

5.7. EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Olga Cardona Guasch

I.- UNAS NOTAS INTRODUCTORIAS

II.- ¿QUÉ QUEDA DE LA TRADICIONAL CONCEPCIÓN UNITARIA DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL?

1. LEYES EMANADAS DE CCAA QUE EN 1978 TENÍAN UN DERECHO COMPILADO

1. Acerca de la provisionalidad de los derechos forales

2. Acerca de la especialidad de los derechos forales

2.1. Manifestaciones de especialidad en la Constitución de 1978

2.2. Manifestaciones de especialidad en los textos normativos autonómicos

3. Acerca del fragmentarismo de los derechos forales

4. Significado actual de la expresión “derecho común”

4.1- El Código Civil como “derecho común”

4.2. La función de “derecho común” de los derechos forales

2. LEYES EMANADAS DE CCAA DONDE EN 1978 SUBSISTÍA UN DERECHO CONSUECUDINARIO NO COMPILADO

3. LEYES EMANADAS DE CCAA SIN DERECHO CIVIL FORAL O ESPECIAL

III.- A MODO DE CONCLUSIÓN

I.- UNAS NOTAS INTRODUCTORIAS

Entró en vigor el mismo día de su publicación oficial, el 29 de diciembre de 1978, y desde entonces las normas civiles se miraron en un espejo diferente. Nos estamos refiriendo a la Constitución y al impacto que ha tenido sobre el Derecho civil en España. La necesaria interpretación de las disposiciones preexistentes a la luz de sus principios, y la derogación de cuantas se opusieran a lo establecido en ella, ha afectado en realidad a todo nuestro Ordenamiento jurídico, sin excepción. En estas líneas analizaremos cómo ha influido la Constitución de 1978 en la realidad jurídico-civil española y en su delicado engranaje, habida cuenta de la diversidad normativa existente en nuestro país. ¿Ha significado una nueva manera de entender el Derecho civil?

Si tuviéramos que sintetizar en una sola palabra el panorama jurídico-civil en la España de hoy, no se nos ocurre otro sustantivo que *complejidad*. Y no es que nuestra Carta Magna viniese a enmarañar una situación clara o pacífica. La complejidad ha sido históricamente una constante en este ámbito. Ocurre, sin embargo, que, mientras algunas cuestiones espinosas del pasado han quedado más o menos superadas, han emergido otras nuevas, no menos dificultosas, a raíz del marco legal e institucional establecido en 1978. Ello por la ingente producción de normas civiles que no tiene en el Estado su único origen. La autonomía política de las regiones, erigidas en Comunidades Autónomas, ha determinado que sus cámaras legislativas aprueben leyes de contenido civil que, como veremos, hallan su legitimación en consideraciones de diversa índole. Pero es que, además, en este tiempo se ha producido otro hecho decisivo para España: su ingreso en la Comunidad Europea (Tratado de Madrid, 12 de junio de 1985, con efectos de 1 de enero de 1986), ha supuesto la “cesión” de potestad normativa a una institución supranacional (actualmente, Unión Europea), con clara vocación de armonizar los derechos privados de sus Estados miembros, fenómeno éste que, a priori, parece chocar con la dispersión normativa que se vive dentro de nuestras fronteras.

El estudio de la situación actual del Derecho privado español en toda su dimensión, desborda las pretensiones del presente trabajo. Por ello nos centraremos en el examen de una de sus facetas, como seguidamente pasamos a exponer.

II.- ¿QUÉ QUEDA DE LA TRADICIONAL CONCEPCIÓN UNITARIA DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL?

Nos proponemos averiguar qué queda de la tradicional concepción unitaria del Derecho civil español, habida cuenta de la pluralidad legislativa surgida al amparo de la Constitución de 1978, principalmente en lo atinente a la existencia de leyes autonómicas dotadas de contenido civil. A tal fin vamos a distinguir tres grupos o categorías de normas:

- 1) Leyes emanadas de Comunidades Autónomas que en 1978 tenían Compilación.
- 2) Leyes emanadas de Comunidades Autónomas donde en 1978 subsistía un derecho consuetudinario no compilado.
- 3) Leyes emanadas de Comunidades Autónomas sin derecho civil *foral o especial*.

1.- LEYES EMANADAS DE CCAA QUE EN 1978 TENÍAN UN DERECHO COMPILADO

Las leyes aprobadas por estas Comunidades Autónomas hallan su título de legitimación en el artículo 149.1,8ª CE, que les reconoce la posibilidad de conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil, y en su respectivo Estatuto de Autonomía que, correlativamente, ha asumido dicha competencia. Las normas civiles de estas regiones bien pueden considerarse herederas o continuadoras de los tradicionalmente denominados “derechos forales”, aunque, en puridad, el adjetivo “foral” no se avenga a algunos de ellos como el catalán o el balear, por no haberse concedido históricamente *fueros* en estos territorios sino cartas de población o de franquicia.

Interesa analizar las conexiones entre el Derecho civil estatal y el Derecho civil autonómico derivado de ese Derecho foral. Con la perspectiva que dan las cuatro décadas transcurridas desde la promulgación de la Carta Magna, nos preguntamos si esa pluralidad legislativa ha comportado el abandono de la concepción unitaria imperante en los últimos siglos: ¿queda algún vestigio de aquella visión del Derecho civil que consideraba los derechos forales como provisionales, excepcionales, especiales y fragmentarios?

1.- Acerca de la provisionalidad de los derechos forales

Recurriendo a la técnica del “flashback”, como en las tramas cinematográficas, nos remontamos a un siglo antes de aprobarse la vigente Carta Magna. A la sazón, no regía todavía en España un código civil. La llamada “cuestión foral” se convirtió en uno de los principales escollos con que se topó el proceso codificador, precisamente porque el objetivo de la codificación española partía de una concepción unitaria bajo cuyo prisma los derechos civiles territoriales eran tenidos por privilegios o excepciones de un pretendido Derecho común o general. Esta visión unitaria no era, sin embargo, monolítica; podían advertirse en ella diferentes tendencias, grados o intensidades: desde la que obviaba por completo el vigor de los derechos civiles territoriales hasta la que, a modo de “solución de urgencia”, permitió que finalmente el Código Civil viera la luz, en 1889, a base de comprometerse a augurar a aquéllos una vigencia sólo provisional. Es así como, conforme al artículo 5 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888,¹⁶¹ el artículo 12 del flamante Código¹⁶² se limitó a garantizar la conservación *por ahora* del Derecho foral en las provincias y territorios en que éste *subsistiera*. Si tenemos en cuenta el momento histórico en que surgió la norma, sabremos que la adopción de una tal medida sirvió para “desencallar” la codificación civil que, como hemos dicho, se había estado resistiendo durante todo un siglo. La conservación *por ahora* era una solución a medias que servía para salir del paso en el tortuoso camino codificador pero que, como todas las soluciones a medias, no hacía sino posponer la hora en que habría que afrontar nuevamente el problema de la diversidad normativa civil en España. Desde luego, el sesgo del artículo no daba pie a demasiadas esperanzas para los foralistas. Basta fijarse en el verbo “subsistir”, con el que el legislador decimonónico hacía alusión al vigor de estos Derechos.

Dando un nuevo salto en el tiempo, esta vez, hacia adelante, nos situamos en los años setenta del siglo pasado. A mediados de esa década cesó la

161. Artículo 5º: “Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base 3ª, relativa a las formas de matrimonio”.

162. Artículo 12: “Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las Leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias para todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título 4º del libro 1º. En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá como derecho supletorio tan sólo en defecto del que lo sea en cada una de aquélla por sus Leyes especiales”.

