

Voto particular que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, en relación con la Sentencia de fecha 13 de noviembre de 2019 dictada por el Pleno en el recurso de inconstitucionalidad 2557/2017 contra varios preceptos del Código Civil de Cataluña.

1. Mi discrepancia con la Sentencia se funda en que con ella una exigua mayoría del Tribunal decide romper con una consolidada línea jurisprudencial, sin anunciarlo y sin ofrecer al respecto motivación alguna. No se trata de que olvide anteriores pronunciamientos de hace décadas –que también– sino que actúa con similar soltura al ignorar una sentencia (en adelante STC) de este mismo año, como la 13/2019, de 31 de enero. Bien es verdad que el ponente de la que ahora analizamos –el que avisa no es traidor– ya había presentado un solitario voto particular futurista, que solo generó una adhesión, en el que mostró su “profunda preocupación por la deriva de la jurisprudencia constitucional, característica de los últimos años, favorable a la recentralización en materia de legislación civil a través de la preterición de los derechos forales o especiales”.

Previamente me había tocado a mí votar en contra de la Sentencia 95/2017, que, mediante una brillante prestidigitación, deja a la enfiteusis embarazada hasta el punto de hacerle dar a luz a una novedosa criatura: la propiedad temporal. Ya lamenté entonces que los padres políticos de la operación no hubieran aprovechado su presencia en las Cortes Generales para, vía proposición de ley, poner tal invento al servicio de todos los españoles. Se trataba, por el contrario, de aportar una modesta pieza a un código civil paralelo, ahora sustanciosamente recrecido.

Lo llamativo es que en este caso ha logrado apoyo mayoritario, si bien es verdad que con algún reconocimiento de profundas dudas de constitucionalidad, superadas disfrazando de *Realpolitik* al mero fatalismo, para conjurar todo riego de melancolía, y apelando a un sentido práctico que cobraba aire darwinista.

Hace ya años que, en ámbito académico, escribí sobre Savigny y su *Volksgeist*, consciente de que no actuaba como colegislador sino haciendo historia del derecho. Desde esa perspectiva considero una aportación positiva de nuestra Constitución haber

respaldado la presencia excepcional de vestigios de derecho foral y especial que lógicamente debería hacerla sentir más suya a los entusiastas de las “leyes viejas”. Al fin y al cabo, como andaluz, también me nutro de mi *Volksgeist* y agradezco verlo respetado. A lo que no me presto es a someterme a supremacismos de quienes –a estas alturas– se sienten humillados si se les trata como si fueran iguales a los demás. Galicia y Valencia han debido conformarse con menos (cf. SSTC 47/2004 y 133/2017 y SSTC 82, 110 y 192/2016).

2. La Sentencia que nos ocupa rebosa de una exuberante referencia a los principios; tema sin duda relevante en la teoría del derecho actual, rompiendo con el normativismo característico del positivismo legalista y su presentación del derecho como un sistema sin lagunas. Lo que no me queda claro es si esta es la matriz presente en la sentencia, dada la dificultad de entender vestigios históricos dispersos como si de un sistema pleno se tratara. Por otra parte, mi interés por que se me aclarara si existen principios jurídicos catalanes posconstitucionales no se vio correspondido en el curso de la deliberación.

Es bien conocido que los principios que operan en nuestra Constitución no tienen mucho que ver con los principios generales del derecho poslegales, típicos como subsidiarios del normativismo citado. Se presentan, por el contrario, como como principios prelegales, que condicionan la intervención de todos los poderes públicos y se adueñan de la interpretación de sus resoluciones.

3. La ponencia no aborda directamente el alcance y significado de la “competencia exclusiva” atribuida al Estado sobre “legislación civil” (art. 149.1.8 de la Constitución, en adelante CE). Se refiere solo a la competencia catalana para actualizar, modificar y desarrollar el derecho foral. Sintomáticamente, razona en todo momento que deben evitarse interpretaciones restrictivas. Se refiere también constantemente a la necesidad de ser flexibles a la hora de apreciar la necesaria conexión entre la nueva regulación civil catalana y el derecho foral preconstitucional. Tratándose de una

competencia exclusiva del Estado debe ser esta la que se vea a salvo de interpretaciones restrictivas fruto de imaginativas pseudoconexiones.

