

NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA Y LEGIFERACIÓN CIVIL

MARIANO YZQUIERDO TOLSADA
Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense

I. LA FÁBULA DE AMBROSIO Y SU COCHE. 1. *Revisión resumida de una polémica y toma de partido.* 2. *La situación actual. Estatut, Libro Quinto del Código civil y Proyecto de ley de derecho a la vivienda: el mal ejemplo catalán...* 3. *... y la peor reacción de los demás Parlamentos autonómicos.* 4. *Las extralimitaciones "oblicuas" de los legislativos autonómicos.* A) La competencia civil "por conexión". B) La competencia encontrada en títulos competenciales distintos al del Derecho civil. 5. *Las extralimitaciones frontales contra la lista tasada de competencias exclusivas del Estado.* III. LAS NOVEDADES DE LOS ÚLTIMOS AÑOS. 1. *¿Hacia falta este Derecho de la persona aragonesa?* 2. *¿Y un Derecho civil andaluz?* 3. *El matrimonio "por lo militar" de Galicia y su corta duración.* 4. *El régimen económico matrimonial de los valencianos.* IV. LA PEREZA DEL LEGISLADOR ESTATAL. V. REFLEXIONES FINALES. 1. *Un apunte sobre los otros excesos.* 2. *Cavilaciones sobre posibles declaraciones de inconstitucionalidad.* 3. *Por una reforma legal que impida que un cambio de Gobierno provoque la retirada de un recurso de inconstitucionalidad.* 4. *El riesgo de desvertebración del Derecho civil.* VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La extensión y variedad que la legislación civil de las Comunidades Autónomas tiene a la luz de las leyes aprobadas en los últimos quince años y, sobre todo, la que pueden llegar a tener como resultado de las extralimitaciones cometidas en las recientes leyes de reforma de los Estatutos de Autonomía, supone una amenaza de desvertebración del Derecho civil español y de la unidad de mercado. Es urgente retomar el debate acerca de la interpretación que merece la expresión "desarrollo" utilizada por el artículo 149.1.8ª de la Constitución, y es de desear que el Tribunal Constitucional ponga orden y declare que no solamente es inconstitucional el artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, así como cualquier normativa ordinaria que en él trate de encontrar su amparo. Los excesos se advierten también, en mayor o menor medida, en Aragón, Andalucía, Galicia, las Islas Baleares o la Comunidad Valenciana.

PALABRAS CLAVE: Estatuto de Autonomía, Derecho civil, inconstitucionalidad.

ABSTRACT

The extensión and variety of civil legislation approved by Autonomous Communities during the latests fifteen years, and, in particular, the extension and variety that it would be able to acquire thanks to oversteps contained in the recent Statutes of Autonomy reform Acts, mean a serious threat to the integrity of spanish civil law and the unity of the market. It is urgent a new taking up of the debate about the word "desarrollo" (development) placed in section 149.1.8^o of Spanish Constitution, and a judgement of unconstitutionality would be very advisable, not only with regard of article 129 of Statute of Autonomy for Catalonia, but also regarding common catalonian legislation whose competence is tried to be located on that section. It would be likewise advisable to correct oversteps that are easy to find in Aragón, Andalusia, Balear Islands or the Valencian Community.

KEY WORDS: Statute of Autonomy, Civil law, unconstitutionality.

I. LA FÁBULA DE AMBROSIO Y SU COCHE

Aquel verano del 2006 decidió Ambrosio, un industrial malagueño muy emprendedor, cambiar Fuengirola por la Costa Brava, aún desconocida para él y su familia. Dudaron inicialmente si merecía la pena hacer el viaje en coche, pero terminaron decidiendo que era bueno contar con vehículo propio para conocer con tranquilidad las montañas de Girona y sus bonitas localidades costeras. Disfrutaban él, su mujer y sus dos pequeñas hijas de una mañana de sol en Cadaqués, y la iban a culminar con un almuerzo en Port de la Selva, donde les esperaban unas succulentas anchoas de L'Escala, pan con tomate, butifarra con monchetas y una escalibada de la que les habían hablado muy bien sus amigos del Ampurdán. Pero todo se truncó en un cruce de calles a la salida del pueblo tan querido de Salvador Dalí. El accidente fue leve, sólo trajo daños materiales, pero la historia a que dio lugar no la habría podido imaginar ni aquel genio del surrealismo.

El coche de Ambrosio fue a parar a un buen taller de Figueras, no muy lejos del número 20 de la calle Monturiol, precisamente el lugar en el que un 11 de mayo de 1904 viera la luz el admirado artista. Pero Ambrosio no pensaba que un arreglo valorado en 4.500 euros por el perito podría acabar desembocando en la pérdida de la propiedad del vehículo. El caso es que una de esas ridículas discusiones entre las dos compañías aseguradoras, encaminada a ver cuál podía rechazar el siniestro, trajo consigo que los dos coches estuviesen arreglados en las primeras

fechas de julio sin que ninguna hubiera pagado nada. Ambrosio volvió a Málaga, su ciudad de residencia habitual, con la familia y con el vehículo de sustitución que le procuró su asegurador, convencido como estaba éste de que, de tener que asumir el siniestro, todo terminaría siendo repercutido sobre la póliza del contrario. Pero los dos coches continuaban en el taller de Figueras a la espera de que alguien *se retratara*.