“amenaza” de provisionalidad que había estado planeando sobre los derechos genéricamente denominados “forales”. La reforma del Título Preliminar del Código Civil, operada en 1974, terminó con esa especie de transitoriedad que, desde 1889 se cernía sobre ellos, explicitada en el antiguo artículo 12, ya citado. Aun teniendo a éste como precedente normativo inmediato, el artículo 13 CC¹⁶³ surgido de dicha modificación legislativa, introdujo cambios trascendentales que, sin ningún género de duda, dejarían la senda marcada al constituyente. En primer lugar, porque se sustituyó el verbo “subsistan” por “estén vigentes”; en segundo término, porque se eliminó la críptica expresión “por ahora” y, en fin, porque se estableció que en lo sucesivo el Código Civil habría de regir “con pleno respeto a los derechos especiales o forales (...).”

Desde la óptica de un foralista cabe, pues, dejar sentado que la Constitución de 1978 no ha tenido el *mérito* de asegurar la pervivencia de los derechos civiles territoriales; y si nos ponemos en la piel de un defensor del centralismo jurídico, tampoco podríamos echarle la *culpa*. La garantía de futuro de aquéllos que, en definitiva, vino a significar su afirmación, como reconoce la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, es atribuible a la expresada reforma del Código Civil. En verdad, la aprobación de seis compilaciones en los quince años inmediatamente anteriores hacía muy difícil negar a esas alturas de siglo la pervivencia de unos derechos elevados a la categoría de ley, máxime si consideramos que las más tardías (Compilación del Derecho Civil de Aragón, 1967; Fuero Nuevo de Navarra, 1973) ya habían proclamado en sus respectivos articulados un sistema de fuentes propio. Sin embargo, no es menos cierto que las compilaciones habían sido ideadas a resultas de las Conclusiones del Congreso de Derecho Civil de Zaragoza de 1946 como mero instrumento o paso previo de una codificación general del Derecho civil español y que en ningún momento se había desistido abiertamente de ese objetivo. Que el horizonte de código único no sólo no se había abandonado por aquel entonces sino que aún se barajaba como eventualmente realizable, es un dato que queda evidenciado en el Preámbulo de la Compilación aragonesa -la penúltima en el tiempo y, como se ha dicho, una de las más completas-, donde se afirma sin ambages, a modo de conclusión: “La Compilación coope-rará así a la normal evolución de este venerable Derecho Foral, de tan honda raigambre y tan fecunda proyección. Y cabe esperar que podrá contribuir también a la labor preparatoria del Código Civil General”.

163. Artículo 13: “1. Las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España.

2. En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales”.

En definitiva, no es atribuible a la Constitución de 1978 la eliminación de la nota de provisionalidad que pendía sobre aquellos derechos, puesto que su conservación había quedado avalada en los años previos. Lo que hace la Constitución es establecer la posibilidad de conservar el Derecho autóctono desde el mismo territorio, a través de las instancias regionales. Ello, merced a una nueva configuración del Estado español en el cual las provincias con afinidades y características comunes podrán erigirse en regiones dotadas de poder político.¹⁶⁴ El artículo 149.1,8ª CE legitima a aquellas Comunidades Autónomas donde a la sazón rija un Derecho civil propio, para legislar en orden a conservarlo, modificarlo y desarrollarlo.¹⁶⁵ “Recogiendo el guante”, el paso siguiente lo dará cada una de estas regiones al asumir en el Estatuto de Autonomía respectivo, dicha competencia. Y a partir de ahí se producirá un fenómeno determinante para entender la realidad jurídica española del presente: el Derecho civil autóctono, hasta entonces recogido en una norma estatal -como no podía ser de otro modo, por haber residido el poder legislativo exclusivamente en las Cortes Generales- pasará a integrar un ordenamiento distinto, el de la correspondiente Comunidad Autónoma que, además, estará legitimada para establecer sus fuentes, conforme a la letra del artículo 149.1,8ª C.E.

2.- Acerca de la especialidad de los derechos forales

En vista del nuevo contexto dibujado por la Constitución, cabe plantearse si hoy queda algo de aquella tradicional visión del Derecho civil, respecto del cual los derechos territoriales son tenidos como salvedades o excepciones. La especialidad está íntimamente ligada a la excepcionalidad, pues ambos caracteres tienen un componente relativo: se es especial respecto a algo y se erige en excepción lo que se aparta de lo común o general.

También en este punto interesa reseñar determinados acontecimientos anteriores a la promulgación de la Carta Magna, ciertamente significativos.

164. Artículo 143.1 CE: “En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos”.

165. Artículo 149.1,8ª CE: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...). 8ª.- Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo lo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

Nos referimos al hecho de que la Compilación aragonesa (1967) y el Fuero Nuevo de Navarra (1973), a diferencia de las compilaciones que les precedieron, prescindieron del adjetivo “especial” para identificar su respectivo Derecho. Este extremo podría entenderse como la antesala de una nueva manera de concebir las conexiones entre el Derecho civil estatal y los derechos civiles territoriales, en la que ya no cabría considerar a éstos como particularidades de un supuesto *derecho común*.

Sin embargo, no tenemos tan claro si la nota de especialidad que, históricamente, había acompañado a los derechos forales, quedó definitivamente abandonada en el nuevo marco trazado por la Constitución de 1978. Primeramente, por los términos en que la CE establece la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil propio; en segundo lugar, porque la conciencia de especialidad subyace todavía en los mismos textos legislativos autonómicos, como tendremos ocasión de comprobar.

2.1.- Manifestaciones de especialidad en la Constitución de 1978

La norma constitucional que hace referencia a los derechos civiles territoriales es el artículo 149.1,8ª. No está en nuestro ánimo realizar un comentario del precepto, entre otras razones, porque no desvelaríamos nada que no se haya dicho ya, ante las muchas opiniones que su intrincada redacción ha suscitado. Lo que interesa, para el tema que nos ocupa, es determinar si en la mentalidad del constituyente permanece todavía la idea de especialidad como algo inherente o consustancial a los derechos forales respecto del Derecho civil del Estado. Para averiguarlo vamos a detenernos en algunos aspectos de la norma.

1º.- Un dato destacable, a estos efectos, tiene que ver con la sistemática utilizada. La Constitución no aborda el tema de la competencia legislativa civil en clave de distribución “Estado – CCAA”, como sería lógico si afirmamos que el Derecho civil estatal y los derechos civiles territoriales coexisten en un plano de igualdad. Si hubiese sido consecuente con el planteamiento de igual a igual, habría contemplado la posible competencia autonómica sobre conservación, modificación, desarrollo y determinación de las fuentes del Derecho civil propio en el artículo 148 que, como sabemos, es el relativo a las competencias susceptibles de ser asumidas por las Comunidades Autónomas. Por el contrario, dichas funciones se explicitan en el artículo 149.1 CE, y me atrevería a decir que casi incidentalmente, ya que lo hace dentro de un precepto que tiene por objeto, justo lo contrario: fijar las materias exclusivamente estatales. El hecho de contemplar en esa sede la posible competencia autonómica en materia civil conduce a pensar que la

está concibiendo a modo de excepción. Este extremo ya es de por sí revelador de que a finales de los años setenta el constituyente seguía considerando los derechos civiles territoriales como especialidades.¹⁶⁶

Con ocasión de pronunciarse acerca de la constitucionalidad del artículo 129 del Estatuto de Cataluña, reformado por L.O. 6/2006, de 19 de julio, la STC 31/2010 subraya este planteamiento, muy distante de un hipotético reparto competencial de la materia civil entre iguales. En efecto, y reiterando su doctrina (STC 88/1993), el Tribunal Constitucional declara: *“Por su parte, la reserva al Estado y “por el mismo art. 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 aquel (...)”*¹⁶⁷ *la Constitución le atribuye ya la “legislación civil”, sin más posible excepción que la “conservación, modificación y desarrollo” autonómico del Derecho civil especial o foral.”* (FJ 76)