Tal ocurre cuando las contadas excepciones a esa competencia exclusiva se malentienden hasta transmutarla en competencia compartida. De acuerdo con la Constitución y con la doctrina de su máximo intérprete, la regla general es, precisamente, la competencia estatal en materia de derecho civil; la excepción cualificada que salvaguarda la Constitución es la competencia autonómica: La “estructura autonómica del Estado ha reservado, con alguna salvedad cualificada, el Derecho privado a la potestad central del Estado” [SSTC 88/1986, FJ 5; 264/1993, FJ 5; 157/2004, FJ 11; 54/2018, FJ 6 c); 13/2019, FJ 3 B)].

La Sentencia, sin embargo, interpreta expansivamente la competencia autonómica para desarrollar el derecho foral, dando a entender que la *Generalitat* de Cataluña está autorizada a aprobar un Código Civil completo, desplazando enteramente la legislación civil estatal; ello resulta evidentemente inconsistente con un criterio de reparto que atribuye la competencia al Estado con carácter general. Intenta fundamentarlo en su “crecimiento orgánico”, en su capacidad de regular “ámbitos no normados por aquel Derecho” y en que sin capacidad de “crecimiento, actualización e innovación las instituciones jurídicas pierden su razón de ser”. La noción de “desarrollo” de los derechos civiles forales o especiales no debería “vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento” (FJ 3).

Varios pasajes de la Sentencia dan a entender que la conexión del derecho civil autonómico nuevo puede trabarse con derecho civil posconstitucional, partiendo de que este es ya expresión de una actualización, modificación o desarrollo de derecho foral preconstitucional. De ahí que, “para comprobar si existe o no vinculación entre las nuevas normas y el ordenamiento jurídico autonómico no es necesario relacionarlas con instituciones concretas ya reguladas, sino que es suficiente con que tal unión o trabazón exista con el conjunto de las instituciones preexistentes, con su sistema normativo y con los principios que lo informan” (FJ 3). No deja de ser curioso al respecto que se aluda también a cualquier “ordenación posterior”, expresión particularmente discutida, que se pretendía apoyar sin mayor fundamento en una sentencia previa; la cuestión se ha

resuelto manteniendo tal alusión, aunque prescindiendo de la cita a la sentencia en cuestión.

De acuerdo con ello, la Sentencia utiliza efectivamente legislación posconstitucional para justificar la necesaria conexión en relación con la regulación vigente de la representación, a fin de afirmar la competencia autonómica para regular el contrato de mandato (FJ 5 A). Al abordar las concretas impugnaciones, esta interpretación expansiva se lleva todavía más lejos. La Sentencia no examina si los preceptos impugnados desarrollan una figura o principio peculiar del derecho civil propio; considera suficiente que haya alguna regulación anterior en la materia para entender que la impugnada conecta con ella. Del hecho de que fue también “objeto de la atención del legislador autonómico la disciplina obligacional y los contratos en particular” y que se introdujera –por vía enfitéutica...- “en estos últimos normativa específica sobre la compraventa”, lleva a establecer que tales “razones son por sí suficientes”, “para concluir que la regulación de este contrato, aun no siendo completa y detallada, se incardina de manera natural en aquel originario libro de la Compilación y en el posterior Código Civil de Cataluña” (FJ 4 A).

También al resolver las impugnaciones se considera que, afirmada la rescisión por lesión y la venta a carta de gracia como figuras propias del derecho civil catalán, “se debe apreciar que la norma impugnada relativa al régimen jurídico del contrato de compraventa (previsto en el art. 3 de la Ley 3/2017 impugnado) guarda una evidente conexión orgánica con la regulación originaria catalana recogida en la Compilación”; por más que sea “innegable que, a diferencia de su precedente legislativo, la Ley 3/2017 en su art. 3, ahora acomete una regulación completa y detallada del contrato de compraventa” [FJ 4 A)]. Esta conclusión “ha de hacerse extensiva” a la regulación catalana impugnada sobre el contrato de permuta, aun reconociendo que “la Compilación de 1960 únicamente alude a la permuta en la rúbrica del capítulo III del título I de su libro IV, relativo a las obligaciones y contratos” (FJ 4 A)). Lo mismo se extiende a la regulación de la compraventa de consumo [FJ 4 C)], así como a la de los contratos sobre actividad ajena: el mandato y la gestión de negocios sin mandato (FJ 5).

De generalizarse tal planteamiento, habría que admitir con toda claridad que la legislación civil estatal desaparecería virtualmente en todas las Comunidades Autónomas que tengan alguna mínima tradición foral; lo que, como ya he señalado, no ha ocurrido hasta ahora al interpretar el artículo 149.1.8 CE. La doctrina constitucional viene exigiendo hasta el momento que todo desarrollo de derecho civil conecte con leyes o normas forales preconstitucionales (por todas, STC 95/2017, FJ 4 b). La Sentencia, aunque se cuide de no afirmarlo, viene a modificar esta doctrina, al admitir la conexión con derecho civil posconstitucional.