Por el momento, nada nos debe extrañar: el mecánico no hacía más que ejercitar el *derecho de retención* que asiste a todo el que ejecuta una obra en cosa mueble ajena para retenerla en su poder, retrasando la devolución hasta que no se le pague la deuda en cuestión. Pero el problema es que una figura tan elemental como es esta garantía con la que cuenta el mecánico de nuestro ejemplo, que rige en el Código civil español (para este supuesto, cfr. el artículo 1600) como en cualquier Código civil del mundo, y que funciona de esa manera desde que los romanos la inventaron ("*melius est possidere quam in personam experiri*", Dig., XLIII.XVIII.1.1: "es mejor retener que tener que pedir")... no funciona en Cataluña de la misma manera: desde que en aquella Comunidad Autónoma se legislara sobre el particular primero en 1991 (*Ley 22/1991, de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble*) y después en 2002 (*Ley 19/2002, de 5 de julio, de Derechos Reales de Garantía*), el mecánico a quien no le pagan la reparación podrá provocar que el automóvil se venda en pública subasta para cobrarse con lo que se obtenga de la venta. En definitiva, allí sucede más o menos igual que si se tratara de una prenda.

Imagino que el pobre Ambrosio pensaba no le sería de aplicación la ley catalana. Pero se equivocaba, pues como las partes del contrato no se habían sometido expresamente a ninguna normativa concreta, y dado que no existía entre ellas ley regional común ni residencia habitual común, lo aplicable era la ley catalana, por ser la del lugar de celebración del contrato (artículo 10.5 C.civ.). Así que Ambrosio se quedó sin coche.

Hasta aquí, una síntesis de la fábula de vocación pretendidamente futurista que publiqué para prensa en abril de 2006 (1). Debo decir ahora que la historia resultó premonitoria, pues a la vuelta del verano de ese mismo año, recibí una consulta profesional de una conocida empresa dedicada al arrendamiento de automóviles a quien la discusión acerca unos desproporcionados gastos de transporte del coche averiado le estaba poniendo ante la tesitura de perder la propiedad del vehículo.

(1) YZQUIERDO, "De cómo Ambrosio se quedó sin coche (o el Derecho civil ante el Estatut)", *La Tribuna del Derecho*, 15 a 30 de abril de 2006, pág. 8.

Éste había sido transportado desde un punto de la Autopista del Mediterráneo ubicado en la provincia de Castellón hasta el Aeropuerto de Barcelona, y seguramente tales gastos encontrarían en el Código civil para el transportista una simple facultad de retención posesoria en cuanto gastos necesarios (artículo 453, p^o 1^o), además de, en su caso, un crédito privilegiado (artículo 1922.4^o), pero nada más. Pues bien, aunque la ley aplicable seguía siendo la del lugar de celebración del contrato (la ley común y no la catalana, por lo mismo), las advertencias que se le estaban haciendo llegar por la empresa de grúas contenían una referencia al artículo 569.2 de la *Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a Derechos Reales* (que deroga, entre otras, la Ley 19/2002), a cuyo tenor el “derecho de retención catalán” comprende también la referida facultad de realización del valor del bien (2).

Me propongo, en fin, en estas páginas, poner de manifiesto la amenaza que se cierne sobre el Derecho civil español a la luz del proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía. Un proceso que, en los términos en los que se ha llevado a cabo, se antoja en muchos aspectos innecesario (3), y que atraviesa unos momentos en los que da la impresión de que las Comunidades Autónomas, gobierne quien gobierne en cada una, se han lanzado a una carrera por saber cuál de ellas copia mejor y más cosas de un Estatuto como el de Cataluña, que es de una inconstitucionalidad cegadora (4). Y es que no es difícil hacer demasiadas demostraciones para caer en la cuenta de que, viendo lo sucedido con los

(2) Concretamente, el artículo 569.7 establece: “1. Los retenedores, una vez transcurridos dos meses desde la notificación notarial de la decisión de retener a los deudores y a los propietarios sin que se haya producido la oposición judicial, pueden realizar el valor del bien mueble retenido por enajenación directa o por subasta pública notarial”.

(3) Basta con caer en la cuenta de que en las Comunidades Autónomas en las que se ha celebrado referéndum, el resultado ha sido revelador de un enorme bostezo de los ciudadanos. Aunque desde el Partido Socialista se hablara de “éxito rotundo” en el caso de Cataluña, lo cierto es que la abstención fue del 50,64 por 100. Si a ello se une que el voto negativo fue del 10,21 por 100 y que el voto nulo o en blanco llegó al 2,64 por 100, el resultado es que ese éxito rotundo del 73,90 por 100 de votos positivos solamente supone el 36,51 del censo electoral. El bostezo popular fue aún mayor en el caso andaluz, donde la abstención se elevó al 63,72 por 100 del censo, algo que permite decir que ese 87,45 por 100 de votos positivos, tan celebradísimo por los dos grandes Partidos nacionales, en realidad es del 31,73 por 100 del total.

(4) Pero son unos momentos en los que también da la impresión de que no falta, o la hipocresía o el delirio, cuando se presentan como algo intolerable para Cataluña unas normas que en cambio se dan por buenas en otros Estatutos en los que sí existió consenso entre las dos grandes fuerzas políticas (señaladamente, es el caso de la Comunidad Valenciana, Andalucía o las Islas Baleares).