2º.- La literalidad del artículo 149.1,8ª CE conduce a la misma conclusión. La posible competencia autonómica, contemplada en dicho precepto mediante una proposición encabezada por la locución adverbial “sin perjuicio de”, viene a tener el significado de excepción o matiz a la proposición principal de competencia estatal exclusiva sobre dicha materia. Abundando en el tenor literal de la norma, llama la atención el empleo del adjetivo “especiales” con que el constituyente califica los derechos civiles autóctonos. A priori tendríamos aquí la prueba evidente de la pervivencia de esa vieja concepción que identifica foralidad con especialidad. Sin embargo, para entender adecuadamente este término es preciso preguntarse por el significado global de la expresión en que aparece utilizado. Cuando el artículo 149.1,8ª habla de “derechos civiles forales o especiales”, ¿está aludiendo a

166. La opinión doctrinal según la cual los derechos civiles territoriales constituyen una especialidad frente al Derecho civil del Estado está todavía muy extendida. En realidad, los términos en que se conduce el artículo 149.1,8ª C.E. favorecen esta tesis: “Si conjugamos el contenido de los artículos 149.1,8ª C.E. y del 13 CC, encontramos que las cuestiones más relevantes en el orden civil son materia exclusiva del Estado, por lo que tendrán aplicación en todo el territorio nacional, sin que las Comunidades Autónomas con Derecho foral puedan entrar a legislar en dichas materias. Así podemos afirmar que la legislación civil es de carácter estatal, y esta premisa se considera un principio general, siendo los derechos forales una excepción al principio”. *Cfr.* DÍAZ PARDO, Gloria. “Derecho civil. Posible ruptura de los principios de unidad e igualdad del ordenamiento jurídico civil.” En *Autonomías y unidad del ordenamiento jurídico. La cuadratura del círculo*. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Esther. Dykinson, 2012, págs. 234- 235.

167. En dicho FJ 76 de la STC 31/2010, el Tribunal Constitucional reproduce parcialmente la fundamentación jurídica de la STC 88/1993, y de ahí el entrecomillado interno. Los puntos suspensivos son transcripción fiel de la STC de 2010 que, al reproducir la citada resolución de 1993, obvia determinados pasajes de la misma.

foralidad y *especialidad* como conceptos sinónimos o, si se quiere, como dos conceptos que van necesariamente unidos? Desde el punto de vista del ámbito territorial de aplicación, obviamente más limitado que el estatal, la respuesta debe ser afirmativa: lo foral es especial porque se predica de una parte del territorio español y no de su totalidad. Sin embargo, el empleo del calificativo “especiales”, justo a continuación de “forales”, obedece a una finalidad que nada tiene que ver con viejas etiquetas: favorecer que las Comunidades Autónomas con competencia en materia civil pudieran legislar en el futuro más allá de los límites de sus respectivos textos compilados.¹⁶⁸

3º.- Un tercer extremo que nos ayudará a desentrañar la filosofía que late en el artículo 149.1,8ª es compararlo con el precepto que en la Constitución precedente abordaba esta cuestión competencial: el artículo 15 de la CE de 1931. Ambas normas coinciden en atribuir exclusivamente al Estado la regulación de una serie de aspectos de carácter vertebrador.¹⁶⁹ Sin embargo, los presupuestos de que parten una y otra para establecer ese límite material infranqueable son bien distintos e, incluso, opuestos: en la Constitución de 1931 los aspectos reservados a la legislación del Estado se configuran como excepciones a un principio general de competencia civil autonómica. Ello es así porque la Constitución republicana establecía la premisa de que las regiones (todas, siempre que hubiesen aprobado su estatuto de autonomía y no sólo las que conservasen un Derecho civil propio) podían aprobar leyes civiles sin otros límites que el elenco de materias de reserva estatal. En nuestra Carta Magna no está tan claro que las Comunidades Autónomas donde exista Derecho foral puedan legislar sobre cualquier materia distinta de las específicamente reservadas al Estado “en todo caso” por el artículo 149.1,8ª.

168. Citando a ARCE JANÁRIZ, LALAGUNA relata el origen de este añadido: “Recuerda este autor [ARCE] el origen de la introducción del calificativo “especiales” con que se adicionó la locución “derechos civiles, forales” y se refiere a la enmienda in voce del diputado del Grupo Parlamentario comunista Solé Tura al número 8 del artículo 141 del texto de la Constitución elaborado por la Ponencia, utilizando como fundamento en su enmienda el siguiente argumento: “Si se citan sólo los forales, como dice ahora el texto, se utiliza de hecho un criterio restrictivo, puesto que si aceptamos que las Comunidades Autónomas van a tener en su nivel de desarrollo superior una legislación propia, hay que decir esto, para que no parezca que esta legislación puede reducirse al desarrollo de las actuales legislaciones forales”. Cfr: LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique. “Comentario al artículo 13”. *Comentarios al Código Civil*. Tomo I. Vol. 2º . Ederesa, 2004, pág. 246.

169. El artículo 15 de la Constitución de 1931 reservaba al Estado “la forma de 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”. Por su parte, el artículo 149.1,8ª de la Constitución de 1978 reserva al Estado “en todo caso”: “las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes, y determinación de las fuentes del derecho ,con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

4º.- Esto último enlaza directamente con el discutido alcance de la función competencial de “desarrollo”, contenida en el artículo 149.1,8ª. La inteligencia del término “desarrollo” ha generado diferentes opiniones doctrinales o “teorías”, pero lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nunca ha avalado un significado del mismo equiparable en amplitud al que dibujaba el artículo 15 de la Constitución republicana.

Sin pretensiones de analizar exhaustivamente su significación, que daría para otro trabajo mucho más extenso que el presente, nos limitaremos a dejar reseñadas en este lugar las principales líneas marcadas por el máximo intérprete de la Norma Suprema, en lo que concierne al alcance de dicho concepto constitucional. La tesis maximalista que entiende por “desarrollo” a estos efectos, que la Comunidad Autónoma puede aprobar leyes civiles sin más límites que los aspectos reservados exclusivamente al Estado (los precedidos por la expresión “en todo caso” del art. 149.1,8ª), no ha sido acogida por el Tribunal Constitucional ni en sus primeros tiempos ni en los más recientes. Es así como se pronunciaba en los años ochenta (STC 123/1984, STC 94/1985 y 76/1988) e insistía en la década siguiente. *Vid.* al efecto, por ejemplo, la STC 88/1993, a cuyo tenor: “*Ya en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 149.1, 8ª, de la C.E., 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 en el ámbito regulado, cuando entró en vigor la Constitución, por el respectivo Derecho Civil. Esta interpretación de lo dispuesto en el artículo 149.1,8ª no puede ser, sin embargo, compartida por el Tribunal*” (FJ 1º). El máximo intérprete de la Constitución excluye expresamente la competencia legislativa autonómica ilimitada *ratione materiae* (FJ 3º, párrafo 3º STC 88/1993, de 12 de marzo).

Podría pensarse que, al haber confirmado la constitucionalidad del artículo 129 del Estatuto de Cataluña en la STC 81/2010, el Tribunal Constitucional avala la tesis maximalista. El precepto contempla la competencia autonómica en materia civil en los siguientes términos: “Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de Derecho civil con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del Derecho civil de Cataluña”. Ahora bien, la declaración de constitucionalidad se ha construido sobre una interpretación del precepto

que dista mucho del sentido que resulta de su letra y de la intención de su autor, ya que le ha atribuido un significado, no sólo no querido por el legislador autonómico, sino precisamente, el no querido por él. El Tribunal Constitucional se reafirma, en fin, en la tesis de las instituciones conexas, intermedia entre la restrictiva y la maximalista, contenida en los pronunciamientos de los años noventa del siglo pasado: *“El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. 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”* (STC 88/1993, FJ 3). El criterio de la conexión es el que en tiempos más recientes ha servido para declarar la constitucionalidad de otras leyes emanadas del Parlamento de Cataluña, aun a base de forzar dicha conexión. Es el caso de la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código Civil de Cataluña, cuya regulación de la propiedad temporal ha sido declarada acorde a la Constitución, en STC 95/2017, por apreciar el Tribunal su engarce con otras instituciones preexistentes en el Derecho catalán, tales como la enfiteusis o la sustitución fideicomisaria, constituyendo a su juicio, *“un supuesto de crecimiento orgánico del Derecho civil especial de Cataluña que resulta amparado por la competencia atribuida al legislador autonómico para el “desarrollo” de su Derecho civil especial”*. (FJ 11).

