamenten aquesta diversitat normativa. I aquesta diversitat pot donar-se tant en els aspectes de règim jurídic més estricte —com el resolt a la citada STC 75/1983— com en l'aspecte d'una atribució diferenciada de competències al municipi de Barcelona. En aquest sentit, l'article 2.1 de la Llei de bases del règim local (LBRL) ja estableix que l'autonomia dels municipis, que s'ha de satisfer mitjançant l'atribució de les competències que és procedent per a intervenir en tots aquells afers que afecten directament el seu cercle d'interessos, ha de tenir en compte les “característiques de cada activitat pública i la capacitat de gestió de l'entitat local”. Aquesta mateixa circumstància la recull l'article 63.3.b) de la LMRLC, en determinar que les lleis han d'atribuir les competències pròpies als municipis “en funció de la capacitat de gestió del municipi”.

En definitiva, en relació amb aquesta condició de l'article 2.1 LBRL, la STC 214/1989 ha declarat plenament ajustada a la Constitució la previsió d'un principi bàsic com és el d'establir la directriu que el legislador ha d'apreciar en cada cas la capacitat de gestió del municipi com un criteri per a l'assignació de competències. Les circumstàncies objectives d'aquest tenor que concorren en el municipi de Barcelona fonamenten, per tant, l'atribució diferenciada de competències.»

A propòsit de la Carta Municipal, i més enllà del tema capital que ha plantejat Tomàs Font de la interrelació entre dret general i dret especial, vull aportar també unes dades d'interès sobre un altre aspecte que s'ha citat: la relació entre l'Ajuntament de Barcelona i el seu entorn metropolità.

L'any 1974 s'havia creat la Corporació Metropolitana de Barcelona, i això va originar tensions.

La relació no va ser del tot fluïda, i fins i tot bons funcionaris de l'Ajuntament eren captats per la Corporació.

Així ho explicita Tomàs Font en el seu discurs:

«En aquell mateix període del final del franquisme, el 19 de novembre de 1975, just el dia abans de la mort del dictador, es va aprovar la Llei 41/1975, de Bases de l'Estatut de Règim Local. En paral·lel al procés del seu desplegament, el 12 de gener de 1976 l'alcalde de Barcelona Joaquín Viola va establir una ponència especial per l'estudi de la revisió de la Llei del règim especial, i per tal d'actuar en coordinació amb els treballs ministerials, el 12 d'agost constituïa dos Grups de Treball "de suficient nivell tècnic, un per la part Orgànica i Funcional i un altre per la part Econòmica"».

Per a dirigir l'ajuda tècnica als grups de treball se'm va nomenar, en concepte de lletrat consistorial i secretari tècnic de l'Alcaldia i per a la part orgànica i funcional, cap de l'equip de col·laboradors, i a Albert de Rovira Mola, director tècnic del Gabinet de Programació, per a la part econòmica.

Si llavors era complexa la relació BCN-Corporació, en el moment actual, com ha explicat Font, cal articular una millor regulació.

El que passa és que avui dia, són molts els que consideren que l'àmbit territorial de la metròpoli és ja molt més extens i arriba a tenir una dimensió regional, de vegueria o de més d'una vegueria.

Com es pot veure, tots aquests plantejaments, de voler portar-se a la pràctica, requeriran d'una nova legislació que els empari i els doni sortida. Doncs bé, aquesta pot ser una bona ocasió per a que l'Acadèmia pugui portar a terme un altre dels seus fins, com és participar i ser escoltada en les reformes legals i elaborar estudis i informes al respecte.

Precisament, l'any 1978, en el moment dels preparatius de l'Estatut, l'Acadèmia va elaborar un Informe sobre *La reforma de l'Administració local de Catalunya*. La comissió redactora va ser presidida pel recordat Josep M. Vilaseca i Marcet, i vaig tenir l'honor de ser membre d'aquesta comissió i sóc testimoni del seu esforç il·lusionat.

4. FINAL

I acabo. El discurs que ens ha ofert el Dr. Tomàs Font confirma un cop més la seva qualitat com un excel·lent jurista, atent a les noves realitats socials i a les institucions que en dimanen, un discurs evocador i suggestiu, que posa les bases per una futura ordenació del règim local i del dret de les ciutats.

Li desitjo que, en benefici del dret públic català, continuï amb la fructífera vida acadèmica que ens ha ofert fins ara.

