

Consideraciones en torno a la constitucionalidad del art. 43 del Código de Familia de Cataluña con motivo de la sentencia del Tribunal Constitucional 21/2012, de 26 de febrero

Lluís Caballol i Angelats

Facultad de Derecho
Universitat de Barcelona

Abstract

El trabajo analiza los argumentos de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de febrero de 2012, que declara la inconstitucionalidad del art 43.1 del Codi de Família de Catalunya, y los comparara con las razones que llevan al autor a opinar que una interpretación de los preceptos constitucionales acorde con su finalidad y la adecuada selección de los argumentos hubieran debido llevar a sostener la tesis contraria.

The paper analyzes the arguments of the Constitutional Court ruling of 26 February 2012 declaring the unconstitutionality of article 43.1 of the Family Codi of Catalunya, and compare with the reasons that lead the author to the view that an interpretation of the constitutional provisions in accordance with its purpose and the proper selection of the arguments should have been carried to maintain the opposite.

Title: Considerations about the constitutionality of art. 43 of the Family Code of Catalonia because of the Constitutional Court 21/2012 of 26 February

Palabras clave: Cuestión de inconstitucionalidad, Competencia legislativa de Catalunya, legislación procesal, proceso matrimonial, acción de división de la cosa común, acumulación de acciones, Derecho civil catalán, Código de Familia de Catalunya, especialidades procesales del Derecho Civil Catalán

Keywords: Question of constitutionality, Legislative competence of Catalonia, procedural law, the marriage process, division of the community, joinder, Family Code of Catalonia, procedural specialties of Catalan Civil Law

Sumario

1. Introducción
2. La sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de febrero de 2012
3. El art 149.1. 6 de la Constitución española
4. El art. 43.1 del CF regula una especialidad procesal
5. El art. 43.1 CF de Cataluña era necesario
6. El art. 43.1 CF deriva de una particularidad del Derecho Civil catalán
 - 6.1. Particularidad del derecho propio de la comunidad autónoma
 - 6.2. Derivada: Relación de causalidad entre la particularidad y la necesidad procesal atendida mediante la especialidad
7. A modo de conclusión
8. Epilogo de urgencia
9. Bibliografía

1. *Introducción*

La Sentencia del Tribunal Constitucional 21/2012 de 16 de febrero¹, declaró la inconstitucionalidad del art. 43.1 de la Ley 9/1998 de 15 de julio del Codi de Família de Catalunya (en adelante, CF) que permitía solicitar la división de los bienes que los cónyuges casados en régimen de separación de bienes (catalán) tenían pro indiviso² en los procesos judiciales de nulidad, separación o divorcio. La resolución establece que el legislador catalán carece de competencia para legislar estas cuestiones, ya que no justifica la relación de necesidad existente entre la particularidad sustantiva de su derecho y la especialidad procesal que incorpora al ordenamiento.

El pronunciamiento se ha recibido con sorpresa en los círculos jurídicos catalanes. El precepto declarado inconstitucional, contaba con una notable trayectoria: desde 1998 venía siendo invocado y aplicado con normalidad, con una excelente eficacia y sin que se hubieran detectado efectos perturbadores.

Es sabido que en el Derecho catalán el régimen de separación de bienes es el régimen económico matrimonial legal que se atribuye en defecto de elección expresa de los contrayentes (art. 10.2 CF y art. 231-10.2 Codi Civil de Catalunya –en adelante, CCC–). En el Derecho Civil general del Estado, en cambio, en defecto de pacto, se atribuye a los cónyuges el régimen económico de comunidad de gananciales (art. 1316 Código Civil Español –en adelante, CCE–). Este régimen económico genera una vinculación en el ámbito patrimonial entre los cónyuges que no se limita a la cotitularidad de bienes y que puede resultar más compleja de liquidar en caso de crisis de la pareja. El Derecho Civil general del Estado regula igualmente el régimen de separación de bienes (arts. 1435-1444 CCE), pero como régimen voluntario en este ordenamiento jurídico tiene una importancia residual (art. 1435 CCE). En consecuencia, en Cataluña el régimen de separación de bienes es mucho más habitual que en los territorios de España en los que rige el Derecho Civil general del Estado.

Es frecuente que bajo la vigencia del régimen de separación de bienes, especialmente cuando rige como régimen económico legal³, se creen situaciones de comunidad entre los

¹ BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2012.

² El art. 43 CF dispone que: “En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y de ejecución en el orden civil de las resoluciones o decisiones eclesíásticas a que hace referencia el art 42, de matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de cosa común con respecto a los que tengan en pro indiviso. Si los bienes afectados son más de uno y la autoridad judicial lo estima procedente, aquéllos pueden ser considerados en conjunto, a efectos de la división”.

³ Si el régimen de separación es elegido voluntariamente, parece lógico pensar que las razones que inicialmente habrán llevado a los contrayentes a pactarlo expresamente hacen improbable, si bien no imposible, que en la futura dinámica de la relación constituyan situaciones de comunidad entre ellos, ya que tenderán a evitarse.

cónyuges que, aunque pueden no agotar las relaciones económicas existentes entre ellos por razón del matrimonio, lo cierto es que con mucha frecuencia son el único o el principal vínculo patrimonial que les une. Esta circunstancia hace posible, en muchos supuestos, que la sola solicitud de división de los bienes en común (sin ser propiamente una liquidación del régimen económico) pueda poner fin a todos los vínculos patrimoniales existentes entre los integrantes del matrimonio.

Ello unido a la alta frecuencia con que se producen estas situaciones en Catalunya motivó la decisión del legislador catalán de regular la posibilidad de solicitar la división de los bienes en común junto con las cuestiones relacionadas con la separación, la nulidad matrimonial o el divorcio; de modo que en la práctica pudieran quedar extinguidos los vínculos patrimoniales existentes entre los cónyuges a la vez que se abordaban los efectos civiles de la crisis, y evitar así ulteriores pleitos (arts. 43 y 73 CF).

La Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) no contemplaba, ni contempla en el momento de redactar este comentario, la posibilidad de ejercer ninguna petición relacionada con el régimen separación de bienes en el proceso matrimonial; por lo que estas cuestiones deben ser tratadas en un proceso judicial distinto que propiamente no coincide con la liquidación del régimen económico matrimonial⁴. En consecuencia, si el legislador catalán no hubiera incorporado la especialidad ahora declarada inconstitucional, no cabría solicitar y obtener la división de bienes en común indicada anteriormente.

Ciertamente, el legislador estatal podría incorporar una solución como la ahora anulada para Cataluña en relación con su régimen de separación de bienes y esta previsión aprovecharía al derecho catalán, pero lo cierto es que, hasta el momento, esta no ha sido su principal preocupación, ya que se trata de un supuesto marginal en su derecho civil. De modo que por las mismas razones que hasta el momento el legislador estatal no ha implantado la medida, tampoco es de esperar que lo haga en el futuro, porque esta solución no se ha visto como una oportunidad para Derecho civil general del Estado. Ante esta situación, el legislador catalán no debería ver condicionada la efectividad judicial de su derecho y tampoco debería ver como las soluciones que interesan al derecho catalán dependen de decisiones del legislador estatal adoptadas al margen de su derecho y de su realidad social.