Todo ello nos lleva a concluir que, pese al nuevo marco establecido por la Carta Magna de 1978, en la etapa democrática se sigue considerando el Derecho civil propio, aunque ya de factura autonómica, como un derecho de excepción frente al estatal o *común*. De ahí que resulte muy significativo, -volviendo a la STC 88/1993- lo expuesto por el Magistrado Viver Pi-Sunyer en su Voto particular: *“La concepción de la que parte la mayoría que sustenta la sentencia continúa perpetuando la configuración del Derecho Civil del Estado como Derecho común o general y los Derechos civiles de las Comunidades Autónomas como Derechos especiales, formados por normas o institutos aislados y asistemáticos (...). “La sentencia concibe el artículo 149.1.8ª como simple “garantía de foralidad a través de la autonomía política”, es decir, como garantía de la capacidad de conservación, modificación y desarrollo únicamente del Derecho preexistente, que queda así configurado, como ya he apuntado más arriba, como un Derecho especial, más o menos residual, más o menos sistematizado, pero en todo caso enmarcado dentro de un Derecho común o general. Esta concepción encaja mal con una Constitución que rompe abiertamente con la tendencia seguida durante los dos últimos siglos -con excepción del período republicano- según la cual el*

reconocimiento de los Derechos forales era provisional, ya que el objetivo único era la unidad del Derecho civil para consagrar solemnemente el pluralismo legislativo en esta materia, fruto de la autonomía política (...)”

2.2. Manifestaciones de especialidad en los textos normativos autonómicos

Si acudimos a la normativa civil autonómica, constatamos, en principio, que el legislador ha querido despojarse de aquella vieja etiqueta. Para nosotros, el ejemplo más próximo de esta nueva configuración, lo hallamos en la Ley 8/1990 de 28 de junio, de Compilación del Derecho Civil de Baleares, mediante la cual nuestra Comunidad Autónoma adaptó el texto compilado de 1961 a los principios constitucionales. Una de las novedades introducidas por dicha reforma es la supresión del calificativo “especial” que hasta entonces había “adornado” el Derecho de las Islas Baleares.¹⁷⁰ La Exposición de Motivos de la Ley 8/1990 justifica esta eliminación en los siguientes términos: “Hoy día, tras la entrada en vigor de la Constitución, los derechos civiles de las distintas regiones o nacionalidades no suponen un derecho constituido por normas de excepción frente al Código Civil, sino sencillamente un derecho distinto: son el derecho común de vigencia prioritaria en sus respectivas circunscripciones territoriales”. Sin embargo, en esta misma declaración de intenciones hallamos, paradójicamente, un reflejo de especialidad: al proclamar el carácter *común* del Derecho balear y, a renglón seguido, su *vigencia prioritaria*, no está sino poniendo de manifiesto su naturaleza especial. Ya se sabe: “lex specialis ...”

En realidad, en distintos cuerpos legales autonómicos encontramos disposiciones relativas a la aplicación del Derecho civil propio que denotan esa conciencia de especialidad, precisamente, porque se detienen a proclamar de manera explícita la prioridad de su aplicación en el respectivo territorio. En este sentido se pronuncia actualmente el Título Preliminar de la Compilación balear que, entre lo que denomina “reglas generales” del Derecho civil de las Illes Balears, establece: “Las disposiciones del derecho civil propio son las normas de aplicación preferente” (artículo 1.3.1^a). Asimismo, el Código Civil de Cataluña, cuyo art. 111-5 dispone: “Las disposiciones del derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras (...)”. En el caso de Navarra, la preferencia de aplicación del Derecho civil propio es declarada en sede estatutaria (art. 40.2 Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, aprobado por L.O. 13/1982, de 10 de agosto, modificada por L.O. 1/2001 y L.O. 7/2010).¹⁷¹

¹⁷⁰ La Compilación aprobada por Ley 5/1961, de 19 de abril se intitulada “Compilación del Derecho civil especial de Baleares”.

¹⁷¹ Art. 40.3 EAN: “El Derecho navarro, en las materias de competencias exclusiva de la Comunidad Foral y en los términos previstos en los apartados anteriores, será aplicable con preferencia a cualquier otro”.

Insistimos en que, al proclamar explícitamente la prioridad de aplicación, se está aludiendo a su carácter especial y, bien mirado, huelga realizar una proclamación de esta naturaleza puesto que será la norma de conflicto interregional la que haya de determinar dicha aplicación, cuando proceda. Sin perjuicio de las reglas de juego del Derecho interregional privado, si se quiere subrayar en sede autonómica tal aplicación preferente, basta con incluir una norma que establezca la supletoriedad del Derecho estatal.

En este concreto sentido, esto es, limitándose a llamar al Derecho estatal como supletorio, sin aludir expresamente a la aplicación prioritaria del propio, se conduce el vigente Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo que, tras enumerar jerárquicamente sus fuentes, se refiere al Derecho general del Estado como supletorio sólo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios generales que lo informan (art. 1), parecidamente a como lo hacía el artículo 1 de la Compilación. También, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, cuyo artículo 1.3 establece que en defecto de ley y costumbre gallegas, será de aplicación con carácter supletorio, el derecho civil general del Estado, cuando no se oponga a los principios generales del ordenamiento jurídico gallego. Por lo que atañe al País Vasco, la Ley 5/2015, tampoco realiza ninguna declaración expresa de vigencia prioritaria de su propio Derecho sino que se limita a establecer la supletoriedad del Código Civil y las demás disposiciones generales, en defecto de ley o de costumbre foral aplicable (art. 3.1), de modo muy semejante a como se pronunciaba su precedente normativo inmediato (art. 3.1 Ley 3/1992, de 1 de julio).

3.- Acerca del fragmentarismo de los derechos forales

El fragmentarismo ha sido otra nota caracterizadora de los derechos forales. Se trata de un dato objetivo que ha obedecido a una razón histórica: el cese abrupto de la posibilidad de crecimiento y renovación, con la consiguiente fosilización de aquéllos, a partir de un determinado momento o suceso (Decretos de Nueva Planta del siglo XVIII, en la mayoría de los casos; las guerras carlistas del siglo XIX, respecto a Navarra y las entonces denominadas “Provincias Vascongadas”).

Ha sido precisamente el fragmentarismo lo que ha propiciado la visión de los Derechos territoriales como particularidades o especialidades aisladas dentro de un “mar” estatal o común que había tomado como base el Derecho de Castilla. Al igual que hemos hecho al tratar los puntos precedentes, nos preguntamos aquí si la Constitución ha borrado ese carácter o, cuando menos, ha contribuido a difuminarlo.

Nuevamente tenemos que hacer referencia a acontecimientos anteriores a la Constitución que preludiaron un cambio de rumbo. Se trata de la aprobación, en 1967, de la Compilación aragonesa, y en 1973, del Fuero Nuevo de Navarra que, a diferencia de las otras compilaciones, establecieron en su articulado un sistema de fuentes del Derecho propio. Por consiguiente, en el caso de Aragón y de Navarra no podía decirse que la Compilación se limitase a compendiar instituciones. La fijación de un orden de prelación de normas equivalía a autoafirmarse como ordenamiento jurídico y, ello, con independencia de lo extenso que éste fuera.

La Constitución de 1978 no se muestra indiferente a este hecho. Lo evidencia la alusión expresa que en el artículo 149.1,8ª CE se hace a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas donde exista Derecho civil foral o especial aprueben leyes que determinen su sistema de fuentes. Y lo hace sin distinción, esto es, sin limitar o circunscribir esta potencial competencia sobre fuentes a las compilaciones que tuvieran a la sazón preceptos de esta naturaleza (sólo dos, según lo que acabamos de exponer).

