

Competencia de los Parlamentos autónomos en la elaboración del Derecho civil: Estudio del artículo 149.1.8 de la Constitución (*)

MARIA PAZ SANCHEZ GONZALEZ

Becaria y colaboradora del Departamento de Derecho Civil
de la Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera

SUMARIO: A) «*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias...*».—B) «*Legislación civil...*».—B).1. La expresión «legislación civil» en el marco del artículo 149.1.8: Planteamiento de la cuestión.—B).2. Sentencias del Tribunal Constitucional interpretativas de la expresión legal.—B).3. Aplicación de los criterios que sostiene el Tribunal Constitucional.—C) «...*Sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales...*».—C).1. ¿Es la unificación del Derecho civil un objetivo inconstitucional?—C).2. ¿Toda Comunidad Autónoma con Derecho civil, foral o especial, puede asumir competencia para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo?—C).4. Los derechos civiles, forales o especiales: concepto y naturaleza.—D) «...*Allí donde existan...*».—D).1. Posible extensión del Derecho foral vigente en parte del territorio de una Comunidad Autónoma a otras zonas de la misma.—D).2. ¿Podrán asumir competencia aquellas Comunidades Autónomas que tuvieron Derecho civil propio, pero que hoy en día ha desaparecido?—D).3. ¿Se considera como único Derecho foral existente al compilado o se admite la existencia de un Derecho civil extracompilado,.—E) «...*En todo 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...*».—E).1. Aplicación y eficacia de las normas jurídicas.—E).2. Relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio.—E).3. Ordenación de los registros e instrumentos públicos.—E).4. Bases de las obligaciones contractuales.—E).5. Normas para resolver los conflictos de Leyes.—F) «...*Y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial*».—F).1. ¿Son las fuentes del Derecho materia constitucional?—G) *Síntesis explicativa del contenido del artículo 149.1.8: posiciones*

(*) La redacción de este trabajo se concluyó en febrero de 1986.

doctrinales.—H) *Conexión del artículo 149.1.8 con otras reglas constitucionales.*—H).1. Competencia en materia de Derecho agrario.—I) *Conclusiones.*

Dentro del complejo Título VIII del texto constitucional, uno de los preceptos que plantea más problemas interpretativos es el contenido en el artículo 149.1.8, según el cual «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

«Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de sus derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo 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 respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial.»

Este precepto representa el reconocimiento, por parte de la Constitución, de la coexistencia de una pluralidad de Derechos civiles españoles.

Para tratar de comprender el alcance y significado de este artículo es necesario proceder al desglose y análisis de cada uno de los apartados que lo integran, siendo éste el objetivo básico del presente estudio.

A) «EL ESTADO TIENE COMPETENCIA EXCLUSIVA SOBRE LAS SIGUIENTES MATERIAS...»

La expresión «competencia exclusiva» empleada en este precepto, ha dado lugar a múltiples problemas interpretativos. De ahí que consideremos necesario aludir sumariamente al sentido de dicha expresión.

La aplicación del artículo 3.1 del Código civil a la Constitución podría plantear un problema de jerarquía normativa. Sin embargo, la cuestión no tiene mayor trascendencia práctica, pues los posibles criterios interpretativos contenidos en la Constitución no contradicen al contenido del artículo 3.1 (1). A mi juicio, el criterio básico para realizar esta interpretación es el gramatical y en su modalidad literal o semántica. Con este tipo de interpretación se pretende averiguar el

(1) HERRERO DE MIÑÓN: *Aspectos constitucionales del nuevo Título preliminar del Código civil*, en «REP», 1974, n.º 198, p. 105; LUCAS VERDÚ: *Los Títulos Preliminares y Primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales*, en «Los Derechos Humanos y la Constitución de 1978», número monográfico 2.º de la «RFDUC», 1979, p. 21; PÉREZ LUÑO: *La interpretación de la Constitución*, en «Revista de las Cortes Generales», n.º 1, 1984, pp. 82 y ss., concretamente pp. 121 a 123.

sentido literal de las palabras empleadas por el legislador. De acuerdo con tal definición, veamos lo que significan los términos «competencia» y «exclusiva».

En el lenguaje corriente, «competencia» significa lo mismo disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa, que idoneidad o aptitud para un cometido. Es en este segundo sentido donde aquella voz adquiere mayor relevancia jurídica, al utilizarse para designar técnicamente la medida en que un órgano participa en el ejercicio de las funciones estatales. O sea, que la competencia, supuesto un órgano estatal participante de función pública, limita la idoneidad o aptitud de éste en cuanto a su posibilidad de resolver asuntos o llevar a cabo actividades correspondientes a aquella función estatal (2).

Por otro lado, el término «exclusivo» significa que excluye o puede excluir, único, solo, que opera excluyendo a cualquier otro. En consecuencia, «competencia exclusiva» será la aptitud o idoneidad para realizar una actividad excluyendo la posibilidad de actuación de cualquier otro. La expresión «competencia exclusiva» aplicada al Estado significa que sólo éste tiene la aptitud o idoneidad necesaria para legislar en materia civil, y ello tiene consecuencias importantes: la materia objeto de tal competencia se aplica *por igual* a todos los ciudadanos, no importa cuál sea su vecindad político-administrativa, su regionalidad; dicha materia es de *aplicación general*, siendo el órgano legislativo competente las *Cortes Generales* y no los Parlamentos autonómicos (3).

Esta interpretación gramatical semántica se ve reforzada por la histórica, en la medida en que la expresión «competencia exclusiva» de los artículos 14, 15 y 16 de la Constitución de 1931 fue entendida en la forma ya anteriormente señalada (4).

La interpretación semántica se ve avalada, además, por la teleológica, ya que determinados fines del Ordenamiento jurídico (igualdad ante la Ley de todos los ciudadanos españoles, seguridad jurídica, unidad de los principios inspiradores de la legislación, indisoluble unidad de la nación española, etc.), se cumplen más satisfactoriamente defendiendo que la interpretación precedente es la literal.

Por último, señalo, no obstante, que la expresión «competencia

(2) Definición tomada de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. IV, dirigida por PELLISE PRATS, Barcelona, 1981, pp. 489 y ss. (No se cita en el tomo al autor de la voz en cuestión.)

(3) Si una determinada materia es competencia legislativa del Estado, el órgano competente para ejercerla son las Cortes Generales, puesto que, según el artículo 66.2, «las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado [...]».

(4) Según DE MEER, en *La Constitución de la II República*, Pamplona, 1978, p. 95, «los artículos 14 y 15 del Título I establecerían las facultades exclusivas del Estado en materia legislativa y el artículo 16 consignaba la facultad de que las regiones reclamasen y el Parlamento otorgase todas aquellas materias no comprendidas en los artículos 14 y 15 [...]». ASTARLOA VILLENA, en *Región y Religión de las Constituyentes de 1931*, Valencia, 1976, p. 118, dice que «las facultades que concede el artículo 16 se refieren a que basta que en el Estatuto se establezca una competencia sobre determinada materia, para que ésta corresponda, sin más trámites, a la Región. Pero la facultad que contempla el artículo 18 es del Estado que transmite, que puede transmitir, y no de la Región que recaba».

exclusiva» referida al Estado no tiene el mismo sentido que cuando se refiere a las Comunidades Autónomas, dado el contenido del número 3.º del artículo 149 de la Constitución, que excluye respecto de éstas la interpretación literal o semántica: la «exclusividad» de la competencia de éstas no impide la competencia, con carácter supletorio, del Estado. Pero éste no es el objeto de nuestra investigación.

B) «LEGISLACION CIVIL...»

B).1. La expresión «legislación civil» en el marco del artículo 149.1.8: Planteamiento de la cuestión

El artículo que analizamos atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación civil, pero ¿qué se entiende por legislación civil?, ¿cuál es su ámbito? La expresión «legislación civil» del artículo 149.1.8 dista mucho de ser clara, por lo que es necesario concretar los límites de este bloque de competencia (5). Pero ello quizá sea conveniente empezar por precisar el concepto de Derecho privado, cuyo núcleo esencial lo constituye precisamente la legislación civil (junto con la mercantil).

Al hablar de Derecho privado se está haciendo referencia «a un sector del Ordenamiento jurídico de tan difícil delimitación que, al fin y a la postre, se acaba las más de las veces por definirlo a través de la contraposición con el Derecho público» (6). La distinción entre Derecho público y Derecho privado es para un gran sector de la doctrina una tarea difícil y de escaso valor práctico (7). La interrelación entre Derecho público y Derecho privado es tan estrecha que cuando se habla del primero se hace referencia al segundo y viceversa: de los derechos privados brotan derechos y deberes públicos; la violación de los derechos privados trae a veces como consecuencia la imposición de penas públicas. Para saber si una determinada relación es pública o privada no es decisivo el que la relación discutida pueda hacerse va-

(5) Conviene advertir que la referencia debe entenderse hecha a la expresión científica «Derecho civil», y que ésta se subsume dentro de la más amplia «Derecho privado».

(6) LASARTE: *Autonomías y Derecho privado en la Constitución Española*, Madrid, 1980, p. 32. En el mismo sentido se manifiesta JORDANO, en *Derecho civil, Derecho privado y Derecho público*, «Revista de Derecho Privado», octubre, 1963, pp. 868 y 869. En Italia: PERLINGIERI: *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, «Rivista di Diritto Civile», 1978, pp. 405 y ss., concretamente p. 414; GALASSO: *Il diritto privato nelle prospettive post-moderna*, «Rivista di Diritto Civile», 1983, vol. I, pp. 13 y ss., concretamente p. 17.

(7) LASARTE, *op. cit.*, p. 32. Afirma este autor que «dicha bipartición constituye uno de los grandes tópicos de la doctrina jurídica, alejado, sin embargo, de una solución medianamente satisfactoria. A pesar de que las mayores inteligencias de todos los tiempos se han afanado por trazar la línea divisoria entre uno y otro sector del ordenamiento jurídico, elaborando las más diversas teorías, lo cierto es que aquélla parece vana pretensión alquímica».

ler según el procedimiento civil. Tampoco debe atenderse a la presencia o ausencia de un interés patrimonial, ni a la causa de la adquisición. «Lo verdaderamente decisivo de la naturaleza pública de la relación es la circunstancia de intervenir un ente colectivo, un sujeto de potestad pública en concepto de tal, es decir, que intervenga en la relación jurídica en su cualidad de ente público» (8). De no darse esta circunstancia, la relación sería privada.

Una vez precisado, hasta cierto punto, el concepto de Derecho privado, es necesario proceder a una diferenciación entre legislación civil y otras ramas del Ordenamiento jurídico (para oponer la expresión «legislación civil» a todo lo que, en el 149.1.8, es Derecho público), especialmente con la legislación mercantil (que es competencia exclusiva del Estado en todo caso: art. 149.1.6). También es necesario diferenciarla de la legislación administrativa (respecto de la cual las Comunidades Autónomas tienen competencias propias, exclusivas o compartidas) y de la laboral (9) (cuya ejecución es atribuida a las Comunidades Autónomas por el art. 149.1.7).

Respecto de la legislación administrativa, hay que decir que la línea divisoria entre ésta y la legislación civil se difumina en determinados supuestos, y ello debido a la creciente intervención de la Administración en el campo de las relaciones jurídico-privadas. Esta distinción cobra importancia en el campo de las llamadas propiedades especiales (aguas, montes, minas, etc.), que no podrán ser competencia de las Comunidades Autónomas «salvo que entrasen por la vía del Derecho foral, que no es el caso» (10). La legislación básica sobre estas materias corresponde al Estado (art. 149.1, 23.º y 25.º). Sin embargo, el desarrollo de esta legislación básica sí puede ser competencia de las Comunidades Autónomas.

También respecto de la legislación mercantil es preciso hallar límites claros entre ésta y la civil. Esta cuestión plantea múltiples problemas, que se agudizan en relación con los llamados «actos mixtos». Una dificultad añadida a este problema surge por el hecho de que el Código de comercio declara al Derecho común aplicable a los actos mercantiles. En todos estos supuestos limítrofes, ¿a quién corresponderá la competencia legislativa? La cuestión tiene una gran trascendencia, porque mientras la legislación mercantil es competencia exclusiva del Estado en todo caso (art. 149.1.6), respecto de la civil se

(8) ENNECERUS, KIPP y WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, Parte General, tomo I (trad. española de Pérez González y Alguer), 3.ª edición, Barcelona, 1981, p. 134.

(9) Para establecer la distinción entre Derecho civil y Derecho laboral nos remitimos al trabajo de JORDANO, *Derecho civil y Derecho del trabajo*, en «Revista de Derecho Privado», diciembre 1964, pp. 1.023 y ss., concretamente p. 1.032: «El Derecho laboral es un Derecho privado especial [...]. La especialidad del Derecho laboral tiene dos manifestaciones. La primera de ellas estriba en que, respecto de las específicas relaciones jurídicas laborales, el Derecho del trabajo tiene aplicación preferentemente sobre el Derecho común. La segunda, consecuencia de la anterior, radica en que el Derecho común tiene carácter supletorio de las normas laborales.

(10) GARCÍA-AMIGO: *La competencia legislativa civil según la Constitución*, «RDP», mayo 1983, pp. 437 y ss.

establece una salvedad en favor de las Comunidades Autónomas: «[...] sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (art. 149.1.8). Es decir, la reserva de competencia exclusiva en favor del Estado respecto de la legislación mercantil es absoluta. Sin embargo, respecto de la civil no lo es, de tal modo que, en materia civil, los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas van a tener determinadas competencias (las ya antes citadas). Como puede verse, la distinción tiene importantes consecuencias prácticas (11).

El proyecto de Constitución, siguiendo el modelo establecido por la Constitución de 1931, incluía a la legislación civil entre las facultades que podían asumir las Comunidades Autónomas. En efecto, el artículo 138 de dicho proyecto, que era el que establecía las competencias exclusivas del Estado, decía en su apartado 7.º: «Relaciones jurídico-civiles relativas a la forma de 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.» *A contrario sensu*, todas las demás materias de Derecho civil se entendía que podían ser competencia de las Comunidades Autónomas. Este precepto implicaba que cualquier Comunidad Autónoma, tanto las que tenían Derecho foral propio como las que no, podrían legislar sobre materia civil. No obstante, tal ampliación «pareció excesiva e inadecuada al legislador constituyente» (12); de ahí que se modificara el precepto antes aludido, atribuyéndose competencia, en materia de legislación civil, únicamente a aquellas Comunidades Autónomas en donde exista Derecho civil, foral o especial, y sólo a los efectos de su conservación, modificación y desarrollo. De este modo se pasó «del autonomismo al foralismo» (13).

(11) Señala JORDANO, en *Derecho civil y Derecho mercantil*, «Revista de Derecho Privado», marzo 1964, pp. 175 y ss., concretamente p. 175, que «la distribución entre Derecho civil y Derecho mercantil, dentro del ámbito total del Derecho privado, no es un hecho permanente ni universal. La razón de ser del Derecho mercantil (como todos los Derechos especiales) frente al Derecho civil no descansa sobre criterios lógicos, sino sobre criterios históricos [...] fue impuesta por la misma realidad económica». Por su parte, GARRIGUES, en *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, 8.ª ed., revisada con la colaboración de SÁNCHEZ CALERO, Madrid, 1983, p. 3, indica cómo «el Derecho mercantil se concibe como el derecho de los actos de comercio. Ahora bien, el acto de comercio tiene una doble significación por cuanto sirve para delimitar la materia mercantil y por cuanto es además fuente de obligaciones que son mercantiles por serlo antes el acto de que dimanar [...], el Derecho mercantil es predominantemente un Derecho de obligaciones, y así se comprueba revisando nuestro Código civil. Por último, SÁNCHEZ CALERO, en *Instituciones de Derecho mercantil*, 8.ª ed., Valladolid, 1981, p. 15, dice que «el Derecho mercantil se califica como especial porque se aplica simplemente a ciertos individuos y a los actos que realizan, frente al Derecho civil, que es común o general».