Precisamente por razones como la indicada la Constitución española establece, a la par que asigna en exclusiva la competencia para legislar en materia procesal al Estado, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas regulen las necesarias especialidades procesales derivadas de las particularidades de su derecho propio, foral o especial (art.

⁴ La LEC regula el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial en los arts. 806 a 811. Nótese, no obstante, que en el marco del régimen de separación de bienes la división de la cosa común no coincide exactamente con la liquidación del régimen económico, por lo que no se tramitará por este cauce procesal.

149.1.6 CE). Por lo que siempre he considerado que el art 43.1 CF cumplía las exigencias constitucionales para ejercer la competencia para legislar especialidades procesales que establece la Constitución. Y así lo he mantenido oralmente, por escrito, en público y en privado⁵. Sin embargo, la sentencia que da lugar a este comentario llega a la conclusión exactamente contraria.

El objetivo de este trabajo es profundizar en la sentencia del Tribunal Constitucional y comparar sus razonamientos con la argumentación que hasta el momento me había llevado a sostener que el art. 43.1 CF era plenamente conforme a la Constitución, con el fin de poder apreciar los puntos de inflexión de cada uno de los itinerarios de argumentación y tener elementos para valorar la situación.

2. La sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de febrero de 2012

La sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de febrero de 2012, indica que según el juez proponente de la cuestión de inconstitucionalidad que el art. 43.1 CF constituye una innovación del ordenamiento procesal que no se justifica por su conexión directa con una particularidad del derecho sustantivo catalán (Fundamento Jurídico 1 –en adelante, FJ–).

Con carácter general la sentencia reproduce la doctrina de resoluciones anteriores del Tribunal Constitucional en relación con la competencia para legislar en materia procesal (FJ 3). Sostiene que ante la falta de acreditación de la necesidad por parte del legislador autonómico, la innovación se plantea como una mejora de la legislación procesal general para la comunidad autónoma (FJ 9), y que en méritos de la competencia para legislar en materia procesal no cabe adoptar iniciativas que respondan a “un puro y simple prurito de perfección técnico-jurídica”. Mantiene que no cabe que una determinada especialidad procesal pueda considerarse más o menos adecuada desde la perspectiva de la política legislativa en función de la realidad social. Que no basta con que la medida sea útil, si no que ha de ser inevitable e imprescindible (FJ 8).

Argumenta que la necesidad a la que se refiere el art. 149.1.6 de la Constitución se ha venido interpretando en el sentido de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales. Que esta debe ser inevitable y apreciada desde la perspectiva de la defensa judicial. Sostiene que “[...] para dilucidar si resulta constitucionalmente válida ha de valorarse la concurrencia en la presente cuestión de una relación de necesidad entre la particularidad sustantiva y la especialidad procesal [...]” (FJ 6)

Advierte, no obstante, que la interpretación de la necesidad no puede vaciar de contenido la habilitación competencial, lo que proscribía la exigencia de una necesidad absoluta (FJ 6). En otro pasaje insiste en que la aplicación las exigencias de la doctrina constitucional no

⁵ CABALLOLI I ANGELATS *et al.* (2010), pp. 63-99).

pueden interpretarse con un alcance tan restrictivo que impidan la existencia de cualquier especialidad procesal (FJ 3).

La resolución reprocha a las partes que sostienen la constitucionalidad del art 43.1 CF que no ofrecen suficiente justificación de la necesidad que a su juicio habilitaría al Parlamento Catalán para incorporar la especialidad procesal objeto de la cuestión de inconstitucionalidad e indica que les corresponde a ellas aportarlo (FJ 7). Sostiene que no es suficiente invocar una opción de política legislativa del legislador catalán, ni circunscribir los argumentos a la eficacia de la medida o argumentar razones de economía procesal para justificarla constitucionalmente. Que no basta con que sea útil la innovación sino que debe ser imprescindible (FJ 8) e inevitable.

En relación con la cuestión controvertida, declara la existencia de innovación (FJ 5) en la medida incorporada por el art. 43.1 CF, constata la existencia de diferencias entre el Derecho común y el derecho especial catalán (relativas al tema resuelto se entiende) que no pueden minusvalorarse porque son estructurales (FJ 4).

Razona que “Si bien puede entenderse que el lugar prioritario o preferente que ocupa la separación de bienes dentro de lo posibles regímenes económicos-matrimoniales admitidos por el ordenamiento jurídico catalán constituye una particularidad sustantiva, no lo es menos que estos mismos regímenes son los establecidos en el resto de ordenamientos civiles existentes en nuestro estado plurilegislativo”.

Argumenta que “[...] no cabe interpretar que el art. 149.1.6 CE permite innovar el ordenamiento procesal de las comunidades autónomas en relación con la defensa jurídica de aquellos derecho e intereses jurídicos que materialmente regulen, lo que equivaldría a vaciar de contenido o privar de todo significado a la especialidad con la que la cláusula de excepción a favor de la competencia de las comunidades autónomas se contempla en el art 149.1.6 CE”.

La sentencia no aprecia diferencias entre la comunidad de bienes catalana y estatal, y tampoco en el régimen de separación de bienes que, a su juicio, justifiquen o expliquen la necesidad de la especialidad procesal objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. Los argumentos sobre los que se apoya de modo principal el pronunciamiento son: que el problema que intenta resolver el art. 43.1 CF no es exclusivo del Derecho Catalán, ni del régimen de separación de bienes existente en otros ordenamientos civiles existentes en España; y que tampoco es exclusivo de la liquidación del régimen de separación de bienes. Sostiene, además, que la realidad social que intenta atender la norma cuestionada no es distinta a la existente en otros territorios con Derecho Civil (FJ 8).

En definitiva, concluye afirmando que en estas condiciones no puede sostenerse la constitucionalidad de la medida sin apartarse de la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional.

3. El art 149.1. 6 de la Constitución española

El art 149.1. 6 de la Constitución española establece que corresponde en exclusiva al Estado la “Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, ‘sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas’”.

El precepto contempla como excepción a la competencia exclusiva del Estado en materia procesal, la posibilidad de la comunidades autónomas con derecho civil especial foral o propio, de regular especialidades que atiendan a una necesidad (*necesarias especialidades*) que se manifieste en el ámbito procesal ([...] *que en este orden* [...]) y que deben tener su razón de ser en las particularidades del derecho propio foral o especial de las comunidades Autónomas (“[...] se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas [...]).

El precepto Constitucional fija con claridad los elementos o aspectos a analizar para evaluar el correcto ejercicio de la competencia para legislar en materia procesal de las comunidades autónomas. Estos son que la innovación consista en una especialidad procesal, que ésta sea necesaria, y que tenga conexión o se derive de las particularidades del derecho propio de la comunidad autónoma. Seguiremos este mismo orden para analizar los argumentos de la sentencia comentada.

4. El art. 43.1 del CF regula una especialidad procesal

En el ordenamiento jurídico español el legislador autonómico únicamente tiene competencia legislativa en materia procesal para regular especialidades procesales. En relación con este aspecto la sentencia analizada constata que la previsión del art. 43.1 CF constituye una innovación procesal (FJ 5).