En los años siguientes a la entrada en vigor de la Constitución Española, las Comunidades Autónomas con compilación, previa asunción de la competencia legislativa civil en sus respectivos Estatutos, la adaptaron a los principios constitucionales, en una empresa que tuvo un alcance y significado que trascendió de la mera necesidad de acomodarse a la Norma Suprema. En primer lugar, porque en esa actuación legislativa todas ellas transformaron el Derecho compilado, que era un derecho legal, pero estatal, en Derecho autonómico. En segundo lugar, porque en todos estos casos el legislador regional aprovechó la ocasión para establecer el respectivo sistema de fuentes. Por tanto, a finales del siglo XX los seis derechos compilados constituían “oficialmente” sistemas jurídicos que aspiraban a ser completos.

Cosa distinta es que en los años siguientes a esa incorporación del Derecho compilado al ordenamiento autonómico se hayan dado pasos reales para hacer efectiva tal aspiración o vocación de completitud. Ello dependerá de la intensidad con que cada una de estas Comunidades Autónomas haya ejercitado su competencia legislativa, especialmente en lo que atañe al *desarrollo* de su derecho. A la cabeza se encuentra Cataluña, seguida de Aragón, mientras que el “farolillo rojo” corresponde a Baleares. Entendemos que, aun habiendo hecho un uso escaso de dicha función, ya no cabe tildar su Derecho de fragmentario.

La preferencia de aplicación, proclamada por algunos de los cuerpos legislativos autonómicos, demostrativa de una cierta conciencia de especiali-

dad del Derecho propio, según lo anteriormente expuesto, tiene por objeto precisamente “ahuyentar” la idea de fragmentarismo, Dicho de otro modo, al establecer claramente la aplicación prioritaria del Derecho autóctono en un territorio donde éste concurre con el estatal, se potencia la consideración del Derecho foral como sistema u ordenamiento, de entidad comparable a aquél.

4.- Significado actual de la expresión “derecho común”

En sus diversas acepciones, incluida la que sirve para designar el histórico *ius commune*, la expresión apunta a una misma función: la de un derecho que, en última instancia, habrá de ser aplicado. En definitiva, alude a un derecho supletorio. En relación a los derechos civiles autonómicos derivados de los forales, cabe plantearse qué significado tiene en la actualidad la expresión “derecho común” si, de un lado y, como hemos visto, los derechos civiles territoriales se atribuyen -tímidamente- esta cualidad, pero de otro, acostumbra a identificarse el “derecho común” con el estatal, encarnado, fundamentalmente, en el Código Civil español.

4.1. El Código Civil como “derecho común”

Abundando en la idea de supletoriedad, resulta innegable que el Código Civil recibe la consideración de “derecho común” en dos planos distintos, territorial y material.

Desde una perspectiva territorial, el Código Civil es supletorio de los ordenamientos civiles españoles, tradicionalmente llamados *forales*. A esta concreta función aludía el artículo 12.2 CC anterior a la reforma de 1974 y, actualmente, el artículo 13 CC. También los diferentes cuerpos legales autonómicos, sucesores de las compilaciones, llaman al Derecho civil estatal para colmar sus lagunas (heterointegración), según lo visto anteriormente. Este hecho parte de una verdad incontestable: la menor extensión de los derechos civiles forales no sólo al tiempo de aprobarse el Código sino también al de promulgarse la Constitución. En los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor del texto constitucional esa función del Código Civil era lógica y necesaria. Los derechos civiles territoriales sólo habían tenido la oportunidad de ser recogidos en compilaciones y éstas, acaso salvando las más recientes, eran bastante escuetas. El Código tenía a la sazón un vasto campo en el que desplegar su papel integrador. Sin embargo, y precisamente al amparo de lo previsto en la Constitución, a medida que la Comunidad Autónoma con competencia en materia de Derecho civil propio la ejercita, van menguando los resquicios susceptibles de “rellenarse” con el recurso a ese derecho supletorio.

Con todo, entendemos que la expresión “derecho común” no se aviene con esta función de derecho supletorio, entre otras razones, porque los sectores de Derecho foral susceptibles de integrarse mediante el Código Civil serán distintos en cada uno de dichos ordenamientos, según la mayor o menor labor legislativa que haya desplegado la Comunidad Autónoma. De este modo, un precepto del CC que, con carácter supletorio se aplica a un supuesto de hecho sujeto a un ordenamiento foral por carecer éste de norma que lo contemple, acaso no resultaría aplicable a un supuesto de hecho idéntico pero sujeto a otro ordenamiento civil autonómico porque este último sí da respuesta a este tipo de casos. El diferente nivel de desarrollo de los derechos forales, cuarenta años después de la entrada en vigor del artículo 149.1.8ª CE, nos conduce a afirmar que la supletoriedad no es idéntica en todas las regiones con Derecho civil propio, ni en el volumen de supuestos en que habrá que recurrir al Derecho civil estatal ni en la tipología de estos. Por consiguiente, en esta concreta función, el Código civil español tiene poco de “común”.

Por el contrario, entendemos que el adjetivo “común”, se aviene a las normas estatales de aplicación directa a todo el territorio español (las de reserva estatal “en todo caso”, según el art. 149.1.8ª CE), con independencia del nivel de desarrollo de cada Derecho civil autonómico, por ser aquéllas idénticas en toda España.

Desde una perspectiva material, el Código Civil está llamado a integrar las normas contenidas en leyes sectoriales. Así lo establecía el antiguo artículo 16 CC y lo establece el artículo 4.3 vigente. En esta concreta función el Código Civil desempeña su papel de Derecho privado general para integrar otros sectores normativos del ordenamiento jurídico, fundamentalmente aquéllos que regulan parcelas cualificadas de la actividad privada, denominados por ello *derechos privados especiales*. Ahora bien, ese papel no lo tiene el CC en exclusiva, puesto que la norma de Derecho privado general llamada a integrar ese vacío puede ser perfectamente la disposición de un derecho foral cuando la norma de conflicto así lo determine.

4.2. La función de “derecho común” de los derechos civiles territoriales

La función de “derecho común” de los derechos civiles territoriales ya había sido reconocida en la etapa preconstitucional, y en concreto, respecto del Derecho catalán, en la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968. Por ello resulta cuando menos llamativo que, en el nuevo marco diseñado por la Constitución, sólo dos cuerpos legislativos autonómicos se atrevan a calificar explícitamente de “derecho común” las normas que

contienen. Se trata del Código de Derecho Civil de Cataluña (art. 111-4)¹⁷² y de la Compilación de Derecho Civil de Baleares (art. 1.3.2^a).¹⁷³ En realidad, la Compilación balear proclama ese carácter en su articulado desde hace poco,¹⁷⁴ a resultas de la reforma operada por Ley 2/2017, de 2 de agosto.

En cambio, el Código de Derecho Foral de Aragón, del Fuero Nuevo de Navarra, de la Ley de Derecho civil de Galicia, y de la Ley de Derecho foral del País Vasco carecen de una disposición semejante. Podría pensarse que si esa naturaleza común ya había sido declarada jurisprudencialmente en la etapa predemocrática, el legislador de estas regiones ha creído redundante o innecesario repetir esa declaración en el respectivo texto normativo. Sin embargo, y como acabamos de ver, sí se afana por proclamar en muchos de estos supuestos la aplicación preferente de su Derecho civil, siendo así que tal prioridad vendrá dada por el juego de las normas de conflicto, más que por una disposición contenida en la compilación, fuero o código de derecho civil propio. El carácter de derecho común es, pues, predicable de cualquiera de los ordenamientos civiles españoles y no hace sino subrayar la supletoriedad por razón de la materia. En los últimos tiempos se detectan signos que parecen reflejar la asunción de esta realidad por el legislador estatal. Ejemplo de ello es el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014¹⁷⁵ que, en el artículo 001-4,¹⁷⁶ llama como derecho supletorio de las normas estrictamente mercantiles (Código y usos de comercio), a la *“legislación civil, según su sistema de fuentes”*. La redacción es un trasunto del vigente artículo 2 del Código de Comercio, con la importante diferencia de que la llamada al derecho supletorio ya no se hace al *“derecho común”*. Esta expresión añeja queda sustituida en el Anteproyecto por *“legislación civil”* que, como mínimo, sugiere que cualquier derecho civil español, sea estatal o foral, está llamado a integrar el Derecho mercantil.