Estatutos de Autonomía ya aprobados y el cariz que van tomando las propuestas de reforma de los que quedan por aprobar, nuestro Derecho civil se encuentra enfrentado –esta vez sí– a uno de los retos más críticos de su historia, y, desde luego, al más crítico desde la promulgación del Código civil, hace casi ciento veinte años, allá cuando María Cristina era nuestra Reina Regente.

Con todo, las normas sobre competencia legislativa en materia civil, o directamente muchas de las leyes recientes de Derecho civil autonómico, no hacen sino seguir la senda trazada a lo largo de los últimos quince años, durante los cuales –y también da lo mismo quien gobernara en cada lugar– se ha hecho *la vista gorda* ante normas civiles claramente inconstitucionales que ya se esparcen por doquier. Hay normas en Castilla y León que hablan de responsabilidad solidaria en la venta automática o mediante máquina expendedora (5); hay en la Comunidad Valenciana un régimen económico matrimonial específico; hay reglas sobre ocupación o sobre prenda de créditos en Cataluña (6), o sobre interpretación y aplicación de las normas jurídicas (7); hay definición de causas de incapacitación en Aragón, y hasta algún luminoso precepto que dice que los aragoneses son mayores de edad... a los dieciocho años –?– (8); hay matrimonio sin consentimiento matrimonial en Galicia (9), y preceptos en Andalucía que atribuyen, en caso de muerte de uno de los miembros de la pareja (pero siempre que no sea pareja casada, claro), un derecho a residir en la vivienda durante un año (10).

Y ya adelanto que mi forma de entender estas cosas dista mucho de ser jacobina. Pero es que puede que dentro de unos años el Código civil español siga rigiendo en Isabel II, Congreso y Rey, más conocidas como islas Chafarinas. Y hasta puede que también en el islote Perejil. En resumidas cuentas, la fábula de Ambrosio sólo es una manera de explicar que a lo mejor acaba nuestro Derecho civil ofreciendo un bonito panorama: por ahora, si el accidente le ocurre al infortunado Ambrosio saliendo de Málaga, el mecánico no devuelve el coche hasta que le paguen el arreglo. Si le ocurre en Cataluña, el mecánico lo subasta para co-

(5) Artículo 43 de la Ley 16/2002, de 19 diciembre, de Comercio de Castilla y León.

(6) Arts. 542.20 a 22 de la citada Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a Derechos Reales.

(7) Artículo 11.2 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código civil de Cataluña.

(8) Arts. 35.2 y 1 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona.

(9) Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

(10) Artículo 13 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.

brar. Pero podría suceder que si le ocurriese en Murcia, el mecánico se lo adjudique en pago devolviendo el exceso, o que si sucediera en Alicante, a nuestro personaje se lo devuelvan pintado de suave color malva... Y eso que en el viaje veraniego que él planeó solamente se atravesaban cuatro Comunidades Autónomas...

Ciertamente, el Derecho civil ante los nuevos Estatutos de Autonomía no es algo que haya despertado el ánimo de las tertulias radiofónicas o televisivas de los últimos tiempos, ni de los columnistas de prensa. Unos y otros han preferido dejar el debate limitado a las grandes cuestiones de financiación territorial o a la apasionante cuestión de si determinadas "realidades nacionales" se las inventó Blas Infante o los autores de la Constitución Federal Andaluza, redactada en Antequera en 1883. Craso error el que consista en contemplar con indiferencia la desintegración en diferentes subconjuntos de nuestro Derecho civil, que es el Derecho auténticamente vertebrador de las sociedades.

II. DERECHOS FORALES Y DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS

1. Revisión resumida de una polémica y toma de partido

Hace un año, me costó bastante convencer a un profesor alemán de que el Derecho civil español ha tenido siempre la hermosa singularidad de contener un Derecho común y unos Derechos forales, parcialmente diferentes en variados y determinados aspectos. Logré hacerle ver que a un viudo aragonés no se le pasa por la cabeza que el mínimo que tiene garantizado en la herencia del cónyuge premuerto no es el usufructo de un tercio propio del Código civil, sino el usufructo de la totalidad de la herencia. Me costó convencerle de que Aragón, primero como Reino independiente y luego como cabeza de la Corona de su nombre, centró en sus Fueros un sistema completo de Derecho patrimonial de la familia y de las sucesiones (además de otras materias), renovado de forma constante por medio de una doctrina de enorme altura científica que conocía bien el Derecho común europeo, y que mantuvo con rigor su rechazo a la recepción del Derecho romano y a la aplicación de Derechos distintos del aragonés como supletorios del mismo.