Sin embargo, desde de la óptica competencial, la medida adoptada por el legislador autonómico no debe ser valorada sólo por ser novedosa o no, sino por constituir una verdadera especialidad procesal, ya que ésta es la técnica que permite, en un modelo de legislación procesal estatal, ofrecer los cauces procesales más adecuados a los derechos de cada comunidad autónoma salvaguardando la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales. Este modelo de legislación no tiene como finalidad impedir “innovaciones”, si no informar la manera como las Comunidades autónomas deben incorporarlas para que se integren de manera coherente y armónica en el modelo procesal implantado por la ley estatal. Es decir, si la innovación consiste en una especialidad procesal la finalidad constitucional de salvaguardar la unidad de los instrumentos jurisdiccionales quedaría plenamente satisfecha.

En lo que atañe al supuesto examinado en la cuestión de inconstitucionalidad es oportuno indicar que la acumulación de acciones tiene una incidencia prácticamente nula en la modificación de los instrumentos jurisdiccionales, ya que el desarrollo del proceso no varía por el hecho de que en él se deduzca una pretensión aislada o varias acumuladas. La alteración es tan escasa que en la LEC la acumulación de acciones es una opción que se pone a disposición de las partes, y son ellas, en particular las partes activas (arts. 71.2 y 72 LEC), las que acaban determinado que tenga lugar o no.

La posibilidad de acumular la acción de división de la cosa común a los procesos matrimoniales, tiene una incidencia aún menor, si cabe, sobre la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales si se tiene en cuenta que en el objeto de este tipo de proceso se construye a partir de la reunión *ex lege* (objeto necesario) o a instancia de parte (objeto posible) de pretensiones que tienen entidad suficiente como para poder conformar el objeto de procesos independientes⁶.

Con carácter general la propia LEC prevé que la ley pueda disponer la acumulación de acciones para casos determinados (art. 73.2 LEC). Algunos veníamos entendiendo que la ley a la que se refiere el art. 73.2 LEC también podría ser la ley de una comunidad autónoma. Con lo que el debate en torno al art. 43 CF dejaría de tener dimensión constitucional ya que este precepto sería únicamente la concreción de una habilitación establecida por la propia norma procesal estatal.

5. El art. 43.1 CF de Cataluña era necesario

Las especialidades legisladas por las comunidades autónomas deben ser necesarias. El art. 149.1.6 CE se refiere a este requisito con la expresión “las necesarias especialidades que en este orden se deriven [...]”.

Del texto y del contexto del precepto se desprende que la necesidad determinante de la posibilidad de incorporar una especialidad debe manifestarse en el orden procesal. El adjetivo “necesarias” califica a las “especialidades” por lo que la necesidad debe evidenciarse en este ámbito del ordenamiento jurídico.

En esta línea, la doctrina Constitucional indica que la necesidad debe ser apreciada desde la perspectiva de la defensa judicial, y añade que debe ser inevitable e imprescindible.

Para valorar la necesidad desde la perspectiva de la defensa judicial, debe tenerse en cuenta que la ley procesal estatal (la LEC) cuenta con mecanismos técnicos para atribuir cauce procesal a cualquier petición de tutela que pueda dirigirse a un tribunal español. En consecuencia, a efectos competenciales, la apreciación de la necesidad desde la perspectiva del derecho de defensa debería hacerse contando con este dato. Es decir, la necesidad

⁶ Arts. 90-101 CCE, art. 76 CF y arts. 233-2 y 233-4 CCC.

exigible en términos constitucionales no consiste en que no se encuentran en la ley procesal española cauces para satisfacer la pretensión, porque en principio siempre los hay.

Por otro lado, la necesidad tampoco no debe interpretarse en el sentido de que la norma procesal estatal deba generar indefensión, ya que la competencia procesal de las comunidades autónomas no tiene como finalidad enmendar vicios de constitucionalidad o de otro tipo de las normas procesales estatales.

La necesidad de legislar existe desde la perspectiva competencial cuando la legislación procesal estatal no atiende la manera como se ha dispuesto la vida judicial del derecho propio de la comunidad autónoma. La constatación de su concurrencia se hará analizando la legislación procesal civil del Estado aplicable al supuesto al que se incorpora la especialidad. Y habrá necesidad cuando la modalidad de tutela propuesta por la comunidad autónoma no se encuentre en la ley procesal general (la LEC). De manera que si el legislador autonómico no incorporara la especialidad procesal no sería posible llevar a la práctica la actuación prevista⁷. O dicho de otro modo, si la finalidad, función o efecto práctico que pretende conseguir el legislador autonómico con su iniciativa ya se consigue en la ley procesal civil, no concurre la necesidad en términos competenciales y, por tanto, no cabrá, en principio, incorporar normas procesales autonómicas aunque consistan en especialidades.

Fijada la necesidad en los términos indicados resulta redundante exigir, además, que la necesidad sea inevitable o imprescindible. Estos calificativos están implícitos en la idea de necesidad, pero al explicitarlos añaden un plus valorativo al dato objetivo de la necesidad que además de reiterativo resulta confuso: ¿con base en qué criterios se aprecia su concurrencia? y ¿en relación a qué realidades se hace la valoración?

En el caso del art. 43 CF la necesidad procesal que satisface el legislador catalán es la de permitir dilucidar, si así lo quiere al menos uno de los cónyuges, la división de los bienes que los cónyuges casados en el régimen de separación de bienes catalán ostentan en pro indiviso junto con las la otras cuestiones que conforman el objeto necesario o posible del proceso matrimonial⁸. De modo que la división de la cosa común pasa a ser un objeto posible del proceso matrimonial en estos casos y un efecto civil más de la crisis matrimonial.

Del examen de la legislación procesal civil vigente en el momento de dictar la sentencia analizada (LEC) resulta que sin la previsión del artículo declarado inconstitucional no sería posible deducir esta pretensión o pretensiones en el proceso matrimonial. En efecto, el

⁷ Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua necesario/a es aquello “que es menester indispensable o hace falta para un fin”. Y según el Diccionario del uso del español de María Moliner, el adjetivo necesario-a “[...] se aplica a las cosas sin las cuales no es posible la existencia de otra determinada”.

⁸ CACHÓN CADENAS (2010, p. 54)

proceso matrimonial es un proceso especial por razón de la material en relación al cual el régimen general de la acumulación de acciones no contempla que las partes puedan solicitar y obtener la acumulación de ninguna acción que no esté expresamente prevista (art. 73.2 LEC) y la división de la cosa común no lo está.

La sentencia sostiene, no obstante lo expuesto, que no se justifica la necesidad. Sin embargo, es preciso indicar que su razonamiento se apoya en argumentos que evidencian que conoce la necesidad que el legislador catalán mira de atender con la especialidad procesal cuestionada.

