

# LA CONSERVACION, MODIFICACION Y DESARROLLO DE LOS DERECHOS CIVILES, FORALES O ESPECIALES, ALLI DONDE EXISTAN

RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO

*SUMARIO:* Introducción. I. La competencia de las Comunidades Autónomas. II. El nacimiento de un nuevo Derecho civil foral o especial: El Derecho civil valenciano. III. El Derecho civil gallego sobre arrendamientos rústicos. IV. El marco constitucional del reparto de competencias sobre el derecho civil. V. Desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales. VI. La foralidad civil frente al autonomismo civil. VII. El sentido de la segunda frase del artículo 149.1.8 CE. VIII. El Derecho civil foral como derecho especial. IX. La aplicación concreta realizada por el Tribunal Constitucional de sus tesis sobre el concepto de desarrollo en el artículo 149.1.8 CE. X. La competencia legislativa sobre la determinación de la vecindad civil y sobre el otorgamiento notarial de testamentos.

## INTRODUCCION

El Tribunal Constitucional ha dictado recientemente cuatro sentencias en las que se aborda directamente la interpretación y aplicación del artículo 149.1.8 CE. En ellas sienta doctrina sobre cuestiones importantes relacionadas con el mencionado

precepto. Merece pues la pena tratar dichas cuestiones a la luz de esa doctrina establecida por el Tribunal.

Se trata de las sentencias 121/92, de 28 de septiembre (publicada en el BOE de 29 de octubre), 182/92, de 16 de noviembre (publicada en el BOE de 18 de diciembre), 88/93, de 12 de marzo (publicada en el BOE de 15 de abril), y 156/93, de 6 de mayo (publicada en el BOE de 28 de mayo). Todas ellas son sentencias de Pleno, dictadas en recursos de inconstitucionalidad, promovidos por la Abogacía del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, contra leyes civiles aprobadas respectivamente por los Parlamentos de determinadas Comunidades Autónomas, concretamente las de Valencia, Galicia, Aragón y Baleares.

La Sentencia 121/92 se refiere a la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de la Generalidad Valenciana, sobre arrendamientos históricos valencianos (publicada en el Diario Oficial de 18 de diciembre)(1). Su Ponente fue el Presidente del Tribunal, el Excelentísimo Señor Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. La Sentencia declara

---

Artículo 1.º La presente Ley tiene por objeto regular, como institución propia del Derecho Civil Valenciano, los arrendamientos históricos constituidos desde tiempo inmemorial y regidos por la costumbre.

Artículo 2.º Los arrendamientos históricos valencianos deberán ser objeto de reconocimiento mediante declaración por la Administración Agraria Autónoma.

Dicha declaración de reconocimiento podrá ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa por aquella de las partes que considere lesionados sus derechos o intereses.

Artículo 3.º 1. El cultivador que pretenda el reconocimiento al que se refiere el artículo anterior, deberá aportar y acreditar ante la referida Administración, junto a su instancia, dictamen pericial de especialista en el que se recoja la oportuna investigación histórico-jurídica.

Producida la firmeza de dicha declaración de reconocimiento, se subvencionará por la Administración el coste del referido dictamen.

2. También procederá la declaración administrativa de reconocimiento del arrendamiento histórico en aquellos supuestos en los que, no siendo posible la formulación del dictamen al que se refiere el apartado 1) de este artículo como consecuencia de la destrucción de archivos o registros, el arrendamiento de que se trate sea anterior a la entrada en vigor de la ley de 15 de marzo de 1935. La resolución recaída podrá también ser objeto de impugnación en vía administrativa.

Artículo 4.º El arrendamiento histórico valenciano, una vez sea resuelto su reconocimiento, tendrá la concepción de contrato de duración indefinida, por lo que el propietario de la tierra de cultivo cede ésta para su incorporación a la explotación agraria del cultivador, quien satisfará a aquél, en contraprestación, la merced correspondiente.

El Consell establecerá las medidas necesarias para facilitar el acceso a la propiedad de la tierra a los arrendatarios, una vez reconocida la relación arrendaticia histórica conforme a los preceptos establecidos en esta ley.

la inconstitucionalidad de los artículos 2, párrafo segundo, y del inciso final del artículo 3.2 de la Ley recurrida, así como la constitucionalidad de su artículo 9 y su disposición transitoria; cuenta con dos votos particulares discrepantes, uno del Excelentísimo Señor Don Carlos de la Vega Benayas, otro del Excelentísimo Señor Don José Gabaldón López.

La Sentencia 182/92 se refiere a la Ley 2/1986, de 10 de diciembre, del Parlamento de Galicia, de prórroga en el régimen de arrendamientos rústicos para Galicia (publicada en el Diario Oficial de 15 de diciembre)(2). Su Ponente fue también el Presidente del Tribunal. El Fallo de la Sentencia es plenamente favorable a la constitucionalidad de la Ley. Cuenta con un voto particular discrepante, del Excelentísimo Señor Don Carlos de la Vega Benayas.

La Sentencia 88/93 se refiere a la Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, sobre equiparación de los hijos adoptivos (publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de 29 de abril)(3). Su Ponente fue el Excelentísimo Señor

---

Artículo 9.º 1. En garantía de la continuidad de la explotación agraria, se configura como un supuesto de sucesión especial la institución de herencia o legado del derecho al cultivo en el que previamente se haya producido la declaración de reconocimiento de arrendamiento histórico.

Tendrá la condición de causahabiente el sucesor que expresamente haya quedado determinado como cultivador por el causante y en su defecto las personas a las que se refiere el artículo 79 de la Ley de Arrendamiento Rústicos vigente.

2. Con igual fundamento podrá el que resulte ser declarado titular de un arrendamiento histórico, designar ante la Administración Agraria Autonómica a aquél de entre sus futuros herederos que, en los casos de imposibilidad personal del cultivo de su explotación, deba de sustituirle. Dicha designación será notificada por la expresada Administración al dueño de la finca.

Disposición transitoria. Los arrendamientos cuyos titulares, durante el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, soliciten la declaración de reconocimiento de arrendamiento histórico, quedarán exceptuados del régimen general contenido en la vigente Ley 83/1980, de 31 de diciembre (citada), y disposiciones complementarias en cuanto duración y extensión, en tanto no recaiga resolución firme en contrario.

El recurso de inconstitucionalidad se interpuso contra los artículos 2, párrafo 2.º, el último inciso del artículo 3.2, el artículo 9 y la disposición transitoria.

(2) Artículo único. La regla tercera de la disposición transitoria 1ª de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos, se entenderá prorrogada y vigente, en el ámbito de la Comunidad Autónoma, hasta el 31 de diciembre de 1988.

(3) Artículo 1.º El Capítulo II del Título III del Libro Primero de la vigente Compilación del Derecho Civil de Aragón queda redactado como sigue:

## CAPITULO II DE LOS HIJOS ADOPTIVOS

Artículo 19.1. Los hijos adoptivos tendrán en Aragón los mismos derechos y obligaciones que los hijos por naturaleza.

Don Alvaro Rodríguez Bereijo. El Fallo de la sentencia es plenamente favorable a la constitucionalidad de la Ley. Cuenta con dos votos particulares discrepantes, uno del Excelentísimo Señor Don Carles Viver Pi-Sunyer, otro del Excelentísimo Señor Don Julio Diego González Campos.

La Sentencia 156/93 se refiere al Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, del Gobierno Balear (publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de 2 de octubre)(4). Su Ponente fue el Excelentísimo Señor Don Vicente Gimeno Sendra. La Sentencia declara la inconstitucionalidad de una parte del artículo 2.º, párrafo primero, de la Compilación, así como la constitucionalidad del artículo 52.

## I. LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTONONAS

“Las competencias en relación con la legislación civil aparecen situadas en el artículo 149.1 y ello da lugar a que por el momento, hasta que transcurran cinco años, sólo puedan asumir competencias con respecto a sus Derechos civiles, forales o

---

2. Siempre que la legislación civil aragonesa utilice expresiones como “hijos y descendientes” o similares, en ellas se entenderán comprendidos los hijos adoptivos y sus descendientes.

Artículo 2.º En tanto las Cortes de Aragón no aprueben una legislación propia sobre adopción, en la Comunidad Autónoma será de aplicación la normativa del Código Civil y demás Leyes generales del Estado en la materia.

(4) Artículo 2.º. Las normas del Derecho Civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil. Se exceptúan los casos en que, conforme al Derecho interregional o internacional privado, deban aplicarse otras normas.

La vecindad y los conflictos interinsulares de normas se regularán por el Código Civil y demás disposiciones de aplicación general.

Artículo 52. En los testamentos otorgados ante Notario no será necesaria la presencia de testigos, excepto en los casos siguientes:

- a) Cuando el Notario no conozca al testador.
- b) En caso de que el testador sea ciego o enteramente sordo.
- c) Cuando el testador no sepa o no pueda firmar.
- d) En los supuestos en que el Notario lo considere necesario o lo manifieste el testador.

En todos estos supuestos los testigos, en número de dos, no tendrán la obligación de conocer al testador, excepto en el caso a), y podrán serlo los empleados del Notario.

En todo lo demás se observarán las formalidades previstas en el Código Civil.

especiales, las Comunidades que hayan accedido a la autonomía a través del artículo 151 o de la disposición transitoria segunda: en principio, el País Vasco, Cataluña y Galicia. Este resultado es ciertamente insatisfactorio para las demás Comunidades con Derecho civil foral, sobre todo para aquéllas que cuentan con un Derecho civil propio más rico y completo. No obstante la conclusión expuesta me parece insoslayable”.

Esta era la opinión que yo mantenía en una ponencia que presenté, en diciembre de 1982, sobre el artículo 149.1.8, al Primer Congreso de Derecho Vasco, organizado por el Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco(5). Sin embargo, la problemática a la que hacía referencia en dicho texto transcrito no se ha planteado a la hora de resolver los recursos que cuestionaban las competencias respectivas de las Comunidades Autónomas de Valencia, Aragón y de las Islas Baleares. Ninguna de las partes ha cuestionado esa competencia; concretamente, la Abogacía del Estado ni siquiera ha mencionado la cuestión. Tampoco el Tribunal ha considerado oportuno abordarla expresamente.

De acuerdo con el artículo 158.2 CE, “transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos, las Comunidades Autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149”. “No será preciso dejar transcurrir el plazo de cinco años, a que se refiere el apartado 2 del artículo 148, cuando la iniciativa del proceso autonómico sea acordada dentro del plazo del artículo 143.2, además de por las Diputaciones o los órganos interinsulares correspondientes, por las tres cuartas partes de los municipios de cada una de las provincias afectadas que representen, al menos, la mayoría del censo electoral de cada una de ellas y dicha iniciativa sea ratificada mediante referendun por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de cada provincia en los términos que establezca una ley orgánica” (artículo 151.1 CE). Esta excepción es aplicable a la Comunidad de

---

(5) *Las Competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil*. “Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del Derecho Civil”. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 1983. Vid. pág. 99.

Andalucía. “Los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente Proyectos de Estatutos de Autonomía, y cuenten, al tiempo de promulgarse esta Constitución, con regímenes provisionales de autonomía, podrán proceder inmediatamente en la forma que se prevé en el apartado 2 del artículo 148, cuando así lo acordaren, por mayoría absoluta, sus órganos preautonómicos colegiados superiores, comunicándolo al Gobierno” (Disposición Transitoria segunda CE). Este es el caso al que han podido acogerse las Comunidades Autónomas del País Vasco, de Cataluña y de Galicia. Luego, en principio, estas últimas Comunidades Autónomas son las únicas que, teniendo un propio Derecho civil, especial o foral, habrían podido asumir de inmediato en sus Estatutos, con plena eficacia, la competencia legislativa en cuestión.

No obstante, todos los Estatutos de las demás Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, foral o especial, incluyeron, sin esperar ese plazo de cinco años al que hace referencia el artículo 148.2 CE, la competencia sobre la conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho, junto con las competencias complementarias en el orden procesal y jurisdiccional. Tal es el caso de las Comunidades Valenciana, Aragonesa y Balear.

El artículo 31.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (Ley orgánica 5/1982, de 1 de julio) atribuye a la Generalidad Valenciana competencia exclusiva sobre la “conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano”. El artículo 31.3 extiende esa competencia exclusiva a las “normas procesales ... que se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo valenciano ...”. El artículo 40.1.a) incluye dentro de la competencia de los Organos Jurisdiccionales en la Comunidad Autónoma Valenciana “en el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión, en las materias de Derecho Civil Valenciano”. La contradicción entre las competencias contenidas en el Estatuto y los límites derivados del artículo 148 CE se salva en la Disposición Transitoria primera en los siguientes términos:

“Con la aprobación del presente Estatuto, y hasta tanto se

ejercite la competencia estatal contemplada en el artículo 150.2 de la Constitución, todas las competencias comprendidas en el Título III del presente Estatuto podrán ser asumidas desde su entrada en vigor, de acuerdo con los criterios que a continuación se establecen:

b) La potestad legislativa sobre tales materias, en cuanto no se encuentre reservada al Estado por la Constitución, podrá ser ejercida por la Comunidad con toda la amplitud prevista en el artículo 150 de aquélla”.

En su día ya apunté que, en mi opinión, semejante fórmula suponía un intento de fraude del artículo 148.2 CE; también del artículo 150.2 CE(6). Recuérdese que, según este último precepto constitucional, “el Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La Ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado”.

No obstante, hay que tener en cuenta que las deficiencias derivadas de esa fórmula, recogida en la Disposición Transitoria primera del Estatuto de la Comunidad Valenciana, antes transcrita, han quedado salvadas gracias a la Ley orgánica 12/1982, de 10 de agosto, sobre transferencias a la Comunidad Valenciana de competencias de titularidad estatal. En efecto, así cabe deducirlo del artículo 1.º de dicha Ley orgánica:

“1. Por la presente Ley, el Estado, de acuerdo con el artículo 150.2 de la Constitución, transfiere a la Comunidad Autónoma Valenciana todas aquellas competencias correspondientes a materia de titularidad estatal comprendidas en el Estatuto de la Comunidad Valenciana que excedan de las competencias configuradas en el artículo 148 de la Constitución, de acuerdo con los siguientes criterios:

b) La potestad legislativa sobre tales materias en cuanto no

---

(6) *Las Competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil...*  
Vid. pág. 100.

se encuentre reservada al Estado por la Constitución podrá ser ejercida por la Comunidad con toda la amplitud prevista en el artículo 150 de aquélla”.

Así pues, en la medida en que se pueda mantener (sobre este tema ya volveré más adelante) la existencia de un Derecho civil valenciano, foral o especial, esa utilización de la vía prevista por el artículo 150.2 de la Constitución salva toda objeción que pudiera hacerse, por razón del artículo 148.2 de la Constitución, a las competencias reconocidas en los preceptos antes transcritos del Estatuto Valenciano en relación con ese Derecho civil. Dicha Ley Orgánica 12/1982 aparece mencionada en la STC 121/1992, sin mayor explicación, a la hora de reconocer virtualidad competencial al artículo 31.2 del Estatuto valenciano(7).

El artículo 35.1.4 del Estatuto de autonomía de Aragón (Ley orgánica 8/1982, de 10 de agosto) atribuye a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva sobre “la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado, así como del Procesal Civil derivado de las peculiaridades de su Derecho Sustantivo”. Lo que se completa por el artículo 29.1.a) del Estatuto, que incluye dentro de las competencias de los órganos jurisdiccionales de Aragón, “en el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de Derecho civil foral aragonés”.

El Estatuto aragonés prevé también un sistema para hacer compatibles las competencias que reconoce a favor de la

---

(7) Tal es la única referencia, un tanto lacónica, que se hace en las Sentencias consideradas, al problema del que me ocupo: “no es, pues, dudoso que la Generalidad Valenciana ostenta competencia exclusiva para legislar sobre instituciones que hayan tenido una configuración consuetudinaria específica en su ámbito territorial, competencia que trae causa... de lo prevenido en el citado artículo 149.1.8 de la Constitución y que se configura en el artículo 31.2 del EACV, precepto, este último, cuya virtualidad competencial ha de ser entendida, por lo demás, a la luz de lo dispuesto en la Ley Orgánica 12/1982, de transferencias a la Comunidad Valenciana de competencias de titularidad estatal” (Fundamento Jurídico 1, párrafo 3.º).

Pero semejante afirmación casi incidental, habida cuenta del contexto en el que se hace (nadie cuestiona el artículo 31.2 EACV en relación con el artículo 148.2 CE), tiene una enorme importancia, ya que supone el reconocimiento, por parte del Tribunal Constitucional, de la vía del artículo 150.2 CE para justificar en el caso de la Comunidad Valenciana, esa competencia del artículo 31.2 EACV.



Comunidad Autónoma con el límite del artículo 148.2 CE. la solución aparece recogida en el artículo 37.2:

“La asunción de las competencias previstas en el apartado anterior de este artículo, así como aquellas otras que, reguladas en este Estatuto, estén incluidas en el ámbito del artículo 149.1 de la Constitución, se realizarán por uno de los siguientes procedimientos:

a) Transcurridos los cinco años previstos en el artículo 148.2 de la Constitución, previo acuerdo de las Cortes de Aragón adoptado por mayoría absoluta y previa Ley Orgánica aprobada por las Cortes Generales, según lo previsto en el artículo 147.3 de la Constitución.

b) Mediante Leyes Orgánicas de delegación o transferencia, siguiendo el procedimiento del artículo 150.2 de la Constitución, bien a iniciativa de las Cortes de Aragón, del Gobierno de la Nación, del Congreso de los Diputados o del Senado”.

Es evidente que hasta el presente no ha tenido lugar modificación alguna de los Estatutos de Autonomía, y concretamente del Estatuto de Aragón. Pero, a diferencia del caso de Valencia, tampoco se ha utilizado la vía del artículo 150.2 de la Constitución, de manera que pueda decirse que ha tenido lugar una delegación legislativa adecuada para entender que, a pesar del artículo 148.2 CE, la Comunidad Autónoma ha adquirido competencia en materia de Derecho Civil, concretamente la recogida en el artículo 35.1.4, antes transcrito, de su Estatuto.