Por lo mismo, se sorprendía ese profesor de que a falta de pacto entre los que se van a casar, en Cataluña la economía familiar se rija por el régimen de separación de bienes, en Castilla por el sistema de los gananciales o en Navarra por el de la sociedad de conquistas. Pero, una vez quedó convencido de las virtudes de esta singularidad española, le

hice ver que esas diferencias, producto de siglos de historia, no sólo fueron saludable y afortunadamente respetadas por la Constitución de 1978, sino que ésta las quiso ver conservadas, enriquecidas y desarrolladas. Que la diferencia entre su artículo 149.1.8ª y el artículo 15 de la Constitución de la segunda República radica en que ésta otorgaba competencia en materia civil a cualquier región autónoma, tuviera o no Derecho foral, permitiendo que legislaran en cualquier materia de Derecho civil que no se encontrase expresamente reservada al Estado: únicamente había un límite negativo, pues. Mientras tanto, la Constitución de 1978 introduce un límite positivo, al centrar la atención en los territorios con Derecho civil foral o especial, y hacerlo precisamente con el objeto de preservar esas singularidades y potenciar su desarrollo. También se establece, como en 1931, un listado de materias que son de competencia exclusiva del Estado, pero, y sobre todo, se prevé que el ámbito objetivo de tal legislación civil sea, precisamente y sólo, las instituciones conocidas como Derecho foral.

No es éste, desde luego, el momento oportuno para reproducir la polémica, bañada de abundante doctrina y copiosa jurisprudencia, recaída acerca de la interpretación que debe merecer el artículo 149.1.8ª de la Constitución (11). Pero sí es precisa la previa toma de partido, y, a mi juicio, el límite de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas no se sitúa en el índice de las Compilaciones Forales ni en el estado que éstas tenían cuando la Constitución se promulgó. Pienso, y vaya ello por delante, que las posibilidades han de ser mucho más amplias, y que la conservación, modificación y desarrollo de que habla la Constitución permite que las Comunidades Autónomas amplíen su Derecho foral allí hasta donde lleguen sus principios informadores, aunque se trate de materias que no estaban recogidas en la letra de las Compilaciones. Esta fue la tesis mantenida por el maestro Lacruz y seguida en el importantísimo Congreso de Jurisconsultos de 1981, celebrado en Zaragoza. “Legislar supone innovar”.

Me explicaré con algunos ejemplos:

a) Si en Galicia la Compilación de 1963 regulaba la aparcería pero no el arrendamiento rústico, no es criticable que la *Ley 4/1995, de 24 de mayo, del Derecho civil de Galicia*, se ocupara con detalle de tal arrendamiento (arts. 35 a 56), máxime cuando existía un Derecho consuetudinario

(11) No es el momento, pero si es, también desde luego, el lugar más oportuno, como lo demuestra el que precisamente los números 1 y 2 de *Derecho privado y Constitución* (1993 y 1994) se dedicaron a tratar pormenorizadamente esta cuestión de tan vital importancia.

no compilado sobre el particular. Mucho mayor desarrollo tiene ahora la figura, contenida en los arts. 99 a 126 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

b) Si en la Compilación aragonesa de 1967 había dos artículos dedicados a la ausencia que se limitaban a declarar la extinción del derecho expectante de viudedad por razón de la declaración de ausencia, a la recuperación del mismo derecho en caso de aparición del ausente y a la determinación de las personas a quienes correspondía la administración de los bienes del ausente (arts. 7 y 8), nada impide que la nueva Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona contenga una regulación completa de la ausencia legal (arts. 43 a 52), que comprende aspectos como las obligaciones y derechos del representante, el régimen económico matrimonial del ausente y hasta conflictos posesorios.

b) Si el artículo 279 de la misma Compilación regulaba el usufructo sobre árboles o el artículo 282 se ocupaba del usufructo sobre bosques maderables, un correcto entendimiento de lo que significa el desarrollo del Derecho foral supone admitir que si la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de los derechos de usufructo, uso y habitación, puede incluir normas sobre tales cuestiones (arts. 20 y ss.), también puede contener soluciones para el usufructo de dinero o de participaciones en fondos de inversión (arts. 26 y ss.).

c) Si en Cataluña hubo siempre regulación de diversas instituciones que han supuesto una prestación de pensiones periódicas de carácter perpetuo o temporal, redimible o irredimible, y con naturaleza real u obligacional (fundamentalmente, el censo enfitéutico, el censo vitalicio, el censal y el violario), nada impedía, como se hizo, que la Ley 6/2000, de 19 de junio, de Pensiones Periódicas, regulara también el contrato de vitalicio.

d) Lo mismo se puede decir de la regulación de las servidumbres y de las relaciones de vecindad, cosas de las que se ocupaban los arts. 283 y ss. de la Compilación catalana. Pero la Ley 13/1990 de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiónes, servidumbres y relaciones de vecindad, pasa también, a mi juicio en un impecable cumplimiento del mandato constitucional, a desarrollar ese Derecho foral regulando además, y de manera íntegra, la acción negatoria de servidumbres.

Pero es que una cosa es innovar contenidos, actualizando y regulando incluso instituciones conexas, y siempre dentro de esos principios informadores, y otra bien distinta legislar en nuevas instituciones que nunca estuvieron presentes, ni de lejos, en la cultura jurídica específica y singular de Aragón, de Galicia o de Cataluña. Después de treinta años de leer y explicar el artículo 149.1.8^a de la Constitución es difícilmente

contestable que los autores de nuestra Carta Magna tomaron una opción de gran potencialidad para el legislador autonómico, pero una opción claramente foralista. Que tuvieron ante sí el modelo del artículo 15 de la Constitución de 1931 no puede dudarse: “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. Legislación penal, social, mercantil y procesal, y en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos, personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España”. Pero, por muy alambicada que sea la redacción de la norma de la Constitución de 1978 (12), tampoco puede dudarse que la opción tomada (aunque no se agote en la conservación y modificación, sino que se proyecta también al desarrollo legislativo por los Parlamentos autonómicos), si habla de “los Derechos civiles forales o especiales” y añade “allí donde existan”, dista bastante del modelo de la Constitución republicana, que prefería limitarse a reservar al Estado solamente una lista de materias de Derecho civil y a permitir que cualquier región autónoma legislara sobre el resto.