(12) DELGADO ECHEVARRÍA: *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, en «Estudios sobre la Constitución Española de 1978», Zaragoza, 1979, pp. 323 y ss. Según DELGADO, el peligro residía en «una inmediata generalización de hecho de los Estatutos de Autonomía» prevista por el legislador constituyente.

(13) DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 329.

B).2. Sentencias del Tribunal Constitucional interpretativas de la expresión legal

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado específicamente acerca del modo en que ha de interpretarse la expresión «legislación civil». Sin embargo, existen diversas sentencias de dicho Tribunal que, refiriéndose a otros apartados del artículo 149.1, pueden ayudarnos a precisar el alcance de la citada expresión.

Así, en la sentencia del 4 de mayo de 1982 (BOE de 9 de junio) se establece que «estas consideraciones nos mueven a sostener que cuando la Constitución emplea el término “legislación laboral” y la atribuye a la competencia estatal incluye también en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir, aquellos que aparecen como desarrollo de la Ley y, por ende, como complementarios de la misma, pues si ello no fuera así se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia» (Fundamento jurídico 5.º, párrafo 1.º). Por tanto, para el Tribunal Constitucional el término «legislación» debe entenderse no en sentido formal, sino material, comprendiendo también dentro de su ámbito los reglamentos ejecutivos (14).

Esta misma idea aparece literalmente recogida en la sentencia de 14 de junio de 1982 (BOE de 28 de junio): «[...] la distinción clásica entre Ley y Reglamento recibe su sentido de la necesidad de diferenciar, en razón de sus fuentes, las normas procedentes de un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución) y las dictadas por otro que, por el contrario, es radicalmente limitado, y, salvo muy contadas excepciones, sólo puede actuar cuando el primero lo habilita [...]. Cuando la Constitución, en su artículo 149, utiliza el concepto de legislación como criterio definidor del ámbito en el que las Comunidades Autónomas pueden adquirir competencias propias, tal concepto ha de ser entendido, en consecuencia, en sentido material, sea cual fuere el rango formal de las normas».

También la Sentencia de 30 de junio de 1982 (BOE de 16 de julio) se pronuncia en el mismo sentido: «[...] sin embargo, cuando se trata de indagar el significado con que el vocablo “legislación” se utiliza en el artículo 149.1 de la Constitución, como concepto referencial para reservar al Estado toda la legislación o sólo la legislación básica, el que prevalece es el concepto material, y no formal constreñido a las Leyes, en la acepción de normas que emanan de quienes, por excepción o delegación, pueden producir normas con valor de Ley [...]» (Fundamento jurídico 7.º, párrafo 1.º).

Por lo que respecta al término «civil», el Tribunal Constitucional se muestra contrario a las definiciones doctrinales: «El contorno de los grandes sectores sistemáticos del Ordenamiento no es en modo alguno preciso, y la referencia a estos sectores como criterio de deli-

(14) Esta tesis del Tribunal Constitucional ha encontrado eco en la doctrina: GARCÍA DE ENTERRÍA: *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Madrid, 1983, pp. 54 y 55.

mitación competencial hace depender tal delimitación de la opción que se tome dentro de una polémica doctrina siempre viva [...]» (15).

Por otro lado, la sentencia de 14 de junio de 1982 (BOE de 28 de junio) señala que «un problema tan necesitado de soluciones claras y firmes como es el de la determinación del ámbito de competencia de una Comunidad Autónoma no puede plantearse a partir de datos extrínsecos, sino, en cuanto sea posible, a partir sólo de nociones intrínsecas a la propia Constitución» (Fundamento jurídico 2.º, párrafo 5.º). Esta misma sentencia, refiriéndose al adjetivo «laboral», remite su interpretación al uso habitual (16).

De todas estas Sentencias cabe inferir la postura del Tribunal Constitucional respecto al tema:

1. El término «legislación» debe entenderse no en sentido formal, sino material, comprendiendo también los reglamentos ejecutivos, que en el campo del Derecho civil, aunque excepcionales, también existen. Por ejemplo: Reglamento del Registro Civil, Reglamento Hipotecario.

2. Rechazo de las definiciones doctrinales.

3. Recurso a conceptos intrínsecos a la propia Constitución y al uso habitual para la interpretación de las expresiones utilizadas en la delimitación de las competencias legislativas del Estado y de las Comunidades Autónomas.

B).3. Aplicación de los criterios que sostiene el Tribunal Constitucional

Aplicando las anteriores consideraciones del Tribunal Constitucional a la expresión «legislación civil» del artículo 149.1.8, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

B).3.1. *Quedan excluidas del ámbito de la legislación civil, a los efectos del artículo 149.1.8:*

a) Todas las demás legislaciones a las que se hace referencia en otros números del artículo 149.1, como son la legislación mercantil, penal, penitenciaria y procesal (art. 149.1.6), laboral (149.1.7), legislación sobre propiedad intelectual e industrial (149.1.9), sobre pesas y medidas (149.1.12), sobre productos farmacéuticos (149.1.16), sobre expropiación forzosa (149.1.18), recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma (149.1.22).

(15) Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1981, «BOE» de 28 de noviembre.

(16) Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de junio de 1982, «BOE» de 28 de junio.

b) Las legislaciones básicas a las que se hace referencia en los distintos apartados del artículo 149.1: de la Seguridad Social (149.1.17), sobre contratos y concesiones administrativas y sistemas de responsabilidad de todas las Administraciones públicas (149.1.18), sobre protección del medio ambiente, montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias (149.1.23), normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión (149.1.27).

c) Las restantes materias recogidas en el artículo 149.1 que pudiesen tener alguna relación con el Derecho civil: nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo (149.1.2), seguros (149.1.11), pesca (149.1.19), transportes y circulación de vehículos de motor (149.1.21), patrimonio cultural, artístico y monumental (149.1.28).

d) Todas las materias recogidas en el artículo 148.1, algunas de las cuales guardan con el Derecho civil una relación más o menos estrecha, pero que, sin embargo, no pueden considerarse como legislación civil a los efectos del 149.1.8.

B).3.2. *El concepto de «legislación civil» del 149.1.8 incluiría:*

a) Las materias que el 149.1.8 considera como competencia exclusiva del Estado de todo caso: 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.

b) Las materias que aparecen reguladas en el Código civil y en las Compilaciones, salvo que hayan sido recogidas en otros apartados de los artículos 148.1 y 149.1, como sucede, por ejemplo, con la nacionalidad.

A este respecto, Encarna Roca señala que el concepto de legislación civil comprendería «todas aquellas materias que han sido calificadas tradicionalmente como derecho privado y que no aparezcan recogidas en otros apartados del artículo 149.1» (17), opinión que también suscribimos.

Una última cuestión: según el artículo 148.1.7 de la Constitución, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencia en materia de agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía. Por su parte, el artículo 18.1 del Estatuto de Andalucía señala que «corresponde a la Comunidad Autónoma Andaluza, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado y en los términos de lo dis-

(17) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1979, n.º 1, pp. 15 y ss.

puesto en los artículos 38, 131 y 149.1, 11.º y 13.º, de la Constitución, la competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

«Agricultura y ganadería, competencias relativas a la reforma y desarrollo del sector agrario y a la mejora y ordenación de las explotaciones agrícolas, ganaderas y forestales.»

La reforma agraria es, pues, competencia de la Comunidad Autónoma Andaluza. Por tanto, una Comunidad que carece de Derecho foral, como es la citada, va a poder legislar en materia agraria (18). Ello va a incidir sobre el Derecho de propiedad, que, como sabemos, es un concepto esencial dentro del Derecho civil. Significa esto que las Comunidades Autónomas no forales (Andalucía, Castilla-La Mancha, Murcia, etc.) van a tener determinadas competencias que, indirectamente, inciden sobre el propio concepto de legislación civil. De ello trataremos brevemente más adelante.

C) «...SIN PERJUICIO DE LA CONSERVACION,
MODIFICACION Y DESARROLLO
POR LAS COMUNIDADES AUTONOMAS DE LOS
DERECHOS CIVILES, FORALES O ESPECIALES...»

C).1. **¿Es la unificación del Derecho civil un objetivo
inconstitucional?**

Esta es la primera cuestión que puede plantearse en torno a este apartado del artículo 149.1.8. En principio, podría pensarse que, al atribuirse por la Constitución a las Comunidades Autónomas el desarrollo de sus respectivos derechos civiles, la propia Constitución está imponiendo una diversidad, una disgregación del Derecho civil. Sin embargo, esta idea se desvanece si tenemos en cuenta que la Constitución no impone a las Comunidades Autónomas la conservación, modificación y desarrollo de sus respectivos derechos civiles, sino que sólo lo permite. Es decir, la regla constitucional no es imperativa, sino dispositiva. De este modo, será el correspondiente Estatuto de Autonomía el que decida acerca de la asunción o no de tal competencia; y, en el supuesto de que alguna de las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral no hubiera hecho uso de la facultad que le confiere el 149.1.8, no habría podido decirse que su actitud era inconstitucional.

La Constitución no pretende garantizar la persistencia de los derechos civiles forales; lo que garantiza es la posibilidad de que aque-

(18) De hecho, ya ha legislado: Ley 8/1984, de 3 de julio; «BOJA» n.º 65; de 6 de agosto.

llas Comunidades Autónomas que tengan su propio Derecho civil puedan asumir determinadas competencias en relación al mismo (conservación, modificación y desarrollo). En este sentido se pronuncia Bercovitz al señalar que «la unificación del Derecho civil no es un objetivo constitucional, pero tampoco anticonstitucional» (19).

C).2. ¿Toda Comunidad Autónoma con Derecho civil, foral o especial, puede asumir competencia para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo?

La Constitución establece dos procedimientos de acceso a la autonomía, que dan lugar a dos distintos tipos de Comunidades:

— Comunidades con autonomía plena, que son aquellas que han accedido a su autonomía por la vía del artículo 151 (Andalucía), o de la disposición transitoria segunda (País Vasco, Cataluña y Galicia).

— Comunidades con autonomía menos plena, que son las constituidas por el procedimiento previsto en los artículos 143 y 144 de la Constitución.

El ámbito de competencia en uno y otro tipo de Comunidades es bien distinto: mientras las Comunidades con autonomía menos plena sólo pueden asumir las competencias enumeradas en el artículo 148 de la Constitución, las de autonomía plena pueden asumir todo tipo de competencia salvo aquellas que el artículo 149 atribuye a la competencia exclusiva del Estado (20). Es cierto que las Comunidades con autonomía menos plena pueden acceder a la autonomía plena pasados cinco años desde la entrada en vigor de sus Estatutos (art. 148.2), pero, mientras no transcurran esos cinco años, sólo pueden asumir competencias con respecto a sus derechos civiles (puesto que aparecen recogidos en el artículo 149) las Comunidades que hayan accedido a su autonomía por la vía del artículo 151 o de la disposición transitoria segunda, es decir, las Comunidades con autonomía plena

(19) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO: *Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil*, en «Primer Congreso de Derecho Vasco: La actualización del Derecho civil», Oñati, 1983, pp. 75 y ss., concretamente p. 79. Para BERCOVITZ, la unificación del Derecho civil no es un objetivo inconstitucional porque la Constitución no impone una pluralidad de Derechos civiles españoles, sino que se limita a permitir la asunción de competencia, por parte de las Comunidades Autónomas, para la conservación, modificación y desarrollo de la correspondiente legislación. Tampoco puede considerarse la unificación del Derecho civil como un objetivo antiestatutario porque los Estatutos de Autonomía, al asumir competencia para conservar, modificar y desarrollar el Derecho foral respectivo, no tienen como misión necesaria el garantizar «la subsistencia del Derecho foral y la diversidad del ordenamiento civil».

(20) Esta conclusión se deduce de la combinación de los artículos 148.2 y 151.1 de la Constitución.

(21). Ello puede dar lugar a desiguales condiciones de desarrollo entre los Derechos forales vigentes (22).

El Estatuto de Cataluña (18 de diciembre de 1979) establece en su artículo 9.º:

«La Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

[...]

2. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán.»

Cataluña es una Comunidad con autonomía plena, constituida al amparo de la disposición transitoria segunda. De ahí que pueda atribuirse a través de su Estatuto competencia legislativa sobre su propio Derecho foral.

El caso de Aragón es distinto: se trata de una Comunidad con autonomía menos plena, y, en principio, no podría asumir en su Estatuto competencia sobre la conservación, modificación y desarrollo de

(21) CLAVERO SALVADOR: *Del principio de salvedad constitucional del Derecho histórico vasco*, en «Primer Congreso de Derecho Vasco: La actualización del Derecho civil», Oñate, 1983, pp. 175 y ss., concretamente p. 183. Este autor se plantea si el artículo 149.1.8 «resulta aplicable a los territorios forales de derechos históricos salvados por la Constitución; si, en materia de Derecho civil, deben distribuirse las competencias entre el Estado y las Comunidades vasca y navarra conforme a las reservas de dicho artículo [...], ¿se entiende entonces que escapan al régimen común por un principio general de conexión de los Estatutos vasco y navarro a sus derechos históricos antes que a la propia Constitución, o debe en cambio interpretarse que se someten plenamente entonces a dicho régimen, en nuestro caso al artículo 149.1.8?». CLAVERO resuelve esta cuestión inclinándose por la no aplicación de los topes competenciales del 149.1.8 al País Vasco y Navarra. Esta solución, sin embargo, no me parece adecuada. Para llegar a la anterior conclusión, CLAVERO distingue entre territorios dotados de foralidad civil y aquellos otros que poseen una foralidad política (País Vasco y Navarra) y entiende que el respeto a los Derechos forales históricos proclamado por la disposición adicional primera de la Constitución se refiere, específicamente, a la foralidad política, que son, como anteriormente se ha señalado, Navarra y País Vasco. Sin embargo, hay que tener en cuenta cuál es el sentido real de la disposición adicional primera de la Constitución. A nuestro juicio, ésta no amplía el marco del artículo 149.1.8, sino que lo ampara. La disposición adicional primera ha de servirnos para la correcta interpretación del artículo 149.1.8, no para desvirtuar su sentido. Por ello, entiendo que la reserva en favor de la competencia exclusiva del Estado rige también para Navarra y País Vasco, comunidades éstas que también quedan sometidas a los topes competenciales del 149.1.8, debiendo tenerse en cuenta, además, que dicho precepto no distingue unas Comunidades Autónomas de otras.

(22) DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 335. Estas desigualdades en el desarrollo de los Derechos forales vigentes se producirían, «no en razón del contenido, arraigo o cualquier otra justificación interna de los mismos, sino como consecuencia de la capacidad política de la correspondiente Comunidad Autónoma», lo cual sería, ciertamente, injusto. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, en *La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico*, «Revista Española de Derecho Constitucional», año II, n.º 5, 1982, pp. 63 y ss., concretamente pp. 88 y 89, sostiene que todas las Comunidades Autónomas pueden asumir competencia sobre la conservación, modificación y desarrollo del respectivo Derecho civil sin necesidad de esperar cinco años ni de acudir al artículo 150.2 de la Constitución. Esta interpretación, sin embargo, nos parece ciertamente peligrosa, pues puede llevar a la ruptura del marco constitucional.

su Derecho foral. Sin embargo, el artículo 35.1 de su Estatuto (10 de agosto de 1982) atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés (23). Para evitar la posible inconstitucionalidad de este precepto, el Estatuto de Aragón emplea la siguiente fórmula:

«La asunción de las competencias [...] que, reguladas en este Estatuto, estén incluidas en el ámbito del artículo 149.1 de la Constitución, se realizará 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 la 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.» (Art. 37.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón).

Fórmulas similares a ésta emplean los restantes Estatutos de aquellas Comunidades que, si bien tienen Derecho civil propio, no pueden asumir competencia en relación al mismo (hasta que transcurran cinco años) por haberse constituido al amparo de los artículos 143 y 144 de la Constitución (24).