Las previsiones del artículo 37.2 del Estatuto no son, pues, sino eso: previsiones, con un valor meramente programático. En principio, no cabe pues admitir que la Comunidad de Aragón haya adquirido competencia en materia de Derecho Civil al amparo de ese artículo 37.2 de su Estatuto.

Veamos por último el caso de las Islas Baleares. Su Estatuto atribuye también a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre la “conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles especiales de la Comunidad Autónoma” (artículo 10.22). También en este caso se extiende la competencia de los órganos jurisdiccionales en las Islas Baleares, “en el

orden civil, a todas instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión en materia de Derecho civil de las Islas” (artículo 49.1.a).

El sistema para salvar la contradicción entre las competencias reconocidas en el Estatuto que exceden del artículo 148.1 CE es el mismo que el del Estatuto de Aragón (artículo 16.2). En este caso tampoco ha habido modificación del Estatuto, ni se ha utilizado la vía del artículo 150.2 CE de manera que pueda considerarse transferida la competencia legislativa en materia de Derecho Civil a la que se refiere el artículo 10.22. La situación en esta materia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares es pues idéntica a la de la Comunidad Autónoma de Aragón.

No existe pues base para entender que estas dos Comunidades, la de Aragón y la de las Islas Baleares, tienen actualmente competencia para la conservación, modificación y desarrollo de sus respectivos Derechos civiles, forales o especiales.

No existe base, salvo si se entiende correcta la tesis defendida por Eduardo GARCIA DE ENTERRIA en torno al artículo 149.1.8 CE(8), manifestado por él mismo precisamente en relación con el artículo 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón:

“El párrafo 8.º (se refiere al artículo 149.1.8), que reserva una potestad legislativa autonómica, no configura ésta como mero desarrollo de unas “bases” estatales previas, sino como un ámbito material separado de la legislación civil del Estado y, por tanto, no sometido en principio a ésta, salvo lo establecido en el Derecho Civil sobre el carácter de Derecho común de la legislación civil general y sus consecuencias. Por ello la competencia autonómica no se articula en este caso como una participación en una competencia exclusiva del Estado, sino como una competencia exclusiva y completa de la Comunidad Autónoma, lo que sitúa el supuesto fuera de la técnica común del artículo 149.1; estimo por ello, perfectamente correcto el cri-

---

(8) Así parece entenderlo J. AROZAMENA SIERRA. *Competencia de las Comunidades Autónomas en materia civil: el artículo 149.1.8 de la Constitución*. Actualidad Civil. 1988. Núm. 35. Vid. pág. 2183.

terio del reciente Estatuto de Autonomía Aragón, cuyo artículo 35.1.4, atribuye a esta Comunidad Autónoma toda la competencia para “la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés”, no obstante tratarse de una Comunidad de Autonomía menor, que, por ello, no podría haberse atribuido competencias propias del artículo 149. Simplemente, el párrafo 8.º del artículo 149.1, en cuanto se refiere a los derechos forales, está situado asistemáticamente, o, si se prefiere, no es coherente con el resto del contenido del precepto; es más bien una competencia autonómica de la misma naturaleza que las del artículo 148.1”(9).

Según la argumentación transcrita, como el artículo 149.1.8 prevé una competencia legislativa autonómica que no constituye el desarrollo de unas bases estatales, y, consecuentemente, no se articula como una participación en una competencia exclusiva del Estado, contiene en definitiva una competencia autonómica de la misma naturaleza que las del artículo 148.1. Por lo que —se concluye— esa competencia debería recibir el mismo tratamiento que las del artículo 148.1, y no estaría sometida a la limitación impuesta por el artículo 148.2 CE.

Ya dije en su día que la tesis era ciertamente sugestiva(10). Añadiré ahora algo más. Se trata de una solución inteligente para un problema político. No obstante, sigo creyendo que rebasa los límites del respeto que toda interpretación debe tener para el texto de la ley; máxime cuando la ley es la Constitución y cuando la misma ha sido aprobada hace relativamente poco tiempo(11).

Cualquiera que fuere la intención de nuestros constituyentes al redactar el artículo 149.1 o cualquiera que sea la finalidad del artículo 149.1 CE, es evidente que el mismo no puede ser confundido en principio con el artículo 148.1. El artículo 148.2 es claro

(9) *La significación de las competencias exclusivas del estado en el sistema autonómico.* En Revista Española de Derecho Constitucional. 1982. núm. 5. Vid. pág. 89.

(10) *Las competencias de las Comunidades autónomas en materia de Derecho civil...* Vid. pág. 100.

(11) “La realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” las normas (artículo 3.º.1 C.C.) no puede convertirse en instrumento al servicio del aplicador de la ley para enmendar la plana al legislador al día siguiente de que éste la haya aprobado.

al respecto y no deja resquicio alguno para semejante confusión. Pero aún hay más. Cabe cuestionar que el espíritu y la finalidad de los artículos 148 y 149 sean los señalados en la argumentación que ahora discuto. No es claro que el artículo 148.1 esté diseñado únicamente para enumerar competencias exclusivas mientras el artículo 149.1 se refiera únicamente a competencias compartidas. ¿Cómo establecer, por otra parte, una relación totalmente coherente entre esos criterios y el mayor o menor grado de autonomía reconocido a unas u otras Comunidades?

Precisamente la función del artículo 150.2 CE es la de dejar abierta una vía para subsanar las rigideces derivadas del sistema de los artículos 148 y 149. La crítica sobre la oportunidad de incluir el artículo 149.1.8 en ese artículo 149 y no en el 148 podría pues servir como justificación para subsanar ese defecto a través de una ley de delegación del artículo 150.2. Pero nada más. La crítica no puede llevar a prescindir del tenor literal y sistemático de la Constitución, así como de la voluntad de nuestros constituyentes.

Como decía antes, la misma idea, según la cual el artículo 148.1 sería sede de competencias exclusivas, mientras que el artículo 149.1 lo sería de competencias compartidas, resulta un tanto problemática.

El artículo 149.1.8 atribuye la competencia exclusiva sobre la legislación civil al Estado, *sin perjuicio* de reconocer también una competencia legislativa exclusiva a favor de determinadas Comunidades Autónomas en relación con *la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales*. Ese sistema de atribuir una competencia exclusiva al Estado, sin perjuicio de reconocer otra posible competencia a favor de las Comunidades Autónomas se encuentra también en otros lugares del artículo 149, concretamente en el artículo 149.1.6 y en el artículo 149.1.18(12), sin que de ello se haya deducido o se pueda deducir directamente, y prescindiendo del propio artículo 148 CE, que tales competencias autonómicas

---

(12) El artículo 149.1.17 salva también una posible competencia de las Comunidades Autónomas con la expresión *sin perjuicio*, pero ello es para reconocer competencias sobre una actividad de carácter ejecutivo.

sean en realidad propias de dicho artículo 148 CE.

Cuando nuestros constituyentes quisieron atribuir desde un principio competencias a todas las Comunidades Autónomas (la posibilidad de tal competencia) sobre una determinada materia, excluida de las competencias estatales del artículo 149.1, la incluyeron expresamente en el artículo 148, pero tanto si suponían competencias exclusivas de carácter legislativo como si no era así. Ejemplos de la primera fórmula de división competencial son los casos del artículo 148.1.4 frente al artículo 149.1.24, del artículo 148.1.5 y 6 frente al artículo 149.1.20 y 21, del artículo 148.1.10 frente al artículo 149.1.22, del artículo 148.1.11 frente al artículo 149.1.19, del artículo 148.1.15 y 16 frente al artículo 149.1.28. Ejemplos de la segunda fórmula de división competencial son el artículo 148.1.9 en relación con el artículo 149.1.23 y el artículo 148.1.21 en relación con el artículo 149.1.16, que recogen competencias legislativas compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Frecuentemente esas competencias legislativas exclusivas del artículo 148 no coinciden plenamente con el margen dejado por el artículo 149 a favor de las Comunidades Autónomas. Tal es la complejidad del artículo 148, que puede dejar un margen de aplicación al artículo 149.3 incluso en las materias a las que se refieren esas competencias legislativas exclusivas.

De ser correcta la tesis mantenida por Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, habría bastado con hacer una referencia general en el artículo 148.1 a todas las competencias exclusivas no comprendidas en la reserva de competencias a favor del Estado del artículo 149.1. La fórmula habría sido tan sencilla que resulta obvio que nuestros constituyentes, so pena de ser descalificados como juristas, no la quisieron, optando por un deslinde de competencias más complejo, según se tratase de unas Comunidades Autónomas, las del artículo 149 (artículo 151 y disposición transitoria 2.<sup>a</sup> CE) u otras, las del artículo 148.

Un apunte final. Aún admitiendo la tesis que estoy discutiendo, según la cual debe darse el tratamiento propio del artículo 148.1 a la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas sobre Derechos civiles, forales o especiales, la misma no

sería aplicable a la legislación civil sobre obligaciones contractuales, puesto que el mismo artículo 149.1.8 atribuye en todo caso competencia al Estado sobre las bases de las obligaciones contractuales. Nos encontraríamos pues ante un supuesto claro de competencia compartida, a la que no cabría aplicar el tratamiento propio del artículo 148.1.

El Tribunal Constitucional ha venido a recordar con frecuencia que, si bien el techo competencial de las Comunidades Autónomas depende en primer lugar de sus respectivos Estatutos, éstos a su vez dependen de la Constitución, la cual, de acuerdo con los artículos 148 y 149 CE, no permite el mismo techo para todas las Comunidades Autónomas. Valga con citar la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 217/88 de 29 de noviembre (BOE de 23 de diciembre) sobre la Ley de Aguas 29/85 y el desarrollo reglamentario de la misma (Vid. en especial los Fundamentos jurídicos 17, párrafo 4.º y 18, párrafos 2.º a 4.º); también la Sentencia del Pleno 62/1990, de 30 de marzo (B.O.E. de 7 de mayo), sobre la Ley 38/1988, de Demarcación y Planta Judicial (Vid. en especial el último párrafo del Fundamento Jurídico 4).

Como he dicho al principio de este epígrafe, el Tribunal Constitucional no aborda expresamente en ninguna de las Sentencias consideradas este problema, entre otras razones porque, sorprendentemente, el mismo no fue suscitado por la Abogacía del Estado. Ello significa que para la Abogacía del Estado semejante problema es inexistente, a pesar de las consideraciones que acabo de realizar en torno al mismo. Ya he señalado, no obstante, que en la Sentencia 121/92, aun sin entrar en una consideración expresa de la cuestión, el Tribunal viene a reconocer que la competencia recogida en el Estatuto valenciano con respecto al Derecho civil (artículo 31.2) se encuentra respaldada por la Ley Orgánica 12/1982, de transferencias a la Comunidad Valenciana de competencias de titularidad estatal. Surge entonces, inmediatamente la pregunta. Si tal es la opinión del Tribunal Constitucional con respecto a la Comunidad Valenciana, ¿por qué no mantiene la misma tesis frente a las Comunidades Aragonesa y de las Islas Baleares, en las Sentencias 88/93 y 156/93?

Cabe presumir que en estos momentos constituye doctrina oficial aquélla, según la cual, la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el Derecho civil, foral o especial, no está sometida a la limitación del artículo 148.2 CE. Así parece resultar de la reciente Ley orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, sobre Transferencia de Competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la Autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución. En efecto, el objeto de dicha Ley orgánica (artículo 1.º de la misma) —y así se explica en su Exposición de Motivos— es el de conceder a esas Comunidades Autónomas, una vez transcurridos los cinco años del artículo 148.2, las competencias correspondientes al artículo 149.3 por vía del artículo 150.2 de la Constitución(13). Sin embargo, a pesar de tales propósitos, no se encuentra recogida entre las transferencias de competencias de la Ley la competencia relativa al Derecho civil, foral o especial. Lo que parece signo inequí-

---

(13) “Cumplidos los plazos mínimos previstos en la Constitución para proceder a la ampliación de competencias de las Comunidades Autónomas, que por haber accedido a su autogobierno por la vía del artículo 143 no pudieron asumir en sus Estatutos más que las mencionadas en el artículo 148.1 de la Constitución, se planteó la necesidad de dar satisfacción a las aspiraciones de asunción de nuevas competencias expresadas por las mismas.

...el 28 de febrero se firmaron unos Acuerdos Autonómicos en los que se fijan las bases para poner en práctica este proceso.

...La puesta en práctica del proceso de ampliación de competencias se desarrolla a partir de la presente Ley, utilizando la vía prevista en el artículo 150.2 de la Constitución y en los propios Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del artículo 143, que la recogen a continuación de aquellas competencias que se enumeran como diferidas, como una de las vías de asunción de tales competencias.

...Su estructura y sistemática responde a la finalidad de completar el proceso mediante la incorporación de las competencias recogidas en la misma en los Estatutos de Autonomía. De esta forma pretende dar respuesta al doble objetivo de racionalizar el proceso, posibilitando un funcionamiento ordenado y estable del Estado Autonómico en su conjunto, y de dar satisfacción a las aspiraciones de la Comunidades Autónomas del artículo 143 de asumir las nuevas competencias mediante la reforma de sus Estatutos.

Por lo que se refiere al ámbito material de la ampliación de competencias, la Ley basa su contenido en los siguientes criterios:

...2.º Equipara sustancialmente las competencias de las Comunidades Autónomas del artículo 143 con aquellas cuyos Estatutos han sido elaborados de acuerdo con lo establecido en el artículo 151, núm. 2 de la Constitución.

...3.º Respecto de las competencias que aparecen como diferidas en los Estatutos de Autonomía, teniendo en cuenta la falta de coincidencia entre ellos, efectúa un tratamiento homogéneo cuyo resultado es la consideración total del conjunto de materias que aparecen mencionadas, con independencia de que aparezcan en uno o en varios Estatutos.

voco de que nuestros legisladores consideran que dicha transferencia de competencias se ha producido ya.

## II. EL NACIMIENTO DE UN NUEVO DERECHO CIVIL, FORAL O ESPECIAL: EL DERECHO CIVIL VALENCIANO

Antes de ser aprobado el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Valencia, la doctrina era unánime en considerar que el Derecho Civil Foral de Valencia había quedado definitivamente derogado con los Decretos de Nueva Planta de Felipe V. Lo que quiere decir que Valencia carecía desde entonces de Derecho Civil Foral. Citaré algunos manuales u obras de carácter general especialmente significativos al respecto, sobre todo dentro del campo del Derecho Civil.

En el *Manual de Historia del Derecho Español*(14) de Francisco TOMAS Y VALIENTE se dice lo siguiente en relación con los mencionados Decretos de Felipe V:

“El primero de los decretos que nos ocupan fue promulgado por Felipe V el 29 de junio de 1707, es decir, dos meses después de la Batalla de Almansa. Afecta a los Reinos de Valencia y Aragón, entonces ya dominados militarmente. Su contenido es tan rotundo y explícito que merece ser transcrito, al menos en su primera mitad(15).

Conviene señalar ahora que este decreto de 29 de junio de 1707 significó la definitiva extinción de todo el derecho de Valencia...

---

4.º Así mismo se incluyen de manera homogénea otras materias que aparecían recogidas en niveles competenciales diferentes y aquéllas que por suponer una extralimitación respecto de lo establecido en el artículo 148.2 de la Constitución Española no han permitido el ejercicio de su competencia por la Comunidad.

...En coherencia con la finalidad de incorporar al contenido de esta Ley en los respectivos Estatutos de Autonomía, las modalidades de control que se recogen en el Título III, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 150.2, al señalar que la Ley preverá “las formas de control que se reserve el Estado”, quedarán sin efecto al producirse la mencionada incorporación en los Estatutos”.

(14) Vid. págs. 371-372 de la 2.ª ed. Tecnos. Madrid, 1980.

(15) “Considerando haber perdido los Reynos de Aragón y de Valencia, y todos sus habitantes por la rebelión que cometieron, faltando enteramente al juramento de fidelidad que me hicieron como a su legítimo Rey y Señor, todos los fueros, privilegios, exenciones y libertades que gozaban, y que con tal liberal mano se les habían concedi-



Años después, en 1719, y con ocasión de un viaje de Felipe V a Valencia, el Ayuntamiento de la ciudad le solicitó la devolución por lo menos del Derecho Civil valenciano; al parecer, Felipe V concedió verbalmente lo que se le pedía. Pero a pesar de que se insistió en la misma solicitud en 1721, el mandato regio otorgado de palabra en 1719 no logró la plasmación normativa necesaria. Por consiguiente, la derogación de 1707 fue total y definitiva para el Reino de Valencia”.

En el *Derecho Civil de España* de Federico DE CASTRO Y BRAVO(16) se lee lo siguiente:

“La Ley de Bases y el Código Civil no contienen precepto alguno que determine los territorios en que subsiste Derecho Foral. En la Ley de Bases hay una referencia a las legislaciones de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y Provincias

---

do, así por mí como por los Señores Reyes mis predecesores, particularizándolos en ésto de los demás Reynos de esta Corona; y tocándome el dominio absoluto de los referidos Reynos de Aragón y de Valencia, pues a la circunstancia de ser comprehendidos en los demás que tan legítimamente poseo en esta Monarquía, se añade ahora la del justo derecho de la conquista que de ellos han hecho últimamente mis Armas con el motivo de su rebelión: y considerando también, que uno de los principales atributos de la Soberanía es la imposición y derogación de leyes, las quales con la variedad de los tiempos y mudanza de costumbres podría yo alterar, aún sin los graves y fundados motivos y circunstancias que hoy concurren para ello en lo tocante a los de Aragón y Valencia; he juzgado por conveniente (así por ésto como por mi deseo de reducir todos mis reynos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla, tan loables y plausibles en todo el Universo) abolir y derogar enteramente, como desde luego doy por abolidos y derogados, todos los referidos fueros, privilegios, prácticas y costumbres hasta aqui observadas en los referidos Reynos de Aragón y Valencia; siendo mi voluntad, que éstos se reduzcan a las leyes de Castilla, y al uso, práctica y forma de gobierno que se tiene y ha tenido en ella y en sus Tribunales sin diferencia alguna en nada; pudiendo obtener por esta razón mis fidelísimos vasallos los Castellanos oficios y empleos en Aragón y Valencia, de la misma manera que los Aragoneses y Valencianos han de poder en adelante gozarlos en Castilla sin ninguna distinción; facilitando yo por este medio a los Castellanos motivos para que acrediten de nuevo los efectos de mi gratitud, dispensando en ellos los mayores premios, y gracias tan merecidas de su experimentada y acrisolada fidelidad, y dando a los Aragoneses y Valencianos recíproca e igualmente mayores pruebas de mi benignidad, habilitándolos para los que no lo estaban, en medio de la gran libertad de los fueros que gozaban antes, y ahora quedan abolidos: en cuya consecuencia he resuelto, que la Audiencia de Ministros que se ha formado para Valencia, y la que he mandado se forme para Aragón, se gobiernen y manejen en todo y por todo como las dos Chancillerías de Valladolid y Granada, observando literalmente las mismas regalías, leyes, práctica, ordenanzas y costumbres que se guardan en éstas, sin la menor distinción y diferencia en nada, excepto en las controversias y puntos de Jurisdicción eclesiástica...”. Novísima Recopilación, 3.3.1.