Sucede así cuando argumenta “El problema que intenta resolver el art. 43.1 CF no es exclusivo de Cataluña ni jurídica ni socialmente”. En términos generales si hay un problema, actuar para resolver-lo es atender una necesidad. La circunstancia de que la sentencia añada en su razonamiento que el problema no es exclusivo de Cataluña no significa que el problema no exista, ni que Cataluña no lo tenga, sino más bien todo lo contrario: Cataluña tiene el problema al que se refiere la sentencia y es la necesidad que intenta atender la medida objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. También sucede lo mismo cuando se afirma “[...] la necesidad de una singular norma procesal que resuelva la división de las cosas comunes en el supuesto de liquidación del régimen de separación de bienes por razón de separación o divorcio se produce con la misma intensidad en el derecho civil catalán, en los demás derechos civiles especiales o forales y el Derecho civil común”. Y, a su vez, la sentencia afirma en otros pasajes que no basta con que la medida sea útil (FJ 8). Ante lo cual cabe indicar que no hay necesidad más patente que la que se atiende con una medida útil y que la utilidad es un indicio concluyente de la necesidad, si no una evidencia de la necesidad misma.

A la luz de lo expuesto la sentencia podría haber razonando de forma contradictoria cuando concluye, a pesar de lo afirmado por ella misma, que no se ofrece suficiente justificación la necesidad. Salvo, claro está, que resolución se esté refiriendo con este razonamiento a otro aspecto del litigio.

En relación con este requisito, la sentencia apunta, con carácter general, que “para dilucidar si resulta constitucionalmente válida ha de valorarse la concurrencia en la presente cuestión de una relación de necesidad entre la particularidad sustantiva y la especialidad procesal [...]” (FJ 6).

Este argumento, permite apreciar que en realidad al sostener que no se justifica la necesidad se está refiriendo a un aspecto distinto del que hemos estado analizando y del que según entiendo debería ser examinado por la sentencia. En efecto, en lugar referir la necesidad al ordenamiento procesal, centra la atención en el examen de la relación existente entre la medida procesal adoptada por el legislador autonómico y el derecho propio de la comunidad. En su virtud, el juicio sobre la constitucionalidad de la medida consistiría en una valoración de la relación existente entre la especialidad procesal y el derecho sustantivo, sin tener en cuenta el marco o escenario procesal en que esta necesidad se

intenta satisfacer. Sin embargo, debemos hacer notar que formulada en estos términos, la necesidad no se diferencia de la exigencia de que la especialidad procesal se derive de la particularidad del derecho propio de la comunidad autónoma que deriva de la segunda parte del texto del precepto. Ciertamente, el examen del derecho sustantivo es esencial para ejercicio de la competencia para legislar en materia procesal de las comunidades autónomas, pero no para determinar la concurrencia de una necesidad atendible mediante una especialidad procesal, sino para valorar la existencia de una particularidad en el derecho sustantivo en la que tiene su origen y a la que sirve la especialidad procesal.

Del conjunto de la sentencia parece resultar que para el Tribunal Constitucional la necesidad consiste en que el legislador autonómico no debe tener más remedio que incorporar la especialidad procesal cuestionada para estar habilitado para ejercer la competencia legislativa en materia procesal. Esta exigencia se entendería en el sentido que la necesidad excluiría la posibilidad de que en relación a la situación atendida mediante la especialidad procesal exista cualquier margen de opción para el legislador autonómico. De modo que si lo hubiera el título competencial decaería.

Pero, lo cierto es que esta interpretación no se ajusta a la literalidad del art 149.1.6 CE y, además, asume el riesgo de desplazar en análisis del estudio de la concurrencia de los requisitos para ejercitar la competencia legislativa, al estudio del sentido concreto en que se ejerce la competencia. Lo cual sería técnicamente inadecuado ya que, aunque la cuestión de inconstitucionalidad se formula en relación a una especialidad procesal concreta, lo cierto es que ello no la convierte en el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, si no que únicamente la sitúa como la referencia para apreciar a través de ella la concurrencia de los requisitos exigidos para legislar especialidades procesales sobre ese aspecto concreto del ordenamiento. Atribuir a la a la necesidad prevista en el art 149.1.6. CE el significado de no tener más alternativa que legislar implica entrar a cuestionar directamente y por si sola la especialidad concreta, lo cual no debería ser objeto de este tipo de proceso.

Esta manera de razonar concibe la función legislativa como un acto reglado, lo cual entra en contradicción con la propia noción de competencia legislativa. Pero es que, además, de mantenerse este criterio, la competencia para legislar en materia procesal no podría ejercitarse en ningún caso, porque, cumpliéndose el resto de requisitos del art. 149.1.6 CE, el legislador autonómico siempre tendría, como mínimo, la posibilidad de optar por no introducir la especialidad y dejar que se aplique a su derecho la solución que resulta por defecto de la ley procesal estatal. Con lo que nunca se daría el caso de no tener otra alternativa que regular la especialidad procesal. Si a eso sumamos que cabe la posibilidad de que el legislador autonómico pueda o deba incidir sobre distintas variables del supuesto que pretende regular, resulta que nunca se producirá una situación en la que no haya más remedio que legislar la medida concreta.

Por lo menos en dos ocasiones la sentencia insiste en que la interpretación de las exigencias constitucionales no debe hacer imposible el ejercicio de la competencia para legislar en materia procesal. Sin embargo, este argumento no puede admitirse como demostrativo de

ninguna conclusión. Este es un criterio de interpretación general o abstracto aplicable a cualquier precepto, ya que todos deben interpretarse en la forma más adecuada para que produzcan efectos. La consideración de la sentencia no contribuye a apreciar el alcance de los argumentos a los que implícitamente se refiere, ya que el propósito o la intención manifestada, no da ninguna información sobre si los criterios acogidos por la resolución lo hacen. Más bien puede mantenerse lo contrario, la formulación y la reiteración del argumento en la forma en que se hace podría ser un indicio de que al construir la sentencia el redactor intuye que la motivación que está rebasando el límite indicado.

Por ello entiendo que interpretar el requisito de necesidad como equivalente a no tener más remedio que incorporar una especialidad procesal no debería admitirse como criterio para determinar la concurrencia de un presupuesto habilitante para el ejercicio de la competencia para legislar en materia procesal de la comunidad autónoma.

En definitiva, el art. 43.1 del CF era necesario en los términos del art 149.1.6 de la Constitución porque de no haberse promulgado, en los supuestos en los que resultava aplicable, no sería posible incorporar la petición de división de la cosa común a los procesos matrimoniales.

6. El art. 43.1 CF deriva de una particularidad del Derecho Civil catalán

En la Constitución española la competencia para legislar en materia procesal de las comunidades autónomas está estrechamente relacionada con la competencia para legislar en materia civil, pero no se extiende a todos los intereses regulados por el derecho propio de la comunidad autónoma. En palabras del propio Tribunal Constitucional “[...] no cabe interpretar que el art. 149.1.6 permite innovar el ordenamiento procesal de las comunidades autónomas en relación con la defensa jurídica de aquellos derecho e intereses jurídicos que materialmente regulen [...]”.

Según el texto constitucional la necesidad atendida mediante la especialidad procesal, debe derivar de una particularidad del derecho sustantivo foral especial o propio de la comunidad autónoma. Es decir, debe tener relación directa y/o estar preordenada a dar cauce procesal a un aspecto del derecho foral, especial o propio de la comunidad autónoma que es diferente del Derecho Civil general del Estado.

Hay aquí dos elementos que deben concurrir a efectos competenciales. El primero es que haya una particularidad del derecho civil propio de la comunidad autónoma y el segundo es que la necesidad que se atiende con la especialidad procesal derive o tenga relación con esa particularidad.