Por lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Andalucía, al carecer de Derecho foral, no contiene en su Estatuto una norma por la que se atribuya competencia en materia de legislación civil. Sin embargo, el artículo 21 de su Estatuto establece que:

«La Comunidad Autónoma de Andalucía podrá solicitar en cualquier momento del Estado la transferencia o delegación de competencias que, aun no asumidas en el presente Estatuto, no estén atribuidas expresamente al Estado por la Constitución y de aquellas otras que, atribuidas expresamente al Estado, por su propia naturaleza, sean susceptibles de transferencia o delegación. En este último caso, la Ley Orgánica que se dicte en aplicación de lo dispuesto en el artículo 150.2 de la Constitución determinará la correspondiente transferencia de recursos financieros, la necesaria asignación de medios personales y administrativos y las formas de control que se reserva el Estado.»

El artículo 150.2 de la Constitución regula las llamadas Leyes de transferencia y se refiere a todas aquellas materias cuya titularidad corresponde al Estado, exigiendo como única condición «[...] que por

(23) «Corresponde a la Comunidad autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: 4.—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» (art. 35.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón).

(24) Así sucede en los artículos 35, 35.2, 13.2, 11.2, 25.2 y 13.2 de los Estatutos de Canarias, Castilla-La Mancha, Murcia, La Rioja, Cantabria y Asturias, respectivamente.

su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación [...]. El artículo 150.2 exige además que la Ley prevea «la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserva el Estado».

En cambio, el artículo 21 del Estatuto andaluz exige que la correspondiente Ley Orgánica determine, además de los medios financieros y las formas de control que se reserve el Estado, la «necesaria asignación de medios personales y administrativos». Ello nos hace pensar que el artículo 21 contempla más un traspaso de competencias propias de la Comunidad Autónoma, que una transferencia de facultades y competencias sobre materia de titularidad estatal.

En realidad, el tema no es planteable respecto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por carecer ésta de un Derecho civil propio, si bien más tarde se hará alguna reserva a dicha afirmación.

C).3. **Análisis de los términos «conservación, modificación y desarrollo»**

La Constitución atribuye competencia a las Comunidades Autónomas en relación a sus respectivos Derechos forales, pero sólo para conservarlos, modificarlos y desarrollarlos, y éste es el límite fundamental que impone la Constitución a las Comunidades Autónomas en cuanto a su legislación civil.

Para Sancho Rebullida (25), la conservación del Derecho foral es más bien un límite a la competencia legislativa regional que un contenido de la misma, ya que, para conservar el Derecho vigente, basta con no cambiarlo. Y la modificación y desarrollo suponen, conceptualmente, una relación de continuidad con el pasado, una evolución acorde con el espíritu del Derecho foral, con su tradición histórica, con los principios en que se inspira.

No obstante, para la mayoría de los foralistas, «la potestad legislativa regional en el tema de los Derechos forales comprende la posibilidad de actualizarlos, la de dictar normas opuestas a las existentes (por haber cambiado los supuestos sociales), y la de regular materias actualmente no disciplinadas en la correspondiente compilación, todo ello como «desarrollo» del ordenamiento foral (26).

El problema fundamental que aquí se plantea reside en el término «desarrollo». ¿Qué debe entenderse por desarrollar? La contestación a esta pregunta conlleva determinar el límite general de las competencias que pueden asumir determinadas Comunidades en relación con la legislación civil. En este tema, la doctrina se encuentra dividida. Vamos a tratar de sistematizar las diversas opiniones doctrinales que existen en relación al mismo:

(25) SANCHO REBULLIDA: *El futuro de los Derechos forales*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1977, pp. 315 a 319.

(26) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, tomo I, vol. I, Barcelona, 1982, pp. 111 a 113.

a) Hay un primer sector que entiende que los derechos civiles, forales o especiales se identifican con las Compilaciones de Derecho civil foral, y su desarrollo se limita a las instituciones que son objeto de algún tipo de regulación en las mencionadas Compilaciones.

Esta posición es defendida por Elizalde y Aymerich (27), para quien «el Derecho foral, particular, y, en cuanto supone la inaplicación del Derecho común, excepcional y especial, carece de la eficacia expansiva propia de éste; por consiguiente, el “desarrollo” al que la Constitución se refiere no puede suponer su extensión a instituciones ajenas, que por ello ya han quedado sometidas al Derecho general, sino exclusivamente al complemento de la regulación de instituciones propias forales». «No existe problema ninguno para delimitar el núcleo básico foral, contenido actualmente para cada uno de los regímenes, en su respectiva Compilación» (28).

Esta misma posición es defendida por Carlos Lasarte (29). Tal interpretación ofrece como ventajas las siguientes:

1. La claridad, puesto que con ella puede conocerse *a priori* el ámbito de competencia de cada Comunidad Autónoma en materia de legislación civil.

2. Se adecúa perfectamente al texto del artículo 149.1.8.

3. Reduce las posibilidades de desarrollo de los Derechos a determinadas materias, lo cual está en consonancia con su naturaleza de Derecho especial.

En contra de esta posición, se ha argumentado que los Derechos civiles forales son Derecho común en los territorios respectivos, puesto que constituyen auténticos sistemas jurídicos con principios propios y con capacidad de autointegración. Al ser Derecho común, esos Derechos forales no tienen por qué limitar su desarrollo a las instituciones que son objeto de regulación en la correspondiente Compilación, porque, precisamente, una de las características más destacadas del Derecho común es su fuerza expansiva e integradora y su eficacia supletoria.

b) Hay un segundo sector doctrinal que entiende que el Derecho civil, foral o especial equivale a todo el Derecho civil vigente en una Comunidad autónoma, prescindiendo de cuál sea su origen. En consecuencia, su modificación y desarrollo se extiende a todos los ámbitos del Derecho civil, a excepción de los temas que corresponden a la competencia exclusiva del Estado según el artículo 149.1.8, en su parte segunda.

(27) ELIZALDE y AYMERICH: *Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1979, p. 756.

(28) ELIZALDE y AYMERICH, *op. cit.*, p. 756: «Las Compilaciones, al derogar las normas de Derecho foral, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a su promulgación, permiten, a estos efectos, prescindir de la regulación histórica. *Vid.* Disposiciones finales primeras de las Compilaciones de Vizcaya y Alava, Cataluña, Baleares y Galicia, y la Ley I, párrafo I, de la Compilación de Navarra.»

(29) LASARTE, *op. cit.*, pp. 99 a 144.

Bercovitz (30) señala los siguientes argumentos en favor de esta tesis:

1. Se corresponde con el tenor literal de algunos de los Estatutos de autonomía afectados por la cuestión, en los que se atribuye la competencia correspondiente a la Comunidad Autónoma en términos que pueden coincidir con la mencionada interpretación (Estatutos de Cataluña, Comunidad Valenciana y Aragón). En todos estos casos parece, según Bercovitz (31), que el Derecho civil, foral o especial, pasa a ser el Derecho civil catalán, valenciano y aragonés. Lo que puede entenderse como Derecho civil vigente en Cataluña, Valencia y Aragón.

2. Esta interpretación no contradice el tenor literal del artículo 149.1.8, ya que la segunda frase del mismo («en todo caso»), no es sino la explicación concreta de la primera.

3. Se trata de una teoría clara que no plantea problemas ulteriores de delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

4. El artículo 149.1.8 no es sino una reproducción del artículo 13 del Código civil, con alguna reserva puntual más a favor de la legislación general estatal.

A pesar de sus ventajas, esta opción doctrinal no está exenta de críticas, y la fundamental que se puede hacer es que tergiversa el sentido del artículo 149.1.8: esta interpretación supone atribuir al 149.1.8 un enfoque autonomista, que, si bien se dio, efectivamente, en el primer borrador de la Constitución, posteriormente se abandonó y se sustituyó por el foralista. Con esta interpretación, por otro lado, la primera parte del precepto constitucional que atribuye la legislación civil a la competencia exclusiva del Estado, quedaría vacía de contenido en relación a aquellas Comunidades que tienen un Derecho civil propio.

Encarna Roca (32) mantiene en relación al tema una posición que, si bien parte de presupuestos distintos, llega a las mismas conclusiones que la citada anteriormente.

Esta autora considera que el Derecho civil vigente actualmente en Cataluña no se reduce al contenido en la Compilación catalana. Los artículos 149.1.8 de la Constitución y 9.2 del Estatuto catalán permiten a esta Comunidad Autónoma legislar sobre todo el Derecho civil a excepción de las materias que el 149.1.8 en su segunda parte atribuye a la competencia exclusiva del Estado.

A esta tesis se le puede hacer la misma crítica ya señalada: la Constitución ha optado por un enfoque foralista y no autonomista; el legislador constituyente no consideró oportuno permitir que las Comunidades Autónomas legislaran sobre materia civil, y sólo como ex-

(30) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, p. 83.

(31) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, p. 83.

(32) ROCA y TRÍAS: *El Derecho civil catalán...*, cit., en *Las Competencias de las Comunidades Autónomas...*, de BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, cit., p. 84.

cepción, movido por un sentido de respeto hacia el Derecho foral, se rompe esta regla en favor de determinadas Comunidades.

c) Existe una tercera posición definida por Delgado Echevarría (33). Este autor distingue entre el Derecho civil foral actual y el que puede ser en un futuro, y parte de la base de que el Derecho civil foral actual no es únicamente el contenido en las Compilaciones. Así, refiriéndose a Cataluña, señala que «sus normas se encuentran, en primer lugar, en la *Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, pero no entendidas, ni mucho menos, como elenco de excepciones a otro cuerpo legal, sino como elementos de un sistema propio, animados por principios [...] de gran fuerza expansiva [...]. En particular, muchos preceptos del Código civil forman parte, también, del Derecho civil catalán, porque su aplicación procede en Cataluña, precisamente, por ser reclamados por los preceptos catalanes o para complementarlos, en la forma adecuada a los principios catalanes».

Conforme a esta tesis, la competencia de las Comunidades Autónomas para conservar, modificar y desarrollar el propio Derecho foral, no tendría más límites que los derivados de sus propios principios informadores.

Por otro lado, los términos empleados por la Constitución, «conservación, modificación y desarrollo», implican una relación de continuidad entre la situación de partida y el futuro (34): el desarrollo del propio Derecho civil «hallará medios de llegar tan lejos como se proponga» (35), pudiendo «afectar a todas las instituciones del Derecho (foral) actual, alterando, no sólo los principios que lo informan, sino el ámbito institucional del mismo». Con todo ello quiere indicarse que el Derecho foral actual puede, en un futuro, convertirse en un Derecho distinto como consecuencia de la actividad legislativa de los Parlamentos autonómicos. En esta idea radica básicamente la distinción entre esta tesis y la anterior.

El propio texto constitucional podría servir de apoyo para defender la idea de que el desarrollo del Derecho civil foral va más allá del contenido actual de las Compilaciones: el artículo 149.1.8, en su segunda parte, establece cuáles son las materias que en todo caso son competencias del Estado. Algunas de estas excepciones hacen referencia a materias que no son reguladas en las Compilaciones.

¿No significa esto que el desarrollo del propio Derecho foral puede ir más allá del contenido en la correspondiente *Compilación*? De no ser así, algunas de las reservas constitucionales que el 149.1.8 realiza en favor del Estado carecerían de sentido.

Para poder realizar este argumento es necesario que nos remontemos a los trabajos parlamentarios que condujeron a la redacción definitiva del 149.1.8. Como ya sabemos, en la discusión del proyecto por la Ponencia del Congreso, se pasa de un enfoque autonomista a

(33) DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 337.

(34) DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 340.

(35) DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 341.

otro foralista. Este cambio no fue acompañado de una revisión de las materias que en todo caso eran competencia exclusiva del Estado, las cuales habían pasado de ser excepciones de una regla (la competencia de todas las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil) a ser excepciones de una excepción (sólo determinadas Comunidades Autónomas tienen competencia en relación con su propio Derecho foral). De este modo se produjo una desconexión, y algunas de las materias enumeradas como excepciones perdieron su sentido de tales (36).

En mi opinión, cuando la Constitución dice que las Comunidades Autónomas con Derecho civil, foral o especial, gozan de competencia para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo, está indicando que tales Comunidades podrán legislar sobre todo el Derecho civil. No creo que esta interpretación prive de sentido a la regla contenida en la primera parte del precepto constitucional: la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil está pensada, a mi juicio, para los territorios sometidos al Derecho común. De este modo, partiendo de un punto de vista foralista se llega a una conclusión más abierta, sin que pueda calificarse de autonomista, puesto que esta interpretación no implica que todas las Comunidades Autónomas puedan legislar sobre todo el Derecho civil a excepción de las materias que la Constitución atribuye al Estado como competencia exclusiva de éste en todo caso; por el contrario, la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil se mantiene para todos los territorios de Derecho común, derogándose la regla sólo en favor de aquellas Comunidades Autónomas en las que existen Derechos forales. Para éstas, el desarrollo del propio Derecho foral no tendría más límites que los enumerados por el 149.1.8 en su parte segunda (las materias que, en todo caso, son competencia exclusiva del Estado).

Entendiendo de esta forma el artículo 149.1.8, no se privaría de contenido a ninguna de las reglas en él contenidas, siendo esta interpretación, además, coherente con la Disposición adicional primera de la Constitución, que ampara interpretaciones amplias, siendo inadmisibles las tesis restrictivas por las dificultades insoslayables a las que conducen, y no pudiendo tampoco admitirse tesis intermedias (como la de Delgado) por ser excesivamente ambiguas.

Detrás de este precepto se esconde, quizá, una ambigüedad deliberada: la única forma de conseguir el consenso entre las distintas fuerzas políticas constituyentes fue mediante la redacción de un precepto que pudiera ser interpretado de distinta forma, tanto en un sentido como en otro. De ahí su redacción poco clara. En realidad, con esta fórmula lo único que se hizo fue desplazar el problema desde una instancia a otra, siendo el Tribunal Constitucional el encargado de

(36) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, p. 89. La desconexión a la que hace referencia este autor se produce en relación a dos de las seis materias relacionadas en el artículo 149.1.8, en su segunda parte: «Relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio» y «Ordenación de los registros e instrumentos públicos».

dar solución al mismo. En cualquier caso, habrá que esperar para saber qué aplicación se le da.

C).4. Los Derechos civiles forales o especiales: concepto y naturaleza

Estos Derechos constituyen el objeto de la actividad de conservación, modificación y desarrollo que la Constitución atribuye a determinadas Comunidades Autónomas. De ahí que consideremos conveniente precisar algunas ideas en torno a los mismos.

Según Elizalde (37), «el término Derechos forales recogido por el artículo 149.1.8 de la Constitución se refiere al conjunto de Leyes y Cuerpos de Derecho, con vigor en determinadas regiones de España, que son distintas del Derecho de general aplicación en todas las provincias del Reino». En Italia, la determinación del concepto y naturaleza de la *legge regionale* ha dado lugar a abundantes estudios sobre el tema (38).

Desde una perspectiva centralista basada en un punto de vista histórico, estos Derechos fueron considerados como privilegios, como un Derecho excepcional. Esta tesis fue defendida, entre otros, por De Castro (39). Frente a esta opinión se alzaron autores como Hernández Gil, D'Ors o Lacruz, que entendían que los Derechos forales no eran excepciones al Derecho común, sino, sencillamente, otro Derecho, un Derecho distinto (40).

Lo que nos interesa destacar aquí es que el legislador constituyen-

(37) ELIZALDE y AYMERICH, *op. cit.*, p. 744. Para ELIZALDE, el artículo 149.1.8 de la Constitución incurrió en el mismo error que el Código Civil, al no distinguir entre Fueros municipales y Fueros provinciales, clasificación ésta que sí fue recogida en la Novísima Recopilación.