(16) Parte general. Tomo I. 3.<sup>a</sup> ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955. Vid. págs. 272-275.

Vascas; a las misma aluden, antes y después de ella los reales decretos de 1880 y 1889.

La doctrina ha admitido, sin vacilación, la existencia de Derecho Foral en Aragón, Cataluña, Mallorca, Navarra y Vizcaya; pero han surgido dudas sobre la vigencia de los fueros en Ayala, del Baylío, de Sepúlveda, de Vicedo y de las costumbres gallegas...

El artículo 12 del Código Civil conserva en vigor a los Fueros provinciales y al pequeñísimo número de Fueros municipales y costumbres comarcales que en territorio castellano habían escapado a la continuada labor asimilatoria del Derecho común. En el primer concepto tienen carácter foral los territorios de Aragón, Baleares, Cataluña y Navarra; en el segundo, los lugares en que se aplican los fueros de Ayala, del Baylío y de Vizcaya y las costumbres gallegas...

*Fueros derogados.*— No tienen valor de derechos forales aquellos que por expresa derogación, por estar en tácita contradicción con disposiciones legales en uso, por costumbre en contrario o por desuso, hubiesen dejado de tener vigor y de aplicarse antes de la publicación del Código Civil. Así, por ejemplo, los fueros de Valencia perdieron su vigencia al ser derogados por Felipe V, sin ser después reestablecidos (Nov. 3,3,1. STS 15 marzo 1860)".

Algo similar viene a decir el mismo autor en su *Compendio de Derecho Civil*(17).

"PROVINCIAS Y TERRITORIOS DE DERECHO FORAL.— El artículo 12 se refiere a "las provincias y territorios en que subsiste derecho foral". No dice cuáles sean. La teoría más seguida afirma que se refiere a las particularidades jurídicas hijas de un antiguo régimen de autonomía legislativa (Castán). Pero, con ella, se añadiría una nota extraña al Código y se contradicen sus inmediatos antecedentes legislativos. Se trata de una simple cuestión de hecho: la subsistencia de fueros y costumbres particulares (separadas del Derecho común) en el momento de publicarse el Código. La Ley de Bases se refiere incidental-

---

(17) Introducción y Derecho de la Persona. 5.ª ed. Madrid, 1970. Vid. págs. 59-60.

mente a “las legislaciones de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y Provincias Vascas” (B. 13); a los mismos territorios aluden, antes y después de su fecha, unos RR.DD. (2-2-1880 y 24-4-1889). Teniendo en cuenta estos datos, se considera indudable la conservación del Derecho foral en Aragón, Baleares, Cataluña y Vizcaya. Se ha dudado respecto a Galicia, por su carencia de disposiciones escritas; sin razón, porque se aludía a las costumbres gallegas, contrarias al Derecho común. El fuero de Ayala parece comprendido en la referencia a las Provincias Vascas, y se le estimó subsistente al agregarse a la Comisión foral de Vizcaya un representante de Alava (R.D. 15-5-1889). En fin, el Fuero del Baylío se ha conservado gracias al reconocimiento expreso hecho en tiempo de Carlos III, que se recogió en la Novísima Recopilación.

La doctrina y jurisprudencia entienden que no merecen la consideración de Derecho foral los Fueros de Valencia, Vicedo y Sepúlveda, porque habían perdido su vigencia ya antes de publicarse el Código Civil”.

Importa citar también el manual de Derecho Civil más conocido en España hasta fechas recientes (los años 70), y que ha influido de manera decisiva en la formación de varias generaciones de juristas desde los años 40. Se trata del *Derecho Civil Español, Común y Foral* de José CASTAN TOBEÑAS. Pues bien, al abordar la determinación de las regiones o territorios forales(18), menciona Aragón, Navarra, Cataluña, Baleares, Galicia y las Provincias Vascongadas. No existe mención alguna de Valencia, salvo la referencia contenida en una nota(19), para reconocer que tanto los fueros y costumbres particulares de Valencia, como los de Vicedo y Sepúlveda se encuentran entre los derogados por disposiciones legales, costumbres contrarias o por el desuso con anterioridad al momento de publicarse el Código Civil.

Idéntica posición siguen reflejando en la actualidad los manuales españoles de Derecho Civil con mayor difusión.

(18) T.I. Introducción y Parte General. Vol. 1.º. 9.º ed. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1955. Vid. págs. 204 a 206.

(19) Nota 2 de las págs. 206-207.

En su *Derecho Civil*(20) Manuel ALBALADEJO expone lo que sigue:

“1. Las regiones forales.—Las regiones que tienen derecho *foral o especial o particular* se denominan regiones forales o aforadas son las siguientes: Cataluña, Aragón, Baleares, Navarra, Galicia, parte de Vizcaya y de Alava, (formando ambas partes una sola región), la antigua tierra de Ayala (Alava) y una última compuesta por cierto sector de Extremadura (Alburquerque, Jerez de los Caballeros y algunos otros pueblos).

A tenor del Código, por región foral hay que entender cualquier territorio en el que al publicarse aquél rigiesen normas civiles distintas del Derecho común. Este viene a ser sustituido por el Código (artículo 1976); aquéllas subsisten (antiguo artículo 12, actual artículo 13)”.

Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLON abordan ya expresamente, en su *Sistema de Derecho Civil*, la problemática creada con respecto al Derecho Civil foral o especial de Valencia por el artículo 31 del Estatuto de Autonomía(21):

“En el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, el artículo 31 establece que la Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre “conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano”.

Se trata de una norma de constitucionalidad más que dudosa, porque el artículo 149.1.8 de la Constitución, como en su momento vimos, permite la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Foral allí donde existiera, y era absolutamente imposible hablar de la preexistencia en el momento de promulgarse la Constitución de un Derecho civil valenciano. Seguramente por ello y por algunas otras extralimitaciones del techo competencial del artículo 148, que correspondía a esta Comunidad, la Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto, reguló el problema de las materias de titularidad estatal comprendidas en el Estatuto que exceden de las competencias figuradas en el artículo 148 de la Constitución en favor de la Comunidad

---

(20) Tomo I, Volumen 1.º, 11.ª ed. Librería Bosch. Barcelona, 1989. Vid. pág. 65.

(21) Tomo I. 8.ª ed. Tecnos. Madrid, 1992. Vid. pág. 87.

Autónoma. En esta Ley, el artículo 1.º.1.b) permite a la Comunidad Autónoma la potestad legislativa sobre tales materias, de conformidad con el artículo 150 de la Constitución, es decir, como competencias transferidas, pero limita esta transferencia, ya que exige que la potestad legislativa no se encuentre reservada al Estado por la Constitución, por lo que hay que entender que el precepto no permite una potestad legislativa sobre materias de Derecho Civil”.

Los *Elementos del Derecho Civil* es el manual que mayor sensibilidad ha mostrado con respecto a la problemática del Derecho Civil foral, sin duda por la actitud que con respecto a esta cuestión han venido manteniendo sus autores, José Luis LACRUZ BERDEJO y sus discípulos más directos. Con todo, al abordar esta problemática suscitada en torno a la hipotética existencia de un Derecho Civil foral valenciano, dicho manual muestra una actitud dubitativa y un tanto compleja al respecto(22):

“*Los Derechos civiles forales o especiales en los Estatutos de autonomía.* Consecuencia importante de la opción “foralista” tomada por la Constitución es que no todas las Comunidades Autónomas podrán tener, ni ahora ni nunca, competencias legislativas sobre un Derecho Civil propio. Es esta la única diferencia que necesaria y definitivamente, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, se mantendrá entre las distintas Comunidades autónomas en el marco de la Constitución de 1978. Diferencia que no se fundamenta en el cauce por el que cada una accedió a su autonomía o las distintas cotas de autogobierno político que puedan alcanzar, sino en el hecho histórico de la existencia previa, en algunas de ellas, de un Derecho Civil Foral o especial. Así se deduce del límite constitucional “allí donde existan”...

El caso de Valencia es singular. Este antiguo reino perdió su peculiar derecho en el año 1707, por Decreto de Felipe V, según hemos visto... Desde entonces se ha regido por el Código Civil, salvo algunas especialidades consuetudinarias: las más notables, en materia de riegos y acequias. Pero ahora el Estatuto de

---

(22) Concretamente en la 9.ª ed. del Vol. 1.º del T. I (Librería Bosch. Barcelona, 1988. Vid. págs. 104-106), revisada y adicionada por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA.

1 julio 1982, en su artículo 31-2, confiere a la Generalidad competencia exclusiva en materia de “conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano”. Tales palabras, en su sentido más propio, designan un ordenamiento que *existe ahora*, y no uno que *ha existido*, aunque Valencia puede invocar sobre su ordenamiento civil pretérito “derechos históricos”. Aún así, es harto dudoso que la facultad de dictar normas de las Cortes Valencianas se extienda, en el ámbito civil, más allá de los Institutos consuetudinarios en vigor. Y desde luego, aun de aceptarse la tesis más amplia, la legislación de las Cortes Valencianas no podría abarcar cualquier materia civil, sino sólo las reguladas en los Furs: en efecto, tal legislación posible no encuentra como parámetro un Derecho Foral escrito ya existente, y si sólo cuerpos históricos cuya repristinación tiene base constitucional en la disposición adicional primera de la Constitución, y no en el citado artículo 149, pensado en su momento para los Derechos Forales ya compilados, es decir, para los del Catálogo oficial desde que se promulgó el Código.

Cabría entender también que el Derecho Civil Valenciano se reduce (o, en todo caso, incluye) al Derecho consuetudinario, señaladamente en materia de aprovechamiento de las aguas de riego. Pero el texto estatutario apunta a una realidad más amplia, como se advierte mejor por comparación con los que... ponen al cuidado de ciertas Comunidades su Derecho consuetudinario”.

Resulta pues indiscutible que en el momento de aprobación de nuestra Constitución la Comunidad Valenciana carecía de Derecho civil foral. La consecuencia lógica de semejante situación debería haber sido una declaración de inconstitucionalidad de la Ley 6/1986 de la Generalidad Valenciana, sobre arrendamientos históricos, por imposibilidad de aplicar el artículo 149.1.8 a la mencionada Comunidad, puesto que dicho precepto se refiere a los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, *es decir*, allí donde estén vigentes en el momento de entrada en vigor de la Constitución(23). Ello debería haber

---

(23) Vid. Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO. *Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil*. “Primer Congreso de Derecho

implicado —claro está— una declaración de inconstitucionalidad del Estatuto de la Comunidad Valenciana, por lo que hace referencia a su artículo 31.2, así como, parcialmente, a su artículo 40.1.a)(24).

Semejante solución únicamente se habría podido salvar, admitiendo que, tal y como se indica en el texto transcrito de los Elementos del Derecho Civil, la competencia de la Comunidad para legislar sobre esa materia de los arrendamientos históricos procediese, no del artículo 149.1.8 CE, sino de la disposición adicional primera CE. Ahora bien, en la Sentencia 121/92 del Tribunal Constitucional no existe referencia alguna a dicha disposición adicional primera CE, la cual, por otra parte, no tiene nada que ver con los Derechos civiles forales o especiales(25) tal y como el propio Tribunal reconoce en la Sentencia 88/93, relativa a la Ley 3/1988 de las Cortes de Aragón, sobre hijos adoptivos.

Sin embargo, la Sentencia 121/92 del Tribunal Constitucional viene a admitir básicamente la competencia de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho Civil, al amparo del artículo 149.1.8 CE y del artículo 31.2 del Estatuto de Autonomía de dicha Comunidad. Probablemente el Tribunal Constitucional

---

Vasco: la actualización del Derecho Civil". Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 1983. Vid. págs. 102 y ss.

Mantienen la tesis contraria, con respecto al Derecho civil, foral o especial, del País Vasco —la extensión del mismo a territorios no aforados en el momento de entrada en vigor de la Constitución— Jacinto GIL RODRIGUEZ y José Javier HUALDE SANCHEZ, en su Prólogo a la edición de la Ley 3/1992 del Derecho Civil Foral del País Vasco, en *Compilaciones y leyes de los derechos civiles forales o especiales*. Ed. Tecnos y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Vid. págs. 833 y ss.

Incluso en el caso del País Vasco —cuyo Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva para la fijación del ámbito territorial de vigencia de su Derecho civil (artículo 10.5)— entiendo correcta la tesis contraria, que mantengo en el trabajo citado.

(24) El Tribunal Constitucional ha afirmado en múltiples ocasiones que "la Constitución conserva intacta su fuerza normativa dominante como "lex superior" de todo el ordenamiento, fuerza normativa que no se agota ni disminuye con la promulgación de los Estatutos de Autonomía, cuyos preceptos ... nada pueden frente a las normas constitucionales" Sentencia 20/1988, de 18 de febrero. Vid. el Fundamento Jurídico 33.

(25) Ni en los Antecedentes (alegaciones de las partes), ni en los Fundamentos de Derecho. Tampoco se menciona dicho precepto en la Exposición de Motivos de la Ley 6/1986, objeto de aquélla, a la hora de justificar la Competencia de la Comunidad. A tal efecto sólo se cita el artículo 149.1.8 CE.

ha considerado manifiestamente inoportuno declarar en estos momentos la inconstitucionalidad de un Estatuto de Autonomía. Ha optado por admitir, en consonancia con ese Estatuto de Autonomía, la competencia legislativa de la Comunidad con respecto a un tema muy concreto y relativamente menor. Como se verá, en la Sentencia se trata de reducir al mínimo esa competencia legislativa de la Comunidad Valenciana. El problema radica en si, una vez abierta la puerta, los legisladores autonómicos permitirán que la misma permanezca entreabierta únicamente para conservar un derecho consuetudinario sobre arrendamientos rústicos o si optarán por abrirla del todo, ejerciendo todas las competencias que permiten en principio esos artículos 149.1.8 CE y 31.2 del Estatuto de la Comunidad Valenciana. Por lo pronto, ya en las alegaciones presentadas ante el Tribunal Constitucional, la Presidencia de la Generalidad Valenciana afirma reiteradas veces que la competencia de la Comunidad comprende no sólo la conservación del Derecho civil consuetudinario propio, sino también su modificación y desarrollo(26).

Como ya he señalado, nadie menciona la disposición adicional primera CE a la hora de justificar la hipotética competencia de la Comunidad Valenciana en relación con la Ley 6/86 de la

---

(26) "Los Estatutos en otro orden de cosas, difieren en punto a la competencia atribuida sobre Derecho civil, pues mientras en algunos dicha competencia lo es para la conservación, modificación y desarrollo de aquél (entre otros, en el Estatuto de la Comunidad Valenciana), existen Estatutos que no hacen referencia alguna a tal materia y en otros en los que tan sólo existe una declaración programática por la que se encarga a la Comunidad Autónoma el impulso para la conservación y, en su caso, compilación del Derecho consuetudinario. Estas diferencias son significativas, pues una cosa es dejar reducida la competencia a la conservación del Derecho consuetudinario (lo que quiere decir mantener su vigencia sin modificaciones) y otra el hacer posible la modificación y el desarrollo del Derecho civil, escrito o consuetudinario, pues en tal caso es posible variar, a través de la norma escrita, el contenido del Derecho consuetudinario, posibilidad de modificación que no tiene como límite la competencia estatal en materia de legislación civil, efectivamente exclusiva, pero referida a aquellas materias que no constituyen el objeto propio del Derecho foral o especial.

La competencia autonómica queda en estos casos referida al Derecho civil propio, determinación más sencilla cuando existe una compilación preconstitucional del Derecho foral que cuando, como en el caso valenciano, tal compilación no existe, con lo que resulta preciso indagar cuál es la materia que consuetudinariamente viene respondiendo al concepto de Derecho civil valenciano. La institución que a estos efectos importa, de gran raigambre histórica, es la del arrendamiento histórico valenciano, figura que cuenta con perfiles concretos y características específicas, semejantes al arrendamiento de fincas rústicas, pero que participa de la naturaleza de otras instituciones igualmente tradicionales, aunque hoy en desuso, que suponían la división de la propie-



Generalidad Valenciana. Todo el debate se realiza en base a la interpretación y aplicación de los artículos 149.1.8 CE y 31.2 del Estatuto de Autonomía Valenciano, y a ello se atiende el Tribunal en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia.

El Tribunal considera que la referencia a la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales (introducida en el artículo 149.1.8 CE por la expresión “*sin perjuicio*”) “alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la aprobación y entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución” (Fundamento Jurídico 1, párrafo segundo). Sólo así —añade el Tribunal— cabe entender el artículo 31.2 del Estatuto de Autonomía Valenciano: la competencia exclusiva que allí se atribuye a la Generalidad no puede estimarse referida sino al Derecho consuetudinario. De ahí la afirmación del Tribunal en el Fundamento Jurídico 1, párrafo tercero: “no es pues dudoso que la Generalidad Valenciana ostenta competencia exclusiva para legislar sobre instituciones que hayan tenido una configuración consuetudinaria específica en su ámbito territorial, competencia que trae causa, como queda dicho, de lo prevenido en el citado artículo 149.1.8 CE y que se configura en el artículo 31.2 EACV, precepto, éste último, cuya virtualidad competencial ha

---

dad. Esta institución consuetudinaria sirve de soporte a la Ley impugnada, dictada pues, en ejercicio de una competencia compartida con el Estado, pero exclusiva de la Comunidad Autónoma en cuanto a la parcela concreta del Derecho civil. El contenido propio de esta competencia viene definido por las tres posibilidades de conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil valenciano, expresiones éstas que impiden la interpretación expuesta por el recurrente, que parece referir la competencia autonómica a la mera posibilidad de reducir una costumbre de Derecho escrito.