6.1. Particularidad del derecho propio de la comunidad autónoma

El legislador autonómico sólo ostenta competencia para regular especialidades procesales en relación con las particularidades de su derecho propio. La existencia de la particularidad a efectos competenciales se aprecia comparando el derecho propio de la comunidad autónoma que incorpora la especialidad procesal con el Derecho Civil general del Estado. Éste es el derecho sustantivo que el legislador estatal toma como referencia principal para regular con carácter general los instrumentos jurisdiccionales. En consecuencia, y en línea de principio, las diferencias existentes entre el derecho propio de la comunidad autónoma y ése derecho identificarían las zonas de riesgo en las que la ley procesal estatal puede ser un obstáculo para la vida judicial del derecho de la comunidad autónoma tal y como su legislador la ha diseñado⁹. De manera que es en estos supuestos en los que se habilita al legislador autonómico para establecer especialidades procesales.

Para apreciar la existencia de la especialidad deben compararse el derecho propio de la comunidad autónoma y el Derecho civil general del Estado. Los ordenamientos de otras comunidades autónomas no deberían tenerse en cuenta. Estos derechos se conservan, modifican y desarrollan, con plena autonomía en méritos de la competencia propia de cada Comunidad (art. 149.1.8 CE). Por lo que las iniciativas de una comunidad no deberían verse limitadas por las de las otras comunidades y viceversa. En caso contrario, la situación creada sería contraria al principio de autonomía política que inspira el modelo de distribución de competencias que la propia Constitución establece. En consecuencia, que otras comunidades autónomas se encuentren, en lo relativo a la cuestión abordada por el art. 43.1 CF, en la misma posición que el derecho catalán, no dice nada en contra de la existencia de la particularidad del Derecho catalán en relación con el Derecho Civil general del Estado. Y, en particular, ello no obliga a las otras las comunidades autónomas a adoptar la misma especialidad procesal. De modo que una puede hacerlo, las otras no, o hasta incluso podrían adoptar una especialidad distinta, si hubiera margen para ello.

La argumentación de la sentencia se aparta de este criterio, en aquello que se refiere a las otras comunidades autónomas, cuando razona que el problema que intenta resolver el art. 43.1 CF no es exclusivo de Cataluña, ni de los regímenes de separación de bienes de otros ordenamientos civiles existentes en España; o cuando razona que la realidad social que intenta atender la norma cuestionada no es distinta a la existente en otros territorios con

⁹ No debe desconocerse que esta exigencia se basa en un apriorismo según el cual las normas procesales tienen carácter técnico y tienen una incidencia nula en la eficacia de los derechos sustantivos, de manera que dos normas materiales idénticas de distintos ordenamientos encontrarían medios de tutela completamente adecuados en todo caso a través del mismo instrumento procesal. Pero lo cierto es que una misma institución no tiene necesariamente el mismo alcance en dos ordenamientos jurídicos distintos cuando estos no responden a la misma concepción y una misma institución o situación pueden ser o evolucionar de manera distinta en distintos contextos normativos y sociales. En estos casos el derecho procesal que sirve a su eficacia puede precisar retoques para dar plena satisfacción a las necesidades de tutela.

Derecho Civil en los que existe el régimen de separación de bienes. (FJ 8). Por ello estos razonamientos no deberían ser relevantes para resolver la cuestión de inconstitucionalidad. La diferencia entre el Derecho Civil de la comunidad autónoma y el Derecho Civil general del Estado en que se concreta la particularidad exigida a efectos competenciales puede referirse cualquiera de los aspectos en los que se concreta la competencia legislativa civil o que afecta a la configuración jurídica de ese ordenamiento. Es decir, la particularidad puede residir en el régimen jurídico de las instituciones consideradas aislada y estáticamente, en la relación y vinculación de una institución con otras del mismo ordenamiento; en la dinámica o modo de ejercicio estas instituciones, etc.

En concreto, la particularidad que se ha invocado para legislar el art 43.1 CF es que a diferencia de lo que ocurren en el Derecho Civil general del Estado, el régimen económico matrimonial de separación de bienes tiene carácter legal en el derecho civil de Cataluña. La sentencia comentada reconoce expresamente que esta “es una diferencia entre el Derecho común y el derecho especial catalán que no pueden minusvalorarse porque son estructurales” (FJ 4). Y en otro pasaje razona que “[...] Si bien puede entenderse que el lugar prioritario o preferente que ocupa la separación de bienes dentro de los posibles regímenes económicos matrimoniales admitidos por el ordenamiento jurídico catalán constituye una particularidad sustantiva [...]” (FJ 8).

En ambos pasajes parece no haber duda de que incluso para el Tribunal Constitucional este aspecto de derecho catalán constituye una particularidad en relación al Derecho Civil general del Estado.

Sin embargo, la resolución también razona correlativamente a estas afirmaciones con el aparente propósito de desvirtuarlas que no es menos cierto “[...] que esos mismos regímenes son los establecidos en el resto de ordenamientos civiles existentes en nuestro Estado plurilegislativo [...]”. Lo cual aparece indicar, una vez descartados los ordenamientos de las otras comunidades autónomas, que para la resolución la existencia del mismo régimen matrimonial en el ordenamiento civil general del Estado, desvirtuaría la existencia de la particularidad. Nótese, no obstante, que la circunstancia de que el Derecho Civil general del Estado también cuente con el régimen de separación de bienes no puede en ningún caso tener dicha consecuencia, ya que la particularidad alegada no consiste en la existencia del régimen económico, sino en que en el derecho catalán el régimen de separación de bienes, a diferencia del Derecho Civil general del Estado, es el régimen económico matrimonial legal aplicable en defecto de pacto. Lo cual es determinante de que la misma institución asuma un rol cuantitativamente y cualitativamente diferente en el ámbito de vigencia de ambos ordenamientos.

Con este argumento la sentencia apuntaría más a la oportunidad de que el legislador estatal incorporara esta misma medida en relación con su régimen de separación de

bienes¹⁰, que a la inexistencia de la particularidad del derecho catalán, que es lo que debería quedar desvirtuado para fundar un pronunciamiento de inconstitucionalidad. Ciertamente, si el Estado optara por incorporar una medida en relación con su derecho como la cuestionada, Cataluña vería debilitada, en línea de principio, la competencia, pero no porque la particularidad del derecho catalán dejara de existir o la especialidad no derivara de ella, si no porque no habría la necesidad procesal de adoptarla ya que la disposición procesal general aprovecharía a los fines de derecho catalán¹¹.