La doctrina constitucional ha venido exigiendo la conexión con alguna institución o principio peculiar del derecho civil foral. Es constante tal exigencia de peculiaridad del principio o figura con el que ha de estar conectada la legislación autonómica que quiera adoptarse en materia civil (SSTC 88/1993, FJ 3, 156/1993, FJ 1 b), 31/2010, FJ 76, 40/2014, FJ 5, 82/2016, FJ 6, 95/2017, FJ 4, 133/2017, FJ 4, 40/2018, FJ 6; 41/2018, FJ 6). Sin embargo, esta exigencia desaparece en esta Sentencia; le basta que haya alguna norma sobre la materia para entender que la Comunidad Autónoma está autorizada a regular toda ella. La aplicación de la doctrina constitucional conduciría casi con toda seguridad a un resultado bien distinto. No parece que las pocas peculiaridades forales en materia de contratos (rescisión por lesión y venta a carga de gracia) puedan fundar la creación de todo un sistema catalán de obligaciones y contratos, que desplace la regulación estatal de los Códigos Civil y de Comercio. Faltando la invocación de precedente preconstitucional alguno relativo al mandato y a la gestión de negocios ajenos, no parece tampoco que el legislador autonómico pueda regularlos acabadamente. Menos aún si se pretende colgar tal regulación de una figura que poco tiene que ver con estas cuestiones: el albacea, como garante de la última voluntad del testador.

4. La Sentencia encuadra todas las controversias competenciales suscitadas por la regulación impugnada en el ámbito de la “legislación civil” (art. 149.1.8 CE). Descarta, por el contrario, la entrada en juego del título “legislación mercantil” (art. 149.1.6 CE). Se refiere a ella, como competencia estatal exclusiva, en pocas ocasiones.

En una de ellas al reproducir una sentencia anterior, sin que la alusión cobrara particular significación (FJ 4 C).

De ahí que puntualice que “en el caso del contrato de compraventa ha de primar su carácter civil, pues dirigiendo la atención hacia el consumidor, que es el principal sujeto y protagonista de la protección que dispensa el mandato constitucional, su posición en el contrato de compraventa es típica de las relaciones civiles, porque actúa con una finalidad esencialmente privada y sin ánimo de lucro”; añadiendo luego que este “mismo criterio aparece recogido en el art. 326 del Código de Comercio que expresamente excluye que tenga naturaleza mercantil la compraventa de efectos dedicados al consumo del comprador o de persona por cuyo cargo se adquieren” (FJ 2).

Este tratamiento es obviamente insuficiente. La invasión de la competencia estatal de legislación mercantil es un motivo que el recurso razona respecto de la regulación impugnada de la compraventa de consumo (art. 621-2 del Código Civil de Cataluña; en adelante CCC), que habrá de estimarse o desestimarse analizando la doctrina constitucional. La doctrina establecida no es la derivada de las sentencias que han afrontado el régimen de los contratos con consumidores. Si una de las partes contratantes es un empresario, el Tribunal Constitucional viene entendiendo que estamos en el ámbito de la legislación mercantil; se entiende que este título incluye “la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales” (SSTC 37/1981, FJ 3 y 96/1996, FJ 30). En consecuencia, se está en el ámbito de la legislación mercantil si una de las partes es un empresario, por más que la otra sea un consumidor (entre otras, STC 118/1996).

El Tribunal ha confirmado y aplicado esta doctrina recientemente en relación, precisamente, con regulaciones catalanas relativas a contratos con consumidores. Así la STC 54/2018, de la que fue ponente el Magistrado Valdés Dal-Ré ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de varios preceptos del Código de Consumo de Cataluña por invasión, no solo de la competencia estatal en materia de derecho civil, sino también la relativa a la legislación mercantil. Quedaba así sentado que “los preceptos que afectan y modulan el régimen de perfeccionamiento y de la eficacia de los contratos pertenecen a la titularidad estatal, ex artículos 149.1.6 y 8 CE” [FJ 9 a)]. Igualmente, a propósito

del art. 263-2.4 CCC, señalaba que la “norma catalana introduce en efecto una prohibición de contratar que desborda el ámbito competencial autonómico, pues... éste tiene como límite, entre otros, que no se produzca un *novum* en el contenido contractual, o en otras palabras, que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas” [FJ 9 d)].