L'Acadèmia s'honora d'incorporar Tomàs Font com a membre de número, amb la seguretat que en rebrà valuoses aportacions.

DISCURS DE CLOENDA DE LA SESSIÓ PÚBLICA I SOLEMNE D'APERTURA DEL CURS 2022/2023 I DISCURS D'INGRÉS DE NOU ACADÈMIC NUMERARI

per

FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES

President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Salutacions,

Inaugurem avui el curs 2022/2023 de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Amb la lectura per part del secretari de la Corporació professor Tornos de la Memòria de l'Acadèmia, hem pogut conèixer les activitats dutes a terme durant el curs anterior.

De totes aquestes activitats, permeteu-me destacar les següents:

—En primer lloc, és important assenyalar que va ser un curs excepcional, en el que es van llegir tres discursos d'ingrés, tots tres de gran volada jurídica: el de la magistrada M^a José Magaldi, el del president de l'Audiència de Barcelona Antonio Recio i el del professor Carles Viver Pi-Sunyer.

—Vam commemorar el 50 Aniversari de l'importantíssim II Congrés Jurídic Català, amb un acte acadèmic en el que també es va retre homenatge als congressistes que encara hi són entre nosaltres.

—Hi va haver una intensa activitat interacadèmica, amb nombroses reunions dels presidents de les dotze Acadèmies Catalanes i actes conjunts, per demanar un finançament més just i el reconeixement que ens pertoca.

—Aquesta intensa activitat ens ha portat a que la Generalitat de Catalunya encarregués a l'Acadèmia un dictamen jurídic sobre una matèria d'interès general.

I en el curs que avui comença, ens comprometem a continuar treballant en l'estudi i la investigació del dret, la col·laboració en la reforma legislativa i el foment de la cultura jurídica.

Ens il·lusiona desenvolupar les funcions que tenim encomanades i la societat ens demana.

I comencem el curs de la manera que més ens agrada, amb un discurs d'ingrés.

Avui és, com acostumem a dir, un dia de festa i celebració, en el que rebem com a acadèmic de número a l'Il·lm. Sr. Tomàs Font i Llovet que, d'aquesta forma, adquireix la plenitud de drets a la nostra Acadèmia.

En el poc temps que ha transcorregut des de que va ser elegit acadèmic, en Tomàs Font ha demostrat les seves qualitats, ha participat de forma activa en les tasques acadèmiques i ha llegit el discurs dins dels terminis reglamentaris.

El Dr. Tomàs Font, gran persona, és un catedràtic de dret administratiu, de reconegut prestigi, que ha prestat i segueix prestant importants serveis a la societat amb càrrecs de gran rellevància, com s'ha posat de manifest en aquest acte.

El nou acadèmic ha llegit un magnífic discurs sobre un assumpte de gran interès: *«La ciutat i el seu dret. El règim especial de Barcelona»*.

El nostre censor Joan Egea, en el seu informe favorable, ha assenyalat que es tracta d'un discurs especialment adequat per ingressar a l'Acadèmia.

Ens explica el professor Font Llovet que en l'actualitat, les ciutats han entrat en competició amb els estats i fins i tot han començat a substituir-les en determinats àmbits.

I conseqüentment aquesta situació requereix una articulació jurídic-pública que pugui establir un règim jurídic específic per a les ciutats.

I per fer-ho fonamenta el seu discurs en els seus profunds coneixements i en l'estudi de treballs de diversos juristes especialitzats en la matèria.

Però a la versió escrita del seu discurs que lliurarem en un opuscle —en acabar l'acte— a tots els assistents i es publicarà a la Revista Jurídica de Catalunya, el Dr. Font cita no només a juristes sinó també a historiadors, geògrafs, sociòlegs, politòlegs, filòsofs, humanistes i fins i tot poetes.

Perquè el Dr. Font, en tant que gran jurista, és una persona culta.

Ho hem dit altres cops i s'escau repetir-ho: la formació d'un jurista no pot ser exclusivament jurídica, també ha de ser humanística.

La cultura, malauradament poc reconeguda en els temps en què vivim, és també indispensable per arribar a ser un bon jurista.

Si com ens recorda el Dr. Font Llovet, citant a Ihering, *«la ciutat és condició de la civilització»*, la cultura hauria de ser condició per a l'exercici de totes les professions jurídiques.