No debe darse por concluido este apartado sin antes indicar que en orden a determinar la particularidad del derecho civil en la que se funda o a la que se refiere la especialidad procesal analizada, es pertinente preguntarse por el tipo competencia legislativa ejercitada cuando se regulan intereses o efectos jurídicos que solo pueden declararse o ponerse en práctica a través de un proceso judicial, como sucede en casos como el proceso matrimonial, en que la vía judicial es necesaria. En estos supuestos, cualquier decisión de política legislativa sobre el objeto posible o sobre el objeto necesario de un proceso de estas características implica configurar las relaciones materiales entre los protagonistas de la relación o situación jurídica sustantiva afectada, de un modo que no tiene única y exclusivamente significación procesal. Sin embargo, por referirse a un proceso necesario esas decisiones deben tener de uno u otro modo repercusión en el ámbito procesal. Es decir, no cabe que el legislador civil opte por reunir o vincular efectos civiles a la crisis de la pareja casada al margen del proceso judicial y, por tanto, sin incidir de manera más o menos intensa en el proceso matrimonial¹². Es más, es muy posible que las medidas de trascendencia procesal sean la única manifestación apreciable de las opciones de política legislativa aplicadas a estos supuestos. Lo cual puede generar la impresión de que la competencia que se ejerce en estos casos es única y exclusivamente procesal. Pero lo cierto es que este dato no debería ocultar que en el diseño del objeto necesario o posible de este tipo de procesos se ejerce de modo principal la competencia para legislar en materia civil¹³.

¹⁰ Al legislador estatal le basta con la voluntad política para poder implementar cualquier medida procesal, sin tener que referir esta iniciativa a ninguna particularidad de su derecho en relación con ningún otro ordenamiento.

¹¹ Precisamente, la disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE de 7 de julio de 2012) ha regulado con carácter general para todo el Estado la posibilidad de acumular la acción de división de los bienes que los cónyuges tienen en proindiviso al proceso matrimonial. Al final de este artículo se ha añadido de urgencia un epílogo para exponer las primeras impresiones que ha generado esta reforma legal.

¹² Tanto en el Código Civil español como en el Codi Civil catalán las normas que regulan los efectos civiles de la nulidad la separación y el divorcio, están redactadas desde la perspectiva del proceso y del rol que adopta el juzgador, pero no dejan de ser normas sustantivas.

¹³ En este sentido resulta de interés para este trabajo el segundo apartado del fundamento jurídico sexto del Dictamen 13/2010, del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya de 6 de julio, sobre el Proyecto de ley del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. “Empezando por el artículo 233-1 (medidas provisionales), debe decirse que ordena, desde un punto de vista exclusivamente sustantivo o material, las relaciones de la pareja mientras se tramita el procedimiento

Las normas procesales son únicamente el instrumento a través del cual se materializa esta elección.

Desde este punto de vista, tras la decisión de permitir acumular la acción de división de la cosa común a los procesos matrimoniales, está implícita la decisión de considerar la extinción de la comunidad de bienes, en esos supuestos, como un efecto civil propio de la crisis matrimonial. De modo que en último término la particularidad del derecho sustantivo de la que deriva la necesidad atendida por la especialidad procesal estaría implícita en la propia medida procesal.

En este contexto, tratar una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art 43.1 CF únicamente desde la competencia para legislar en materia procesal supone asumir el riesgo de estar limitando la competencia legislativa civil. Lo cual no debería hacerse sin evaluar específicamente esta competencia.

6.2. Derivada: Relación de causalidad entre la particularidad y la necesidad procesal atendida mediante la especialidad

La Constitución exige que la necesidad que se atiende con la especialidad procesal derive de la particularidad del derecho sustantivo de la comunidad autónoma¹⁴. De modo que las

de nulidad, separación y divorcio. Y ello, de acuerdo con lo establecido en el fundamento jurídico segundo, no afecta a la competencia del Estado sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio y, consiguientemente, pertenece a la competencia exclusiva de la Generalitat. Respecto a la adopción procesal de estas medidas, el artículo 233-1 CCC respeta escrupulosamente la competencia del Estado, ya que se remite 'a los procedimientos establecidos por la legislación procesal'. En síntesis, el artículo examinado establece unas reglas sustantivas que se adecuan mejor a la realidad jurídico-familiar catalana que aquellas otras que se contienen en el derecho del Estado. Se corrige así el sesgo o dependencia que caracteriza la regulación estatal, por ejemplo, respecto del régimen económico matrimonial de gananciales y que en la práctica ha dificultado su aplicación a la organización económica de la familia catalana, donde en cambio sí que tiene presencia la titularidad para los cónyuges de bienes en comunidad ordinaria respecto de la que el artículo analizado incorpora previsiones específicas. Los mismos argumentos que hemos mantenido para sostener la competencia de la Generalitat para regular las medidas provisionales son aplicables también al artículo 233-4 CCC, en relación con las medidas definitivas (hoy todavía reguladas en el art. 79.1 CF) y en el artículo 233-7 CCC sobre modificación de las medidas (actual art. 80 CF). Sin afectar de ninguna manera a la reserva competencial del Estado, el Proyecto de ley efectúa una regulación que se ajusta mejor a la realidad jurídico-familiar catalana que el derecho estatal, distinguiendo las medidas que el juez puede adoptar de oficio, de aquellas otras (compensación económica por razón del trabajo y división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa) que requieren solicitud de parte; por otro lado, y en relación también con dichas medidas, el artículo 233-7 CCC prevé la posibilidad de modificarlas mediante resolución judicial si varían las circunstancias. Si la Generalitat, según hemos visto, puede regular el derecho sustantivo aplicable durante la convivencia matrimonial o en el caso de disolución por muerte, es lógico que pueda hacerlo también en la fase —judicial— en que, producida la crisis, se ordena aquella convivencia. La materia es la misma [...]”.

¹⁴ CACHÓN CADENAS (2010, p. 52) “Entre el derecho sustantivo y el derecho procesal de un mismo sistema u ordenamiento jurídico puede haber relaciones de muchas clases: (complementariedad, conexión, referencia, etc.), pero, en sentido riguroso, no cabe aquella relación de derivación. Por ello, la explicación

especialidades procesales deben guardar una necesaria relación con la vigencia de aquellos aspectos del derecho sustantivo de la comunidad autónoma que son distintos del Derecho Civil general del Estado. En su virtud, sería inconstitucional que se regularan especialidades procesales que no tuvieran relación o no sirvieran a particularidades del derecho propio, foral o especial de la comunidad autónoma¹⁵.

El examen de la existencia del título competencial, en relación con este aspecto, debe centrarse en la determinación de la relación existente entre la medida adoptada y la particularidad alegada para fundar su incorporación al ordenamiento jurídico, de modo que la competencia se ejercerá de forma extralimitada cuando no haya dicha relación.

En este sentido, la posibilidad del legislador catalán de extender la especialidad procesal a otros regímenes económicos matrimoniales vigentes en su ordenamiento (que indica la propia sentencia) no debería tener ninguna relevancia para resolver la cuestión de inconstitucionalidad. La cuestión controvertida se refiere única y exclusivamente al régimen de separación de bienes catalán y, por tanto, es en relación con esta modalidad de régimen económico matrimonial que debe apreciarse el cumplimiento de las exigencias del art. 149.1.6 CE. En consecuencia, la parte de la argumentación de la sentencia que se refiere a este aspecto, pese a aparecer como *ratio decidendi*, no debería considerarse como motivación adecuada para resolver la cuestión de inconstitucionalidad.

Ya se ha indicado que la particularidad del Derecho catalán en relación con el Derecho Civil general del Estado que se invoca para incorporar la previsión del art. 43.1 CF es que en este derecho el régimen de separación de bienes tiene la condición de régimen legal aplicable en defecto de pacto expreso.