(38) A título de ejemplo, pueden citarse los siguientes trabajos: PALADIN: *Diritto privato e leggi regionali*, en «Giurisprudenza Costituzionale», 1957, pp. 1.118 y ss.; GALEOTTI: *Osservazioni sulla legge regionale come specie delle «legge» in senso tecnico*, «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1957, pp. 76 y ss., concretamente pp. 76 a 84; PALADIN: *Note sull rinvio delle leggi regionali*, «Giurisprudenza Costituzionale», 1967, pp. 74 y ss.; D'ATENA: *Legge regionale*, «Enciclopedia del Diritto», vol. XXIII, 1973, pp. 969 y ss., concretamente pp. 979; NANIA: *Limiti dei «principi» e autonomia legislativa regionale*, «Giurisprudenza Costituzionale», 1980, vol. I, pp. 1.774 y ss., concretamente pp. 1.774 a 1.785.

(39) DE CASTRO y BRAVO: *Derecho civil en España*, tomo I (3.ª ed.), Madrid, 1955, pp. 245 y 246. «El artículo 12 del Código civil (en su antigua redacción) ha señalado las notas del Derecho foral, el carácter del Derecho local o particular y el de provisional. La especial eficacia jurídica de esas normas impone aludir a su carácter excepcional y privilegiado. Por estos motivos, podrá definirse al Derecho foral como conjunto de privilegios locales heterogéneos que, como Derecho excepcional no derogado, se conserva en ciertos territorios que tuvieron fueros o costumbres especiales.»

(40) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 116. «El Derecho del Código es más amplio, más completo; pero en lo regulado en las Compilaciones, éstas tienen en su territorio el mismo rango que el Código en el suyo: éste y aquéllas ocupan una posición paralela, y la misma obligación tienen los tribunales de conocerlos y los súbditos de respetarlos. Por consiguiente, ni las normas de Derecho foral son susceptibles de renuncia, ni han de ser objeto de interpretación con métodos y medios distintos que el Código mismo.»

te utilizó la distinción entre Derecho común y Derecho foral como criterio de distribución de competencias legislativas en materia civil entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Pero la Constitución habla de «Derechos civiles forales o especiales». ¿Qué significado ha de darse al término «especiales»?

Esta expresión puede interpretarse de dos formas distintas (41):

1. Es una calificación del término «forales»; nos indicaría que los Derechos forales son especiales en cuanto que su ámbito territorial de aplicación es limitado.

2. El término «especiales» hace referencia a una realidad distinta a los Derechos forales. ¿Cuál sería esta realidad? Aquellas Leyes que siendo especiales por razón de la materia y no constituyendo Derecho foral, tengan un ámbito de aplicación reducido a una determinada zona (ámbito de aplicación no general). Por ejemplo, la Ley de inscripción, división y redención de censos en Cataluña, de 31 de diciembre de 1945.

Estos son los dos sentidos en que puede interpretarse el término «especiales».

Encarna Roca (42) sostiene que «con la Constitución desaparece definitivamente el Derecho foral, que pasa a ser Derecho civil de la Comunidad Autónoma de que se trata [...]. La utilización del término Derecho foral en la Constitución se debe a reminiscencias históricas más que a la propia organización constitucional».

Esta conclusión no puede estimarse correcta: con la Constitución no sólo no desaparece el Derecho foral, sino que su previa existencia es requisito para la atribución a las Comunidades Autónomas de competencias en materia civil (43), lo cual es ciertamente criticable, ya que produce, entre otros inconvenientes, una pugna entre los principios forales y los constitucionales (Navarra y Aragón).

D) «...ALLI DONDE EXISTAN...»

Las Comunidades Autónomas pueden asumir, según la Constitución, competencia para conservar, modificar y desarrollar el propio Derecho civil, pero sólo «allí donde existan». La existencia coetánea al momento de la entrada en vigor de la Constitución es, pues, requisito indispensable para poder asumir competencia en relación al Derecho foral.

(41) GARCÍA-AMIGO, *op. cit.*, p. 440.

(42) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán...*, *op. cit.*, pp. 23 a 27.

(43) LASARTE, *op. cit.*, pp. 99 y ss. Señala este autor que la atribución de competencia a una Comunidad Autónoma para la conservación, modificación y desarrollo del propio Derecho foral, exige, como requisito previo, la existencia de ese Derecho foral: «La Constitución atribuye una relativa competencia respecto de la legislación civil exclusivamente a aquellas Comunidades Autónomas que en el momento de publicación de la Constitución se estuvieran rigiendo ya en ciertas materias por un conjunto de normas forales y especiales. Las demás regiones, sometidas tradicionalmente al Derecho común, no gozarán de competencia alguna en relación con la legislación civil.»

A estos efectos, podemos considerar, sin dudas, que existe Derecho foral en aquellos territorios que cuentan con compilación (País Vasco, Cataluña, Galicia, Navarra, Aragón y Baleares), además de Extremadura, en cuanto a la comarca en donde rige el fuero de Baylío. Será discutible, entre otros puntos, si en las zonas de Zamora y Asturias (donde se decía que era aplicable la Compilación gallega) existirá competencia foral para las Comunidades Autónomas donde están situados estos territorios (44). Por las razones que luego se expondrán, tampoco sería *a priori* rechazable que los Parlamentos extremeño, asturiano y castellano-leonés fuesen competentes para crear Derecho civil propio aplicable a todo su territorio (por ejemplo, Cáceres, Gijón o Valladolid), de manera similar a como no se niega por muchos autores la competencia del Parlamento vasco para crear Derecho civil propio para Bilbao o San Sebastián.

En el proyecto de Constitución aprobado por la Ponencia en el Congreso sólo se decía «la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos forales». Pero posteriormente, la Comisión para Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas introduce la especificación «allí donde existan». El cambio se produjo sin ninguna enmienda y sin discusión alguna, de donde se deduce que hubo total acuerdo en relación al mismo (45).

D).1. **Posible extensión del Derecho foral vigente en parte del territorio de una Comunidad Autónoma a otras zonas de la misma**

Hay un sector doctrinal que da a esta pregunta una respuesta afirmativa, entendiendo que el término «desarrollo» puede referirse no sólo a la materia regulada, sino también al ámbito espacial en donde se aplica el Derecho foral (46).

Hay que optar por un significado del término «desarrollar» que no prive de sentido a otros apartados del artículo 149.1.8. El término «desarrollar» puede referirse al contenido material o sustantivo de los Derechos forales, o a su extensión espacial. Si lo entendemos en este segundo sentido, podríamos estar privando de significado a la expresión «allí donde existan».

En base a esta interpretación podría hablarse de la posible inconstitucionalidad del artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, según el cual esta Comunidad tiene competencia exclusiva no sólo para la conservación, modificación y desarrollo del propio Derecho civil, sino también para «la fijación del ámbito territorial de su vigencia» (47).

(44) GARCÍA-AMIGO, *op. cit.*, p. 439.

(45) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, p. 102.

(46) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, pp. 102 y ss.

(47) Dice el artículo 10 del Estatuto de Autonomía del País Vasco: «La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva sobre las siguientes ma-

Sin embargo, cabe interpretar esta norma entendiendo que lo que atribuye la Comunidad Autónoma es la especificación de aquellos territorios que estén sometidos a la legislación civil general y de los que se sometan a la legislación propia de la Comunidad Autónoma. De este modo, podría salvarse la posible inconstitucionalidad de este precepto.

Asimismo, en función de los principios constitucionales y de los contenidos en los Estatutos, no puede atribuirse a la expresión «allí donde existan» un sentido restrictivo; dos son las razones:

Primera.—Porque ese sentido restrictivo implicaría una estrechez geográfica que pugnaría con el contenido amplio respecto del objeto regulado.

Segunda.—Porque una limitación artificiosa de la competencia de los Parlamentos autónomos no es admisible por ser contraria a los principios informadores, ínsitos en la misma Constitución, del régimen autonómico (48).

¿Cabe la no uniformidad por decisión del Parlamento vasco? Esta es una interesante cuestión que puede suscitarse en torno al tema, y a la que, a mi entender, hay que dar una respuesta negativa, pues lo contrario podría provocar una heterogeneidad dentro de una misma Comunidad Autónoma, desde mi punto de vista, no deseable y escasamente compatible con la misión homogeneizadora y conformadora del Cuerpo social y parte del Ordenamiento jurídico: no olvidemos que el modelo del Estado de las Autonomías escogido por nuestra Constitución implica una actitud beligerante en favor de la cohesión en el interior de las Comunidades Autónomas.

D).2. **¿Podrán asumir competencia aquellas Comunidades Autónomas que tuvieron Derecho civil propio, pero que hoy en día ha desaparecido?**

Hay un cierto sector doctrinal que entiende que la competencia para la conservación, modificación y desarrollo del propio Derecho civil, se extiende a aquellas Comunidades Autónomas que no cuentan con Derecho civil foral actualmente vigente, pero que tuvieron en su día algún Derecho civil propio. Esta posición encuentra su apoyo en la disposición adicional primera de la Constitución, según la cual «la Constitución ampara y respeta los Derechos históricos de los territorios forales». No obstante, hay que tener en cuenta que esta disposición fue dictada específicamente para País Vasco y Navarra, y se re-

terias: 5.—Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario, propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia.»

(48) La orientación de la Constitución respecto de la potestad legislativa de los Parlamentos Autonómicos no parece compatible con restricciones derivadas de la índole de la materia regulada o dependientes del ámbito geográfico. Las motivaciones de esta afirmación exceden del ámbito forzosamente restringido del presente trabajo.

fería, no a los Derechos civiles forales, sino al régimen foral administrativo, político y fiscal del que gozaban estas regiones a principios del siglo XIX (49).

Por otro lado, hay que pensar que si el legislador constitucional hubiese querido el restablecimiento de los Derechos civiles forales que existieron históricamente, pero que hoy ya no existen, no hubiera utilizado la expresión «allí donde existan», sino que hubiera dicho «allí donde existan o hubiesen existido» (conforme al criterio de interpretación gramatical establecido en el art. 3.1 del Código civil), y esto no es lo que dice la Constitución. Piénsese, además, que si se admite la actualización de un Derecho histórico no vigente, prácticamente todas las Comunidades Autónomas podrán asumir competencia en materia de Derecho civil, ya que es difícil encontrar alguna que no haya tenido en algún momento de su historia alguna institución propia en esta materia (por ejemplo, las «costumbres hogazanas» de Córdoba, los Fueros de Vicedo o Sepúlveda, etc.) (50). Ello supondría optar, en esta materia, por un enfoque autonomista que es contrario al espíritu de la Constitución, que cambió, en su día, autonomismo por foralismo.

Por otra parte, el restablecimiento de Derechos forales históricos no vigentes podría llevar al absurdo de la admisión de instituciones que resultasen incompatibles con nuestra realidad social y que plantearía graves problemas de aplicación. La retención de lo antiguo únicamente tiene sentido al tratarse de lo que permanezca vivo y usual (51). En realidad, el peligro reside más en el mantenimiento de la supuesta institución, que en el contenido mismo, que podría ser revisado.

Todo esto nos sirve para concluir que la disposición adicional primera de la Constitución, interpretada correctamente, no constituye apoyo suficiente para admitir el restablecimiento de Derechos forales históricos no vigentes en la actualidad.

Frente a esta idea podría decirse que la disposición derogatoria segunda de la Constitución, al derogar las Leyes del 25 de octubre de 1939 y 21 de julio de 1876, permite para las provincias Vascongadas el restablecimiento de los Derechos forales desaparecidos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las mencionadas Leyes no supusieron, en modo alguno, una alteración del régimen civil de las provincias vascas, sino que sólo afectaron a su Derecho público peculiar, y será sólo éste el que pueda restablecer al amparo de la disposición derogatoria segunda de la Constitución.

El caso de Valencia es muy peculiar. El Derecho propio del Reino de Valencia desapareció en 1707 por obra de Felipe V. A partir de

(49) ELIZALDE y AYMERICH, *op. cit.*, p. 747.

(50) Para DELGADO, *op. cit.*, p. 355, por esta vía podría llegarse a la restauración de un Derecho (civil) guipuzcoano o de un Derecho foral valenciano, e incluso a la restauración de un Derecho foral castellano.

(51) LÓPEZ JACOISTE: *Constitucionalismo y codificación civil*, en «Lecturas sobre la Constitución Española», vol. II, Madrid, 1978, pp. 581 y ss., concretamente p. 601.

ese momento se rigió por el Derecho común, a excepción de algunas normas consuetudinarias que se han mantenido a lo largo del tiempo y que hacen referencia, fundamentalmente, a los riegos y acequias. En la medida en que quepa reputar «legislación civil» (en el sentido que establece el art. 149.1.8), la materia jurídico-privada del régimen de aguas sometida al Derecho consuetudinario (preferentemente procesal) valenciano, en esa medida será subsumible Valencia en el ámbito del 149.1.8, amparada, además, por la disposición adicional primera. En otras palabras, dos son las opciones:

Primera.—Las aguas son materia civil; en cuyo caso, Valencia adquiere la misma posición que otra Comunidad Autónoma foral.

Segunda.—Las aguas no son materia civil, y entonces Valencia no tiene ninguna competencia en materia civil.

En mi opinión, las aguas son, en alguna medida, materia civil. En otro epígrafe del presente trabajo hemos dicho que el concepto de legislación civil comprende todas aquellas materias que han sido calificadas tradicionalmente como Derecho privado y que no aparezcan recogidas en otros apartados del artículo 149.1. El régimen de aguas es objeto de regulación en el apartado 22 del artículo 149.1, por lo que, en principio, no podríamos considerar dicho régimen como legislación civil. Pero, por otro lado, el número 22 del 149.1 no agota la regulación del régimen de aguas. En consecuencia, todo lo que no sea «legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamiento hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma», será legislación civil, y, por tanto, asumible por la Comunidad Autónoma Valenciana. Argumento corroborado por el número 10 del artículo 148 de la misma Constitución y por el hecho incontrovertible de que las aguas vienen siendo reputadas, en parte, tanto en el plano académico como en el legislativo, materia jurídico-civil.

D).3. ¿Se considera como único Derecho foral existente al compilado, o se admite la existencia de un Derecho civil extracompilado?

Para un sector doctrinal encabezado por Encarna Roca (52), la potestad de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil se extiende a la regulación de materias actualmente no disciplinadas en la correspondiente Compilación. Todo aquello que no se reserva el Estado puede ser objeto de legislación foral.

Delgado Echevarría (53) razona esta posibilidad en base al artículo 149.1, cuando «enumera a continuación una serie de temas que, en todo caso, corresponden a la competencia exclusiva del Estado». Para Delgado (54) esta reserva es muy significativa: se nos está indi-

(52) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán...*, op. cit., pp. 15 y ss.

(53) DELGADO ECHEVARRÍA, op. cit., p. 339.

(54) DELGADO ECHEVARRÍA, op. cit., p. 340.

cando que, de no existir tal reserva, hubieran podido ser materia de Derecho foral. Como conclusión, señala Delgado (55) que las Comunidades Autónomas con autonomía plena, en cuyo territorio exista Derecho civil foral, podrán, en virtud de su Estatuto, legislar sobre Derecho civil en general, sin otros límites claros que las materias expresamente excluidas en el segundo párrafo del artículo 149.1.8 de la Constitución.

El Congreso de Jurisconsultos sobre Derechos civiles territoriales en la Constitución, de 1981 (56), aprobó las siguientes conclusiones:

Segunda: «La competencia legislativa aludida (de las Comunidades Autónomas) no se restringe, en modo alguno, a la situación actual de las Compilaciones vigentes, lo que ya sería contradictorio con la idea misma de legislación: legislar supone innovar. Los Derechos civiles forales o especiales constituyen cada uno un sistema del que la correspondiente legislación, e incluso la histórica, no es sino expresión parcial, informados por principios peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración. Hasta donde lleguen estos principios informadores, llega la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas.»

Tercera: «Las Comunidades Autónomas podrán desarrollar el Derecho hoy vigente acomodado a las nuevas y cambiantes necesidades de la sociedad, con la misma libertad que las Cortes Generales pueden alterar y modificar el Código civil.»