Lo que no faltaba en el texto de 1931 era, desde luego, una claridad meridiana. Pero en la Constitución de 1978, se podrá discutir el ámbito territorial (“allí donde existan” ¿significa existencia presente y efectiva en el momento de aprobarse la Constitución (13) o también existencia pretérita (14)?; ¿significa que la Comunidad Autónoma puede legislar

(12) La norma es sobradamente conocida y, para los civilistas, casi forma parte de ese repertorio de preceptos para los que todos reservamos un hueco en nuestras memorias. Pero, como (contra lo que diga el refrán) *el saber sí ocupa lugar*, me permito, por innecesario que resulte para muchos, reproducirla aquí –eso sí, a pie de página–: “8ª) *Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo 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*”.

(13) Ello limitaría la cuestión a las Compilaciones forales, al Fuero del Baylío y, probablemente, también a algún Derecho consuetudinario no compilado, como sucede con Asturias y Murcia.

(14) Si es así, las Cortes castellano-leonesas podrían legislar en orden a la (ya no conservación, sino) *resurrección*, modificación y desarrollo de las normas civiles que había en el Fuero de Sepúlveda, las de Cantabria harían lo mismo con el Fuero de Vicedo, las de Castilla-La Mancha legislarían sobre el Fuero de Cuenca, y el Parlamento andaluz se podría también dedicar a dictar una ley sobre las costumbres holgazanas de Córdoba,

para el concreto y definido ámbito geográfico que el fuero tuviera, o que puede proyectar los efectos a la totalidad del territorio de la Comunidad (15)?), y se podrá discutir también el alcance del término “desarrollo”, pero lo que es indiscutible es la referencia textual del art. 149.1.8^a, exclusivamente referida a las Comunidades Autónomas con Derecho foral, y que es entonces donde se concentra la posibilidad de conservación, modificación y desarrollo. Naturalmente, los opositores de esta tesis prefieren despreciar el texto constitucional, pero es que la palabra “forales” no nos la hemos inventado los intérpretes, porque, guste o no guste, está literalmente presente en el artículo 149.1.8^a C.E. (16).

El legislador constituyente optó por una fórmula que en lo que se refiere al Derecho civil, nada tiene que ver con la autonomista, lo que significa, no solo que no puede legislar en Derecho civil cualquier Comunidad Autónoma, sino que aquellas Comunidades que sí lo pueden hacer no tienen competencia para extralimitarse del ámbito de lo que siempre hubo de Derecho civil propio y distinto en su territorio. E insisto, sin que eso signifique en modo alguno que las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral tuvieran limitada su competencia le-

según las cuales las mujeres cordobesas no participaban en los gananciales adquiridos durante el matrimonio, y que fueron suprimidas por Carlos IV en una Cédula de 1801 (Nov., Libro X, Título IV, Ley XIII).

(15) Si es lo primero, la competencia de la Comunidad de Extremadura sobre el Fuero del Baylío limitaría su alcance a los municipios de Alburquerque, Jerez de los Caballeros, Olivenza y otros quince pueblos más pequeños de Badajoz (ver YZQUIERDO, “El Fuero del Baylío, vigente pero no viable”, *Actualidad Civil*, n° 19, 1991, pág. 244). Si es lo segundo, se podría decidir –a mi juicio, sería un disparate– ampliar el ámbito a la totalidad de la provincia de Badajoz, y también a toda la de Cáceres.

(16) Esta realidad incontestable trata de ser contrarrestada por ROCA TRÍAS (no hace falta decir que esta autora es partidaria de que la Comunidad Autónoma pueda legislar en absolutamente todas las materias que no se hallen comprendidas entre las materias reservadas “en todo caso” al Estado en el artículo 149.1.8^a C.E.), que aporta un argumento poco concluyente, aparte de frontalmente contradictorio con el tenor del propio precepto constitucional: “Con la Constitución desaparece definitivamente el Derecho foral, para pasar a ser Derecho civil de la Comunidad Autónoma de que se trate” (“El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, pág. 25). La propia profesora ROCA trata de suavizar la contradicción aduciendo algo así como un *lapsus* del constituyente: “La utilización del término derecho foral en la Constitución se debe a reminiscencias históricas, más que a la propia organización constitucional”. De manera parecida, MALUQUER DE MOTES BERNET, “Del artículo 149.1.8^a de la Constitución al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas”, *Derecho privado y Constitución*, 1993, n° 1, págs. 129 y ss. O, para el caso gallego, LORENZO MERINO, “El Derecho civil de Galicia y la Constitución de 1978”, *Derecho privado y Constitución*, 1994, n° 2, págs. 83 y ss.