Como conclusiones, en cuanto a lo expuesto, se formulan, pues, las siguientes: que para el ejercicio de la competencia autonómica basta con la existencia de un Derecho consuetudinario propio que recaiga sobre una institución igualmente propia, no regulada por el Derecho común; que dicha competencia no supone sólo la posibilidad de reflejar la costumbre en norma escrita, sino que se extiende a la modificación y desarrollo del Derecho creado por aquélla y, aún más, supone la atribución de una competencia de desarrollo de ese Derecho civil valenciano, que podría haber llevado al legislador aún más allá de lo que lo ha hecho y, por último, que el ejercicio de esta competencia no puede quedar limitado por el ejercicio de la que el Estado ostenta en materia de legislación civil, pues cada una de estas competencias tiene su propio ámbito de actuación”.

Antecedente 7, apartado a) de la Sentencia.

de ser entendida, por lo demás, a la luz de lo dispuesto en la Ley Orgánica 12/1982, de transferencias a la Comunidad Valenciana de competencias de titularidad estatal”.

El ejercicio de esta competencia legislativa transforma la costumbre, fuente jurídica de valor supletorio (frente al Derecho civil común) —artículo 1.3 del Código Civil—, en Ley, de aplicación preferente frente a la legislación civil del Estado (artículo 13.2 del Código Civil) (párrafo segundo del Fundamento Jurídico 2 de la Sentencia). La costumbre pasa de ser fuente supletoria a ser fuente preferente, mientras que la Ley estatal pasa de ser fuente preferente a ser fuente supletoria.

Ahora bien, como señala correctamente el Abogado del Estado(27), semejante transformación de la costumbre únicamente es posible si la misma constituye un Derecho civil foral. De lo contrario tendría que respetar la Ley. La costumbre únicamente puede tener una vigencia independiente de la Ley si es

---

(27) “Esta competencia autonómica presupone la existencia y vigencia del Derecho foral al tiempo de promulgarse la Norma constitucional, y por ello la pauta sobre su ámbito y extensión viene dada por el marco normativo realmente existente en materia del Derecho foral en cada territorio. Este Derecho podría ser modificado y desarrollado, pero siempre a costa de sus propios preceptos y nunca a costa del Derecho común, porque ahí —se observa— se encuentra el límite de otra competencia que se halla explícita y exclusivamente atribuida al Estado. Por ello, la competencia instituida en el artículo 31.2 del Estatuto de la Comunidad Valenciana (que reproduce prácticamente el mandato constitucional del artículo 149.1.8) debe ser entendida de acuerdo con la realidad normativa del Derecho civil valenciano que —dice el Abogado del Estado— carece actualmente de toda norma escrita, por gloriosa que fuera su tradición, y en donde no pueden reconocerse otras fuentes que aquéllas de carácter consuetudinario en cuanto tenga vigencia y en la medida en que ello no contravenga el sistema y orden de jerarquía de fuentes de Código civil. Esto no significa que queden viciados de contenidos los enunciados competenciales de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho foral, porque entre las competencias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral se cuenta indiscutiblemente la facultad de que las normas experimenten una distinta expresión formal y que lo que se tenda por costumbre pueda sancionarse en una norma escrita. Nada hay que objetar, así, a que la Comunidad Autónoma de Valencia legisle en la medida en que sea apreciable la existencia de un Derecho consuetudinario especial, pero tal posibilidad no debe alterar las fronteras entre el Derecho común (y la competencia estatal sobre legislación civil) y Derecho foral (que es, en el caso de la Comunidad Valenciana, una competencia sobre Derecho consuetudinario), y para que tales límites no se vean alterados es forzoso reconocer que una posible reducción de las costumbres a Derecho escrito no puede traducirse jamás en una variación en la jerarquía de fuentes aplicables a un instituto jurídico cualquiera. No por el hecho de codificarse podrá aspirar la costumbre a ocupar una posición jerárquica diferente a la que tenía en su forma de expresión primitiva. Si la costumbre regía en defecto de una ley aplicable, la Ley autónoma que la sancione no podrá pretender ocupar el rango de ley preferente frente a una ley estatal anterior o posterior a su vigencia” (Antecedente 1, párrafo 2.º de la Sentencia).

Derecho foral. Lo que resulta insostenible es la transformación o conservación de una costumbre supletoria (la única que puede estar vigente en nuestro sistema de Código civil) en una ley preferente(28). Si la costumbre es supletoria del Derecho común, no es Derecho foral. Si no es Derecho foral, no cabe aplicar el artículo 149.1.8 CE. Si no es Derecho foral, no cabe cambiar su rango normativo mediante una ley autonómica.

Es cierto que el artículo 149.1.8 puede amparar costumbres, pero siempre que tengan el carácter de Derecho civil foral. Aunque resulte evidente el artículo 149.1.8 no puede amparar cualquier costumbre, incluso si existiese al tiempo de aprobar la Constitución. Pero, en definitiva, eso es lo que nuestro Tribunal Constitucional ha venido a decir.

Resulta pues que, aunque se trate de una competencia basada en la preexistencia de una costumbre, ésta sólo es posible si la costumbre constituía previamente un Derecho civil foral. Y eso es lo que no constituía la costumbre valenciana en materia de arrendamientos históricos, puesto que —ha quedado claramente expuesto—, la doctrina admitía unánimemente la supresión de semejante Derecho foral en todas sus manifestaciones, a partir del Decreto de Felipe V de 1707.

Este razonamiento en contra de la solución adoptada por el Tribunal Constitucional viene a ser recogido de una u otra forma en los dos votos particulares discrepantes. En efecto, aunque el Excelentísimo Señor Don Carlos de la Vega Benayas redacta su voto en términos un tanto dubitativos, el mismo viene a señalar la misma cuestión que antes he apuntado con la siguiente pregunta: “¿No supondría ello la posibilidad de establecer por vía indirecta (circumventio) un Derecho civil inexistente e incluso la de legalizar costumbres contra legem?” (párrafo 11.º). El voto particular del Excelentísimo Señor Don José Gabaldón López es más explícito al respecto, al afirmar que la

---

(28) En alguna ocasión la costumbre tiene valor preferente con respecto a la Ley, pero sólo cuando y porque ésta lo indica así expresamente y con respecto a una materia concreta. Tal es el caso del contrato de aparcería (artículo 106 de la Ley 83/1980, de arrendamientos rústicos). Tal es el caso de los artículos 1496, 1552, 1580 y 1599 del Código Civil.

Ley valenciana en cuestión convierte “una Institución de origen consuetudinario contractual en una normativa legal, seguramente reductora, que extravasa el alcance del precepto constitucional citado (el artículo 149.1.8 CE) al introducir un derecho formulado por la Ley en una Comunidad donde existe solamente un derecho consuetudinario, lo cual dista de la conservación, modificación o desarrollo del Derecho existente” (párrafo 3.º).

Además de este argumento en el primer voto particular discrepante citado se plantea también la hipotética incidencia de la ley sobre las “bases de las obligaciones contractuales”: “¿No constituye una de las bases del sistema contractual español la autonomía o libertad contractual —libre consentimiento— en general y la de la temporalidad en los contratos arrendaticios en particular?” (párrafo 13.º). Semejante objeción resulta, sin embargo, excesiva. No parece que la alteración concreta de un modelo contractual tipificado, el contrato de arrendamiento rústico, con respecto a un determinado territorio, pueda suponer en verdad una alteración de esas bases de las obligaciones contractuales(29).

El Tribunal Constitucional ha querido en esta Sentencia reconocer competencia a la Comunidad Autónoma de Valencia para *transformar* una costumbre en ley. A tal efecto —como ya hemos visto— recurre al artículo 149.1.8 CE y al artículo 31.2 del Estatuto de Autonomía. Pues bien, la inadecuación de aquél para semejante competencia se revela incluso en los límites con los que el Tribunal pretende reconocer esa competencia. En efecto, los Fundamentos Jurídicos 2.b) y 3, párrafos 4.º a 6.º vienen a decir (ciertamente, de forma poco clara) que la competencia sólo existe en la medida en que existía la costumbre y en la medida en que la misma haya quedado fielmente recogida en la ley objeto de la Sentencia. Semejante conclusión sería válida si el artículo 149.1.8 CE (y consecuentemente el artículo 31.2 del Estatuto) limitara la competencia de las Comunidades de Derecho civil foral a la conservación de ese Derecho civil foral.

---

(29) Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO. *Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8 de la Constitución*. Estudios de Deusto. Vol XXXIV. 1986. págs. 303 y ss. Vid. las págs. 315 y ss., en especial, las págs. 323-324.

La Ley valenciana 6/1986 vendría pues amparada por la competencia de la Comunidad para conservar su propio Derecho civil. Pero resulta que la competencia se extiende también a la modificación y al desarrollo del mismo. Luego, una vez admitida la existencia de una costumbre con valor de Derecho civil foral, la Comunidad Valenciana podría no sólo conservarla, transformándola en una ley, sino también modificarla y desarrollarla. Sobre el alcance que pueda tener esta competencia con respecto al desarrollo de un Derecho civil foral me remito a lo que diré más adelante al hilo de comentar las Sentencias del Tribunal Constitucional 88/93 y 156/93.

A pesar de que la Sentencia reconoce la competencia legislativa correspondiente a la Comunidad Autónoma de Valencia, declara inconstitucional el párrafo 2.º del artículo 2.º y el inciso final (“la resolución recaída podrá también ser objeto de impugnación en vía administrativa”) del artículo 3.2 de esa Ley 6/1986, de regulación de los arrendamientos históricos valencianos, por entender que no tiene suficiente cobertura en el artículo 149.1.6 y 31.3 del Estatuto de Autonomía:

“Desde luego, de las particularidades del régimen sustantivo y de la especificidad del arrendamiento histórico valenciano no deriva ninguna necesaria especialidad de la ordenación de las vías procesales y de la defensa judicial de los derechos y deberes derivados de esa relación arrendaticia, de manera que la competencia autonómica para legislar sobre estos arrendamientos no conlleva una competencia legislativa de carácter procesal para establecer una regulación singular de ordenación del proceso.

A ello ha de añadirse que el artículo 2 de la Ley 6/1986 no establece una particularidad en la ordenación del proceso, sino una regla de competencia jurisdiccional cuya determinación corresponde en exclusiva al legislador estatal, y más concretamente a la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 122.1 CE), y normas concordantes, que han delimitado ya la competencia en el orden civil de los Juzgados y Tribunales en materia contractual en las controversias entre partes en materia de contratos privados. El legislador autonómico en ningún caso puede interferirse en dicho orden competencial o perturbarlo, pero

esto es lo que ha venido a hacer con una norma que no puede ser entendida sino como excluyente de la intervención que, según la legislación aplicable, han de tener aquí los órganos jurisdiccionales civiles para resolver las controversias que surjan en torno a la calificación y régimen jurídico de estos contratos” (Fundamento Jurídico 4, párrafos 3.º y 4.º).

### III. EL DERECHO CIVIL GALLEGO SOBRE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

La misma argumentación seguida por el Tribunal en esta Sentencia 121/92 es la que se recoge en la Sentencia 182/92 para admitir la constitucionalidad de la Ley 2/1986 del Parlamento de Galicia, de prórroga en el régimen de arrendamiento rústicos.

En esta Sentencia 182/92 el debate se centra en el artículo 149.1.8 CE y en el artículo 27.4 del Estatuto, que se encuentra explícitamente citado en la Exposición de Motivos de la Ley cuya competencia es objeto de la Sentencia:

“En el marco del presente Estatuto corresponde a la Comunidad Autónoma gallega la competencia exclusiva de las siguientes materias:

4. Conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego”.

En esos preceptos se centra pues la discusión en torno al tema competencial planteado, aunque la Junta de Galicia menciona en sus alegaciones (Antecedente 3 de la Sentencia) la disposición adicional primera CE como elemento de interpretación del artículo 149.1.8 CE. Por otra parte el Tribunal excluye la relevancia para el caso del artículo 30.1.3 del Estatuto de Autonomía (competencias de la Comunidad en materia de agricultura).

Como decía, el Tribunal se refiere expresamente a la doctrina sentada en la Sentencia 121/92, según la cual el artículo 149.1.8 CE “puede dar lugar.. a una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autónomo”, al margen de la Compilación

de Derecho civil foral (Fundamento Jurídico 3, párrafo 2.º). Puesto que —añade el Tribunal— las peculiaridades que ofrecen esos arrendamientos en Galicia y la opinión de la doctrina los convierte en Derecho civil propio especial (Fundamento Jurídico 3, párrafo 3.º), no existe dificultad en admitir la competencia de la Comunidad para legislar sobre la regulación de dichos arrendamientos rústicos, aunque en este caso la ley 2/1986 del Parlamento de Galicia no recoja regulación sustantiva alguna, sino una mera prórroga “tendente a asegurar la aplicabilidad de una legislación autonómica proyectada sobre un ámbito propio del Derecho civil especial de la Comunidad Autónoma de Galicia” (Fundamento Jurídico 3, párrafo 5.º).

En este caso, no cabe dudar sobre la existencia de un Derecho civil foral en Galicia. Pero sí que cabe cuestionar la existencia de un Derecho consuetudinario al margen de la Compilación, habida cuenta de que “las normas de Derecho civil especial de Galicia, escrito o consuetudinario, vigente a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella” y que “en todo lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código Civil” (Disposiciones finales 1.ª y 2.ª de la Compilación en su redacción originaria)(30). Probablemente habría resultado de mayor consistencia una argumentación tendente a admitir la competencia de la Comunidad en esta materia de arrendamientos rústicos en base al desarrollo de su Derecho civil foral, habida cuenta de la generosidad con la que el Tribunal ha venido a interpretar y a aplicar concretamente ese término a los efectos competenciales.

---

(30) La nueva redacción de la disposición final 1.ª (conforme a la Ley de la Comunidad 7/1987, de 10 de noviembre) mantiene la derogación del Derecho Consuetudinario por la Compilación: “Las normas de Derecho Civil de Galicia, escrito o consuetudinario, vigentes al promulgarse la Compilación de 2 de diciembre de 1963, se sustituyen por las contenidas en ellas, sin perjuicio de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Galicia sobre el Derecho Civil gallego respecto a su conservación, modificación y desarrollo”. No obstante, la reciente Ley gallega 11/1993, de 15 de julio, sobre el Recurso de Casación en materia de Derecho Civil especial de Galicia, establece en su artículo 2.º como posibles motivos de tal Recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia:

“2.º Error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre.

Me remito a lo que se dirá más adelante en relación con las Sentencias 88/93 y 156/93, citadas al principio de este trabajo.

En efecto, como ya decía, mencionando expresamente esta Ley 2/1986 de la Comunidad Autónoma de Galicia, el desarrollo de los preceptos de la Compilación del Derecho Civil de Galicia sobre la aparcería (artículos 59 a 83) debería permitir a dicha Comunidad legislar sobre las materias objeto de la Ley 83/1980, de arrendamientos rústicos, y concretamente sobre el contrato de arrendamiento rústico, y, más concretamente, sobre la prórroga de los llamados arrendamientos históricos de la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>, regla 3.<sup>a</sup> de esa Ley 83/1980(31).

Una muestra de la conexión normativa existente entre el contrato de aparcería y el de arrendamiento rústico puede verse en el artículo 106 de la Ley 83/1980, que prevé la aplicación supletoria a aquél de las normas sobre éstos, así como en el artículo 101, que regula la figura del arrendamiento parciario, básicamente por las normas establecidas para el arrendamiento, para los casos en los que “el cedente no aporta, además de la tierra, el ganado, la maquinaria y el capital circulante o lo hace en proporción inferior al 25 por 100”(32).

El voto particular discrepante formulado por el Excmo. Sr. Don Carlos de la Vega Benayas pone de relieve la inutilidad de la Ley gallega en cuestión. Según dicho voto, teniendo competencia en la materia la Comunidad de Galicia —por existir, en efecto, un Derecho consuetudinario al respecto—, no tendría

---

Los usos y costumbres notorios no requerirán prueba. A los efectos de este recurso son notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia Territorial de Galicia”.

(31) Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO. *Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8 de la Constitución*. Estudios de Deusto. Vol. XXXIV. 1986. págs. 303 y ss. Vid. págs. 323- 324.

Así parece entenderlo también Angel Luis REBOLLEDO VARELA en su Prólogo a la Compilación del Derecho Civil de Galicia, en *Compilaciones y leyes de los derechos civiles forales o especiales*. Ed. Tecnos y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 1993. Vid. pág. 564. No obstante, dicho autor reivindica la importancia histórica de la costumbre *contra legem* en el Derecho Civil de Galicia y aboga por una actualización y un desarrollo del Derecho Civil gallego tomando como punto de partida esas instituciones consuetudinarias propias de su pasado histórico.

(32) Vid. también el artículo 102, que define el contrato de aparcería.



que haber legislado para evitar la aplicación en su territorio de la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>, regla 3.<sup>a</sup> de la Ley 83/1980 de arrendamientos rústicos(33). Ahora bien, lo que la Comunidad no puede hacer es prorrogar por ley sus arrendamientos rústicos consuetudinarios, modificando una ley estatal, tal y como se hace en el artículo único de esta Ley gallega 2/1986(34). Por la misma razón —se añade— la Ley 83/1980 no podría extenderse en esta cuestión a la Comunidad de Galicia, incurriendo por ello en una invasión competencial, por la que dicha Comunidad podría haber requerido al Estado(35).

Estoy totalmente de acuerdo con la primera afirmación(36), si se parte de la justificación competencial basada en la existencia de un Derecho civil consuetudinario propio(37) los arrendamientos gallegos consuetudinarios se regirían por su costumbre en cuanto a su duración (indefinida), y no se verían afectados para nada por esa disposición transitoria 1.<sup>a</sup>, regla 3.<sup>a</sup> de la Ley 83/1980. En cambio, aún partiendo de la hipótesis que asume

---

(33) “f) La Comunidad Autónoma Gallega no tiene necesidad de establecer prórrogas con referencia a una Ley estatal, sino, en su caso, mediante una Ley o disposición autonómica en relación y con referencia a su Derecho consuetudinario civil.

g) Ni siquiera la Ley o leyes estatales pueden valer en este punto como Derecho supletorio, pues éste sólo es aplicable en defecto de Derecho propio vigente, aquí el Derecho consuetudinario gallego, que considera de duración indefinida los arrendamientos rústicos históricos” (apartado 3.f) y g) del Voto particular).