Estas conclusiones del Congreso de Jurisconsultos parecen avalar la posición defendida por Jesús Delgado y Encarna Roca, a los que se opone Carlos Lasarte (57), entendiendo que, cuando la Constitución concede competencia legislativa civil a aquellas Comunidades Autónomas que venían manteniendo un Derecho foral propio, lo ha hecho dentro de los límites de su conservación, modificación y desarrollo: «Propugnar, por consiguiente, que el desarrollo de los Derechos forales no ha de atender a su estado actual, a los supuestos institucionales regulados en las Compilaciones, entiendo que supone una alteración gravemente perturbadora del propio precepto constitucional, en cuanto manipulación del planteamiento historicista en que se asienta la Constitución.»

No compartimos una posición como la citada en cuanto que supone un encorsetamiento de la potestad normativa en materia de Derecho civil por parte de la Comunidad Autónoma, dado que el texto constitucional, a la vista de la interpretación que propugnamos, no resulta compatible con tal aptitud restrictiva.

Por otro lado, el artículo 149.1.8 exige una existencia actual («allí donde existan»), pero no exige que la norma o institución en cuestión tenga que aparecer en la Compilación. Puede tratarse de una norma

(55) DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 340.

(56) Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución, «Anuario de Derecho Civil», abril-junio 1982, pp. 375 y ss.

(57) LASARTE, *op. cit.*, p. 106.

consuetudinaria no escrita, y esta norma, si es utilizada, ha de considerarse tan vigente como cualquiera de las contenidas en el texto de la Compilación. La Constitución exige que el Derecho foral que puede ser conservado, modificado y desarrollado, tenga una vigencia actual, pero no exige que dicho Derecho se encuentre recogido en una Compilación, por lo que podría admitirse la existencia de un Derecho extracompilado.

E) «...EN TODO CASO, LAS REGLAS RELATIVAS A LA APLICACION Y EFICACIA DE LAS NORMAS JURIDICAS, RELACIONES JURIDICO-CIVILES RELATIVAS A LAS FORMAS DE MATRIMONIO, ORDENACION DE LOS REGISTROS E INSTRUMENTOS PUBLICOS, BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES, NORMAS PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE LEYES...»

Una vez reconocido que la legislación civil foral en general es competencia de las Comunidades Autónomas, el artículo 149.1.8, en su apartado segundo, establece una serie de materias civiles en las que las Comunidades Autónomas no pueden entrar en ningún caso. A través de estas normas se amplía el ámbito de competencia exclusiva del Estado en materia civil en aquellos territorios en los que existe el Derecho foral. Se trata de materias que exigen un tratamiento uniforme en todo el territorio nacional porque se relacionan con la «indisoluble unidad de la nación española», que constituyen uno de los fundamentos de nuestra Constitución (58). Por otra parte, el establecimiento en la Constitución de este campo de competencia exclusiva en favor del Estado va a producir una serie de consecuencias (59):

a) Sujeción del artículo 13 del Código civil a la nueva norma constitucional. Se ha producido, en cierto modo, la «constitucionalización» de este precepto del Código civil.

b) Quedan sin vigor, salvo en algunos casos relativos a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, algunas normas de Derecho foral que hacían referencia a materias relacionadas en este apartado del 149.1.8.

La reserva en favor del Estado que realiza esta norma, donde adquiere un mayor significado es en los supuestos en los que se produce una colisión entre una de las materias enunciadas en la misma y alguna norma de una Compilación. En tales casos prima la norma estatal.

(58) Así se establece en el artículo 2 de la Constitución: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española [...]».

(59) ELIZALDE y AYMERICH, *op. cit.*, p. 758. Además de las dos citadas, se produce una tercera consecuencia: «La coincidencia entre Texto constitucional y el tradicional del Código civil, en algún aspecto, permite utilizar este último como antecedente para la debida interpretación del primero (art. 3.º del Código)».

Las materias comprendidas en este apartado del artículo 149.1.8 son de muy diversa naturaleza. Podemos clasificarlas en dos apartados:

1. Las que proceden del artículo 15 de la Constitución de 1931 (60)
 - 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.
2. Las que se inspiran en el artículo 13.1 del Código civil:
 - Aplicación y eficacia de las normas jurídicas.
 - Determinación de las fuentes del Derecho.

E).1. Aplicación y eficacia de las normas jurídicas

Este inciso del 149.1.8 parece que se limita a reiterar el principio de general aplicación de las disposiciones del Título preliminar del Código civil, que hacen referencia a la aplicación de las normas jurídicas (arts. 3 a 5) y eficacia general de las mismas (arts. 6 y 7). La razón de esta reserva constitucional estaría, según García-Amigo (61), en que dichas normas no limitan su aplicación al Derecho civil, sino que se aplican a todo el Ordenamiento jurídico. ¿Cuál es la virtualidad efectiva de este precepto? La amplitud de los principios establecidos por los citados artículos del Código civil dificultan el establecimiento del ámbito concreto al que hace referencia la expresión constitucional.

El hecho de que se considere como competencia exclusiva del Estado la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, ¿implica una pérdida de virtualidad de las correspondientes normas forales? Dada la amplitud de los principios recogidos en los artículos 3 a 7 del Código civil, y dado que algunas de las cuestiones a que hacen referencia dichos artículos tocan el tema de las fuentes del Derecho (en relación a las cuales han de respetarse, según la Constitución, las normas de Derecho foral o especial), hay que dar a la anterior pregunta una respuesta negativa: las normas propias de los Derechos forales no quedan excluidas de forma absoluta o automática.

El profesor Lacruz (62) se manifiesta en este sentido cuando dice

(60) «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.—La legislación penal, social, mercantil y procesal, y en cuanto a la legislación civil, 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.»

(61) GARCÍA-AMIGO, *op. cit.*, p. 440.

(62) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 104.

que «la Constitución no deroga tales reglas forales (se refiere a las normas de Derecho foral que hacen referencia a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas): se limita a decir que la materia es de la competencia estatal, lo cual, ni impide la vigencia de anteriores Leyes estatales, como las actuales Compilaciones, ni tampoco que el Estado legisle en el futuro sobre aplicación y eficacia de las normas para un solo territorio foral» (63). Esta opinión es mayoritaria en la doctrina: Puig Ferriol, Lalaguna, Díez-Picazo, Lasarte, Delgado Echevarría (64).

Por otro lado, hay que tener en cuenta, en relación con la interpretación de las normas, que en las Compilaciones no se contiene en realidad normas que resulten discordantes con las correlativas del Código civil, sino que se limitan a resaltar la importancia de la interpretación histórica que es un criterio recogido por el propio Código civil (65). Así, por ejemplo, el artículo 1.2 de la Compilación de Cataluña señala que «para interpretar e integrar esta Compilación y las restantes normas se tomarán en consideración las Leyes, las costumbres, la Jurisprudencia jurídica catalana, de acuerdo con los principios generales que inspiran el Ordenamiento jurídico de Cataluña». Reglas semejantes a éstas se encuentran en las Compilaciones de Baleares (66), Galicia (67) y Navarra (68).

En cualquier caso, la vigencia de tales reglas dependerá de su adecuación con el Derecho estatal.

(63) En materia de aplicación y eficacia de las normas jurídicas, no puede legislar más que el Estado, pero entiendo que, sin autonomía ni foralismo, no cabe desigualdad por obra del Estado, porque de admitirse la tesis de LACRUZ (el Estado puede dictar normas para un solo territorio foral) se pondría en entredicho el principio de igualdad consagrado en los artículos 9.2, 14 y 139.1 de la Constitución. Creo que no cabe desigualdad que no nazca de la autonomía, y aun ésta, dentro de ciertos límites.

(64) Para LALAGUNA, por ejemplo, «aunque llegue a admitirse que ciertas disposiciones del Título preliminar, como las relativas a la interpretación, equidad y analogía, a que se refieren los artículos 3 y 4, han de considerarse como reglas generales para la aplicación de las leyes, sería difícil mantener en buena lógica que esas disposiciones pueden tener aplicación directa en territorios forales, con olvido de que para éstos el Derecho civil propio ofrece, en la respectiva Compilación, otras normas distintas sobre interpretación, equidad y analogía. A esta conclusión ha de llegarse, lógicamente, por ese postulado de pleno respeto de los Derechos forales que contiene el artículo 13.2».

(65) «Las normas se interpretarán según [...] los antecedentes históricos y legislativos [...]» (art. 3.1 del Código civil).

(66) «De conformidad con lo establecido en el Código civil, las disposiciones de esta Compilación regirán con preferencia a dicho Cuerpo legal. Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica balear encarnada en las antiguas leyes, costumbre y doctrinas de que aquéllos se derivan» (art. 2 de la Compilación de Baleares).

(67) «[...] Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrinas de que aquéllas se derivan» (art. 2.2 de la Compilación de Galicia).

(68) «Esta Compilación del Derecho Privado Foral, o Fuero Nuevo de Navarra, recoge el vigente Derecho civil del antiguo Reino, conforme a la tradición y a la observancia práctica de sus costumbres, fueros y leyes» (Ley 1.2 de la Compilación de Navarra).

La Compilación de Navarra regula, además, la analogía (69), eficacia de las Leyes (70), renuncia y ejercicio de los derechos (71) y el fraude (72). Dichas materias se hallan reguladas en el Código civil, que respecto de ellas es, según la Constitución, de aplicación general y exclusiva, debiendo prevalecer sobre las normas forales.

El artículo 1.1 de la Compilación aragonesa dice que «constituyen el Derecho civil de Aragón, como expresión de su régimen peculiar, las disposiciones de esta Compilación integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico». Esta regla no es interpretativa en sentido estricto, pero exige para la aplicación de los preceptos contenidos en esta Compilación, tener en cuenta su propia tradición jurídica.

E).2. Las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio

Esta excepción a la competencia de las Comunidades Autónomas respecto de sus Derechos forales procede del artículo 15 de la Constitución de 1931, que atribuía al Estado la competencia sobre «la forma de matrimonio». Esta forma única era la civil, no pudiendo las regiones autónomas dictar normas en sentido distinto.

El 149.1.8 de la Constitución habla de «formas de matrimonio». Esta expresión ha sido objeto de interpretaciones distintas. Así, Delgado (73) entiende que «formas de matrimonio» es una expresión equivalente a «clases de matrimonio» (art. 42 del Código civil, en su redacción de 24 de abril de 1958). De ahí extrae la conclusión de que la norma constitucional reserva al Estado «la fijación del sistema matrimonial español», «la determinación de la validez y eficacia civil de los matrimonios civiles y canónicos, así como la regulación de los primeros». Significa que el Estado se reserva competencia exclusiva sobre «todo el régimen personal de celebración y disolución del matrimonio [...] sobre el vínculo matrimonial y sus vicisitudes» (74).

Tanto en la regulación del Código civil como en la Constitución, el término «formas», según la doctrina, no equivale a clases de ma-

(69) «Antes de aplicarse el Derecho supletorio, deberá integrarse el Derecho privativo mediante la racional extensión analógica de sus disposiciones» (Ley 5 de la Compilación de Navarra).

(70) «En razón de la libertad civil, esencial en el Derecho navarro, las leyes se presumen dispositivas» (Ley 8).

(71) «La renuncia de derechos es válida, salvo que atente al orden público o se haga en fraude de ley» (Ley 9). «Los derechos pueden ejercitarse libremente sin más limitaciones que las exigidas por su naturaleza, la buena fe, las rectas costumbres y el uso inocuo de otras personas; y las impuestas, por prohibición expresa de la Ley» (Ley 17).

(72) «Los actos realizados con intención de excluir injustamente el derecho de un tercero pueden impugnarse a la vez que se ejercita el derecho que se intentó defraudar» (Ley 22).

(73) DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, pp. 341 y ss.

(74) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 205.

trimonio, sino a modos de celebración. Esta afirmación es aplicable al artículo 32.2 de la Constitución cuando dice: «La Ley regulará las formas de matrimonio».

En el artículo 149.1.8 vuelve a hablarse de «formas de matrimonio». Siguiendo un criterio de interpretación sistemático y entendiendo, consiguientemente, las formas de matrimonio del 149.1.8 como modos de celebración, se llegaría a la conclusión de que lo que reserva a la competencia exclusiva del Estado es sólo esto último, es decir, la regulación de los distintos rituales para contraer matrimonio, pero no la regulación de las clases de matrimonio. Ello supondría que las Comunidades Autónomas con Derecho foral podrían regular las clases de matrimonio de modo distinto, con el único límite que representa el artículo 32 de la Constitución. Así, por ejemplo, sería posible una regulación del divorcio para Cataluña distinta a la del País Vasco.

Esta conclusión no parece deseable, ni siquiera admisible, puesto que la regulación de las clases de matrimonio afecta a los Derechos fundamentales de la persona: igualdad de todos los españoles ante la Ley (art. 14 de la Constitución), igualdad jurídica de los cónyuges (art. 32.1 de la Constitución), libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), etcétera.

Queremos decir que tales imperativos constitucionales parecen, a nuestro juicio, exigir la existencia en el ordenamiento jurídico español de una sola *clase* de matrimonio, sea cual sea la *forma* (civil o religiosa) en que éste haya sido contraído y sea cual sea la Comunidad Autónoma a la que los contrayentes pertenezcan (75).

Por estas razones creo que cuando el 149.1.8 habla de «formas de matrimonio», hay que entender que lo que se reserva a la competencia exclusiva del poder central es la regulación de las clases de matrimonio, y no la de las formas de celebración.

A esta conclusión llegamos por un criterio de interpretación lógico, que primaría sobre el sistemático.

¿Por qué se habla de relaciones jurídico-civiles? Puede pensarse que la utilización de estos términos por el legislador constitucional respondía a la intención de señalar que el Estado no tenía competen-

(75) Sería admisible, en teoría, defender la posibilidad de regulaciones distintas sobre la clase de matrimonio, respetándose unos derechos fundamentales y una igualdad mínima. En tal hipótesis, cabría defender que la expresión *formas* contenida en el artículo 149.1.8 no comprende a las *clases* de matrimonio, lo que resulta perfectamente coherente con el criterio hermenéutico sistemático susceptible de ser inferido de la comparación del presente texto con el artículo 32 de la Constitución y, en general, con los preceptos del Código civil: queremos decir que dicha interpretación permitiría, por ejemplo, diferentes plazos o requisitos para el divorcio en Cataluña o en Navarra. Sin rechazar tajante y definitivamente tal posibilidad, optamos por defender la contraria, invocando argumentos de carácter teleológico precedentemente aludidos (las diferencias de regulación en materia relativa a los derechos fundamentales podría afectar cualitativamente a su contenido esencial), y de carácter histórico, no desmentidos por la normativa constitucional presente (todo el contenido del Título IV, del Libro I, del Código civil, era, en el Derecho precedente, materia reservada a la legislación del Estado).

cia sobre el matrimonio canónico (al margen del reconocimiento de sus efectos civiles). Pero también podría pensarse que se habla de «relaciones jurídico-civiles» para excluir las «relaciones jurídico-patrimoniales» que, de este modo, podrían ser objeto de regulación por las Comunidades Autónomas. De hecho, el régimen económico-matrimonial es una de las cuestiones sobre las que existe una mayor diversidad en su regulación por los Derechos civiles forales, que dan soluciones muy diversas a un mismo fenómeno (76).

Podría decirse que el régimen económico-matrimonial es también una relación jurídico-civil, pero con ello se privaría de contenido de forma casi absoluta a los distintos Derechos civiles forales.

¿Qué sucede con el divorcio? ¿Puede ser objeto de regulación foral? Ya hemos señalado que, para Lacruz, el Estado tendría competencia exclusiva sobre el régimen personal de disolución del matrimonio. Según este autor, de la misma forma que una Comunidad Autónoma con Derecho Foral puede regular las consecuencias económicas del matrimonio, «de igual modo podrá regular las consecuencias económicas del divorcio». Así, al Estado correspondería la regulación de las distintas formas de casarse o divorciarse, en tanto que las Comunidades autónomas regularían los efectos patrimoniales de uno y otro hecho.