gislativa al estado concreto en que se encontraban los índices de las Compilaciones preconstitucionales (conclusión 2ª del Congreso de Zaragoza). O lo que es lo mismo, la competencia permite que cada Comunidad Autónoma desarrolle “el Derecho hoy vigente acomodándolo a las nuevas y cambiantes necesidades de la sociedad, con la misma libertad con que las Cortes Generales pueden alterar y modificar el Código civil” (conclusión 3ª). Una fórmula que podrá parecer ecléctica y poco comprometida, pero que, a mi juicio, es la más acorde con la letra del precepto constitucional y con la dimensión histórica del mismo. Si la Constitución de 1978 hubiera querido decir lo mismo que la de 1931, habría costado poco trabajo lograr ese resultado, dejando que el Derecho civil fuera un asunto de mero deslinde o reparto de competencias. Pero, antes bien, el constituyente deja en manos del Estado la competencia, para a continuación recordar que la conservación, la modificación y, sobre todo, el desarrollo del Derecho foral, han de constituir una justificadísima excepción.

2. La situación actual. Estatut, Libro Quinto del Código civil y Proyecto de ley de derecho a la vivienda: el mal ejemplo catalán...

El interlocutor alemán al que arriba me he referido me comentaba que lo que a un jurista alemán sensato no se le ocurriría jamás es plantear que, más allá del B.G.B., ha de haber un Código civil propio de Baviera, y otro para Renania-Palatinado o para la Baja Sajonia. Y eso que allí sí se está ante un Estado federal...

Pero, a la luz de lo ocurrido en nuestro país en los últimos diez o quince años y a la vista de los Estatutos de Autonomía ya aprobados y de las propuestas o Proyectos de Estatutos pendientes de aprobación, el modelo de la Constitución de 1978 ha sido primero esquivado, luego despreciado y, finalmente, arrojado por la ventana. Sin disimulo.

Naturalmente, los ejemplos que ofrece el panorama legislativo autonómico en materia civil tratan de ser, en lo que se refiere a las competencias reflejadas en los nuevos Estatutos, una respuesta mimética a la dada por el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo), que supone una verdadera maniobra subversiva: si en la Constitución se parte de que la legislación civil corresponde al Estado, presentando como excepción la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas que cuenten con Derecho foral para que lo puedan conservar, modificar y desarrollar, el artículo 129 del Estatuto catalán convierte la excepción en regla:

“Corresponde a la Generalidad la competencia exclusiva en materia de derecho civil, que incluye la determinación del sistema de fuentes, con la única excepción de las reglas relativas a la aplicación y a la eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, la ordenación de los registros y los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del derecho de competencia estatal”.

En la Propuesta inicial del Parlamento catalán –antes, por tanto, de que las Cortes Generales llevaran a cabo una visible poda competencial que, en lo que al Derecho civil se refiere, ha sido más aparente que real–, se atribuía a la Generalidad competencias legislativas en materia de propiedad horizontal y arrendamientos urbanos (artículo 137.b) responsabilidad civil extracontractual (artículo 129.2). También sobre secreto profesional (artículo 125.1.c), lo que constituía un olímpico desprecio (bien es verdad que desprecio parcial) a la importantísima Ley Orgánica 1/1982, del honor, la intimidad y la propia imagen (17). También había una expresa habilitación para definir el concepto de consumidor (y también el concepto de consumidora, por supuesto, pues el artículo 123.e comete también la horterada al uso), algo que sería catastrófico. ¿Puede alguien imaginar lo que le sucedería a la unidad de mercado si una Comunidad Autónoma decidiera que para ser consumidor o usuario no hace falta ser destinatario final del producto o servicio? Que pudiera entonces invocar la protección de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo y los dos años de garantía que establece su artículo 9.1 quien en el resto del Estado no lo puede hacer (vgr., el laboratorio farmacéutico que compra una máquina para fabricar determinados comprimidos que luego se destinarán a los destinatarios finales)?

La Propuesta de Estatuto catalán sufrió, a su paso por el Congreso

(17) Claro, que, ya puestos a invadir competencias estatales de desarrollo de los derechos fundamentales, ahí está el Consejo Audiovisual de Cataluña, que a tenor de lo que dispone la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la Comunicación Audiovisual de Cataluña, será el encargado de decidir cuándo una información es veraz y cuándo no lo es (artículos 127 y 128), algo de lo que dependerá la calificación de la falta cometida como muy grave (artículo 132.b), lo que lleva aparejada como sanción una multa que puede llegar a 300.000 euros y la suspensión de la actividad por un plazo máximo de tres meses, teniendo el prestador de servicios de televisión que “difundir una imagen permanente en negro que ocupe el 100% de la pantalla, con un texto en blanco que indique que el canal ha sido suspendido en su actividad, sin emitir ningún sonido” (artículo 136.1.a). Repito que todo esto no lo decidirán los jueces, sino unos señores declarados idóneos por una comisión del Parlamento catalán (artículo 114.2).

de los Diputados, una poda en lo que toca a las competencias otorgadas a la Generalidad aparentemente severa, pero que resulta más aparente que real. Y es que podrá ser severa en otras materias, pero en lo referente al Derecho civil, el arreglo ha sido puramente cosmético. Ha desaparecido la mención expresa a la competencia catalana en las materias referidas en el párrafo anterior, pero se trata de un simple maquillaje que deja en pie lo único que importa, pues ahí sigue, inalterada, la flagrante inconstitucionalidad del artículo 129, cuyo único párrafo mantiene la competencia legislativa en manos de la Generalidad, dejando a regañadientes que sea el Estado quien se ocupe, como “única excepción” de las excepciones, al respetar –como no podía ser de otra manera– las competencias exclusivas que le están reservadas explícitamente en la Constitución. O lo que es lo mismo, las supresiones mencionadas que se han producido después de la discusión en el Congreso no tienen ni siquiera un insignificante efecto práctico.