No oblidem que el dret desplega els seus efectes en el context i influeix pel conjunt de manifestacions intel·lectuals, artístiques i culturals.

En el seu treball, el Dr. Font dedica una part important al règim especial de la ciutat de Barcelona. Els orígens d'aquest règim especial es remunten en el *«Recognoverunt Proceres»*, de l'any 1283, que els estudiants d'Història del Dret de la meua època tots coneixíem.

Com posa de manifest al seu treball el Dr. Font i em fa goig destacar, en el desenvolupament ja a partir del segle xx del règim especial de Barcelona, van tenir un paper molt significatiu distingits membres de la nostra Acadèmia.

I crec que hem d'acceptar el repte que, en la part final del seu discurs, ens fa l'acadèmic recipiendari de que la nostra Acadèmia ha de contribuir a completar la configuració jurídica de la nova figura i fixar-nos en la «*ciutat com a titular de potestats públiques en favor de la ciutadania*».

Ha contestat el discurs, en nom de l'Acadèmia, en Josep Enric Rebés, un dels nostres acadèmics més antics, iuspublicista de reconegut prestigi, que ha ostentat càrrecs rellevants tant a l'Ajuntament de Barcelona com a la Generalitat de Catalunya.

En la seva intervenció ha fet la lloança de l'acadèmic recipiendari i ha sabut sintetitzar els aspectes formals i substantius del discurs d'ingrés. Moltes gràcies, amic Rebés.

* * *

Tomàs Font, amb el seu discurs, ha adquirit la plenitud de drets a la nostra Corporació. Ocuparà el setial de Jaume Callís (jurista nascut a Vic a mitjans del segle XIV). En aquest setial substitueix el seu pare, l'estimat professor Josep M^a Font Rius. Va ser precisament ell qui, com a Catedràtic d'Història del Dret, va impartir la primera lliçó de dret que jo vaig rebre a la meva vida, un matí del mes d'octubre de 1965.

A més, el Dr. Font Rius, juntament amb el professor Rafel Jiménez de Parga i el magistrat Ignacio Sancho, va ser qui va presentar el seu dia la meva candidatura per ingressar a l'Acadèmia.

En Tomàs Font ja ha recordat a la seva intervenció la felicitat i emotiva coincidència: a la mateixa sessió de l'Acadèmia de gener de 1960 en la que el seu pare, el Dr. Font Rius, adquiria la condició d'acadèmic electe, va ser elegit president de l'Acadèmia el meu avi Josep M^a Trias de Bes.

I seixanta anys més tard, a la mateixa sessió que Tomàs Font prenia possessió com a acadèmic electe, vaig tenir jo l'immens honor de ser elegit president de l'Acadèmia.

Encara més coincidències: Quan ara fa quasi exactament deu anys, vaig llegir a aquesta mateixa sala el meu discurs d'ingrés a l'Acadèmia, el Dr. Tomàs Font estava assegut a aquesta taula presidencial, en la condició que llavors ostentava de president de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat.

Per això, permeteu-me afegir que també per a mi és un dia especial i emotiu, en el que un cop més, tornen a creuar-se les vides de la família Font i de la família Trias de Bes.

Casualitat? Atzar? Destí?

Per la meva part vull pensar que aquestes interseccions casuals i successos aparentment fortuïts, són més que coincidències.

Posen de manifest que com explica el novel·lista Paul Auster, tot està interconnectat i una història solapa l'altra.

L'estimació per l'Acadèmia recíproca dels Drs. Font Rius i Trias de Bes ha transcendit el temps i l'espai, i ha fet possible aquestes interconnexions.

Podreu, per tant, comprendre la meva especial emoció quan fa pocs minuts he lliurat al recipiendari la medalla i el diploma corresponent.

Desitgem al nou acadèmic una llarga i fructífera vida acadèmica, com va ser la del seu antecessor Dr. Font Rius.

L'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya sens dubte s'enriqueix amb la incorporació del Dr. Tomàs Font i Llovet i les seves qualitats humanes i intel·lectuals. Perquè, com diu el nou acadèmic, les institucions les fan les persones.

Moltes gràcies a tots per l'honor que ens han fet en acompanyar-nos en aquest acte tan important per a nosaltres.

Queda inaugurat el curs 2022/2023 de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

S'aixeca la sessió.