¿Podría una Comunidad Autónoma, en base al principio de unidad familiar que rige en la mayoría de los Derechos forales, dictar normas contrarias al divorcio? Creo que ello no sería posible, porque, en caso contrario, se estaría infringiendo, además del propio artículo 149.1.8, el artículo 14 de la Constitución, que consagra la igualdad jurídica de todos los españoles. Este precepto es especialmente operativo en materia de derechos fundamentales, hallándose especialmente relacionados con ellos la disolubilidad del vínculo matrimonial. La cuestión ya se ha planteado: hay un sector de juristas navarros que sostienen que la Ley estatal de divorcio no sería aplicable en esta Comunidad (77). Esta posición carece de fundamento, ya que la com-

(76) DELGADO ECHEVARRÍA: *Las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Derecho constitucional*, en «Jornadas de Derecho foral», Jaca, 1976, pp. 28 y ss. En el mismo sentido se pronuncia DE LOS MOZOS: *Régimen económico matrimonial primario*, en «Comentarios al Código civil», dirigidos por ALBALADEJO, tomo XIII, vol. I, Madrid, 1978, pp. 18 y ss.

(77) El caso de Navarra se presenta como peculiar por los propios juristas navarros (SALINAS QUIJADA, entre otros), que, para salvar objeciones como las hechas, alegan que la Constitución Española no puede atentar contra principios de Derecho navarro, previos a ella y que ella reconoce. Sin embargo, hay que entender que la Constitución es aplicable a cualquier Comunidad Autónoma, siendo Navarra, a estos efectos, y con las correspondientes matizaciones, una Comunidad como cualquier otra. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en la sentencia de 6 de febrero de 1984: «El hecho de que el acceso de Navarra a su actual régimen autonómico se haya llevado a cabo por una vía peculiar (mediante lo previsto en la disposición adicional primera de la Constitución), y de que la denominación utilizada por la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra sea la de "Comunidad Foral" y no la de Comunidad Autónoma, no supone que no le sean aplicables esas disposiciones constitucionales. La Constitución emplea el término "Co-

potencia del Estado sobre esta materia es exclusiva, sin paliativo alguno.

A modo de conclusión, puede decirse que las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio (que son competencia exclusiva del Estado), son los efectos civiles que se derivan del mismo, pero no todos, sino sólo los regulados en el Título IV del Libro I del Código civil, con excepción de las normas relativas al régimen económico matrimonial (como señala literalmente el art. 13.1 del propio Código).

Por último, hay que señalar que el régimen foral existente sobre la materia no se ve en realidad afectado por la Constitución, puesto que la Ley de Registro Civil (8 de junio de 1957) y su Reglamento (14 de noviembre de 1958), que son las principales normas aplicables junto con el Código civil, son, desde su promulgación, de aplicación general, sin que los Derechos civiles forales contengan norma alguna acerca de las formas de matrimonio.

E).3. Ordenación de los Registros e instrumentos públicos

El precedente de esta expresión se encuentra en el artículo 15.1 de la Constitución de 1931, pero en ésta se atribuía al Estado competencia sobre la «ordenación de los registros e hipotecas». Esta misma expresión fue literalmente tomada por los redactores del proyecto de Constitución, hasta que en su debate en el Senado se produjo el cambio, dando lugar a la expresión recogida en la redacción definitiva del 149.1.8. ¿Por qué se produjo este cambio? Según Delgado (78), con este cambio se pretendía «cercenar las facultades que pudieran tener las Comunidades Autónomas relativas al notariado».

Esta cuestión se encuentra avalada por el hecho de que tanto la Ley notarial (28 de mayo de 1862) como su Reglamento (2 de junio de 1944) se han aplicado desde su promulgación con carácter general en todo el territorio nacional. Por otro lado, hay que tener en cuenta que las actuales legislaciones forales no contienen normas específicas sobre la materia, lo que constituye un indicio de lo que se afirma.

¿Todo el Derecho notarial es competencia exclusiva del Estado? Según Elizalde (79), sólo la «función notarial» queda remitida a la

municipalidades Autónomas" sin distinguir entre las diversas vías seguidas para acceder a la autonomía o las diversas denominaciones que se hayan adoptado, y emplea el término "Estado de Autonomía". Así, en la disposición adicional primera de la Constitución se especifica que la vía por ella prevista de la actualización general del régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.» Si consideramos, como lo hace el Tribunal Constitucional, que Navarra es una Comunidad como cualquier otra, no hay razón alguna para dudar de la aplicación, en esta Comunidad Autónoma, de la ley estatal por la que se reforma el Código Civil en materia de disolución del matrimonio (Ley de 7 de julio de 1981).

(78) DELGADO ECHEVARRÍA: *Los Derechos civiles forales...*, op. cit., p. 343.

(79) ELIZALDE y AIMERICH, op. cit., p. 764.

competencia del Estado, por lo que las Comunidades Autónomas podrán regular el régimen de la «organización notarial».

¿Qué sucede con las hipotecas? En el artículo 15.1 de la Constitución de 1931 se decía «ordenación de los registros e hipotecas». La supresión de la expresión «hipotecas» ha sido interpretada de forma distinta.

Así, Encarna Roca (80) sostiene que, dado que el texto constitucional hoy vigente no dice nada de las hipotecas, «podrán corresponder a las Comunidades Autónomas la creación o supresión de determinados tipos de Derechos reales de garantía».

Lasarte (81), en cambio, entiende que con la supresión de la referencia expresa a las hipotecas, lo que se pretendía era «abrazar un marco más amplio que el puramente hipotecario [...]. Por consiguiente [...], la alteración textual referida no debe interpretarse en el sentido de que la reserva estatal sobre el ámbito hipotecario haya disminuido».

Es necesario tener en cuenta, también aquí, que la Ley Hipotecaria (8 de febrero de 1946) ha tenido siempre una vigencia general, su aplicación en los territorios forales es indiscutida. Además, no existe en los Derechos forales un régimen peculiar de derecho de hipoteca. Por otro lado, y en relación con la posibilidad apuntada por Encarna Roca (82) de que las Comunidades Autónomas puedan crear o suprimir derechos reales de garantía, la Dirección General de los Registros y del Notariado no considera conveniente una política legislativa (del Estado o de las Comunidades Autónomas) que tienda a ampliar o restringir un inexistente elenco de derechos reales de garantía.

Por todas estas razones, entiendo que la postura de Carlos Lasarte (83) es la más correcta. En consecuencia, cuando la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado sobre la «ordenación de los registros e instrumentos públicos» lo que hace es consagrar constitucionalmente una situación establecida: la regulación de todos los registros civiles de personas (físicas o jurídicas) o de bienes (muebles o inmuebles) y todos los instrumentos públicos (notariales o no notariales) son competencia del Estado, estando todas estas materias actualmente reguladas por Leyes especiales de ámbito nacional español (84). Respecto de la parte no inmobiliaria registral, entiendo que cabe legislar de forma distinta, siempre que no afecte a las bases de las obligaciones contractuales.

Una última cuestión que podría señalarse en torno a este apartado del artículo 149.1.8 es su defectuosa colocación en una disposición re-

(80) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán...*, op. cit., pp. 30 y 31.

(81) LASARTE, op. cit., pp. 130 y 131.

(82) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán...*, op. cit., pp. 30 y 31.

(83) LASARTE, op. cit., pp. 130 y 131.

(84) Es conveniente aclarar que una cosa es la hipoteca y otra distinta el Derecho hipotecario. La hipoteca no sólo se regula por el Derecho hipotecario, sino también por el Código civil. La reserva constitucional afecta a todo el Derecho hipotecario, pero quizá no a la escasa parte civil de la hipoteca.

lativa a la legislación civil, puesto que tanto el Derecho notarial como el hipotecario, así como el registral, son predominantemente de carácter público y no privado. No entramos, en aras de una obligada brevedad, en este tema.

E).4. Bases de las obligaciones contractuales

Esta expresión procede del artículo 15.1 de la Constitución de 1931. La atribución de competencia exclusiva al Estado sobre esta materia obedecía a un intento de establecer unos criterios unitarios en la circulación de bienes y servicios y de excluir las diferencias existentes respecto al tema entre las distintas regulaciones forales, con el fin de garantizar la seguridad del tráfico jurídico.

Refiriéndose a la Constitución republicana, Encarna Roca ha señalado que la «expresión es ciertamente muy ambigua y podría referirse a varios temas: o bien al Derecho mercantil, dada la tendencia de la época hacia la unificación entre el Derecho civil y el mercantil, o bien podría referirse, asimismo, a un posible proyecto del Código civil, en el que se regulasen de forma nueva las obligaciones contractuales» (85). Esta autora termina inclinándose por la primera interpretación, a la que considera más factible.

Por lo que respecta a la Constitución actualmente vigente, esta misma autora, después de señalar la existencia de normas en materia de obligaciones y contratos en todos los regímenes civiles nacionales, y de recordar que el Estado tiene competencia exclusiva respecto de la legislación civil sobre las bases de las obligaciones contractuales, establece la siguiente conclusión: «Ciertamente, no veo la justificación de esta competencia, teniendo en cuenta, además, la existencia de normas sobre la materia en los distintos Derechos civiles españoles» (86).

Por su parte, Delgado Echevarría (87), al analizar el tema, nos dice que existiría «una incoherencia de fondo» en el hecho de excluir de la competencia de las Comunidades Autónomas las materias contractuales que en la actualidad son objeto de algún tipo de regulación en las Compilaciones. Para evitar que se produjera este resultado, *Minoría Catalana* presentó en el Congreso una enmienda según la cual la competencia exclusiva del Estado sobre las bases de las obligaciones contractuales sería «sin perjuicio del mantenimiento de las peculiaridades de las mismas que estuvieren vigentes en el Derecho sustantivo de los territorios autónomos». Esta enmienda fue rechazada. Señala Delgado (88) que la virtualidad del precepto constitucional «forzaría a interpretar restrictivamente la competencia legislativa re-

(85) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán...*, op. cit., p. 15.

(86) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán...*, op. cit., p. 32.

(87) DELGADO ECHEVARRÍA: *Los Derechos civiles forales...*, op. cit., p. 343.

(88) DELGADO ECHEVARRÍA: *Los Derechos civiles forales...*, op. cit., p. 344.

gional en materia de Derecho de obligaciones y de contratos en general, en las que no podría irse más lejos de lo que hoy es Derecho foral vigente». Conviene indicar aquí que, en realidad, los Derechos civiles forales, en materia de contratos, no difieren esencialmente del Derecho común, a excepción de alguna norma o figura aislada. Así, como señala Elizalde (89), sólo la Compilación de Navarra podría verse afectada, al establecer aquellas disposiciones paralelas a las del Código civil o sobre instituciones específicas o peculiares.

La clave para entender el alcance y significado de este apartado del 149.1.8 está en la correcta interpretación del término «bases». Lo que sea «básico» es competencia exclusiva del Estado; lo que no lo sea, puede ser competencia de las Comunidades Autónomas.

Lacruz (90) interpreta el término «bases» acudiendo al artículo 2 de la LOAPA: «La determinación de los principios y reglas esenciales de la regulación de la materia de que se trata y, en todo caso, los criterios generales y comunes a que habrán de acomodarse necesariamente las normas autonómicas de desarrollo para garantizar la igualdad básica de todos los españoles, la libertad de circulación y establecimiento de personas y bienes en todo el territorio español y la imprescindible solidaridad individual y colectiva.»

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca del significado del término «bases»: «El ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases o legislación básica a que en distintos párrafos de su apartado 1 se refiere el artículo 149, no requiere, en modo alguno, la promulgación de Leyes de bases o de Leyes-marco. La noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material, y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no estén formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente» (91).

De estas consideraciones puede deducirse que, según el Tribunal Constitucional, cuando el 149.1.8 habla de «bases», éstas han de entenderse en un sentido material o sustancial: lo que es principal, lo que de sustancial tiene en cada momento la legislación vigente (legislación post y pre-constitucional, en la medida en que ésta última no haya sido derogada por la Constitución). Esto no significa que las bases, o lo que deba entenderse por base, no puedan cambiar (92). De

(89) ELIZALDE y AYMERICH, *op. cit.*, p. 764.

(90) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 106. De esta definición de la LOAPA deduce LACRUZ que la competencia por la que se atribuye al Estado las bases de las obligaciones contractuales es una competencia que «ha de versar sobre principios verdaderamente esenciales, cuya contraposición entre un territorio y otro dé lugar a desigualdades básicas». «En todo caso, y conforme al artículo 3.º de la LOAPA correctamente interpretado, en los territorios de fuera continuará aplicándose en tema de obligaciones la Compilación correspondiente, que es Derecho del Estado. No cabría deducir de este artículo la aplicación del Código civil.»

(91) Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981, en su fundamento jurídico sexto. En el mismo sentido se manifiestan las sentencias de 28 de enero de 1982 y de 28 de abril de 1983.

(92) Sentencias del Tribunal Constitucional de 25 de octubre de 1983 y de 26 de julio de 1984.

otro lado, según el Tribunal Constitucional, las bases se inducen con carácter de Ley, pero ello no significa que no puedan inducirse bases de los reglamentos ejecutivos de las Leyes. Cabe que existan bases en los reglamentos; lo que no cabe es que el Estado establezca bases exclusivamente a través de los reglamentos. Para implantar bases *ex novo* hay que recurrir a una norma legal. Las bases tienen que ser establecidas por el legislativo, no por el ejecutivo (93).

Existe una gran dificultad para determinar qué es «base». En última instancia, la única forma de saber si algo es básico o no es recurrir a lo que en cada momento diga el Tribunal Constitucional (94).

De todas las sentencias citadas puede deducirse cuáles son los criterios a los que atiende el Tribunal Constitucional para saber qué es básico:

1. La *finalidad*.—Se considera que algo es básico cuando afecta al interés del Estado. Esta incidencia sobre el interés general es el factor que determina la necesidad de una regulación uniforme.

2. *Bases* equivale a principios generales, en la medida en que son las directrices de la respectiva materia. En tal sentido, el término «bases» se equipara a la expresión «condiciones básicas» empleada por el artículo 149.1.1 de la Constitución.

3. Las bases se refieren a cuestiones estructurales y no coyunturales. Hay determinadas materias que, por su propia naturaleza, han de considerarse como básicas. Por ejemplo, temas de política económica (95).

4. El Estado no puede regular tan minuciosamente las bases que no quede campo alguno a las Comunidades Autónomas.

Son bases de las obligaciones contractuales las que se inducen de la legislación civil estatal actualmente vigente, que es eminentemente pre-constitucional (Libro IV del Código civil). Dentro del término «bases» habrá que incluir también lo que de básico exista en las regulaciones contenidas en las Compilaciones de Derecho civil foral.

¿Quién puede cambiar esas bases? Sólo el Estado. Esta afirmación también es válida para lo que de básico exista en las Compilaciones. Como conclusión puede decirse que no puede darse *a priori* una definición de lo que son bases de las obligaciones contractuales, pero es posible realizar una aproximación:

1. A través de las bases se pretende conseguir la igualdad a la que se refiere el artículo 149.1.1 de la Constitución (igualdad en la libertad de empresa).

2. En principio, aquellas normas sobre obligaciones y contratos contenidas en las Compilaciones que sean distintas de las del Derecho civil general, no son normas básicas. De hecho, no han supuesto una traba a la unificación del mercado nacional (96).

(93) Sentencias de 28 de julio de 1981, 28 de enero de 1982 y 28 de julio de 1983.

(94) Sentencias de 26 de julio de 1982 y 28 de abril de 1983.

(95) Sentencias de 9 de octubre de 1984 y 19 de octubre de 1984.

(96) Estas ideas fueron sugeridas por el doctor Rodrigo BERCOVITZ en la conferencia pronunciada el día 24 de enero de 1985, en la Facultad de Derecho de Jerez, sobre el tema «La Constitución y los Derechos forales».

3. Esta atribución de competencia exclusiva al Estado se conecta con el 149.1.6: guarda relación con el Derecho mercantil porque es en esta rama del Ordenamiento jurídico donde se manifiesta esa unificación del mercado. En este punto el Derecho civil es esencialmente complementario del Derecho mercantil.