(34) “i) Lo que no pudo hacer (la Comunidad Autónoma de Galicia) —siempre, repito, en mi opinión— es modificar una Ley estatal, chocando frontalmente con una competencia ajena. Tampoco tenía necesidad de hacerlo, partiendo, como se parte, del dato afirmado de la no competencia del Estado para regular (o modificar) el Derecho consuetinario de una Comunidad. Incluso, apurando la lógica, podría la Comunidad de Galicia haber requerido al Estado de incompetencia.

De acuerdo con lo anterior, reiteración de lo dicho en la deliberación de la Sentencia, el recurso del Abogado del Estado era admisible en parte, es decir, en lo que la Ley gallega suponía —o supone— de intromisión en la potestad legislativa estatal. El fallo debería haber declarado la inconstitucionalidad en ese punto y la constitucionalidad de la ley autonómica en cuanto —aún con referencia equivocada a la Ley estatal— se limitaba a legislar sobre su propio Derecho civil (apartado 3.i) y último párrafo del Voto particular).

(35) “...Si esos arrendamiento históricos gallegos se integran en su Derecho civil propio, el invasor competencial es el Estado al prorrogar su duración mediante sucesivas leyes (a partir de la 83/1980)” (apartado 2, párrafo 3.º del Voto particular).

(36) Esa misma tesis parece mantener F. J. LORENZO MERINO. *El Derecho Civil de Galicia y la propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991*. Publicacions da Asociación Gallega de Estudios Xurídicos. Santiago de Compostela, 1992. Vid. pág. 71.

(37) Tesis que, como ya he dicho, no comparto.

todo el Tribunal, incluido el magistrado disidente(38) (la vigencia de un Derecho consuetudinario propio sobre arrendamientos rústicos), no comparto las dos afirmaciones siguientes. Aunque el artículo único de la Ley gallega se presente formalmente como una modificación de la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>, regla 3.<sup>a</sup> de la Ley 83/1980, en la medida en la que sólo se refiere al “ámbito de la Comunidad Autónoma” de Galicia, no es sino una legítima utilización de la competencia legislativa por parte del legislador autonómico (artículo 27.4 del Estatuto), reconocida por la propia Ley 83/1980, en su disposición adicional, apartado 1, aunque se haga mediante una referencia a una ley estatal. Por otra parte, esa misma disposición adicional, apartado 1 de la Ley 83/1980 permite rechazar la hipotética invasión competencial por la Ley misma con respecto a la Comunidad Autónoma de Galicia, puesto que en ella se excluye del ámbito de aplicación de la Ley a las Comunidades Autónomas con Derecho propio en la materia.

Con fecha de 16 de abril de 1993 la Comunidad de Galicia ha promulgado la Ley 3/1993, de aparcerías y arrendamientos rústicos históricos de Galicia (Diario Oficial de Galicia de 22 de abril), en la que, al igual que en el caso de la Comunidad valenciana (Ley 6/1986) se establece un régimen propio para los arrendamientos rústicos históricos, y además, para las aparcerías rústicas históricas. Cabe observar que, al haber legislado innecesariamente —como acabo de decir— para prorrogar los arrendamientos rústicos históricos hasta 1988, no ha existido cobertura legal para la continuidad de tales contratos desde el 31 de diciembre de 1988 hasta el 12 de mayo de 1993(39). En cambio, si la Comunidad de Galicia no hubiese legislado previamen-

---

(38) “La idea de considerar el arrendamiento típico (igual al general de la península) por el hecho de su antigüedad, como integrado en el Derecho consuetudinario gallego, al lado de sus formas propias de aparcería (‘lugar acasurado’), podrá ser ‘científicamente’ discutible, pero no inaceptable” (apartado 2, párr. 1.º del Voto particular).

“b) Admito que esas formas de relación contractual, arrendamiento, aparcerías, etc., pueden ser y son formas arrendaticias históricas del peculiar y propio Derecho civil foral gallego, aunque no figuren en la Compilación” [apartado 3.b] del Voto particular).

“e) Los arrendamientos históricos gallegos, justamente por ser de Derecho consuetudinario, se rigen por sus usos en cuanto a su duración, y por lo que respecta al punto en conflicto” [apartado 3.e] del Voto particular).

(39) Fecha de entrada en vigor de la Ley 3/1993 (artículo 2.º.1 del Código Civil).

te sobre prórroga alguna de los arrendamientos rústicos, no habría existido vacío legal alguno al respecto. En efecto, partiendo de la tesis del Tribunal (vigencia de un Derecho consuetudinario propio), es obvio que la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>, regla 3.<sup>a</sup> de la Ley 83/1980 no habría afectado a la continuidad de tales contratos derivado de ese Derecho consuetudinario. Partiendo de la tesis que he defendido (no vigencia previa de un Derecho consuetudinario y justificación de la competencia sobre la base del desarrollo del Derecho civil gallego, concretamente, de la regulación de la aparcería rústica en la Compilación), tampoco habría existido problema, puesto que la Ley 83/1980, más la posterior modificación introducida en este tema por la Ley 1/1987, de 12 de febrero, prorrogando los arrendamientos rústicos históricos por otros cinco años, más la última modificación introducida por la Ley 1/1992, de 10 de febrero, prorrogándolos hasta el 31 de diciembre de 1997 (artículo 2.º.1), habrían dado cobertura suficiente a la continuidad de esos contratos en Galicia hasta el momento en que el legislador gallego ha decidido regular dicha materia(40) al amparo de sus competencia para desarrollar su propio Derecho Civil.

#### IV. EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL REPARTO DE COMPETENCIAS SOBRE EL DERECHO CIVIL

Una de las cuestiones objeto de debate doctrinal en esta materia ha venido siendo la de determinar si el único precepto constitucional relevante para el reparto competencial sobre el Derecho Civil es el artículo 149.1.8 CE, o si también es de aplicación a la misma, además de aquél, la disposición adicional primera CE. La aplicación de este segundo precepto mencionado serviría para extender la competencia de las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o especial a instituciones jurídicas propias de su Derecho histórico, pero no vigentes en el momento de promulgarse la Constitución, o a territorios que

---

(40) Prorrogando tales contratos, así como los de aparcería hasta el 31 de diciembre de 2005 (artículo 5.º, apartado 1.º de la Ley gallega 3/1993).

disfrutaron históricamente de Derecho civil propio, pero que lo habían perdido antes de dicho momento de promulgación de la Constitución.

Ya he señalado en el apartado 2 de este trabajo, al ocuparme de la Sentencia 121/92, relativa a Ley valenciana 6/1986, sobre arrendamientos históricos, la relevancia que tenía esta cuestión a la hora de reconocer o no competencia al respecto a la Comunidad Autónoma de Valencia, ya que, si bien parece que dicha Comunidad carecía de propio Derecho civil en el momento de aprobarse y promulgarse la Constitución, en cambio, resulta indudable que dicha Comunidad tuvo, en su día, propio Derecho civil. Sin embargo —como se recordará—, ni en las alegaciones de las partes, ni en la propia Sentencia existe mención alguna de esa disposición adicional primera CE.

En mi opinión, la disposición adicional primera CE no tiene nada que ver directamente con los Derechos civiles propios de los territorios forales, de acuerdo con su gestación en el proceso constituyente y la intención de sus redactores. Se refiere al régimen administrativo y fiscal en Navarra y en el País Vasco. De ahí que considere que no puede servir para actualizar (recoger, modificar, desarrollar) ningún Derecho civil histórico. Sí que puede servir, dada la generalidad de su redacción, como dato interpretativo para el artículo 149.1.8, poniendo de relieve que lo que se pretende con éste, al permitir que determinadas Comunidades tengan competencia sobre la legislación civil, es que las mismas actualicen su propio Derecho civil, foral o especial. Ese sería —entiendo— el sentido de las palabras “conservación, modificación y desarrollo”(41).

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1993 tiene la virtud de delimitar el marco constitucional sobre la competencia en materia de Derecho Civil, reconduciendolo únicamente al artículo 149.1.8, junto con los respectivos Estatutos de Autonomía(42), y rechazando expresamente, en términos

---

(41) *Las Competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil*. “Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del Derecho Civil”. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 1983. Vid. págs. 90 a 93.

(42) En el caso en cuestión, el artículo 35.1.4 del Estado de Autonomía de Aragón.

rotundos, la hipotética relevancia de la disposición adicional primera CE:

“Unas y otras reglas, constitucionales y estatutarias (se refiere al artículo 149.1.8 CE y al artículo 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón), son las que aquí han de ser canon de validez de las impugnadas, sin que a tales efectos resulte pertinente —en contra de lo argüido por la Diputación General de Aragón— la consideración de lo que establece la Disposición adicional primera de la Constitución en orden al amparo y respeto de los “derechos históricos de los territorios forales” y a la actualización general de tal régimen, en su caso, “en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”. Ni esta previsión, ni la que se contiene en la Disposición adicional quinta del E.A.A., han de ser tomadas ahora en consideración, no ya sólo porque los derechos históricos de las Comunidades y Territorios forales no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias no incorporadas a los Estatutos (SSTC 123/1984, fundamento jurídico 3.º, 94/1985, fundamento jurídico 6.º, y 76/1988, fundamento jurídico 4.º) sino, sobre todo y en primer lugar, porque el sentido de la Disposición adicional primera CE no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado, exclusivamente, en el artículo 149.1.8 y en la Disposición adicional segunda CE), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento posconstitucional, con los límites que dicha Disposición marca, de alguna de las peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación”(43).

La toma de posición del Tribunal(44) en esta cuestión tiene especial relieve si se tiene en cuenta que tanto la Diputación General de Aragón, como se indica en el Fundamento Jurídico arriba transcrito, como las Cortes de Aragón recurrieron, expresa o tácitamente, en sus alegaciones al argumento basado en

(43) Fundamento Jurídico 1, apartado b).

(44) El Tribunal ya había dicho con anterioridad que la disposición adicional primera CE no ampara competencias históricas de las Comunidades Autónomas.

esa disposición transitoria primera para justificar la competencia discutida. Así se recoge en los Antecedentes de la Sentencia, con respecto a las Cortes de Aragón primero:

“Se cita, asimismo, lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la Constitución, en orden a los derechos históricos de los territorios forales y a la actualización general de dicho régimen foral, así como la Disposición adicional quinta del Estatuto de Autonomía de Aragón: “la aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la Disposición adicional primera de la Constitución”(45).

“Materia tan compleja ha de ser interpretada a la luz del “principio de historicidad” (Disposición adicional primera de la Constitución y Disposición adicional quinta del Estatuto de Autonomía), íntimamente ligado a la cuestión foral”(46).

Después, con respecto a la Diputación de Aragón:

“El argumento fundamental del recurso es la ausencia de toda norma sobre la adopción en los textos legales sobre Derecho foral aragonés (apéndice de 1925, Ley de 8 de abril de 1967 y Ley de 21 de mayo de 1985). Pero ni el apéndice ni la Compilación agotan todo el contenido posible del Derecho civil aragonés. La adopción no es, además, una institución ajena al Derecho foral aragonés. En el Derecho sucesorio aragonés de tiempos remotos apareció un fenómeno propio y bien diferenciado, sin que sea posible desconocer la relación entre la filiación y el derecho de expectativa hereditaria. Ello viene conformado por el Fuero de Jaca, que trata del “afillament” en su número 44, y por la Compilación de Huesca. Lo característico de la adopción en esta época es su sentido sucesorio, pero sin per-

---

Así en la sentencia 11/1984, de 2 de febrero, con respecto al País Vasco, en materia de emisión de deuda pública (Fundamento Jurídico 4); en la Sentencia 123/1984, de 18 de diciembre, con respecto al País Vasco, en materia de Centros de Coordinación Operativa; en la Sentencia 86/1988, de 3 de mayo, con respecto a Navarra, en materia de transportes por carretera (Fundamento Jurídico 5, párrafo 5.º).

(45) Antecedente 5, apartado b).

(46) Antecedente 5, apartado d).4.

der su entronque familiar, sistema éste de los Fueros aragoneses tan claro respecto a la adopción —al menos en cuanto a su posibilidad, habiendo hijos— que no encuentra paralelo en Fueros afines, con lo que coincide solamente en el sentido económico sucesorio. El Fuero único *De adoptionibus* no sólo no cayó en desuso, sino que vino a ser ratificado y conformado posteriormente. Existen también datos en el Siglo XIX que hacen pensar en el renacimiento espontáneo de la tradición popular, con lo que la doctrina que se cita estima vigentes las normas aragonesas sobre el “prohijamiento”. La regla no se integró en el apéndice de 1925 (lo que vino condicionado por las conclusiones negativas del Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1881 ante la cuestión de si podía el padre “que tiene hijos legítimos adoptar a extraños”) ni, por tanto, en la Compilación, pero no puede haber duda alguna sobre su profundo entronque con el Derecho histórico escrito y consuetudinario”(47).

“A la vista de la regulación catalana, se impone una conclusión afirmativa de la competencia aragonesa para aprobar la Ley impugnada, al existir en su Derecho histórico elementos suficientes de apoyo sobre los que asentar la nueva norma, que está conectada, por lo demás, con las instituciones familiares y sucesorias peculiares del Derecho aragonés. Las sucesivas modificaciones de la Compilación catalana permite comprobar que la Ley aquí impugnada no es inconstitucional, por no haberse dictado con invasión de la competencia estatal, sino dentro del ámbito propio del Derecho civil aragonés”(48).

## V. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS CIVILES, FORALES O ESPECIALES

Otro de los puntos especialmente polémicos en torno a la interpretación y aplicación del artículo 149.1.8 CE es el relativo

(47) Antecedente 6, apartado d), pág. 1.º

(48) Antecedente 6, apartado d), pág. 3.º

al sentido que debe atribuirse a la palabra *desarrollo*, es decir, al alcance de la competencia que se permite a las Comunidades Autónomas para que *desarrollen* sus propios Derechos civiles(49). Hay que tener en cuenta que esa misma palabra (o el verbo correspondiente) ha quedado recogida en todos los *Estatutos de Autonomía* afectados por la problemática del Derecho civil, foral o especial.

La sentencia del Tribunal Constitucional 88/1993 aborda también este tema, definiendo las líneas fundamentales de la tesis asumida por el Tribunal al respecto, que aplica al caso considerado, la Ley aragonesa 3/1988, sobre equiparación de los hijos adoptivos, para admitir su constitucionalidad. La Sentencia 156/93, relativa a la *Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares*, viene a confirmar la misma doctrina del Tribunal.

Habida cuenta de que la *Compilación del Derecho civil de Aragón* no contenía regulación alguna sobre la filiación adoptiva, parece que, una vez reconducido el marco constitucional del debate competencial al artículo 149.1.8, únicamente la competencia para desarrollar el propio Derecho civil (de Aragón) podría proporcionar la cobertura necesaria para que el legislador aragonés regulase de algún modo la adopción.

La Sentencia 88/1993 rechaza tanto la tesis que reduce a su mínima expresión el sentido del término desarrollo, hasta confundirlo con la competencia de modificación del propio Derecho civil(50), como la tesis que le concede un sentido excesivamente amplio, hasta el punto de considerar que la competencia sobre el desarrollo del propio Derecho civil permite a la Comunidad Autónoma respectiva legislar sobre todo el Derecho civil, a excepción de las materias expresamente reservadas al Estado (“en todo caso”) por la segunda frase del artículo 149.1.8 CE(51).

---

(49) Vid. una exposición de las principales tesis en mi trabajo sobre *Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil*. “Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del Derecho Civil”. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 1983. Vid. págs. 82 a 87.

(50) C. LASARTE ALVAREZ. *Autonomías v Derecho Privado en la Constitución española*. Ed. Civitas, 1980. págs. 99 y ss.

(51) L. PUIG I FERRIOL / E. ROCA I TRIAS. *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*. Bosch, Casa Editorial, S.A. 1988. págs. 6 y ss.



No cabe, por consiguiente, una interpretación a *sensu contrario* de esa segunda frase del artículo 149.1.8 CE para que una Comunidad Autónoma con propio Derecho civil asuma competencias ilimitadas sobre la legislación civil, a excepción de las materias enumeradas en esa segunda frase. Se rechaza pues expresamente la tesis defendida por el Excmo. Sr. Don Carlos Viver Pi-Sunyer, que recoge la posición hoy en día dominante en la doctrina foralista del Derecho civil catalán:

“Ya en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE es aún necesario realizar otra puntualización a propósito de determinado argumento expuesto por las representaciones de la Comunidad Autónoma, según el cual la reserva “en todo caso” al Estado, por aquel precepto, de determinadas regulaciones vendría a suponer, *a contrario*, la permisión para las Comunidades Autónomas de desplegar sus competencias estatutarias para el “desarrollo” del Derecho Civil, foral o especial, en todo el campo no cubierto por aquellas específicas reservas, por ajena que fuera la legislación a introducir al ámbito regulado, cuando entró en vigor la Constitución, por el respectivo Derecho Civil. Esta interpretación de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 no puede ser, sin embargo, compartida por el Tribunal.

El citado precepto constitucional, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la “legislación civil”, introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra, pues, en la intangibilidad o suprallegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su “conservación, modificación y desarrollo”. Son éstos los conceptos que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables y con arreglo a los que habrá que apreciar —como después hare-

---

Adopta esa interpretación para Navarra, P. DE PABLO CONTRERAS. Curso de Derecho Civil Navarro I. Introducción y Parte General. Eunsa. Pamplona, 1990. Vid. págs. 94-95.

mos— la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas en tal ámbito dictadas por el Legislador autonómico. La ulterior reserva al Estado, por el mismo artículo 149.1.8, de determinadas regulaciones “en todo caso” sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél — vale reiterar— la Constitución le atribuye la “legislación civil”, sin más posible excepción que la “conservación, modificación y desarrollo” autonómico del Derecho civil especial o foral. El sentido de ésta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del Legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del artículo 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho”(52).