La sentencia afirma que: “De esta premisa -que sin lugar a dudas es cierta- pretende hacerse derivar la consecuencia de que Cataluña requiere una norma procesal especial de división de bienes conyugales comunes cuando los cónyuges sometidos al régimen de separación solicitan judicialmente la disolución del matrimonio” (FJ 8).

Este razonamiento utiliza el término derivar pero no lo hace en el sentido del texto constitucional. Cuando afirma que “pretende hacerse derivar”, no se refiere a la relación de causalidad existente entre la particularidad y la especialidad procesal, si no que alude al carácter imperativo de la incorporación de la especialidad¹⁶. Por tanto, no razona sobre el cumplimiento de esta exigencia.

utilizada por la norma constitucional (se deriven) debe ser interpretada en sentido amplio, porque, de lo contrario, ese precepto quedaría vacío de contenido”.

¹⁵ Parafraseando la doctrina del Tribunal Constitucional, en el ordenamiento procesal español el “puro y simple prurito de perfección técnico-jurídica” corresponde en exclusiva al Estado.

¹⁶ Este aspecto ya ha sido analizado al hilo del estudio apropiado del requisito de la necesidad.

Más allá la afirmación indicada no hay ningún pasaje en la sentencia que dé a entender que las situaciones que se atienden con la especialidad procesal cuestionada no derivan de la vigencia de la referida particularidad.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española derivar significa: “traer origen de otra cosa”. Y para el Diccionario de uso del español María Moliner significa: “Proceder. Ser una cosa consecuencia de otra que se expresa”. Por lo que en sentido literal la necesidad a que atiende la especialidad procesal debe ser consecuencia, tener su origen, o proceder de la particularidad del derecho sustantivo considerada. La relación de derivación alcanza a todas aquellas situaciones en las que se aprecia una clara relación de causalidad entre la particularidad y la situación atendida por la medida implantada. No cabe, limitar el alcance de la derivación a la identidad o inmediatez más estricta entre la particularidad y el efecto o situación que se atienden con la medida procesal.

En efecto, la competencia legislativa consiste también en la posibilidad legislar para atender las consecuencias, los efectos o las situaciones que se generan con la vigencia del ordenamiento que se legisla. Lo cual incluye la posibilidad de aprovechar las oportunidades que ofrecen las situaciones creadas con la vigencia del propio ordenamiento en orden adoptar las soluciones que se estiman más adecuadas. En esto la competencia para legislar en materia civil y procesal de las comunidades autónomas no es distinta de las otras competencias legislativas que la Constitución atribuye. Por ello la posibilidad de incorporar especialidades procesales debe considerarse referida tanto a la más inmediata eficacia de las particularidades sustantivas, como a las situaciones generadas como consecuencia de la vigencia de esas particularidades.

En el caso que nos ocupa, las comunidades de bienes disueltas con la especialidad procesal cuestionada, se han creado en al amparo de la vigencia del régimen económico matrimonial atribuido *ex lege* por el derecho catalán. Y el estado de cosas que permite la operatividad de la especialidad procesal introducida, tiene su razón de ser en el hecho que en Cataluña el régimen económico matrimonial legal es el de separación de bienes. Por otro lado, la especialidad procesal analizada únicamente se aplica a las situaciones generadas o configuradas por la vigencia de esta particularidad. Por lo que se mantiene la relación de causalidad requerida por el art. 149.1.6 CE.

Por supuesto, si se considera que la particularidad del derecho catalán es que uno de los efectos civiles posibles de la crisis matrimonial es la extinción de los vínculos patrimoniales existentes entre los cónyuges casados en separación de bienes, la relación de causalidad con la especialidad procesal sería inmediata.

7. *A modo de conclusión*

La sentencia analizada invoca y reproduce reiteradamente la doctrina de anteriores sentencias del Tribunal Constitucional sobre la competencia para legislar en materia procesal de las comunidades autónomas, pero no razona ni desarrolla esa doctrina en relación con el caso examinado. A su vez, prescinde del hecho que anteriores resoluciones fundadas en la misma doctrina han declarado la constitucionalidad de otras especialidades procesales legisladas por diversas comunidades autónomas, cuando deberían ser esos pronunciamientos favorables los que dieran sentido a la doctrina reproducida.

La interpretación del art 149.1.6 CE que resulta de la doctrina el Tribunal Constitucional ignora la función que este precepto cumple en relación con la vida judicial de derecho propio de las comunidades autónomas. La doctrina aplicada centra la atención en aquello que se pretende evitar con este precepto, y omite considerar la finalidad efecto que se aspira a conseguir con la atribución competencia legislativa procesal de las comunidades autónomas. Esta finalidad se satisface mediante el ejercicio de la competencia, y no impidiéndolo o limitándolo. Y en ningún caso la finalidad de la competencia atribuida es salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales, ya que si fuera así, la redacción del precepto debería ser otra y no debería haber contemplado ninguna excepción a la competencia exclusiva del Estado. El art. 149.1.6 de la Constitución tiene como finalidad establecer un modelo de ley procesal estatal única, pero a la vez contempla la posibilidad de que el legislador autonómico incida en el diseño de los cauces establecidos para la vida judicial de su propio derecho con el fin de que esta tenga lugar en de la manera en que se ha planificado. Ya que lo que no quiere la Constitución es que el modelo de legislación procesal implantado sea un obstáculo para la aplicación del derecho propio de las comunidades autónomas tal como estas lo conciben. En este escenario, la salvaguarda de la unidad de los instrumentos jurisdiccionales es relevante: informa la manera de concretar la iniciativa legislativa mediante especialidades procesales, pero no agota los fines del precepto. Sin embargo la doctrina reproducida la asume como la única y definitiva finalidad.

La sentencia trata de forma confusa el estudio de la necesidad de la especialidad procesal y de la exigencia de que se derive de una particularidad del derecho civil catalán. De modo que resulta difícil determinar cuándo y en relación a qué está apreciando la concurrencia de una, y cuándo y en relación a qué la concurrencia de la otra. En relación con ambos requisitos acaba incorporando razonamientos que en la medida en que indican que el legislador autonómico no debe tener más remedio que implantar la especialidad procesal para ostentar la competencia, conducen al examen del contenido de la medida adoptada, en lugar de valorar únicamente la posibilidad de legislar sobre las cuestiones a las que se refiere la medida. Además, al razonar de este modo puede estar desatendiendo el contenido básico de toda función legislativa (que en todo caso implica la posibilidad de no legislar) y establece unos requisitos que hacen imposible el ejercicio de la competencia. A pesar de que en varios pasajes de la sentencia se insiste en que no debería ser así, lo cierto es que en los términos de esta sentencia resulta imposible regular ni una sola especialidad

procesal e, incluso, las especialidades procesales que el propio Tribunal Constitucional ha declarado constitucionales en otros pronunciamientos quedan en entredicho.

La sentencia razona contradictoriamente cuando, en varios pasajes de la sentencia utiliza argumentos que evidencian que es conecedor de la necesidad que se intenta atender y sin embargo concluye que la necesidad no se justifica.

Otorga relevancia a aspectos que no deberían ser examinados para resolver la cuestión de inconstitucionalidad. Hace esto cuando funda su argumentación en la situación de los ordenamientos jurídicos de otras comunidades autónomas y cuando indica que esa misma medida podría adoptarse en relación a otros regímenes económicos matrimoniales del derecho catalán.