Una demostración inequívoca de que lo mismo daba que las Cortes Generales recortaran determinadas competencias civiles de la Generalidad que se encontraban establecidas en la Propuesta aprobada por el Parlamento catalán: un mes antes del referéndum catalán, la *Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código civil de Cataluña relativo a los derechos reales*, ya incluyó una regulación pormenorizada de la propiedad horizontal (artículos 553 y ss.), una materia que aparecía en la Propuesta de Estatuto como competencia de la Generalitat, pero que desapareció a su paso por las Cortes Generales.

Y naturalmente, no se regulan solamente las figuras que el Derecho foral contenía en materia de derechos reales, aplicando los moldes conceptuales de las mismas a las nuevas realidades sociales dando con el correcto sentido de lo que significa “actualización, modificación y desarrollo”: es el caso de las servidumbres, de la accesión o del usufructo. El legislador catalán, por un lado, ha querido añadir un régimen para las figuras que no se contenían en el Derecho civil foral pero que fueron introducidas en la moderna legislación de los últimos años de espaldas a la previsión constitucional (18), pero por otro, se ha incorpora-

(18) En efecto, esta ley viene a refundir, derogándolas, las leyes que en materia de derechos reales, habían sido aprobadas a lo largo de los últimos años: Ley 6/1990, de 16 de marzo, de los censos, Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad, Ley 13/2000, de 29 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación, Ley 25/2001, de 31 de diciembre, de la accesión y la ocupación, Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, servidumbres y de adquisición voluntaria o preferente y Ley 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía.

do figuras novísimas. Se ha regulado, en definitiva, la posesión (artículos 521 y ss.), el concepto y clasificación de los bienes (artículos 511 y ss.), la tradición y sus tipos (artículos 513 y ss.), la acción reivindicatoria (artículos 544 y ss.; se declara explícitamente, por cierto, su carácter imprescriptible, algo que, desde luego, no está nada claro en el Código civil español), la comunidad de bienes (artículos 551 y ss.), la donación (artículos 531 y ss.), la usucapión (artículos 531-23 y ss.), la ocupación (artículos 542-20 y ss.), la propiedad (artículos 541 y ss.) y sus limitaciones (artículos 545 y ss.), la prenda (artículos 569-12 y ss.) o la hipoteca (artículos 569-27 y ss.). Nada más y, sobre todo, nada menos.

En definitiva, el Libro de los derechos reales constituyó un anticipo de lo que después vino el *nou Estatut* a decir. Si la Constitución sitúa en el Estado la competencia en Derecho civil, el Estatuto catalán la sitúa en la Comunidad Autónoma. Dice el recurso de inconstitucionalidad planteado el 31 de julio de 2006 por más de cien Diputados del Partido Popular que “aquí ni siquiera el Estatuto intenta malabarismo alguno –como sucede en tantos artículos del nuevo Estatuto–, sino una burda vulneración del orden de competencias establecido en la Constitución” (...). Lo que allí es regla, aquí es excepción; lo que allí excepción, aquí regla”.

Y lo más curioso es que ese Libro Quinto fue aprobado por unanimidad. Por tanto, el Partido Popular, que con una mano planteaba un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 129 (y muchos más) del Estatuto, con la otra votaba dos meses antes a favor del Libro Quinto del Código civil catalán. Un Libro Quinto que incluye materias como algunas de las que, a su vez, estaban ya reguladas en la *Ley 25/2001, de 31 de diciembre, de la Accesión y de la Ocupación*, que había sido también recurrida en su momento ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno del Partido Popular, un recurso retirado después (exactamente, el 3 de septiembre de 2004), por el Gobierno del PSOE. Desde luego, hay demasiadas cosas muy difíciles de entender. O muy fáciles, según se mire.

No se hizo esperar la primera manifestación de los efectos demoleedores que puede tener eso de que sea un Parlamento autonómico el encargado de definir, por ejemplo, la propiedad privada y sus limitaciones. Me refiero al Proyecto de ley de la vivienda, obra del Gobierno tripartito de Cataluña, en el que se prevén serias consecuencias para quien tenga una vivienda no habitada en la que se den cita determinadas circunstancias. En efecto, unos meses después de aprobado el Libro Quinto, en el editorial “Una Cataluña ‘okupada’ por políticos irresponsables”, el Diario El Mundo analizaba el 14 de diciembre de 2006 el Pro-

yecto de ley del Gobierno catalán de derecho a la vivienda y estima que “tras la desafortunada aprobación del Estatuto, sólo faltaba que Cataluña también tuviera un régimen de propiedad distinto del vigente en el resto del Estado. Es un disparate de unos políticos irresponsables que no saben medir las consecuencias de sus decisiones”.