Tampoco puede reducirse el sentido de la palabra *desarrollo* con la competencia para ampliar la regulación de instituciones ya existentes y vigentes en un Derecho civil, foral o especial, ya que semejante competencia queda comprendida en la de modificación de aquél:

“El concepto constitucional (artículo 149.1.8) y estatutario (artículo 35.1.4 E.A.A.) de “desarrollo” del propio Derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece —según indicamos en el fundamento jurídico 1.º— aquel precepto de la Norma fundamental. La Constitución permite, así, que los Derechos civiles especial o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de “conservación” y “modificación”, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales. Ese crecimiento, con todo, no

---

(52) Fundamento Jurídico 1.b), párrafos 2.º y 3.º

podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (artículo 137 CE) de las Comunidades Autónomas en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término “allí donde existan” a que se refiere el artículo 149.1.8 CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas.

Sin duda que la noción constitucional de “desarrollo” permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación”. El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento”(53).

Una vez excluidas esas dos interpretaciones extremas del término *desarrollo* en el artículo 149.1.8 de la CE, la Sentencia se pronuncia en los siguientes términos:

“Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 c.E., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en

---

(53) Fundamento Jurídico 3, párrafos 1.º y 2.º

la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar”(54).

El Tribunal Constitucional considera pues que la introducción de la palabra *desarrollo* en el artículo 149.1.8 CE autoriza a las Comunidades Autónomas que han asumido la competencia correspondiente no sólo a modificar la regulación de las instituciones ya contenidas en las normas de su Derecho civil propio, vigente en el momento de la promulgación de la Constitución, sino también a regular *ex novo* otras figuras o instituciones no reguladas en las mencionadas normas, pero no de forma ilimitada, sino únicamente con respecto a figuras *conexas* con las ya reguladas, siempre que la actualización de su Derecho civil propio lo requiera, y en consonancia con los principios informadores del mismo. Se trata pues de que las Comunidades Autónomas en cuestión puedan actualizar sus respectivos Derechos civiles de acuerdo con sus propios principios generales, extendiéndose, si ello es necesario, a materias conexas con las ya reguladas.

Como ya he dicho, la Sentencia 156/93 reitera esta doctrina, haciendo recordatorio expreso de la Sentencia 88/1993 y reproduciendo, incluso literalmente, las partes fundamentales de la misma(55), admitiendo así la constitucionalidad del nuevo artículo 52 de la Compilación de Baleares, que prescinde de los testigos para el otorgamiento de testamentos ante Notario, salvo en supuestos excepcionales.

Eso quiere decir que esas Comunidades Autónomas pueden legislar dentro de ese marco sobre cuestiones reguladas hasta ese momento por Derecho estatal, derogando por consiguiente, dentro de su ámbito de aplicación personal y territorial, ese Derecho

(54) Fundamento Jurídico 3, párrafos 2.º y 3.º

(55) El Fundamento Jurídico 1.b), párrafos 2.º y 3.º y el Fundamento Jurídico 3, párrafos 1.º a 3.º de la Sentencia 88/1993 aparecen recogidos en el Fundamento Jurídico 1.a) y b) de esta Sentencia 156/1993, después de la siguiente introducción:

“Uno y otro de los preceptos objeto del recurso plantean, desde luego, problemas específicos, pero ello no es obstáculo para que hagamos aquí, respecto de ambos, un sucinto recordatorio de la doctrina constitucional relativa a la articulación de competencias, en orden a la legislación civil, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, tal como se recoge muy particularmente en la reciente STC 88/1993”. (Fundamento Jurídico 1, párrafo 3.º).

estatal. No son pues correctas las reiteradas alegaciones de la abogacía del Estado, en los recursos de inconstitucionalidad origen de las Sentencias de las que me vengo ocupando, según las cuales las competencias para la modificación y el desarrollo del propio Derecho civil deben ejercerse siempre “a costa de sus propios preceptos” y sin “menoscabo del Derecho común”(56).

Queda pues claro que para el Tribunal la competencia sobre el desarrollo del propio Derecho civil permite al legislador autonómico legislar sobre nuevas materias o instituciones. Permite pues el *crecimiento* de ese Derecho civil, especial o foral, pero no ilimitadamente, sino únicamente con respecto a instituciones o materias conexas de las ya reguladas, y siempre que ello responda a una actualización acorde con sus principios generales o inspiradores.

Es cierto que el concepto de *conexión* resulta indeterminado, tal y como se señala en uno de los dos votos particulares, empezando por la necesidad de saber si dicha conexión ha de ser inmediata o puede ser remota o mediata(57). Evidentemente la conexión deberá ser inmediata, so pena de carecer de todo sentido esta exigencia o requisito, tal y como se pone de relieve con el ejemplo utilizado en el mencionado voto particular. Ahora bien, a partir del momento en el que se prescinde de las dos tesis expresamente rechazadas por el Tribunal es inevitable admitir una solución con un amplio margen de indeterminación, que deberá irse determinando a través de ejemplos o casos

---

(56) Vid. el Antecedente 1, pár. 2.º de la Sentencia 121/92, Antecedente 1, b), pár. 1.º de la Sentencia 182/92, Antecedente 1.a) de la Sentencia 88/1993, Antecedente 1, pár. 2.º de la Sentencia 156/1993.

(57) Se trata del voto particular del Excmo. Sr. Don Julio Diego González Campos: “no estimo justificado constitucionalmente que se exija, como hace la Sentencia, una conexión necesaria entre el contenido de las nuevas normas que adopte el legislador autonómico y el ya existente en el ordenamiento civil. Esto es, que las normas del legislador autonómico regulen instituciones conexas con las ya reguladas.

Este criterio de proximidad en los contenidos entre el nuevo Derecho Civil y el ya existente no va acompañado de otras precisiones y, por tanto, aun poseyendo una evidente flexibilidad, deja abiertas no pocas interrogantes. Entre ellas, si la proximidad de la materia regulada con la legislación de desarrollo de Derecho civil debe ser inmediata o también puede ser mucho más remota. Pues si nos situamos, por ejemplo, ante el Libro III de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón (relativo al “Derecho de bienes”), es indudable que al regularse allí únicamente las “relaciones de vecindad” y “las servidumbres” el legislador autonómico podría innovar en uno y otro ámbito; pero

concretos. En efecto, la tesis según la cual el desarrollo sólo puede producirse con respecto a instituciones o materias ya reguladas establece límites determinados. Lo mismo ocurre con la tesis según la cual el desarrollo puede producirse con respecto a cualesquiera instituciones o materias, salvo las enumeradas en la segunda parte del artículo 149.1.8 CE. Abandonados esos dos extremos una cierta indeterminación —ya lo he dicho— parece inevitable(58). Pues bien, el único sentido que cabe atribuir a la exigencia de la conexión entre la regulación anterior y la nueva, del legislador autonómico, como factor (uno de los tres factores: conexión, acorde con los principios generales, actualización) de limitación de ese desarrollo del Derecho Civil propio es el de que esa conexión sea inmediata y, además, sea con las materias o instituciones reguladas en el momento de la promulgación de la Constitución, y no con otras reguladas posteriormente, ya al amparo del artículo 149.1.8 CE.

Esa conexión no puede referirse a materias o instituciones no reguladas por el Derecho civil, foral o especial, en el momento de la promulgación de la Constitución, aunque lo hubiesen estado en un pasado histórico más o menos remoto(59). El artículo 149.1.8 CE no es cauce para resucitar Derechos históricos, sino para actualizar Derechos vigentes “allí donde existan”, aunque ello deba hacerse atendiendo a su sentido histórico, puesto que éste es el único que nos puede proporcionar un cabal entendimiento de sus principios inspiradores. Esto es así porque sólo *existen* (“*allí donde existan*”) los Derechos que están vigentes. Esto es así porque, de lo contrario, no habría

---

cabe preguntarse si, por proximidad con lo regulado, puede innovar y desarrollar otras instituciones del “Derecho de bienes” *uti singuli*, aunque éstas hoy no se hallen reguladas en la Compilación, bajo la cobertura de esa rúbrica del Libro III”. Apartado 3, párrafos 1.º y 2.º

(58) Otra tesis existente sobre este problema da lugar a una mayor indeterminación a priori, puesto que aboga por aceptar un crecimiento paulatino del Derecho civil, foral o especial, limitado únicamente por el alcance de la fuerza expansiva de sus principios inspiradores. Se trata de la tesis mantenida por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA. Vid. una sucinta exposición de la misma en mi trabajo sobre *Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil*. “Primer congreso de Derecho Vasco: la actualización del Derecho Civil”. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 1983. Vid. págs. 86-87.

(59) Sin embargo, parece entenderse así en el Voto particular del Excmo. Sr. Don Julio Diego González Campos (apartado 3, párrafo 3.º).

dificultad en admitir que todas las Comunidades Autónomas pueden asumir la competencia del artículo 149.1.8 CE, puesto que no hay ninguna que no haya contado en algún momento histórico con un propio Derecho civil, más o menos amplio. Pero no parece que eso es lo que quisieran nuestros constituyentes.

La *conexión* entendida en esos términos es la que impedirá (junto con la distinta fuerza expansiva de los respectivos principios generales) que el desarrollo de los diversos Derechos civiles, forales o especiales, pueda resultar igual de amplio. Una vez admitida la existencia de un Derecho civil valenciano, a partir del Derecho consuetudinario sobre arrendamientos rústicos, el desarrollo de un Derecho civil propio habrá de ser mucho más limitado que el del Derecho civil de Cataluña, por ejemplo, ya que es evidente que el número de materias conexas con las instituciones ya reguladas en el momento de promulgación de la Constitución es mucho más reducido en aquél que en éste.

Entiendo que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre la interpretación de la palabra *desarrollo* es básicamente correcta<sup>(60)</sup>, aunque yo creo que en su aplicación concreta, en las dos Sentencias en cuestión, el Tribunal se ha mostrado excesivamente tolerante con los respectivos legisladores autonómicos. Sobre esto último volveré más adelante. Ahora me parece conveniente, en defensa de esa doctrina del Tribunal, comentar algunos de los argumentos esgrimidos contra la misma por los dos magistrados discrepantes, en sus respectivos votos particulares. Sin duda repetiré lo que ya he dicho sobre este tema, pero quizá contribuya en alguna medida a una mayor clarificación del significado que tienen las diversas posiciones que se han venido manteniendo sobre esta cuestión.

## VI. LA FORALIDAD CIVIL FRENTE AL AUTONOMISMO CIVIL

El Tribunal Constitucional toma como punto de partida, para delimitar el sentido del artículo 149.1.8 CE, y concreta-

(60) *Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil*. "Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del Derecho Civil". Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 1983. Vid. págs. 79 y ss., en especial págs. 13 a 95.

mente de la palabra *desarrollo* contenida en el mismo, que dicho precepto constitucional “introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política”(61). Se mejante premisa se contrapone a la opción adoptada en su día, con respecto a esta materia, por la Constitución de 1931, la opción autonomista, es decir la utilización de la autonomía política para garantizar una autonomía en materia civil(62). Pues bien, no parece que quepa albergar dudas sobre cual fue la elección de nuestros constituyentes entre esas dos fórmulas(63). Tanto su intención, como el tenor literal y el sentido lógico y finalista de la primera fase del artículo 149.1.8 no ofrecen lugar a dudas. Así lo entiende la doctrina(64). Así ha quedado plasmado en general en los Estatutos de Autonomía. Así lo han venido a expresar frecuentemente, de una u otra forma, los legisladores autonómicos en las Exposiciones de Motivos de las correspondientes leyes civiles. La opción de nuestra Constitución actual, por contraposición a la de la Constitución de 1931, es foralista y no autonomista. Ello implica que ese antecedente contenido en la Constitución de 1931 no puede servir de antecedente para interpretar el artículo 149.1.8 CE y, concretamente, para entender que el único límite que el mismo

(61) Vid. el comienzo del Fundamento Jurídico 1.b), párrafo 3.º de la Sentencia 88/1993. También en el comienzo del Fundamento Jurídico 1.a) de la Sentencia 156/1993.

(62) Artículo 15 de la Constitución de 1931: “Corresponde al Estado español la legislación y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias:

1.º) Legislación penal, social, mercantil y procesal, y en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España”.

Artículo 16: “En las materias no comprendidas en los dos artículos anteriores podrán corresponder a la competencia de las regiones autónomas la legislación exclusiva y la ejecución directa conforme a lo que dispongan los respectivos Estatutos aprobados por las Cortes”.

(63) P. SALVADOR CODERCH considera que el dilema autonomismo-foralismo como única alternativa para el entendimiento del artículo 149.1.8 está mal planteado, al tiempo que ofrece una enumeración y explicación completa de los criterios posibles en relación con la interpretación de dicho precepto constitucional para Cataluña. *El Derecho Civil de Cataluña. Comentario al nuevo artículo 1.º de la Compilación Catalana*. R.J.C. 1984-4. Vid. págs. 20 y ss.

(64) J. DELGADO ECHEVERRÍA. “Los Derechos civiles forales en la Constitución»,



establece para esa competencia es el correspondiente a las materias de la segunda parte de aquél(65).

Pero el rechazo del autonomismo en la disciplina del Derecho civil y la opción por el foralismo tiene muchas más consecuencias que la mera determinación de las Comunidades Autónomas que pueden asumir expresamente en sus Estatutos competencias sobre legislación civil. Como muy bien explica el Tribunal Constitucional, “no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención.... a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (artículo 137 CE) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles, forales o especiales, vigentes en ciertos territorios”. Conviene tener presente en todo momento este significado inicial del foralismo de nuestra Constitución actual, en legislación civil, frente al autonomismo, so pena de volver subrepticamente, y en forma parcial y discriminatoria, a tesis autonomistas, es decir, a tesis que únicamente podrían valer si nuestra Constitución hubiese decidido permitir competencia legislativa civil a todos las Comunidades Autónomas, salvo en determinadas materias, atribuidas al Estado (como hizo la Constitución de 1931). No cabe asumir el foralismo para determinar qué Comunidades Autónomas pueden tener competencia en legislación civil, para luego apuntarse al autonomismo a partir de ese

---

en *Estudios sobre la Constitución Española* de 1978 (edición preparada por Manuel Ramírez), 1980; también en el núm. 3 de 1979 de la *Revista Jurídica de Cataluña*, págs. 145 y ss. L. I. ARECHEDERRA ARANZADI. *El Derecho Civil Foral de Navarra en la Constitución y en el Amejoramiento del Fuero* (también en *Temas de Derecho Civil Foral Navarra*). Encarna ROCA I TRIAS considera que nuestro modelo constitucional, con respecto al reparto competencial en materia de Derecho Civil, es autonómico, mientras que el de la Constitución de 1931 es un modelo regionalista. Vid. su *Prólogo* a la *Legislación civil catalana en Compilaciones y Leyes de los derechos civiles forales o especiales*, ed. Tecnos y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1993. Vid. pág. 250.

Entiende que con esa denominación no cuestiona la opción foralista de nuestra Constitución actual (aunque su interpretación de la misma sea distinta a la aquí expuesta), sino que refleja, en el plano del Derecho Civil, la diferente estructuración territorial del Estado de dicha Constitución (Comunidades Autónomas) frente a la Constitución de 1931 (Regiones Autónomas).

(65) Si que puede servir de antecedente, en cambio, para determinar los límites de esas materias enumeradas en la segunda frase del artículo 149.1.8 CE en la medida que se correspondan con las enumeradas en el artículo 15.1 de aquella Constitución de 1931.

momento, a la hora de precisar las características y los límites de esa competencia(66).

La opción foralista implica que las Comunidades Autónomas que hayan adoptado competencia para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil, foral o especial(67) pueden hacerlo allí donde exista, en la medida en que exista, y en la medida en que responda a una actualización del mismo acorde con sus principios generales inspiradores. Fuera de esos límites carecería de toda justificación el trato diferenciado que la Constitución concede a las Comunidades Autónomas en las que existe Derecho civil, foral o especial, frente a aquéllas en las que no existe, y que, por consiguiente, no pueden asumir competencia alguna sobre la legislación civil(68).

La opción foralista de nuestra Constitución es la que explica pues que el desarrollo de esos Derechos civiles, forales o especiales, por los respectivos legisladores autonómicos, no pueda ser ilimitado, en todo lo no comprendido por la segunda frase del artículo 149.1.8 CE, sino condicionado por su propia extensión previa. Es lo que explica también que los límites de desarrollo por el legislador autonómico para cada uno de ellos tenga que ser distinto. De ahí el escaso valor del *agravio* comparativo, ya que utilizando esa línea argumental, cabe decir que mayor agravio sufren las Comunidades Autónomas que no pueden

---

(66) Esa es la tesis que se expone con absoluta claridad en el voto particular del Excmo. Sr. Don Carles Viver Pi-Sunyer a la Sentencia 88/1993.

A favor de esa tesis también, según parece, Miguel COCA PAYERAS, en su Prólogo a la Legislación Civil de Baleares en *Compilaciones y leyes de los derechos civiles forales o especiales*. Ed. Tecnos y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 1993. Vid. pág. 152.

También Encarna ROCA I TRIAS en su Prólogo a la Legislación civil catalana en la misma edición (Vid. pág. 252). Dicha autora califica el sistema constitucional de reparto de competencias en materia de Derecho civil como autonomista. (Vid. nota 64).

También, según se deduce de la opción por la que aboga para actualizar y desarrollar el Derecho Civil gallego, Angel Luis REBOLLEDO VARELA, en su Prólogo a la Compilación del Derecho Civil de Galicia, en la misma edición. Vid. págs. 552 y ss.>).

(67) F. BADOSA I COLL parece considerar que el artículo 149.1.8 atribuye directamente competencia sobre legislación civil a las Comunidades Autónomas correspondientes, sin que sea necesaria que dicha competencia sea establecida en sus respectivos Estatutos. *L'àmbit del Dret Civil Català en Materials de les II Jornades de Dret Català a Tossa, celebradas els dies 29 i 30 de setembre i 1 i 2 d'octubre de 1982*. Págs. 24-25. .

(68) Salvo en la medida en que la misma pueda quedar subsumida en otro capítulo competencial.

legislar en absoluto sobre materia civil por carecer previamente de Derecho civil, foral o especial.