172. Artículo 111-4. *“Carácter de derecho común.- Las disposiciones del presente Código constituyen el derecho común en Cataluña y se aplicarán supletoriamente a las demás leyes”*.

173. Artículo 1.3. *“Reglas generales del derecho civil de las Illes Balears: (...) 2^a. Las disposiciones de los diferentes libros de esta Compilación constituyen el derecho común de las Illes Balears y se aplicarán, supletoriamente, a las demás leyes”*.

174. Antes de la reforma experimentada en 2017, el carácter de *“derecho común”* sólo se declaraba en la Exposición de Motivos de la Ley 3/1990, de 28 de junio, sobre Compilación del Derecho civil de Baleares.

175. Recordemos que la materia mercantil es una de las competencias exclusivas del Estado, conforme al artículo 149.1.6^a CE.

176. Artículo 001-4. *“Jerarquía de las normas. 1. En las materias mercantiles que se rijan por la legislación específica en razón de la naturaleza de la persona o actividad, serán de aplicación supletoria las disposiciones de este Código.*

2. A falta de normas de este Código, se aplicarán los usos de comercio y, en su defecto, las normas de la legislación civil, según su sistema de fuentes”.

En definitiva, los derechos civiles tradicionalmente llamados “forales” -lo mismo que el estatal cuando así lo determine la norma de conflicto interregional en el caso concreto-, constituyen derecho común en el sentido de “Derecho privado general”. De todo ello resulta que “derecho común” no es antónimo de “derecho foral” ni resulta incompatible con él.

2.- LEYES EMANADAS DE CCAA DONDE EN 1978 SUBSISTÍA UN DERECHO CONSUECUDINARIO NO COMPILADO

Habida cuenta de que el artículo 149.1,8ª C.E. establece como presupuesto de competencia civil autonómica la preexistencia de un derecho civil *foral o especial*, sin mayores especificaciones, parece que no se está refiriendo solamente al compilado. En la expresión constitucional tiene cabida también el derecho consuetudinario, siempre que se acredite la vigencia del mismo al tiempo de promulgarse la Constitución. Sobre esta base el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos históricos valencianos (STC 121/1992)¹⁷⁷, y por lo mismo, inconstitucionales: la Ley 10/2007, de 20 de marzo, del Régimen económico matrimonial valenciano (STC 82/2016), y la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de hecho de la Comunidad Valenciana (STC 110/2016).

En principio, en tanto que norma creada directamente por la sociedad, la costumbre es predicable de cualquier lugar, con independencia de las dimensiones del territorio donde la práctica sea observada, siendo, por tanto, indiferente que se trate de una costumbre que rebase o no el ámbito nacional o que tenga un alcance espacial más limitado (comarcal, regional o local). Sin embargo, la cuestión se centra en unas CCAA muy concretas: las que han asumido estatutariamente la competencia normativa sobre su respectivo derecho consuetudinario. Se trata de las siguientes: Extremadura, en lo que concierne a la “conservación, defensa y protección del Fuero de Baylío e instituciones de derecho consuetudinario”, parafraseando el art. 9.1.3 EAE; Región de Murcia, que “prestará especial atención al derecho consuetudinario de la Región, con particular referencia a los tribunales consuetudinarios y tradicionales en materia de aguas” (art. 8 EARM), Principado de Asturias, que “impulsará la conservación y compilación del derecho consuetudinario asturiano” (art. 16 EAA) y Comunidad Valenciana (art. 49.1.2ª EACV), caso éste que, por sus perfiles singulares, detallaremos seguidamente.

¹⁷⁷. También en la STC 182/1992, donde se declara la constitucionalidad de la Ley gallega de arrendamientos rústicos.

De todas estas Autonomías, la Comunidad Valenciana parece constituir un supuesto “cualificado”. Ello por dos razones: en primer lugar, porque al asumir la competencia en materia civil, su Estatuto de Autonomía no la ha circunscrito únicamente al derecho consuetudinario, como habría sido lógico si partimos de la base de que, en 1978, dicha Comunidad Autónoma carecía de compilación y, por tanto, de derecho legal. La asunción de esta competencia se hace en términos muy amplios, sin ningún género de límite o acotación: “La Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano”. Así es como se expresaba el artículo 31 EACV y, actualmente, el artículo 49.1.2ª, tras su modificación por L.O. 1/2006, de 6 de abril. Sobre dicha norma estatutaria que no circunscribía el Derecho valenciano al estrictamente consuetudinario, el Tribunal Constitucional avaló la constitucionalidad de la ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos históricos.

En segundo lugar, el caso valenciano se distingue de las otras CCAA citadas porque en la asunción estatutaria de dicha competencia se atribuye al elemento histórico un peso específico. Y es que la reforma del EAV de 2006 se propuso la recuperación del antiguo Derecho foral, tal y como queda establecido en el artículo 7.1¹⁷⁸ y en la Disposición Transitoria 3ª.¹⁷⁹ Por consiguiente, la asunción de la competencia legislativa civil por la Comunidad Valenciana, no sólo no queda circunscrita al derecho consuetudinario sino que trata de resucitar el antiguo Derecho foral, abolido en 1713, en contra de la propia Constitución, aunque ésta sea invocada en dichas normas estatutarias.

Sin perjuicio de las singularidades que ofrece el caso valenciano, y volviendo en general, sobre el conjunto de Comunidades Autónomas que asumen estatutariamente competencias sobre su Derecho no escrito, son varias las cuestiones que se plantean:

1º.- En primer lugar, cabe preguntarse por la concreta acción legislativa que corresponde a la Comunidad Autónoma sobre este derecho propio. Esta función legislativa es de difícil caracterización, como respecto del Derecho valenciano ya advertía el Magistrado de la Vega Benayas en su Voto

178. Artículo 7.1 EAV: “El desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana. Esta reintegración se aplicará, en especial, al entramado institucional del histórico Reino de Valencia y su propia onomástica en el marco de la Constitución Española y de este Estatuto de Autonomía”.

179. Disposición Transitoria 3ª EAV: “La competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano se ejercerá por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución Española”.

Particular a la STC 121/1992, al preguntarse por el auténtico contenido de la competencia de la Generalitat: ¿conservación o regulación *ex novo*?, alertando a tal efecto del peligro de haber abierto la caja de Pandora, dando pie a futuras regulaciones absolutamente nuevas. Algunas de esas regulaciones, a la sazón, eventuales, han acabado materializándose en el seno de dicha Autonomía, si bien han tenido escaso recorrido. Nos referimos a la Ley 10/2007, de Régimen económico matrimonial valenciano y a la Ley 5/2012, de Uniones de Hecho, declaradas inconstitucionales en SSTC 82/2016 y 110/2016, respectivamente.

Entendemos que la función competencial en relación al derecho consuetudinario propio tendrá, por consiguiente, un alcance muy limitado. Así parecen reconocerlo las mismas regiones de Extremadura,¹⁸⁰ Murcia y Asturias, tal y como se desprende de los términos en que sus respectivos Estatutos recogen dicha competencia: “conservación, defensa y protección” (EAE), “prestar especial atención” (EARM), “impulsar la conservación y compilación”¹⁸¹ (EAA), son expresiones estatutarias que, a lo sumo, alcanzan a identificarse con el concepto constitucional de *conservación* del artículo 149.1.8ª CE. Respecto a la Comunidad Valenciana, la cuestión resulta más dudosa, habida cuenta de los términos en que se expresa su Estatuto, al haber asumido la competencia no sólo en *conservación*, sino también en *modificación y desarrollo*.