El apartado que estamos analizando del artículo 149.1.8 plantea una última cuestión: quizá por mimetismo hacia la Constitución de 1931, aquél habla de bases *contractuales*; pero, ¿qué sucede con las obligaciones no contractuales? La Ley 448 de la Compilación de Navarra regula un supuesto de obligación no contractual (que no es problemático porque establece una regulación coincidente con la del Código civil). De regularse en las Compilaciones materia extracontractual, creo que habría que propugnar una interpretación extensiva del 149.1.8, pues de otra forma se rompería la unidad de mercado. Aun considerando que esta regla del artículo 149.1.8 es una excepción a la competencia de las Comunidades Autónomas, entiendo que sería susceptible de aplicación analógica dada la importancia que reviste el tema a nivel de macroeconomía. Las obligaciones no contractuales requieren un tratamiento uniforme para evitar la ruptura de la unidad de mercado. Piénsese, por ejemplo, que la canalización de la satisfacción de los intereses derivados de la culpa extracontractual se realiza generalmente a través de la figura del seguro, ya sea de daños en general, o de responsabilidad civil. En contra de lo anterior, se podría argumentar que, según el Código civil, las normas excepcionales no son susceptibles de analogía. Sin embargo, entiende un sector de la doctrina, con el que nos manifestamos de acuerdo, que el Derecho excepcional es susceptible de aplicación analógica dentro de su ámbito (97).

E).5. Normas para resolver los conflictos de Leyes

Siguiendo el modelo de la Constitución republicana, el anteproyecto de Constitución atribuía al Estado competencia exclusiva sobre la «regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España». Esta redacción fue modificada y se sustituyó por la actualmente vigente (art. 149.1.8).

Los conflictos de Leyes a los que alude la Constitución pueden ser de dos tipos:

1. Internacionales, que serán los que surjan entre los Derechos civiles nacionales y los extranjeros (98).

(97) JORDANO: *Derecho civil y Derecho mercantil*, op. cit., pp. 182 y 183.

(98) Sobre este tema pueden consultarse, entre otros, los siguientes autores: FERNÁNDEZ ROZAS: *Tráfico jurídico externo y sistema de Derecho internacional privado*, Oviedo, 1985; GONZÁLEZ CAMPOS: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Oviedo, 1984; ESPINAR VICENTE: *Derecho Internacional Privado Español*, Málaga, 1984.

2. Interregionales, que son los que se produzcan entre los Derechos civiles nacionales (99).

En el primer supuesto, la competencia para dictar normas destinadas a resolver estos conflictos corresponde al Estado, ya que las Comunidades Autónomas, aunque dotadas de personalidad jurídica, carecen de la posibilidad de actuar jurídicamente en este plano (internacional). Pero también en el segundo supuesto (conflictos interregionales) la competencia corresponderá al Estado, puesto que, de otro modo, se podrían establecer soluciones distintas a un mismo problema, infringiéndose el principio de seguridad jurídica.

Delgado Echevarría (100) hace notar las diferencias básicas existentes entre el Derecho interregional privado y el Derecho internacional privado.

1. Mientras que en el primero, el Derecho sustantivo aplicable es siempre el mismo (por proceder la norma de conflicto de un poder legislativo único) con independencia del lugar en que el caso se plantee al Juez; en el segundo, el Derecho sustantivo a aplicar dependerá de la nacionalidad del Juez que conozca del supuesto (foco de atracción).

2. Si se trata de un conflicto interregional, el Juez será siempre español y aplicará el Ordenamiento regional que corresponda. Si el conflicto es internacional, el Juez puede ser o no español, y se aplicará el Derecho, nacional o extranjero, que señala la norma del conflicto.

3. Las normas para resolver los conflictos interregionales se encuentran en el Capítulo V del título preliminar del Código civil (arts. 13 a 16); las de Derecho internacional, en el Capítulo IV de dicho Título (arts. 8 a 12).

En las actuales Compilaciones existen normas relativas a los conflictos de Leyes. Algunas de estas normas son simples remisiones al Código civil, como, por ejemplo, el artículo 3 de la Compilación de Cataluña, según el cual «los efectos de los estatutos real, personal y formal en Cataluña y para los catalanes, así como la condición de tales en relación con los demás territorios y personas de diferente legislación civil, se regirán por las normas establecidas en el título preliminar del Código civil y disposiciones concordantes».

En otros casos, el texto de la Compilación señala una regulación diferente de la establecida con carácter general por el Código civil. Nos estamos refiriendo concretamente a la Ley 13 de la Compilación de Navarra en lo referente a la adquisición de vecindad foral por extranjero naturalizado.

Según Delgado, «el precepto constitucional que comentamos no las deroga (se refiere a las normas de Derecho interregional que con-

(99) BOUZOS VIDAL: *Problemas de adaptación entre Derecho Internacional Privado e Interregional*, Madrid, 1977.

(100) DELGADO ECHEVARRÍA: *Los Derechos civiles forales...*, op. cit., pp. 344 y 345.

(101) DELGADO ECHEVARRÍA: *Los Derechos civiles forales...*, op. cit., p. 344.

tiene las Compilaciones) en modo alguno, sino que su alcance se reduce a privar a las Comunidades Autónomas del poder de dictar, en un futuro, normas de similar contenido» (101).

F) «...Y DETERMINACION DE LAS FUENTES DEL DERECHO, CON RESPETO, EN ESTE ULTIMO CASO, A LAS NORMAS DE DERECHO FORAL O ESPECIAL

El artículo 149.1.8, tras enumerar una serie de materias que son competencia exclusiva del Estado «en todo caso», establece, como salvedad, el respeto de las normas forales en relación con las fuentes del Derecho (102), «lo cual no puede querer decir otra cosa que las fuentes del Derecho de cada Derecho foral dependen exclusivamente de éste y, por tanto, de sus Comunidades Autónomas respectivas» (103). Este tema de las fuentes es de vital importancia porque, como dice López Jacoiste (104), «a través del sistema de fuentes se está afirmando la sustantividad del propio Ordenamiento jurídico». La regla que ahora estudiamos procede de una enmienda que se hizo al proyecto de Constitución con objeto de salvaguardar la circunstancia de que algunas Compilaciones (concretamente las de Aragón y Navarra) contenían normas relativas al sistema de fuentes del Derecho que diferían, en alguna medida, de las establecidas por el Código civil.

Las primeras Compilaciones que se promulgaron no contenían ninguna norma relativa al sistema de fuentes, y ello determinó la aplicación del sistema establecido por el Código civil (105). En cambio, las Compilaciones de Aragón (106) y Navarra (107) establecieron un sistema de fuentes peculiar y principios propios para su integración.

Las diferencias básicas entre estos sistemas y el Código civil radican en:

1. Jerarquía normativa: se antepone la costumbre a la Ley dis-

(102) Que pueden ser definidas como «aquellas formas o actos a través de los cuales el Derecho se manifiesta en su vigencia: GARRIDO FALLA: *Las Fuentes del Derecho*, en «La Constitución Española y las fuentes del Derecho», Dirección General de lo Contencioso del Estado, vol. I, Madrid, 1979, pp. 31 y ss., concretamente p. 31; también CRISAFULLI, *Fonti del Diritto*, en «Enciclopedia del Diritto», vol. XVII, pp. 925 y ss.

(103) DE LOS MOZOS, en CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo I, vol. I, 12.^a edición, revisada y puesta al día, Madrid, 1984, p. 345.

(104) LÓPEZ JACOISTE, *op. cit.*, p. 607: «En ocasiones se ha visto como contenido esencial de los Códigos civiles la ordenación de un sistema de fuentes jurídicas, seguido del consiguiente desarrollo particularizado. Por eso, el reconocimiento de las genuinas fuentes forales en su autenticidad implica afirmar su propia sustancialidad y su potencial plenitud.»

(105) Así se establecía en las disposiciones finales primera y segunda de las Compilaciones de Cataluña, Vizcaya y Alava, Baleares y Galicia.

(106) Artículos 1, 2 y 3 de la Compilación de Aragón.

(107) Leyes 2 a 5 de la Compilación de Navarra.

positiva en Aragón; en Navarra, toda Ley, imperativa o dispositiva, está detrás de la costumbre.

2. Sustitución de los principios generales del Derecho por los principios generales en los que se inspira el ordenamiento respectivo.

3. Admisión de la costumbre *contra legem* en el Derecho navarro (108) y, de forma más limitada, en el aragonés.

El artículo 13.1 del Código civil, al relacionar las materias del título preliminar que son de aplicación general y directa en toda España, no menciona a las fuentes del Derecho, por lo que hay que entender que éstas quedan englobadas en el apartado 2.º de este mismo artículo, que establece el carácter supletorio del sistema del Código civil respecto de los Derechos forales o especiales, coincidiendo con lo dispuesto con carácter general por el artículo 149.3 de la Constitución.

F).1. ¿Son las fuentes del Derecho materia constitucional?

En relación con este tema aparecen en la doctrina posiciones encontradas:

De un lado, Díez Picazo (109) señala: «Esa determinación de las fuentes del Derecho no es un tema constitucional, sino que es un tema en el que la exclusiva competencia corresponde al Estado y se desarrolló por medio de la legislación ordinaria. En el Derecho vigente en estos momentos parece que se lleva a cabo a través del artículo 1 del Código civil; mientras otra cosa no se establezca el artículo 1 del Código civil, no ha sido, en orden a la determinación de las fuentes del Derecho, derogado por la Constitución».

Lucas Verdú (110) sostiene que «las fuentes del Derecho son materia constitucional, aunque formalmente no se contenga en el texto fundamental [...]. El artículo 1 del Código civil contiene materia constitucional como todo el título preliminar del mismo cuerpo civil».

A mi entender, la clave del problema estaría, más que en la determinación del posible carácter constitucional o no de las fuentes del Derecho, en el *análisis de la contradicción (al menos aparente) entre los términos «en todo caso» y «con respeto a este último caso», utilizado en el texto constitucional.*

La competencia exclusiva que la Constitución atribuye al Estado en relación a la determinación de las fuentes del Derecho, ¿no se ve reducida a la nada por la exigencia de respeto a las normas de Derecho foral o especial que existan sobre la materia? La referida expresión ha sido muy criticada por la doctrina. Así, Encarna Roca

(108) SALINAS QUIJADA: *Derecho civil de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 1983, pp. 51 a 97.

(109) Díez PICAZO: *Constitución y fuentes del Derecho*, en «La Constitución y las fuentes del Derecho», vol. I, Madrid, 1979, pp. 653 y ss., concretamente p. 658.

(110) LUCAS VERDÚ: *Penetración de la Historicidad...*, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

(111) la considera absurda, «puesto que si se reserva al Estado la determinación de las fuentes del Derecho, entiendo por tales las contenidas en el artículo 1.1 del Código civil, pero a la vez se respetan las normas de Derecho foral o especial, resulta que el Estado no tiene la competencia exclusiva en materia de fuentes del Derecho». Jesús Delgado (112) también ha señalado la incongruencia de la fórmula constitucional.

En cualquier caso, esta exclusión de competencia estatal en materia de fuentes, en principio, sólo podría darse respecto de aquellos Derechos forales que contengan normas sobre las mismas, como son los de Aragón y Navarra.

El respeto a los Derechos forales exigido por la Constitución parece significar que el Estado no puede alterar el sistema de fuente por ellos establecido. Pero es que ese respeto a las normas de Derecho foral en materia de fuentes ya estaba garantizado cuando en el informe de la Ponencia se reservaba al Estado, sin excepción alguna, «las reglas relativas a la determinación en las fuentes del Derecho». Esta reserva estatal impedía que las Comunidades Autónomas pudieran legislar en materia de fuentes, pero no implicaba la pérdida de vigencia de las reglas forales correspondientes contenidas en las Compilaciones. ¿Qué sentido tiene, entonces, la enmienda por la que se introduce en el texto de la Constitución ese respeto a las normas forales que hagan referencia al tema? Obviamente, con decir que la Constitución permite la subsistencia de las normas de Derecho foral en materia de fuentes, no queda solventado el tema. Podría entenderse, para que la salvedad introducida tenga algún significado, que las Comunidades Autónomas podrán, al modificar y desarrollar sus propios Derechos, establecer sus sistemas de fuentes de forma distinta, modificarlos. Por tanto, la determinación de las fuentes de los Derechos forales estaría dentro de las competencias que las Comunidades Autónomas podrían asumir, con lo que la reserva constitucional en favor del Estado, por lo que las fuentes del Derecho se refiere, tendría un carácter poco menos que residual.

Pero donde el problema alcanza su grado máximo es en relación aquellas Comunidades Autónomas cuyas Compilaciones no contienen reglas algunas sobre fuentes. ¿Podrán las Comunidades Autónomas respectivas generar *ex novo* un sistema de fuentes e introducirlo en su legislación civil? (113).

La profesora Encarna Roca (114) trata de demostrar la existencia de un sistema de fuentes y de unos principios generales propios del Derecho civil catalán a fin de reclamar la competencia respectiva para esta Comunidad Autónoma. Los argumentos que emplea son los siguientes:

(111) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán...*, op. cit., p. 33.

(112) DELGADO ECHEVARRÍA: *Los Derechos civiles forales...*, po. cit., p. 345.

(113) MARTINES: *Note sul procedimento di formazione delle fonti del Diritto*, en «Studio in onore di Mortati», vol. II, 1978, pp. 321 y ss.

(114) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán...*, op. cit., pp. 32 y 34.

a) «En primer lugar, la Constitución no habla para nada de normas actualmente vigentes (como lo hace cuando determina qué Comunidades Autónomas pueden crear Derecho civil), sino que se refiere sólo a normas de Derecho foral.»

b) «Este artículo no distingue entre aquellos sistemas nacionales que actualmente tienen un sistema de fuentes propio, de aquellos que no lo tienen, y por ello no puede distinguirse.»

c) «La determinación clara de las fuentes del Derecho en aquellas regiones donde no existen en la Compilación una jerarquía de forma clara, entra dentro de las posibilidades de desarrollo del propio sistema nacional.»

d) «Sería absurdo reconocer competencia legislativa en materia civil y suprimir la posibilidad de fijación de las fuentes del propio Ordenamiento, porque se discrimina entre aquellas regiones que en la actualidad tienen un sistema de fuentes, y otras que, por exigencias de política legislativa, no tienen, se produciría una situación de privilegio por parte de los Ordenamientos primeramente citados, con respecto a los segundos, cosa que la propia Constitución rechaza.»

Analicemos estos argumentos: respecto del primero, si bien la Constitución en este apartado no habla de normas actualmente vigentes, así lo hace al atribuir a las Comunidades Autónomas la conservación, modificación y desarrollo del propio Derecho foral, dentro del cual se incluye la materia de fuentes. De este modo, no sería necesario especificar aquí que se trata de normas vigentes, porque ya anteriormente lo ha señalado, sería una redundancia.

En cuanto al argumento basado en el viejo aforismo «*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*», hay que decir que, si bien la regla es ciertamente discutible (115), y que podría hacerse la misma crítica anterior (la Constitución en este apartado concreto no distingue entre los Derechos forales que tienen sistemas de fuentes y los que no tienen, porque esta distinción ya la ha realizado en el anterior apartado: «allí donde existan»), encierra algo de razón. Pero, a mi juicio, el argumento decisivo es el citado en cuarto lugar por Encarna Roca: fueron razones de política legislativa las que impidieron que las Compilaciones de Cataluña, Vizcaya y Alava, Baleares y Galicia, contuvieran un propio sistema de fuentes. Estas Compilaciones fueron elaboradas por las comisiones territoriales, pero requerían la aprobación de la Comisión General de Codificación, rechazando ésta cualquier propuesta en materia de fuentes. En cambio, la Compilación de Aragón se elaboró posteriormente, cuando las circunstancias políticas habían cambiado en cierto modo y se había adoptado una actitud más permisiva en torno al tema de los Derechos forales, de forma que esta Compilación sí pudo incluir un sistema de fuentes.