## VII. EL SENTIDO DE LA SEGUNDA FRASE DEL ARTICULO 149.1.8 CE.

Como se recordará, ya he apuntado que uno de los argumentos en los que se basa la tesis que aboga por limitar la competencia autonómica en cuestión únicamente a las materias comprendidas en la segunda parte del artículo 149.1.8 es la interpretación a *sensu contrario*. Según el mismo, esa enumeración de materias cuya legislación corresponderá en todo caso al Estado no debería existir (se habla de un principio de economía legislativa) si el desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales, ya estuviese limitado, en los términos asumidos por el Tribunal Constitucional, por la primera parte del artículo 149.1.8 CE, puesto que —se dice— alguna de aquellas materias nunca han formado parte de ninguno de los Derechos civiles, forales o especiales. Por lo pronto hay que puntualizar que semejante afirmación sobre la no existencia de normas reguladoras de tales materias de la segunda frase del artículo 149.1.8 CE debe circunscribirse únicamente a las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, y a la ordenación de los registros e instrumentos públicos(69). Por otro lado, hay que reconocer que la fórmula utilizada en esa segunda parte del artículo 149.1.8 se debe probablemente a la conservación de la redacción del Anteproyecto de Constitución elaborado por la Ponencia nombrada a tal efecto, que partía en esta cuestión de un planteamiento autonomista, similar al de la Constitución de 1931(70). Pero el argumento decisivo contra la mencionada interpretación es que la misma sólo podría mantenerse frente a

---

(69) Lo que quiere decir que los artículos de las Compilaciones referidas a esas otras materias enumeradas en la segunda frase del artículo 149.1.8 CE no son susceptibles de conservación, modificación o desarrollo por el legislativo autonómico correspondiente.

(70) Artículo 137 del Anteproyecto: "La regulación y administración de las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución, podrá corresponder a los Territorios Autónomos en virtud de sus respectivos Estatutos. Las materias no asu-

quien negase que la competencia de desarrollo implica competencia para legislar sobre materias e instituciones no previamente reguladas, conexas con esas previamente reguladas por cada Derecho civil, especial o foral (interpretación más restrictiva del artículo 149.1.8, antes expuesta). Desde el momento en que se admite que el desarrollo implica competencia para extender la regulación a nuevas materias e instituciones, no cabe mantener la inutilidad del artículo 149.1.8, segunda frase, ya que esas materias e instituciones conexas podrían invadir en algún caso las correspondientes a dicha segunda frase del artículo 149.1.8 CE en el caso de no existir la misma.

## VIII. EL DERECHO CIVIL FORAL COMO DERECHO ESPECIAL

Un último apunte en relación con uno de los votos particulares a la Sentencia 88/93. Desde la codificación hasta fecha muy reciente fue cuestión indiscutida en la doctrina española que el Derecho civil común se encontraba recogido en el Código Civil y que toda la legislación civil restante era Derecho especial, incluida la legislación civil foral(71). Actualmente, desde la doctrina foralista se reivindica la naturaleza de Derecho civil común también para sus respectivos Derechos. Se trata de un tema suficientemente polémico hoy en día en la doctrina, que no puede argumentarse a favor de la tesis que pretende atribuir a las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral competencia legislativa en Derecho civil, limitada únicamente por las

---

midas expresamente en los respectivos Estatutos por el Territorio Autónomo se entenderán, en todo caso, como de competencia propia del Estado, pero éste podrá distribuir o transmitir las facultades por medio de una ley".

Artículo 138 del Anteproyecto: «A los efectos de lo prevenido en el precedente artículo, se entienden como de la exclusiva competencia del Estado las siguientes materias: 7. Relaciones jurídico-civiles relativas a la forma del matrimonio; ordenación de los Registros e hipotecas; bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España".

(71) Algún sector de la doctrina entendía que el Derecho civil foral era Derecho excepcional. Así F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*. Parte General. Tomo I. Libro Preliminar, 3.ª ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955.

materias enumeradas en la segunda parte del artículo 149.1.8 CE. Por otra parte, es muy posible que tanto el contenido como incluso el concepto y la función del Derecho civil común se encuentre necesitado actualmente de una profunda revisión. En todo caso, nadie discute hoy en día que los Derechos civiles forales tienen capacidad de autointegración y de desarrollo a través de sus propios principios generales. La posición adoptada por el Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.8 CE así lo corrobora. En cambio, la mayor parte de la doctrina entiende que el Derecho civil foral no puede tener un desarrollo ilimitado y que, consecuentemente, necesita de otro u otros Derechos supletorios. Esa tesis es lo que ha venido a recoger el artículo 149.1.8 CE, y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional. Conviene tener presente que dicho precepto constitucional, es decir, nuestra Constitución, sigue calificando al Derecho foral como Derecho especial. La pretensión de convertir los Derechos forales en Derechos civiles comunes carece pues de toda base en la Constitución. Mantener lo contrario es un puro apriorismo.

#### IX. LA APLICACION CONCRETA REALIZADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE SU TESIS SOBRE EL CONCEPTO DE DESARROLLO EN EL ARTICULO 149.1.8 CE.

La doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en estas dos Sentencias 88/1993 y 156/1993, en relación con el artículo 149.1.8 CE —y concretamente con el sentido de la palabra *desarrollo*, contenida en su frase primera—, según la cual, “cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral”, sirve para declarar la competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón para promulgar la Ley 3/1988, así como la competencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para introducir en

su Compilación un nuevo artículo 52 (Ley 8/1990 y Decreto Legislativo 79/1990), y consecuentemente, la constitucionalidad de dichos preceptos.

Como ya he anunciado antes, me inclino a creer que semejante aplicación concreta de la doctrina en cuestión del Tribunal es excesivamente generosa con los respectivos legisladores autonómicos. Me explicaré.

Comienzo por la Ley aragonesa 3/1988. Dicha Ley equipara los hijos adoptivos con los hijos por naturaleza (artículo 1.º de la Ley y nuevo artículo 19 de la Compilación) y reivindica en abstracto la competencia legislativa de la Comunidad para legislar sobre adopción (artículo 2.º de la Ley). Salta a la vista la inutilidad sustantiva de semejante Ley. Esa equiparación ya había sido introducida en el Derecho civil español, también en Aragón, por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de adopción. Las dudas alegadas por el legislador aragonés, en relación con la aplicación de dicha regulación en la Comunidad aragonesa, parecen poco consistentes(72). Basta con tener en cuenta el artículo 1.º de la propia Compilación del Derecho Civil de Aragón. Esas dudas son la única justificación que da el legislador aragonés para la promulgación de la Ley. No parece pues que el contenido sustantivo de la Ley implique actualización alguna para el Derecho civil, foral o especial, de Aragón, ni aplicación alguna de sus principios generales inspiradores. El propio legislador reconoce en el párrafo 1.º de su Exposición de Motivos cuán alejado estaba el Derecho histórico aragonés de semejante reconocimiento para los hijos adoptivos(73).

---

(72) "En Aragón, pese a los nuevos criterios constitucionales y la general aplicación supletoria del Código civil, en el ámbito de la doctrina y de los profesionales del Derecho existen fundadas dudas acerca de si los hijos adoptivos tienen o no en este ordenamiento jurídico iguales derechos y obligaciones que los hijos biológicos". Párrafo 3.º de la Exposición de Motivos.

(73) "La legislación histórica aragonesa centró la participación en los derechos familiares y sucesorios prácticamente en sólo los antes llamados hijos legítimos. Ello suponía la exclusión en los beneficios forales no solamente de los hijos nacidos fuera de la unión conyugal (los hijos llamados 'extramatrimoniales'), sino también de los adoptados" (Exposición de Motivos, párrafo 1.º).

La inutilidad de la parte sustantiva de la Ley aragonesa 3/1988 viene a poner de relieve que no se corresponde con ese desarrollo del Derecho civil de Aragón, tal y como se prevé en nuestra Constitución. No se cumple el requisito de la actualización, ni el de la adecuación a los principios inspiradores.

Esa inutilidad resulta mucho más evidente con respecto al artículo 2.º de la Ley. Si el legislativo autonómico tiene esa competencia (legislar sobre adopción), ello será de acuerdo con la Constitución y no porque la Ley lo diga (como veladamente se viene a decir en la propia Sentencia del Tribunal, Fundamento Jurídico 5). En cuanto a la aplicación actual del Código Civil y de la legislación general, esa ya está prevista en el artículo 1.º 2 de la Compilación. Sin embargo, cabe preguntarse si los redactores de la Ley aragonesa no han pretendido en realidad nada más que eso: reivindicar de cara al futuro su competencia para legislar sobre adopción, lo que evidentemente tenía que figurar acompañando alguna regulación que no planteara por sí misma problema sustantivo alguno.

El nuevo artículo 19 de la ley aragonesa no sólo es inútil en cuanto no viene a apuntar regulación alguna que no estuviese ya vigente en Aragón, sino que además introduce dudas —y consecuentemente inseguridad jurídica— antes inexistentes, desde el momento en que no contiene previsión alguna con respecto al Derecho transitorio, y concretamente con respecto a las adopciones anteriores simples o menos plenas. En efecto, al no contar con una disposición similar a la disposición transitoria 2.ª de la Ley 21/1987, surge la duda de si la equiparación operará también o no con carácter inmediato respecto a esas adopciones menos plenas o simples.

La Ley aragonesa 3/1988 no sólo no responde a una actualización oportuna del Derecho civil, foral o especial, aragonés, acorde con sus principios generales inspiradores, sino que tampoco se ocupa de una institución directa o inmediatamente *conexa* con las ya reguladas previamente en la Compilación aragonesa. La Sentencia 88/1993 razona esa conexión en los siguientes términos:

“Existe una relación entre la adopción y el Derecho propio de

Aragón que legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón. Para demostrarlo basta, en efecto, con advertir que la actual Compilación aragonesa ordena relaciones e institutos jurídicos respecto de los cuales el *status familiae* de adoptado aparece en indiscutible conexión. Así ocurre, significativamente, con la regulación tanto 'De las relaciones entre ascendientes y descendientes' (Título II del Libro Primero) como 'De las relaciones parentales y tutelares' (Título III del mismo Libro) y lo mismo cabe predicar de la disciplina del 'Derecho de sucesión por causa de muerte' (Libro II), regulaciones, unas y otras, en las que la Compilación se refiere, expresa o tácitamente, a la posición jurídica (derechos y obligaciones) de los 'hijos descendientes', normativa ésta, por tanto, que bien puede decirse complementada o integrada (esto es, desarrollada) por la que introduce la Ley que hoy enjuiciamos"(74).

Es evidente que la adopción afecta al Derecho de familia y al de Sucesiones. Pero no basta con esa conexión para permitir que legislen sobre ella aquellos Derechos civiles, forales o especiales, que cuenten con una regulación relevante de esas partes del Derecho Civil(75).

Mantener lo contrario supondría en la práctica reconocer competencia legislativa a todas las Comunidades Autónomas con Derechos civiles, forales o especiales, sobre todo el Derecho de Familia y Sucesiones. El Título III del Libro I (*De las relaciones parentales y tutelares*) se ocupa de la tutela, institución claramente diferenciada y distinta de la adopción. Lo mismo cabe decir del Título II del Libro I (*De las relaciones entre ascendientes y descendientes*) y del Libro II (*Derecho de sucesiones por causa de muerte*), aunque la eficacia de la adopción tenga que producirse a través de las instituciones corres-

(74) Vid. el Fundamento Jurídico 3, párrafo 4.º

(75) Tampoco supone conexión alguna el hecho de que la adopción apareciese ya mencionada en el artículo 99.1 de la Compilación aragonesa, junto con todos los demás parientes, al regular la sucesión paccionada.



pondientes a esas partes de la Compilación. Nuestra doctrina, al igual que otras, ha venido considerando la adopción como una institución propia de la filiación. Esa es la conexión que podría justificar, en cuanto a ese requisito, la competencia del legislador aragonés. Pero el Derecho civil, foral o especial, de Aragón carecía de regulación específica alguna de la filiación en el momento de promulgación de la Constitución.

Por lo que se refiere al nuevo artículo 52 de la Compilación del Derecho civil de Baleares, el mismo ha venido fundamentalmente a eliminar la exigencia, salvo para supuestos excepcionales, de la concurrencia de testigos en los testamentos otorgados ante notarios, habida cuenta de la improcedencia de semejante requisito en la realidad social actual. Con ello el legislador autonómico se ha venido a adelantar en año y medio a la última reforma del Código Civil, en materia de testamentos, introducida en el mismo por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre.

De nuevo en este caso salta a la vista la inutilidad de este desarrollo autonómico del Derecho civil, foral o especial, de Baleares, que únicamente ha supuesto adelantarse al legislador estatal para introducir en la Compilación de Baleares la misma modificación que aquél ha introducido poco después en el Código Civil(76) aunque ciertamente con alguna variante un tanto desafortunada(77) y con la nueva dificultad de integrar dicho artículo 52 con el resto de la regulación testamentaria contenida en el Código Civil, a pesar del último párrafo (3.º) de este artículo 52(78). Lo que no hace sino presagiar una nueva

---

(76) Vid. sobre todo los nuevos artículos 681.5.º, 685, 686, 697 y 706 del Código Civil.

(77) Como la de permitir que, en su caso, sean testigos los empleados del Notario. Comparar el artículo 52, pár. 2.º de la Compilación con el artículo 681.5.º del Código Civil.

Aunque parece que ocurre lo mismo en el artículo 108 del Código catalán de Sucesiones, puesto que la correspondiente prohibición no figura en él.

Tales variantes con respecto a los requisitos de los testigos parecen contrarias al artículo 21, pár. 1.º de la Ley del Notariado: "No podrán ser testigos en los instrumentos públicos los parientes, escribientes o criados del Notario autorizante".

Si bien, es cierto que el artículo 29 de la misma Ley considera dicho precepto no "aplicable a los testamentos, y demás disposiciones mortis causa, en las cuales regirá la ley o leyes especiales del caso".

(78) Por ejemplo, no parece posible prescindir en los supuestos excepcionales del artículo 52, párrafo 1.º.a) de los testigos que conozcan al testador, mediante la utiliza

reforma del legislativo balear, en una materia que poco tenía que ver con su Derecho civil y que no necesitaba actualización alguna acorde con sus principios inspiradores. Porque, en efecto, la inutilidad o gratuidad de la reforma, que no viene más que a introducir complejidad y confusión —tal y como ya he indicado—, pone de relieve que semejante actualización no responde a una actualización derivada de los propios principios inspiradores del Derecho civil balear, aunque en este caso el requisito de la conexión es difícil de rechazar, habida cuenta de la regulación que la Compilación ya antes dedicaba a la sucesión testada (artículos 14 y siguientes, 77 y siguientes de su redacción anterior)(79).

Lo que ocurre es que, en este caso, como a continuación expondré, el Tribunal Constitucional, además de realizar —al igual que con respecto a la Ley aragonesa sobre adopción— una aplicación demasiado permisiva de la interpretación dada por él mismo para el artículo 149.1.8, primera frase, lleva a cabo previamente una interpretación todavía más permisiva (a favor de las competencias de las Comunidades Autónomas) del sentido que debe darse a la competencia legislativa exclusiva que el artículo 149.1.8, segunda frase, CE atribuye al Estado con respecto a la ordenación de los instrumentos públicos.

A la vista de estos dos casos, en los que el Tribunal Constitucional ha venido a reconocer la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas implicadas, cabe concluir que la teoría del Tribunal es buena, pero que su aplicación es poco rigurosa o —si se prefiere— demasiado condescendiente con los legislativos autonómicos. La opción foralista supone permitir a las Comunidades con Derecho civil, foral o especial, desarrollarlo (además de conservarlo y modificarlo), siempre que ello responda a una *actualización* oportuna de los mismos acorde con sus principios generales peculiares o distintos de las correspondientes al Derecho civil estatal o general. No se

---

ción de documentos adecuados de identificación (artículo 685 del Código Civil) o pura y simplemente haciéndolo constar en el testamento en la forma prevenida en el artículo 686 del Código Civil.

(79) Vid. el Fundamento Jurídico 6, párrafo 3.º de la Sentencia 156/1993.

trata de una carta blanca para legislar sobre materias conexas con las ya reguladas en consonancia con principios generales propios también de aquel Derecho estatal o general, aunque sea con diferencias, más o menos relevantes, pero secundarias. No habría habido razón para negar entonces esa facultad a todas las Comunidades Autónomas, que comparten esos mismos principios generales. Sin embargo, esa opción es la autonomista, y nuestros constituyentes la rechazaron. La opción foralista no permite desarrollar legislación civil *en paralelo* con la legislación estatal(80). Eso corresponde a la opción autonomista. Siguiendo con la utilización del símil geométrico, añadiré que la opción foralista permite desarrollar legislación civil en dirección distinta (*sustancialmente* distinta) con respecto a la legislación estatal, es decir, que se distancie de la misma porque así lo exijan sus propios principios. Permitir la proliferación de leyes civiles en las Comunidades Autónomas con Derecho civil, foral o especial, que no respondan a ese desarrollo foralista, a esa *actualización* de esos Derechos civiles forales, supone desconocer la opción foralista de nuestra Constitución, así como un agravio comparativo para las demás Comunidades Autónomas. Por otra parte, es algo poco deseable en aras del buen funcionamiento y de la seguridad jurídica (que —no se olvide—, además de ser un valor esencial para cualquier Ordenamiento jurídico y para cualquier estado de Derecho, constituye un principio de nuestra Constitución— artículo 9.º3 CE) del Ordenamiento civil español en general y del Ordenamiento civil vigente en cada Comunidad Autónoma, y en aquéllas con Derecho civil, foral o especial, en particular. La unidad básica del Derecho civil español es lo que han querido nuestros constituyentes, al atribuir en principio la competencia correspondiente al legislativo estatal. Esa unidad y esa competencia sólo debe excepcionarse para la conservación, la modificación y el desarrollo de sus Derechos civiles forales auténticamente distintos, si así lo desean los respectivos legis-

---

(80) Pedro DE ELIZALDE Y DE AYMERICH. *El Derecho Civil en los Estatutos de Autonomía*. A.D.C. 1984. Vid. págs. 424-425.

ladores autonómicos, en lo que sea posible, esto es, basados en principios generales propios y distintos de aquéllos que inspiran a la legislación general o estatal. La pluralidad legislativa desde este planteamiento no es considerada como algo positivo en sí mismo, sino únicamente si está al servicio de una auténtica diversidad basada en principios generales con arraigo histórico en los respectivos territorios y en las respectivas sociedades implicadas.