Respecto de esta Sentencia, la resolución de la que ahora discrepo se limita a decir que, aunque “las acciones del comprador y del vendedor derivadas del incumplimiento del contrato (art. 621-37 CCC) deben incardinarse (...) en las competencias que atribuye al Estado los arts. 149.1.6 y 149.1.18 CE, (...) ha de entenderse sin perjuicio de las competencias que hayan podido asumir las comunidades autónomas con derecho civil propio”. En el presente caso se nos dice que, “al haber asumido la Generalitat competencias en esta materia, la jurisprudencia citada no resulta de aplicación” (FJ 7 f). Frente a ello, hay que recordar, en primer lugar, que, de acuerdo con el art. 149.1.6 CE, el derecho civil foral en modo alguno puede penetrar en materias de legislación mercantil, reservadas en exclusiva al Estado; por lo que la doctrina de la STC 54/2018 resultaba plenamente aplicable a este caso. A su vez, esa Sentencia anuló por invasión de las competencias estatales en materia civil y mercantil preceptos del Código de Consumo de Cataluña, pese a que para entonces esta Comunidad Autónoma había ya asumido la actualización, modificación y desarrollo de su derecho foral. La salvedad que se introduce ahora es pues un modo de sortear las consecuencias que cabalmente impondría en el caso actual la aplicación de la doctrina constitucional.

Lo mismo ocurre con la STC 13/2019, de la que me tocó ser ponente, que ni siquiera se cita, pese a ser muy reciente y referirse también al Código de Consumo de Cataluña. Declaró por la misma razón la inconstitucionalidad de un determinado régimen obligacional del fiador en los préstamos con garantía hipotecaria, así como sobre el importe que ha de pagar el deudor para liberarse del crédito: “Ciertamente, ambas disposiciones responden con toda evidencia a la finalidad de proteger a los consumidores. Ahora bien, producen con igual claridad ‘un *novum* en el contenido contractual’, esto es, introducen ‘derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas’ [STC 54/2018, FFJJ 6 c) y 9, citando las SSTC 88/1996, de 1 de

julio, FJ 5, y 157/2004, de 21 de septiembre, FJ 11]. De modo que esta regulación (art. 4 y disposición adicional), al igual que la declarada inconstitucional y nula por la STC 54/2018, ‘se ha adentrado a regular ámbitos reservados a la competencia exclusiva del Estado por el artículo 149.1.6 y 8 CE’, lo que basta ‘para concluir en su inconstitucionalidad’” (FJ 3 C).

La aplicación de la doctrina constitucional reseñada habría de conducir a estimar la impugnación de la regulación de la compraventa de consumo (art. 621-2 CCC, en la redacción dada por el art. 3 de la Ley 3/2017).

5. El tratamiento de las “bases de las obligaciones contractuales” como límite a la competencia autonómica en material de derecho civil ha contribuido no poco a la ruptura de esa doctrina notablemente consolidada. El art. 149.1.8 CE, tras establecer la competencia estatal en materia de legislación civil y reconocer la autonómica para actualizar, modificar o desarrollar el derecho foral propio, dispone que corresponde al Estado “en todo caso” la regulación de algunas materias. Entre otras, “las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales”... A la vista de esta previsión constitucional, la Sentencia admite que, aunque exista una tradición foral contractual anterior a la Constitución, esta no podrá ser objeto de actualización, modificación o desarrollo si afecta a las “bases de las obligaciones contractuales” (FFJJ 2 y 6).

Tras afirmar en los términos vistos que el régimen contractual impugnado es un “desarrollo” de derecho foral, se plantea si es compatible con las “bases de las obligaciones contractuales”. A tal efecto, identifica primero el concepto de “bases de las obligaciones contractuales” con el de “legislación básica”, esto es, con la reserva al Estado de un mínimo común denominador normativo que admite el desarrollo autonómico (FJ 2, al referirse a la “legislación básica estatal” en materia de obligaciones y contratos; y, ampliamente, en el FJ 6). Al hacer entrar en juego, por mera afinidad literal, la relación bases-desarrollo propia de las competencias compartidas, la Sentencia viene a considerar que la noción de “bases de las obligaciones contractuales” es por

completo equivalente al concepto de las bases en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE), régimen jurídico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), medio ambiente (art. 149.1.23 CE), minas (art. 149.1.25 CE) o educación (art. 149.1.30 CE).