La sentencia reconoce la existencia de una particularidad en el derecho catalán, pero no razona sobre la relación existente entre ella y la especialidad procesal adoptada. En ningún caso concluye que las situaciones que atiende la medida cuestionada no derivan o son consecuencia de la vigencia de la particularidad alegada. A efectos prácticos, el criterio aplicado por la sentencia impediría al legislador autonómico adoptar iniciativas en el ámbito procesal para atender las situaciones y las oportunidades generadas por la vigencia de particularidades su propio derecho. Ante lo cual cabe preguntarse: ¿a quién correspondería hacerlo?

La sentencia no contiene ningún otro razonamiento adicional que le sirva de motivación. Por ello no representa ningún obstáculo que impida seguir sosteniendo que el art 43.1 CF, ofrecía una posibilidad de actuación en el ámbito procesal que sin su promulgación no existiría, y que se funda y sirve a situaciones que son consecuencia de la vigencia de un aspecto del Derecho catalán que es distinto del Derecho Civil general del Estado. En definitiva, que se trata de una especialidad procesal necesaria que deriva de una particularidad del derecho civil de Catalunya. Justamente el supuesto en que cobra pleno sentido lo dispuesto en el art 149.1.6 de la Constitución española.

8. Epílogo de urgencia

La disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE de 7 de julio de 2012) acaba de añadir una excepción 4ª al apartado 3 del artículo 438, con la siguiente redacción:

“4ª. En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesíásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de

los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos”.

Esta iniciativa, ofrece la posibilidad acumular la acción de división de la cosa común en los procesos matrimoniales tramitados ante los tribunales en toda España independientemente del derecho aplicable al supuesto concreto. Este precepto tiene su razón de ser en la sentencia analizada en este trabajo. La autoría de la enmienda que incorpora esta modificación y la urgencia de su aprobación lo acreditan.

En relación con el Derecho Civil Catalán, a efectos prácticos, esta reforma contribuirá a “parar el golpe” limitando el alcance de las tesis maximalistas sobre el alcance de la declaración de inconstitucionalidad. Desde su entrada en vigor, la reforma dará apoyo legal a la acumulación y neutralizará las teorías que sostienen que la declaración de inconstitucionalidad del art 43 del CF alcanza incluso a los preceptos del CCC y, en consecuencia, a los procesos en los que la acumulación solicitada no se funda en el Art. 43 CF, sino en el 532-12 del CCC. Aún des un punto de vista práctico, parece oportuno señalar que si esas concepciones están jurídica y suficientemente fundadas (en este momento me inclino por pensar que no), para contrarrestarlas por completo hubiera sido conveniente dar alcance retroactivo al nuevo precepto. De este modo la citada teoría dejaría de tener virtualidad frente a los procesos pendientes en el momento de dictarse la sentencia y frente a los procesos iniciados con posterioridad a ella, hasta el momento de la entrada en vigor esta modificación.

Des del punto de vista jurídico, las propias tesis maximalistas, la reforma legislativa y sus consecuencias merecen un análisis más sosegado. Debemos hacer notar que ninguna de ellas da respuesta a las objeciones planteadas a la sentencia que las ha propiciado. En consecuencia, por ellas solas, no relevan de considerar las objeciones y, en su caso, superarlas para poder seguir manteniendo su tesis. Si la tesis de la sentencia no pudiera mantenerse, debería regresarse a la situación inicial. En ese escenario hipotético, la tesis maximalista no tendría lugar y la reforma legal no sería necesaria. Se haría un flaco favor al derecho si se optara por eludir el debate y la reflexión sobre estas cuestiones.

A su vez, pese a la reforma legislativa, es imprescindible determinar la repercusión de la Sentencia del Tribunal Constitucional, sobre los preceptos del Codi Civil de Catalunya que hacen la misma previsión. La tesis maximalista, que en este momento no compartimos, y la propia reforma legal suponen implícitamente que dichos preceptos deben considerarse derogados. Pero lo cierto es que hay razones para sostener lo contrario¹⁷. Y, en ese caso, una no tendría cabida y la otra sería innecesaria. Un indicio a considerar en relación con este tema, de los muchos que es necesario tener en cuenta, es que el propio Tribunal Constitucional evita referirse al CCC cuando se pronuncia sobre la necesidad de resolver la cuestión de inconstitucionalidad, en lugar de dar por extinguido el proceso por carencia sobrevenida de objeto, como consecuencia de la derogación del art 43.1 del CF por la entrada en vigor del CCC pendiente el proceso constitucional.

¹⁷ BAYO DELGADO (2012, p. 25).

A su vez, del resultado al que se llegue en relación con las anteriores cuestiones dependen en gran medida la perspectiva de análisis y las conclusiones sobre las cuestiones que se plantean en los párrafos siguientes.

Debe analizarse también el cambio de escenario que supone el nuevo número 4º del apartado tercero del artículo 438 de la LEC y sus repercusiones, tanto en relación con el Derecho Catalán, como en relación con el resto de ordenamientos jurídicos propios, forales o especiales vigentes en España.

En relación con el Derecho civil catalán, cabe preguntarse:

- Primero si las normas del CCC que aún regulan esta especialidad han devenido inconstitucionales por efecto de la aprobación del nuevo precepto por el legislador estatal o si, por el contrario, continúan vigentes.
- Y segundo qué sucedería si el legislador estatal, transcurrido un tiempo, decide dejar sin efecto la reforma introducida y volver al limitar la posibilidad de la acumulación de acciones estudiada en el Derecho civil General del Estado. ¿El legislador catalán debería introducir de nuevo la especialidad para su derecho?

En relación con los demás derechos civiles, la modificación de la LEC incide en su vida judicial introduciendo una posibilidad que hasta el momento no habían contemplado. ¿Cómo encajarán estos ordenamientos la iniciativa estatal? ¿Cabe descartar la posibilidad de que alguna comunidad autónoma introduzca alguna especialidad procesal para excluir una posibilidad de acumulación que hasta el momento solo interesaba al Derecho Catalán?

En definitiva, un quebradero de cabeza que pone a prueba las coherencia y la operatividad de las concepciones existentes sobre el alcance de la competencia de las comunidades autónomas para legislar en materia procesal.

9. Bibliografía

Joaquín BAYO DELGADO (2012), "Sobre l'anul·lació de l'art 43-1 del codi de família" *Món jurídic Revista de L'Institut Col·legi d'Advocats de Barcelona*, març, pp. 24-25.

Lluís CABALLOL I ANGELATS y Joan MARSAL GUILLAMET (2010), "Les especialitats processals regulades per les comunitats autònomes amb Dret civil propi", en M. APARICIO PÉREZ y M. BARCELÓ SERRAMALERA (coords.) *Las garantías procesales de los derechos estatutarios*, Atelier, Barcelona.

Manuel CACHÓN CADENAS (2010), "La competencia autonómica en materia procesal", en M. APARICIO PÉREZ y M. BARCELÓ SERRAMALERA (coords.) *Las garantías procesales de los derechos estatutarios*, Atelier, Barcelona.

Dictamen 13/2010, del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya de 6 de julio, sobre el Proyecto de ley del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.