Con estas premisas, no me parece justo introducir diferencias entre unos regímenes forales y otros en base a la existencia, en la ac-

(115) Como señala DE CASTRO, *op. cit.*, p. 525, muchas veces las reglas jurídicas son verdaderos sofismas que «pueden utilizarse a mayor abundamiento o para exorno retórico, pues, en verdad, dan ya por resuelta la cuestión en cuanto suponen conocida la finalidad de la norma y el carácter del principio que la informa».

tualidad, en las correspondientes Compilaciones, de normas sobre fuentes, porque la existencia o inexistencia de tales normas no fue obra de la voluntad de la Comunidad afectada, sino del poder central; de tal modo que si, por ejemplo, la Compilación de Cataluña se hubiera elaborado con posterioridad al momento en que se hizo, en la actualidad, probablemente, contendría un sistema de fuentes propio, teniendo en cuenta que históricamente lo tenía y que persistió después de 1889, desapareciendo (por obra del poder central) en 1960. Por lo tanto, ese sistema de fuentes forma parte del Derecho histórico que, según la Constitución, debe ampararse y respetarse (disposición adicional primera). En el fondo, vestigios de sistema de fuentes había en Compilaciones anteriores. Es inherente al concepto de capacidad creadora del Derecho la posibilidad de configurar su sistema de producción.

Como conclusión, entiendo que el respeto a las normas de Derecho foral exigido por la Constitución en materia de fuentes afecta, no sólo a las normas correspondientes contenidas en las Compilaciones de Aragón y Navarra (que, como ya hemos dicho, son las únicas que en la actualidad contienen un propio sistema de fuentes), sino también a aquellos Derechos forales que tuvieron su sistema propio y posteriormente fueron suprimidos en la época de las Compilaciones.

G) SINTESIS EXPLICATIVA DEL CONTENIDO DEL ARTICULO 149.1.8: POSICIONES DOCTRINALES

La redacción del precepto cuyo estudio nos ocupa es, ciertamente, enrevesada. En él aparecen mezcladas las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Para Lasarte (116), el precepto discurre de lo general a lo particular, considerando conveniente descomponerlo y exponer tipográficamente el contenido del mismo como una cadena de reglas y excepciones:

- «1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación civil.
2. Sin embargo, la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan, corresponderán a las Comunidades Autónomas.
3. A pesar de la existencia de Derechos forales, el Estado tiene competencia exclusiva sobre las reglas relativas a las siguientes materias:
 - a) La aplicación y eficacia de las normas jurídicas.
 - b) Las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio.
 - c) La ordenación de los registros y de los instrumentos públicos.
 - d) Las bases de las obligaciones contractuales.
 - e) Normas para resolver los conflictos de Leyes.
 - f) La determinación de las fuentes del Derecho.

4. No obstante, la competencia exclusiva del Estado sobre la determinación de las fuentes del Derecho han de respetarse en este punto las normas (propias, podríamos añadir) de Derecho foral o especial.»

El mismo juego de regla-excepción es utilizado por Encarna Roca para estudiar el contenido del 149.1.8 (117).

Me parece acertada la teoría de Lasarte (118) acerca del contenido del 149.1.8, sobre todo si tenemos en cuenta los trabajos parlamentarios que dieron lugar a su redacción definitiva.

En este precepto se pone de manifiesto la tensión existente en materia de legislación civil entre el poder central (al que se reserva la competencia exclusiva como regla general) y las Comunidades Autónomas con Derechos forales (que, como excepción, van a gozar de competencia sobre su propio Derecho foral).

El contenido del 149.1.8 respondería, en mi opinión, al siguiente esquema:

1. El Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil en todo el territorio nacional de Derecho común.

2. Las Comunidades Autónomas tienen competencia para conservar, modificar y desarrollar sus propios Derechos forales, allí donde existan.

3. A pesar de la competencia de las Comunidades Autónomas, el Estado tiene competencia exclusiva, tanto en territorio de Derecho común como en territorio de Derecho foral, sobre las siguientes materias:

a) Reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas.

b) Relaciones jurídico-civiles relativa a las formas de matrimonio.

c) Ordenación de los registros e instrumentos públicos.

d) Bases de las obligaciones contractuales.

e) Normas para resolver los conflictos de Leyes.

4. La determinación de las fuentes del Derecho es competencia de las Comunidades autónomas con Derecho foral o especial.

(117) ROCA TRIAS: *La Constitución de 1978 y las competencias del Parlamento catalán en el marco de la legislación civil*, en «Tapia: Publicación para el mundo del Derecho», año II. Esta posición es criticada por LUCAS VERDÚ: *Penetración de la Historicidad...*, *op. cit.*, pp. 58 y ss., quien, para refutar la teoría anterior, se remonta a ROSSI: *Un criterio de la lógica jurídica: la regoe l'accezione particolarmente nel Diritto pubblico*, en «Scritto vari de Diritto pubblico», vol. V, Milán, 1939, pp. 1 y ss. Según este autor, en el Derecho sólo existen reglas, por lo que hablar de excepciones es un modo de expresión incorrecto. La excepción es una norma especial respecto de una norma general. LUCAS VERDÚ aplica estas teorías de ROSSI al artículo 149.1.8, y señala que «no debe interpretarse considerando que contiene una regla general (legislación civil, que compete exclusivamente al Estado), seguida de varias excepciones [...]. El citado precepto contiene una regla general: legislación civil exclusiva del Estado sobre todo el territorio nacional de Derecho común, y otras distintas, aplicables al ámbito más restringido de las Comunidades Autónomas».

(118) LASARTE, *op. cit.*, p. 46.

H) CONEXION DEL ARTICULO 149.1.8 CON OTRAS REGLAS CONSTITUCIONALES

Si entendemos por *Derecho civil* «el Derecho privado general, que tiene por objeto la regulación de la persona en su estructura orgánica, en los derechos que le corresponde como tal y en las relaciones derivadas de su integración en la familia y de ser sujeto de un patrimonio, dentro de la comunidad» (119), observaremos que algunos de los conceptos que integran esta disciplina aparecen recogidos en distintos números del artículo 149.1. Así, los números 2, 9, 19, 22, 23, 25 y 27 del citado artículo.

Esto nos lleva a considerar que el concepto de *legislación civil*, tal como aparece en el 149.1.8, no coincide con el de *Derecho civil* (que sería más amplio). Las materias que se recogen en los números citados forman parte del Derecho civil:

1. La nacionalidad (art. 149.1.2).
2. Propiedad intelectual e industrial (149.1.9).
3. Pesca marítima (149.1.19).
4. Aprovechamiento hidráulico cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma (149.1.22).
5. Legislación básica sobre el medio ambiente, montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias (149.1.23).
6. Bases del régimen minero y energético (149.1.25).
7. Normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión (149.1.27).

H).1. Competencia en materia de Derecho agrario

También en el artículo 149.1.7 de la Constitución aparece una materia, como es la agricultura, cuya regulación (Derecho agrario) es, según opinión académica y científica preponderante, una parte del Derecho civil (120), y que, sin embargo, no se considera como *legislación civil* a los efectos del 149.1.8.

Es una cuestión muy debatida en la doctrina, si el Derecho agrario (entendiendo por tal el conjunto de reglas encaminadas «a la parcelación y redistribución de tierra de una parte, y de otra, la concentración de minifundios y reorganización de nuevas unidades agrarias vinculadas a la familia campesina» (121), forma parte del Derecho civil, o es una rama del Ordenamiento jurídico independiente de aquél (122).

(119) HERNÁNDEZ GIL: *El concepto del Derecho civil*, Madrid, 1943, p. 163.

(120) JORDANO: *Derecho civil y Derecho agrario*, en «Revista de Derecho Privado», septiembre de 1964, pp. 721 y ss., concretamente pp. 729 y 730.

(121) BONFANTE: *Sull'autonomia del Diritto agrario*, «Riv. Dir. Agrario», 1930, p. 191.

(122) En favor de la autonomía del Derecho agrario se han señalado las diferencias existentes entre las relaciones agrarias y las civiles. Son partidarios de esa auto-

La opinión mayoritaria se inclina por considerar al Derecho agrario como parte integrante del Derecho civil, si bien se trataría de una parte especial de éste, dotada de fisonomía propia.

Este Derecho agrario puede ser competencia de las Comunidades Autónomas y no sólo de aquellas que tienen Derecho foral, sino de todas.

La cuestión tiene importantes consecuencias prácticas: cualquier Comunidad autónoma va a poder dictar normas en materia agraria (123) (siempre que tales normas se adecúen a la ordenación general de la economía), pudiendo tener tales normas una relevante incidencia en conceptos básicos dentro del Derecho civil, como es, por ejemplo, la propiedad.

El Parlamento andaluz, haciendo uso de las facultades que le confiere el artículo 149.1.4 de su Estatuto, ha dictado una Ley de Reforma Agraria (124) en cuya exposición de motivos se señala que «la ausencia de un desarrollo agrario basado en la explotación eficiente de los recursos productivos y, en definitiva, los obstáculos al desarrollo de la economía han estado ligados históricamente en Andalucía a la estructura de la propiedad de la tierra. De este modo, el problema de la tierra y de la concentración de la propiedad ha sido un tema que ha estado presente en todos los estudios y programas políticos desarrollados en España desde el siglo XVIII».

«Una Ley de Reforma Agraria concebida como tal, y no como un mero programa de reforma de estructuras, transformación en regadíos, concentración parcelaria, etc., sólo tiene sentido en aquellas regiones donde se manifiesta un elevado grado de concentración de la propiedad.»

Estos párrafos de la exposición de motivos de la Ley citada nos ponen de manifiesto la conexión existente entre reforma agraria y derecho de propiedad. La legislación agraria influye de forma decisiva en la configuración del Derecho de propiedad.

nomía: BUIGI: *Per l'autonomia del Diritto agrario*, en «Riv. Dir. Agrario», 1928, p. 138; BOLLA: *L'autonomia del Diritto agrario*, en «Riv. Dir. Agrario», 1929, p. 138. En España: CAMPUZANO: *El Derecho agrario en España*, en «Revista de Derecho Privado», 1963, p. 361. En contra de la autonomía del Derecho agrario respecto del civil, se ha señalado que las diferencias existentes entre ambos no son más que simples interferencias de Derecho público, careciendo (el Derecho agrario) de principios informadores. Esta actitud es mantenida por CICU: *Corso de Diritto agrario*, Milán, 1937; en España: BALLARÍN: *La formación, concepto y fines de un Derecho agrario de la empresa*, p. 97; CASTÁN: *Las instituciones protectoras de la familia y de su propiedad*, pp. 94 y 131.

(123) A este respecto señala CLAVERO, en *Autonomía Regional y Reforma Agraria*, Jerez, 1984, pp. 127 y 128, que «a los efectos más tangibles de competencias, ya vimos que la existencia anterior de Derecho foral, circunstancia que no reúne Andalucía, mediatizaba su asunción a los efectos de una reforma agraria. Aparte que quiera o no emprenderse, o que en estas otras Comunidades no constituya un objetivo estatutario, tanto Cataluña como Galicia, por referirnos tan sólo a supuestos contemplados, cuentan, y sin necesidad de que así se pormenorice en sus respectivos Estatutos, con unas competencias legislativas en materia de derecho de propiedad, contratación y sucesión agrarias no previstas constitucionalmente para Andalucía».

(124) Ley 8/1984, de 3 de julio; «BOJA» n.º 65, de 6 de agosto.

Es necesario que partamos de la base de que la propiedad, en el sentido moderno del término, no puede definirse *a priori*, y que no es admisible considerar los límites que las Leyes o los reglamentos establecen para esa propiedad como algo ajeno al concepto, sino que el concepto de propiedad se define contando con sus límites (125). El objeto provoca diferencias sobre la regulación de la propiedad, de tal modo que no cabe hablar de *propiedad* sino de *propiedades*. No se puede hablar de propiedad como concepto genérico, sino de propiedades, y para definir las hay que tener en cuenta los límites legales o reglamentarios. La Ley de Reforma Agraria andaluza establece unos límites claros a la propiedad, límites (no limitaciones) (126) que podrán ser distintos de los establecidos por las Leyes agrarias de otras Comunidades Autónomas. De este modo, la tesis de que el Derecho de propiedad inmobiliaria sea distinto en Andalucía al de Castilla o Cataluña es perfectamente defendible, lo que conlleva un giro inesperado desde el criterio foralista en el que se inspira el artículo 149.1.8, hacia un criterio autonomista (de clara inspiración republicana).

I) CONCLUSIONES

Una vez llegados a este punto en el estudio del artículo 149.1.8, quizá sea conveniente establecer unas conclusiones acerca del mismo, conclusiones que, sin atreverme a calificarlas de definitivas, sí pueden servir como síntesis del estudio realizado:

1. La legislación civil es, en términos generales, competencia exclusiva del Estado; ello significa que, en principio, el órgano legislativo competente son las Cortes Generales, excluyendo la posible actuación de los Parlamentos autonómicos.

2. El concepto de legislación civil empleado por la Constitución ha de entenderse en su sentido tradicional, comprendiendo todas aquellas materias que han sido calificadas tradicionalmente de Derecho privado y que no aparecen recogidas en otros apartados del artículo 149.1.

3. La unificación del Derecho civil no puede considerarse como un objetivo constitucional ni antiestatutario.

4. Las Comunidades Autónomas forales constituidas al amparo del artículo 151 o de la disposición transitoria segunda, pueden asu-

(125) PUGLIATTI: *La proprietà e le proprietà*, en «La Proprietà nel nuovo Diritto», cit. en *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, de MONTES, Madrid, 1980, p. 86.

(126) Es necesario distinguir entre límites y limitaciones de la propiedad. Como señala ALBALADEJO, en *Derecho civil*, tomo III, vol. I, Barcelona, 1983, p. 257, los límites del derecho de propiedad son «las fronteras, el punto normal hasta donde llega el poder del dueño, o sea, el régimen ordinario de restricciones a que (comparándolo con el supuesto de que fuese omnímodo) está sometido tal poder». «Otras cosas son las limitaciones que, procediendo de muchas causas, pueden reducir, en casos singulares, el poder que normalmente tiene el dueño sobre la cosa».

mir, desde el mismo momento de entrada en vigor del respectivo Estatuto, competencia para conservar, modificar y desarrollar el propio Derecho foral, mientras que las restantes Comunidades forales habrán de esperar cinco años.

5. Cuando la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas, con Derecho civil propio, competencia para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo, está indicando que tales Comunidades podrán legislar sobre todo el Derecho civil, excepto en las materias comprendidas en el 149.1.8, subsistiendo la competencia exclusiva del Estado, en materia de legislación civil, para los territorios sometidos al Derecho común.

6. La competencia que se atribuye a las Comunidades Autónomas forales para la actualización del propio Derecho civil exige la previa existencia de ese Derecho (compilado o no), no pudiendo restablecerse Derechos civiles forales que existieron en un momento histórico determinado, pero que hoy han desaparecido.

7. 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 y normas para resolver los conflictos de Leyes, son competencia exclusiva del Estado en todo caso, tanto en territorio de Derecho común como en territorio de Derecho foral.

8. La determinación de las fuentes del Derecho es competencia, no sólo de aquellas Comunidades que cuentan en la actualidad con un propio sistema de fuentes, sino también de aquellas otras cuyos respectivos Derechos contuvieron un sistema propio, y posteriormente se suprimieron en la época de las Compilaciones.

9. El concepto de legislación civil, a los efectos del 149.1.8, no coincide con el de Derecho civil, teniendo ello importantes consecuencias: conectando este artículo con el 149.1.7, se obtiene la conclusión de qué Comunidades Autónomas que carecen de Derecho foral van a gozar de competencia para legislar sobre sectores básicos del Derecho civil: por ejemplo, la propiedad, dada la posibilidad de dichas Comunidades de producir Derecho agrario, lo que conlleva un giro desde el criterio foralista en el que se inspira el 149.1.8, hacia un criterio autonomista (que, efectivamente, se dio en la Constitución de 1931).