Establecida tal lógica bases/desarrollo en materia de obligaciones y contratos, la Sentencia constata que el Estado no ha especificado qué partes del Código Civil revisten carácter básico, lo que le lleva a concluir que deben reputarse básicas únicamente “aquellas reglas que incidan directamente en la organización económica, en las relaciones *inter partes* y en la economía interna de los contratos”; “las bases, por tanto, deben referirse con carácter general y común a todos los contratos o categorías amplias de los mismos”; “no pueden comprender la regulación de cada tipo contractual, salvo en la parte y medida que esta suponga una concreción complementaria de las reglas generales o generalizables a la clase a la que por su naturaleza jurídica pertenece y, en todo caso, deben quedar opciones diversas para que el legislador autonómico ejercite su competencia”, convertida en compartida. En suma, el contraste entre la legislación civil catalana y la básica estatal en materia de obligaciones se convierte en un “ejercicio de simple contraste principal o genérico” (FJ 6). Fijada esta doctrina, la hace un análisis fugaz de la regulación impugnada, concluyendo que es compatible con las bases de las obligaciones contractuales (FJ 7).

Se ha llegado con ello a una identificación de las “bases de las obligaciones contractuales” con el concepto de legislación básica, como si el reparto de competencias en materia de derecho civil fuera por completo equivalente al establecido en materias ya aludidas: sanidad, educación, minas, energía o medio ambiente. En realidad las “bases de las obligaciones contractuales”, al igual que el resto de materias civiles que corresponden “en todo caso” al Estado *ex art.* 149.1.8 CE, constituyen “una excepción a la excepción”; esto es, un límite a la competencia autonómica para actualizar, modificar y desarrollar derecho civil o, lo que es lo mismo, una confirmación de la regla general favorable a la uniformidad de todo el derecho privado. El reparto de competencias en materia de derecho civil es, pues, enteramente singular, por completo alejado de la lógica bases/desarrollo empleada en otras materias.

Esto pasa inadvertido en la Sentencia, lo que no deja de resultar sorprendente, ya que su ponente lo plasmó brillantemente en el voto particular arriba aludido, al dar por sentado que “son las bases estatales relativas a las obligaciones contractuales las que constituyen el límite excluyente de segundo grado a la actividad legislativa del Parlamento de Cataluña en materia de contratos vinculados a su derecho civil especial” y, de modo más claro, admitir que se trata de una “excepción, a su vez, a la excepción a la regulación del derecho civil especial”. En efecto el significado de este límite cobra sentido en el contexto de un precepto constitucional –el art. 149.1.8 CE- que atribuye una competencia autonómica restringida de derecho civil, ceñida a una actualización, modificación o desarrollo de normas forales preconstitucionales. Cuando una Comunidad Autónoma renueva una regulación propia y peculiar que estaba vigente a la entrada en vigor de la Constitución, si afecta al régimen de las obligaciones, debe respetar la estructura básica o fundamental del derecho común, lo que remite a un análisis singularizado del caso. No ha entrado pues en juego una lógica bases/desarrollo. En consecuencia, no corresponde al Estado especificar qué partes de su legislación civil admiten un desarrollo, sino la Comunidad Autónoma en condiciones de hacer valer una concreta y arraigada peculiaridad. Si cabe o no una legislación civil autonómica depende, no de una supuesta legislación básica estatal, sino de la existencia de una tradición foral preconstitucional que puede legítimamente desarrollarse sin afectar, en que lo que se refiere a las obligaciones, a la estructura o régimen fundamental del derecho común.

La Sentencia, al permitir cualquier regulación de derecho civil territorial con tal de que pueda identificarse alguna norma autonómica previa en la materia, enlazable generosamente por demás con otras posteriores, viene a desplazar la competencia general que el art. 149.1.8 CE atribuye al Estado. Justificada así una competencia general de determinadas Comunidades Autónomas en materia de derecho civil, el concepto de “bases de las obligaciones contractuales” pierde su sentido originario, para convertirse en un mínimo común denominador que las Comunidades pueden desarrollar con independencia del alcance de sus respectivos derechos forales tradicionales. Si cabe o no legislación civil autonómica pasa a depender, no de la existencia de una tradición

foral preconstitucional -que es lo que quiere el art. 149.1.8 CE-, sino del alcance de una legislación básica que, por lo demás, según la argumentación de la Sentencia, debería ser necesariamente muy escueta.

Discrepo por tanto del significado que la Sentencia atribuye a las “bases de las obligaciones contractuales” y su análisis de la legislación estatal que habría de revestir carácter básico, así como de la conclusión de que la regulación impugnada no la contradice. Por el contrario, la Sentencia habría debido rechazar que sean desarrollo de derecho civil propio las previsiones impugnadas sobre compraventa, permuta, mandato y gestión de negocios ajenos.

Y en ese sentido emito mi voto particular.

En Madrid, a trece de noviembre de dos mil diecinueve.