Cabe albergar la duda sobre si, en algún grado, la tolerancia demostrada por el Tribunal Constitucional en estos dos conflictos competenciales *nó* ha venido determinada por el hecho de que los preceptos autonómicos vienen a decir lo mismo, aunque sea con alguna variante, que los preceptos correspondientes del Derecho civil general o estatal(81). Pero esa tolerancia puede llevar a potenciar esa legislación civil *paralela* a la estatal, poco deseable y contraria a una correcta interpretación de nuestra Constitución.

## X. LA COMPETENCIA LEGISLATIVA SOBRE LA DETERMINACION DE LA VECINDAD CIVIL Y SOBRE EL OTORGAMIENTO NOTARIAL DE TESTAMENTOS

La Sentencia del Tribunal Constitucional 156/1993 se ocupó no sólo del artículo 52 de la Compilación del Derecho Civil de Baleares, sino también del artículo 2, párrafo 1.º de aquélla. Este precepto establece una presunción favorable a la vecindad civil balear para quienes residan en el territorio de la Comunidad Autónoma. La Sentencia declara la inconstitucionalidad de esa parte del precepto en aplicación de la segunda frase del

---

(81) Ese argumento del parecido se llega a utilizar con carácter principal en la Sentencia 156/1993: "Es preciso reparar, por último, en que ni siquiera el Código civil impone hoy ya la exigencia de intervención de testigos instrumentales en los testamentos ante Notario con carácter general... se confirma así la orientación de nuestra legislación, que considera la presencia testifical en el acto de testar ante Notario como un requisito de ciertos testamentos, no como una condición o formalidad inherente a la incorporación del testamento mismo a un instrumento público». Fundamento Jurídico 5.c), párrafo 1.º

artículo 149.1.8 CE, que atribuye competencia exclusiva al Estado, en todo caso, sobre las “normas para resolver los conflictos de leyes”:

“La disposición impugnada afecta, sin duda, a la vecindad civil y al constituir ésta, según se recordó, punto de conexión para la determinación del estatuto personal es claro que mediante aquélla se viene a incidir sobre un aspecto nuclear de Derecho interregional, sector éste del ordenamiento al que la norma constitucional se refiere (junto al Derecho internacional privado) con la expresión “normas para resolver los conflictos de leyes”(82).

No constituye objetivo de este trabajo estudiar la segunda frase del artículo 149.1.8 CE. De ahí que no me detenga en esta parte de la Sentencia 156/1993, con la que estoy totalmente de acuerdo(83). Me permito apuntar que la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco introduce también varios cambios en relación con la vecindad civil(84).

No obstante, creo oportuno abordar, aunque sea brevemente, la parte que la Sentencia dedica al contraste del artículo 52 de la Compilación con la atribución al Estado de la competencia legislativa sobre la ordenación de los instrumentos públicos, puesto que —ya lo he dicho— para declarar la constitucionalidad de dicho precepto, el Tribunal Constitucional no sólo realiza una aplicación sumamente laxa de su interpretación de la primera frase del artículo 149.1.8 CE, y concretamente, de la competencia de desarrollo del Derecho Civil propio que el mismo autoriza a las correspondientes Comunidades Autónomas, sino que previamente realiza una interpretación espe-

(82) Fundamento Jurídico 2.b), párrafo 1.º

(83) La competencia exclusiva del Estado para legislar sobre vecindad civil y sobre normas de conflicto entre los Derechos civiles coexistentes en España vuelve a ser abordada —aunque no se cuestiona— en la reciente Sentencia del Pleno, 226/1993, de 8 de julio (B.O.E. de 2 de agosto), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 148/1991, promovido por la Diputación General de Aragón contra determinados incisos de los artículos 14 y 16 del Código Civil, según la redacción dada a los mismos por la Ley 11/1990, de 15 de octubre.

(84) Especialmente en los artículos 10, 11 a 14 y 16. El Presidente del Gobierno interpuso en su día recurso de inconstitucionalidad (núm. 2685/1992; BOE de 18 de noviembre) contra dicha Ley del Parlamento Vasco, concretamente contra los artículos 6, 10, 11, 12, 13, 14, 30, 94, 102.2.º, 123 y 132 de la misma.

cialmente restrictiva de la competencia del Estado en esa materia de los instrumentos públicos, comprendida en la segunda frase del artículo 149.1.8 CE. Sólo así se tiene la posibilidad de apreciar plenamente hasta qué punto el Tribunal Constitucional ha tenido la voluntad de salvar la constitucionalidad del precepto en cuestión, aunque ello haya sido a costa de mermar la competencia exclusiva estatal en una materia, en la que sería conveniente la unidad<sup>(85)</sup>, como el otorgamiento notarial de testamentos.

El Tribunal plantea en estos términos la cuestión:

“Se dice en el recurso, con cita del artículo 144 del Reglamento Notarial (Decreto de 2 de junio de 1944), que los testamentos notariales “son” instrumentos públicos, afirmación de la que se hace derivar que la regulación de la intervención de testigos en estos testamentos constituye un supuesto de “ordenación” de aquellos instrumentos, enteramente ajena, por consiguiente, a la competencia que sobre su Derecho civil propio ostenta la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. El

---

(85) Aunque ya el artículo 90 de la Compilación aragonesa, en su redacción originaria se ocupaba de ella: “En el testamento notarial o ante Párroco otorgado en Aragón bastará la intervención de dos testigos”. Posteriormente la Ley aragonesa 3/1985, de 21 de mayo, suprime ya ese requisito: “En el testamento notarial otorgado en Aragón no será precisa la intervención de testigos, salvo que expresamente lo requieran los testadores o el Notario autorizante”. También el artículo 101 de la Compilación catalana, en su redacción originaria se ocupaba de dicha materia: “En los testamentos ante Notario se observarán las formalidades exigidas por el Código Civil, salvo, respecto de los testigos, que serán siempre dos, sin requerirse que sean rogados ni que aprecien la capacidad del testador, ni que en su carácter de testigos instrumentales hayan de conocerle, pero deberán firmar”. El artículo 107 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña (Ley Catalana 40/1991, de 30 de diciembre) suprime también ese requisito de la participación de testigos: “No será necesaria la intervención de testigos en el otorgamiento del testamento notarial salvo que concurren circunstancias especiales en el testador, o que éste o el Notario lo soliciten” (párrafo 1.º). También afecta a la materia el artículo 108 de dicho Código: “En su caso, los testigos serán dos, deberán entender al testador y al Notario y deberán saber firmar. No será necesario que sean rogados, ni que conozcan al testador, ni que tengan su misma residencia.

No podrán ser testigos en el testamento ni en el codicilo:

5.º El cónyuge y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del heredero instituido o el legatario designado y del Notario autorizante” (párrafo 1.º y párrafo 2.º, núm. 5.º)

A diferencia del caso de Baleares, estas supresiones corresponden pues a modificaciones y no a un desarrollo. Con todo, cabe cuestionarse si tales modificaciones pueden ser introducidas por el legislador autonómico cuando afectan a una materia reservada en todo caso al legislador estatal por el artículo 149.1.8, segunda frase CE. Como a continuación se verá, yo entiendo que, en efecto, la intervención de testigos en los testamentos notariales corresponde a la ordenación de los instrumentos públicos.

Tribunal, sin embargo, no puede compartir este razonamiento ni aceptar, por lo tanto, que lo regulado en el artículo 52 de la Compilación balear afecte a la invocada competencia del Estado”(86).

Frente a esa consideración de la materia como propia de la ordenación de los instrumentos públicos, el Tribunal argumenta fundamentalmente lo siguiente:

“a) La regulación sobre la intervención de testigos en los testamentos ante Notario forma parte en nuestro ordenamiento de la legislación civil testamentaria, no de la legislación notarial, localización sistemática ésta que no puede dejar de tenerse en cuenta a la hora de identificar el ámbito de las categorías jurídicas (ordenación de los “instrumentos públicos”, en este caso) empleadas por el artículo 149.1 de la Constitución con fines de articulación competencial. Es de relevante consideración, a este respecto, lo dispuesto en los artículos 143 y 180 del ya citado Reglamento Notarial. El párrafo segundo del primero de estos preceptos remite a la “legislación civil” para todo lo relativo a la “forma”, “requisitos” o “solemnidades” de los “testamentos y actos de última voluntad” y declara el carácter meramente supletorio, en estos ámbitos, de la legislación notarial. El artículo 180, de otra parte, dispone, en lo que ahora importa, que “en la autorización de las escrituras públicas no será necesaria la intervención de testigos instrumentales”, salvo las excepciones que la propia norma establece; se exceptúan de esta regla —concluye el párrafo primero del artículo 180— los testamentos, “que se regirán por lo establecido en la legislación civil”.

Ni la intervención de testigos se integra, por lo tanto, en el régimen tradicional de autorización de escrituras públicas y otros instrumentos notariales ni su exigencia con relación a los testamentos proviene de la legislación notarial, sino, con toda claridad, de la normativa civil a la que aquélla expresamente remite.

b) La integración en la legislación civil sobre testamentos

---

(86) Fundamento Jurídico 5, pár. 2.º de la Sentencia.

—no en la ordenación de los instrumentos públicos— de todo lo relativo a los testigos testamentarios resulta corroborada, por lo demás, a la vista de la consideración doctrinal, prácticamente unánime, sobre el carácter de la intervención de testigos en este acto jurídico. Tal intervención, cuando la ley la exige, constituye una formalidad o solemnidad propia del testamento, sin que los testigos instrumentales realicen, de modo alguno, funciones que puedan ser calificadas de “notariales”, pues el testamento es autorizado sólo por el funcionario interviniente, único depositario de la fe pública. Han sido y son imperativos propios de la legislación sobre testamentos y no de la notarial —esto es lo que ahora importa destacar— los que han llevado al legislador a requerir la presencia de testigos en los testamentos ante Notario”(87).

“Ni en nuestra tradición jurídica ni en nuestro ordenamiento actual ha formado parte dicha regulación de la legislación notarial ni, por tanto, de la ordenación de los instrumentos públicos, ello sin perjuicio de que no todos y cada uno de los contenidos de tal regulación notarial, en su actual contenido, deban estimarse comprendidos en la norma competencial aquí considerada”(88).

Para concluir que “el precepto impugnado no ordena dicha materia (la ordenación de los instrumentos públicos), sino una solemnidad o formalidad del acto jurídico que es el testamento”(89).

Como ya he dicho antes(90), el Tribunal también maneja, como argumento, la concordancia del artículo 52 con el cambio introducido en el Código Civil con respecto a los testigos de los testamentos por la Ley 30/1991. Pero evidentemente, la semejanza del Derecho civil del legislador autonómico con el Derecho civil estatal no puede constituir un título competencial. Centrémonos pues en la argumentación principal antes transcrita. Tampoco vale la comparación con otros Derechos civiles,

---

(87) Fundamento Jurídico 5.a) y b).

(88) Fundamento Jurídico 5, último párrafo.

(89) Fundamento Jurídico 5, último párrafo, in fine.

(90) Vid. nota 81.



forales o especiales(91), de acuerdo con lo que he dicho antes sobre las características de la opción foralista frente a la autonomista.

Esa argumentación viene a decir que, no estando incluida esta materia en la legislación notarial, sino en la civil, no forma parte de la ordenación de los instrumentos públicos. Para ello, con base en la remisión a la legislación civil en cuanto a los requisitos de los testamentos notariales, contenida en los artículos 143 y 180 del Reglamento Notarial, se distingue entre legislación civil y legislación notarial. Pero se olvida que la legislación notarial es también fundamentalmente legislación civil, por lo que se refiere a la ordenación de los instrumentos públicos; lo que no queda en entredicho por esas remisiones del Reglamento Notarial(92). Así lo ha considerado siempre la doctrina. Así lo ha considerado la Constitución, puesto que, indiscutiblemente, forma parte esencial de la ordenación de los instrumentos públicos, y la legislación sobre dicha ordenación de instrumentos públicos está expresamente contemplada en el artículo 149.1.8 CE, que —no se olvide— se refiere todo él a la legislación civil.

Resultaría pues que —siguiendo el hilo argumental de la Sentencia en este punto— el artículo 149.1.8 otorgaría en todo caso competencia al Estado en la ordenación de los instrumentos públicos siempre que ésta no correspondiese a la legislación civil. Pero entonces, ¿cómo se explica la inclusión de esa materia en la segunda frase del artículo 149.1.8 como excepción absoluta (“en todo caso”) a la hipotética competencia sobre la legislación civil de algunas Comunidades Autónomas?

La participación o concurrencia de testigos en los testamentos notariales forma parte del régimen tradicional del otorgamiento de testamentos notariales, es decir, del otorgamiento de ese tipo de instrumentos públicos, y ha cumplido durante

(91) Vid. el artículo 90 de la Compilación aragonesa. Y los artículos 107 y 108 de Ley Catalana 40/1991, de 30 de diciembre, que aprueba el Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña.

(92) El artículo 29 de la Ley del Notariado no remite a las leyes civiles, sino a “la ley o leyes especiales del caso”, con respecto a las cuales rige también la legislación notarial “como norma supletoria” (artículo 143, párrafo 2.º del Reglamento).

mucho tiempo una función importante en las garantías que se persiguen a través de esa forma notarial esencial. De ahí que constituyese un requisito esencial, sin el cual el testamento notarial, es decir, el instrumento público era nulo. Lo que no queda cuestionado por el hecho de que ello no sea ya así (por lo que esa función de garantía se refiere), de acuerdo con la realidad social actual.

No es cierto que la formalidad sea propia del testamento y no de su otorgamiento notarial, aún admitiendo que semejante distinción se puede hacer en un negocio jurídico cuya forma (el otorgamiento notarial o en instrumento público) es esencial. Basta con pensar en el testamento ológrafo, que no requiere testigo alguno.

Todo lo apuntado me conduce a decir que esa afirmación antes transcrita, con la que concluye el Tribunal su argumentación sobre el tema, constituye un juego de palabras. En efecto, decir que no se regula la ordenación de un instrumento público, sino que se ordena la forma del testamento (“una solemnidad o formalidad” del mismo), cuando estamos hablando de un testamento cuya forma notarial es esencial, supone separar lo que resulta intrínsecamente unitario e inseparable. El artículo 1216 del Código Civil define los *documentos públicos* como “los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”, sin excepción alguna, esto es, incluyendo también, en su caso, la solemnidad de los testigos.

Añadiré una última crítica, que se refiere sólo a una parte del artículo 52 de la Compilación, la del artículo 52 a). Aquí el precepto no sólo está regulando la intervención de testigos instrumentales, sino también la de testigos de conocimiento (artículo 52, párrafo 2.º, y artículos 685 y 698 del Código Civil). ¿Acaso se puede decir que la función de éstos, la identificación del testador, no forma parte esencial de la intervención del Notario y, consecuentemente, de la función notarial? Pues bien, la constitucionalidad del artículo 52 de la Compilación supone que mientras que en Baleares ningún Notario podrá autorizar un testamento sin la participación de

tales testigos de conocimiento e instrumentales cuando no conozca al testador, en cambio, en las demás partes de España el Notario podrá autorizar el testamento “mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas” (artículo 685 del Código Civil), o mediante declaración de esta circunstancia en los términos previstos en el artículo 686 del Código Civil, o en la forma prevista directamente en la legislación notarial (artículo 23, párrafo 2.º de la Ley del Notariado y artículos 187 y siguientes del Reglamento)(93) ¿No afecta esto a la ordenación de los instrumentos públicos, que el artículo 149.1.8 reserva, en todo caso, al legislador estatal? Incluso admitiendo la argumentación del Tribunal, conviene observar que cuando el artículo 29 de la Ley del Notariado excepciona la aplicación de los artículos anteriores a los testamentos, por lo que se refiere a forma, testigos y capacidad de adquirir, remitiendo para ello a las Leyes especiales del caso, no incluye en semejante excepción y emisión a lo previsto en el artículo 23 sobre la identificación de los otorgantes por el Notario. Parece difícil mantener que ese punto tampoco afecta a la ordenación de los instrumentos públicos.

La disposición derogatoria de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, deroga “el artículo 2.º de la Ley de 1 de abril de 1939 sobre intervención de testigos en la autorización de las escrituras públicas”. Dicha Ley de 1 de abril de 1939 es una ley típicamente notarial, como se deduce de su Exposición de Motivos y de su articulado, y, sin embargo, se ocupa expresamente de la intervención de los testigos en los testamentos, concretamente en ese artículo 2.º, que ahora ha quedado derogado, según cuyo párrafo primero, “en los testamentos intervendrán los testigos elegidos por la legislación vigente, pudiendo los instrumentales ser a la vez testigo de conocimiento”. Lo que se considera —en ese momento— que no constituye una

---

(93) A esta legislación notarial remite directamente el artículo 106 del Código de sucesiones de Cataluña (Ley 40/1991) para la identificación del testador.

mera rutina, derivada de las primitivas formas instrumentales, a diferencia de lo que dice con respecto a los documentos notariales inter vivos(94).

---

(94) “La Ley de veintiocho de mayo de mil novecientos sesenta y dos, y el Reglamento del Notariado de ocho de agosto de mil novecientos treinta y cinco, exigen la intervención de dos testigos en la autorización de los instrumentos públicos inter vivos.

Esta intervención testifical, difícilmente justificable desde el punto de vista técnico, subsiste en nuestra legislación por la influencia del Derecho histórico como una reminiscencia de las primitivas formas instrumentales en la autorización de las Escrituras públicas, si no llega a ser una ficción, es al menos en muchos casos un requisito que se cumple en serie con la colaboración de verdaderos profesionales de la testificación retribuida y no añade valor ni autenticidad a los documentos, ni constituye una garantía para los contratantes.

Pueden, sin embargo, existir casos y circunstancias que reclamen la intervención de personas que, a propuesta del Notario o de las partes concurren al otorgamiento, y reducida así a determinados documentos, deja de ser una mera rutina para convertirse en solemnidad que debe cumplirse con todo rigor” (párrafos 1.º a 3.º de la Exposición de Motivos).