2º.- La otra cuestión es determinar qué lugar ocupa en el sistema de fuentes del Derecho la costumbre que ha sido objeto de tratamiento por la Comunidad Autónoma. En relación a la costumbre valenciana que sirvió de base a la

180. Con referencia a Extremadura, la doctrina se plantea si, teniéndose constancia de una sola institución, la comunidad matrimonial universal, propia del Fuero de Baylío, ello justificaría la atribución a la Asamblea regional de competencia en materia civil para regular cualesquiera instituciones. En este sentido se pronuncia VERDERA, siguiendo a SOTO NIETO. Cfr. VERDERA SERVER, Rafael. “Incidencia de la costumbre en el derecho civil valenciano”. <http://vlex +1156351>.

181. Ciñéndose al tenor del precepto estatutario asturiano, indica REQUEJO que resulta indudable que su significado no se corresponde con “conservación, modificación y desarrollo”, del artículo 149.1.8ª CE ni del artículo 31.2 del Estatuto de la Comunidad Valenciana (actualmente 49.1.2ª). “Conservar y compilar no puede traducirse en otra cosa que en la reunión y consolidación escrita de un cuerpo de costumbres, pero siempre en el entendido de que la operación normativa autorizada concluye ahí. La imagen más próxima a la que puede recurrirse para describir el fenómeno es la de refundición de textos por decreto legislativo (...). Al Principado de Asturias le cabe reunir, ordenar y sistematizar las costumbres que, sobre todo en el campo del Derecho civil y en el administrativo local, se acrediten como existentes al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución. Pero no hacer de la costumbre una ley. En primer lugar, porque conservación y compilación no tiene por qué verificarse precisamente por medio de una ley. En segundo término, porque, aunque se hiciera a través de una norma con valor legal, de ello no se sigue que el valor de la forma se comunique al contenido”. Cfr. REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. “Fuentes del ordenamiento jurídico del Principado de Asturias”. En *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias. Estudio sistemático*. ARCE JANÁRIZ, Alberto (Coord). Junta General del Principado de Asturias, 2003, pág. 113.

Ley 6/1986, de Arrendamientos Históricos, el Tribunal Constitucional dictaminó lo siguiente: “*El ejercicio de la competencia legislativa autonómica, atribuida por la Constitución y el Estatuto, supone una alteración sustancial en la posición de la norma en la jerarquía de fuentes, ya que la regla que, como costumbre, venía rigiendo sólo en defecto de ley aplicable, esto es, como fuente de carácter secundario e inoponible a los dictados del derecho común (art. 1.3 CC), al ser incorporada a la ley autonómica, se torna en ley especial de aplicación preferente a la legislación civil del Estado que deviene así, y en ese momento, derecho supletorio (art. 13.2 CC). (...) mediante el ejercicio de la competencia legislativa autonómica el anterior derecho consuetudinario especial valenciano cambia pues de naturaleza, adquiriendo sus normas la condición de derecho legislado de aplicación preferente, en su ámbito propio, respecto del derecho civil común (art. 149.3 CE y arts. 13 a 16 CC), y ésta es precisamente la finalidad de la ley impugnada: dar rango de ley especial a reglas que hasta su adopción no habrían tenido existencia sino como costumbres de mera aplicación supletoria*” (STC 121/1992, FJ 2º). Por tanto, el derecho consuetudinario valenciano así recogido, pasa a tener rango de ley, de aplicación preferente a la estatal sobre la misma materia.

Menos probable es que la costumbre de Asturias, Murcia y Extremadura pueda “escalar” al puesto de la ley, dados los términos en que se expresan los correspondientes preceptos estatutarios relativos al derecho consuetudinario propio. “Prestar especial atención”, “impulsar”, “conservar” y “compilar” consisten en reducir a escrito, sin que ello implique dotar de rango legal a la norma consuetudinaria recogida en el texto autonómico. Por consiguiente, en estas regiones la costumbre escrita seguirá constituyendo fuente de segundo grado, rigiendo en defecto de ley aplicable y siendo, a lo sumo, preferente a la costumbre general que, sobre la misma materia, pueda existir. Aparte de evitar su olvido, la plasmación escrita de una tal costumbre tendrá la virtualidad de facilitar su prueba (no me atrevo a decir que alcance a eximir de tal carga al que la invoca, dado que pese a su reducción a escrito, continuará careciendo de rango legal).¹⁸²

182. En relación a la costumbre asturiana, REQUEJO: “La formalización de la costumbre en una norma escrita (su compilación) servirá a los fines de dotar de precisión y certeza a la costumbre compilada, contribuyendo así a su conservación, que es el objetivo al que el Estatuto obliga al Principado. Pero sin afectar a su valor jurídico y, en consecuencia, a su posición subordinada frente a la ley. La ley compiladora permitirá que el Juez excuse su prueba a la parte que alegue en juicio la costumbre compilada, pero no puede obligarle a aplicarla como si de una ley se tratara, pues no ha dejado de ser costumbre, por más que legislativamente autenticada. El órgano judicial, en suma, sólo la aplicará en defecto de ley aplicable (art. 1.3 CC), siendo irrelevante, a estos efectos, la existencia de una ley compiladora, que sólo es “aplicable” en tanto que vehículo normativo de expresión de una costumbre, a la que no dota de la aplicabilidad propia de las leyes. Como mucho, facilita su aplicabilidad como costumbre en la medida en que libera a quien la alega de la obligación de probarla”. REQUEJO, *Op. cit.*, pág. 113.

Rasgo común a estas Autonomías es que el legislador regional carece de toda legitimación para establecer un sistema de fuentes (fuentes, ¿de qué?). Ni siquiera el Estatuto de la C.A. Valenciana ha asumido formalmente dicha competencia. Ello comporta una diferencia esencial con respecto a las Comunidades Autónomas que contaban con un Derecho compilado al tiempo de promulgarse la Carta Magna: el derecho consuetudinario de Asturias, Murcia, Extremadura e, incluso, Valencia, no es en realidad un Derecho en el sentido de *ordenamiento jurídico*. La expresión “derecho” designa en estas regiones, prácticas relativas a instituciones jurídicas concretas y determinadas carentes de regulación legal, que se observaban en 1978 y se siguen observando en el presente. Excepción hecha del Fuero de Baylío, relativo a aspectos de la economía conyugal, el “derecho consuetudinario” a que aluden los Estatutos de estas Comunidades Autónomas consiste básicamente en costumbres del mundo agrario (arrendamientos rústicos, aguas, riego, costumbres de la huerta, etc.). En definitiva, se advierte un denominador común: la falta de un entramado jurídico susceptible de ser considerado como sistema u ordenamiento.

Por último, de todo ello se desprende que el derecho consuetudinario de todas estas Autonomías, incluida la valenciana, sí que reviste las notas de especialidad y fragmentarismo frente al Derecho civil del Estado porque no constituyen ordenamientos o sistemas jurídicos (esto es, derechos con vocación de ser completos), sino meras costumbres o instituciones aisladas que, a lo sumo, podrán ser recogidas en una norma escrita, dotada¹⁸³ o no de rango legal.

3.- LEYES EMANADAS DE CCAA QUE CARECEN DE DERECHO CIVIL FORAL O ESPECIAL

En tercer lugar, existen Comunidades Autónomas que, sin tener Derecho civil foral y ni tan siquiera haber asumido competencia en derecho consuetudinario, han aprobado leyes con innegable contenido civil. Actuación, ésta, que parece contradecir, al menos aparentemente, la exigencia “allí donde existan”, del artículo 149.1,8ª C.E. Sin embargo, el máximo intérprete de la Carta Magna ha confirmado en algunos supuestos la constitucionalidad de la norma autonómica que se proyecta sobre aspectos civiles. La conformidad

183. Parece que en el caso de la C.A. Valenciana, sí que la costumbre contenida en una ley emanada de las Corts está dotada de rango legal, en vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. No cabe decir lo mismo respecto de las otras regiones citadas, dado el limitado alcance con que sus respectivos Estatutos asumen la competencia sobre su propio derecho consuetudinario.

con la Norma suprema en tales casos no halla su fundamento en el artículo 149.1,8ª CE, sino en otros preceptos, concretamente, en las disposiciones del correspondiente Estatuto de Autonomía referidas a materias de competencia autonómica no civil. De este modo, cuando la ley autonómica tiene por objeto regular una de estas materias asumidas estatutariamente e incide, de modo colateral, en aspectos de Derecho civil, por lo general no se consideran invadidas las competencias estatales. A tales efectos, cabría distinguir diferentes tipos de “proyección” sobre la materia civil, a saber:

En unos supuestos la ley autonómica alude a figuras tradicionalmente incardinadas en el Derecho privado que, en puridad, son susceptibles de reconducirse al Derecho general, como por ejemplo, el fraude de ley. Tal sucedió con la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria. La STC 37/1987 declaró al respecto que no existía vulneración de la competencia estatal en legislación civil, pues para delimitar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, hay que estar a las instituciones reguladas en la norma autonómica, más que a las técnicas utilizadas para realizar dicha regulación.¹⁸⁴

Se declara asimismo la constitucionalidad de aquellas normas emanadas del Parlamento regional que recaen sobre materia civil, sólo tangencialmente, a los efectos de desarrollar de forma adecuada la función legislativa en determinada materia de competencia autonómica. Nuevamente, la STC 37/1987 nos sirve de ejemplo, al declarar constitucionales los preceptos de la expresada ley andaluza que afectaban al derecho de propiedad, por entender que estaban supeditados a la materia agraria (de competencia autonómica), verdadero objeto de la ley impugnada: *“Y así ha sucedido y sucede también en el caso de la legislación agraria, cuyos objetivos conducen a una regulación de la propiedad de la tierra destinada a usos agrícolas que se superpone a la legislación civil propiamente dicha. Así las cosas, resulta también evidente que si la Comunidad Autónoma andaluza es titular de una competencia específica para legislar en materia de “reforma y desarrollo del sector agrario”, como efectivamente así es según dispone el art. 18.1.4ª de su Estatuto de Autonomía, dicha competencia incluye la posibilidad de legislar asimismo sobre la propiedad de la tierra y su función social, dentro del territorio de Andalucía (...).”* (FJ 8).

En los dos supuestos citados, relativos, eso sí, a la misma ley, vemos que el Tribunal Constitucional parte de la distinción entre dos tipos de materias:

184. *Vid.* comentario en DÍEZ-PICAZO, Antonio, “Las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil”. En *Ensayos jurídicos*. Tomo I. Thomson Reuters. Civitas, 2011, págs. 355 y ss.

una, principal, que es de competencia autonómica y que constituye el verdadero objeto de regulación por el Parlamento regional, y otra, conectada con aquélla, que no tiene necesariamente por qué serlo (autonómica). Si esta otra materia es de orden civil, se tiende a considerar que no se invade la competencia del Estado. Es lo que ha dado en llamarse “derecho civil paralelo”, “oculto” o “funcional”.¹⁸⁵

En realidad, este fenómeno es predicable de la mayor parte de materias que presentan zonas colindantes entre el Derecho civil y el Derecho administrativo, como ocurre con lo relativo a las limitaciones del dominio y con las llamadas propiedades especiales, que se proyectan sobre materias cuya competencia ha sido asumida estatutariamente por las Comunidades Autónomas.¹⁸⁶ Otro tanto cabe decir respecto a la normación de ciertos tipos de personas jurídicas, tales como cooperativas, fundaciones y asociaciones, avalada por el Tribunal Constitucional (SSTC 173/1998, de 23 de julio; 341/2005, de 21 de diciembre y 135/2006, de 27 de abril). En estos casos el Tribunal parte de dos presupuestos: 1) que el Estatuto de Autonomía tiene asumida la competencia para regular este tipo de entidades; 2) que el Estatuto de Autonomía tiene competencia en determinados ámbitos (docente, cultural, benéfico, asistencial, etc.). A ambas premisas anuda la constitucionalidad de la ley autonómica cuando la persona jurídica objeto de regulación haya de desplegar sus funciones en dichos ámbitos. Es lo que ha dado en llamarse la regulación de cierta “dimensión horizontal” de carácter jurídico privado.¹⁸⁷

En cambio, no resulta tan fácil ese encaje constitucional en otros sectores como el de las parejas no casadas, cuya regulación ha sido abordada por buen número de Comunidades Autónomas carentes de derecho “foral”. En este sentido, la Ley del Parlamento de Andalucía 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, aduce en su Exposición de Motivos como título competencial la orientación familiar, materia ésta última, de competencia autonómica, conforme al art. 13.22 EAA. Otro tanto cabe decir de la Ley del Parlamento de Canarias 5/2003, de 6 de marzo para la Regulación de Parejas de Hecho, basada en el reconocimiento estatutario de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la asunción por los poderes públicos de la promoción de

185. ROCA TRÍAS, Encarna. “La postcodificación civil: la unidad de códigos, una política muerta”. *Anuario de Historia de Derecho Español*. Núm. LXXXII. Enero 2012, págs. 175 – 200.

186. *Vid.* al efecto, REDONDO TRIGO, Francisco. “Reflexiones sobre la reciente jurisprudencia mercantil y la supletoriedad o no del Derecho autonómico a la luz del Anteproyecto de Código Mercantil. La supresión del concepto “Derecho común” por el legislador civil”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 745. Septiembre, 2014, págs. 2612 y ss.

187. *Cfr.* ACEDO PENCO, Ángel. *Introducción al Derecho privado*, pág. 40. Ed. Dykinson, 2013.

las condiciones necesarias para su libre ejercicio (art. 5 E.A. Canarias). Deducir de competencias autonómicas tan genéricas la constitucionalidad de dichas normaciones resulta muy cuestionable. Podríamos afirmar que cuando dichas leyes se limitan a regular aspectos que se proyectan hacia la Administración, tales como prestaciones sociales, permisos de residencia, adquisición de nacionalidad y beneficios fiscales,¹⁸⁸ no se entienden invadidas las competencias del Estado. Por el contrario, sí se traspasa la línea cuando las leyes de estas CCAA no “aforadas” repercuten directamente sobre las relaciones jurídico-privadas. Para muestra, cabe citar la STC 81/2013, que declara inconstitucionales los artículos 5 y 4 de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho, por referirse dichos preceptos a aspectos económicos de la pareja, al estilo de un régimen económico matrimonial.

III.- A MODO DE CONCLUSIÓN

Cuarenta años después de promulgarse la Constitución, asistimos a un considerable crecimiento del Derecho civil en España no sólo imputable a la labor legislativa del Estado. Al amparo de la Carta Magna de 1978, han proliferado normas autonómicas de indudable proyección civil, sobre la base de diferentes fundamentos o títulos de legitimación, cifrados en unos casos, en la existencia de un derecho civil propio con vocación de ser completo; en la subsistencia de un derecho consuetudinario o, sencillamente, en la asunción estatutaria de muy diversas materias cuya regulación repercute en mayor o menor medida, en el Derecho privado. Aun quedando englobados todos ellos bajo la categoría genérica de “ordenamiento autonómico”, sólo el primero de estos derechos constituye *Derecho civil*, en mayúsculas, como sistema u ordenamiento jurídico que, aunque de menor extensión, es de entidad comparable al Derecho civil del Estado. Cosa distinta es que el Derecho civil de estas Comunidades Autónomas haya logrado desprenderse de la nota de especialidad que, tradicionalmente, ha “adornado” al Derecho foral, de que trae causa.

188. Cfr. PARRA LUCÁN, Miguel Ángel. “Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia”. En *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*. Consejo General del Notariado, Tomo I. 2012, pág. 290.