Pues bien: que no le quepa duda al editorialista de que, en efecto, en Cataluña ya existe un régimen para la propiedad privada distinto, cuando menos formalmente, al del resto del Estado. Es así desde que el celebrado Libro Quinto, por unanimidad de Sus Señorías, proclama en su artículo 541 que “*la propiedad adquirida legalmente otorga a los titulares el derecho a usar de forma plena los bienes que constituyen su objeto y a disfrutar y disponer de ellos. Los propietarios conservan las facultades residuales que no se han atribuido a terceras personas por ley o por título*”. Los Grupos de Convergencia i Unió y Partido Popular se rasgaban las vestiduras ante una medida –privar al dueño de la posesión de la vivienda desocupada– que consideraban de una gravedad extrema, pero una vez más hay que recordar que la habilitación legal para acordarla no deja de encontrarse en ese Libro Quinto del Código civil catalán, que contó con el apoyo de todos los Grupos parlamentarios que componen el Parlamento catalán. Pues ahí tienen ahora todos ellos un buen ejemplo de esas “*facultades residuales que no se han atribuido a terceras personas por ley o por título*”. Está bien, pero mejor estaría que se las rasgaran del todo, pues todos han contribuido a la fechoría. Viendo lo sucedido en el Código civil de Cataluña, y viendo el cariz que están tomando las cosas en Valencia, Baleares y Andalucía, a lo mejor dentro de unos años vemos diecisiete autonomías definiendo el concepto de propiedad privada y describiendo sus limitaciones. Y con Ceuta y Melilla, diecinueve. Y se lo deberemos fundamentalmente a los dos grandes Partidos nacionales. Pero parece que nada de esto se puede criticar cuando es fruto del consenso.

Entrando en detalles, en el *Proyecto Montilla*, se entiende por vivienda desocupada “la que permanece desocupada durante un término superior a dos años sin causa justificada”. “Se entiende por causa justificada un traslado por razones laborales, cambio de domicilio por situación de dependencia o abandono de viviendas en zonas rurales en proceso de pérdida de población” (artículo 3.d). Si se tiene en cuenta que se trata de un artículo destinado precisamente a definir los términos que esta ley va a utilizar (“vivienda”, “vivienda principal”, “vivienda secundaria”, “vivienda desocupada”, “vivienda sobreocupada”, “infravivienda”, etc.), no parece que el autor del proyecto desee que existan otras causas justificadas de desocupación. El que compra

una casa a la espera de que sirva de residencia para su hijo una vez éste se case, sabe que, desde la aprobación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, si la alquila por un plazo inferior a cinco años, el inquilino dispone de prórroga forzosa hasta cumplir cinco años de alquiler aunque el hijo del arrendador se case antes. Tiene que ser el arrendador el que contraiga matrimonio para poder echar al inquilino, porque la LAU solamente prevé la necesidad propia (artículo 9.3), sin que sirva la necesidad del familiar directo, como sucedía antes (artículo 62.1º del Texto Refundido de 1964). Pensemos entonces en quien tiene la casa desocupada por voluntad propia, en quien no la alquila porque tiene un hijo o hija en edad casadera y con noviazgo prometedor, y desea adelantar en vida lo que podría dejar en herencia... Pues no puede ser. No hay causa justificada. La administración autonómica podrá *deseenvainar* el artículo 42.6 de este tenebroso Proyecto de ley –siempre que llegue a convertirse en ley, naturalmente–y, previa declaración de incumplimiento de la función social de la propiedad, “proceder a la expropiación del usufructo de la vivienda para alquilarlo a terceros”, por un tiempo que no podrá ser superior a seis años.

Obsérvese bien: no se habla de expropiación del uso, sino del usufructo temporal. Y expropiar un usufructo temporal supone ni más ni menos que expropiar los frutos o provechos de la cosa. O lo que es lo mismo, las rentas obtenidas gracias a ese arrendamiento forzoso no irán a parar precisamente al propietario expropiado, que tendrá que conformarse con la indemnización que le haya correspondido en concepto de justiprecio. Una suma que ni será indemnización (porque no le dejará precisamente indemne) ni será justiprecio (porque será cualquier cosa menos justa). Falso lo que desde la Secretaría de Vivienda de la Generalita se dijo de manera constante durante el último mes de 2006, a saber, que el propietario sería quien cobre la renta pactada (19). Rotundamente falso, salvo que el autor del Proyecto de ley no sepa lo que significa la palabra usufructo, cosa que tampoco es descartable.

Más bien parece entonces que se trata simplemente de un arrendamiento forzoso, lo que nada tiene que ver con esa *payasada* de la sedicente expropiación del usufructo. Con todo, no se piense todo es una novedad, pues, para las viviendas injustificadamente desocupadas, el arrendamiento forzoso ya era una medida prevista en el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, que autorizaba en su Disposición Adicional Segunda al Gobierno para que, si las circunstan-

(19) Ver sección *En la Red* del Diario El Mundo, domingo 17 de diciembre.

cias lo aconsejaban, dispusiera “por Decreto la adopción gradual, en todo o en parte del territorio nacional y plazas de soberanía, de las siguientes medidas: a) El alquiler obligatorio de aquellas viviendas que, susceptibles de ser ocupadas, no lo fueran por nadie” (20).

Y, por otra parte, tampoco se piense tampoco que no había suficiente terreno abonado para que esto acabara sucediendo tarde o temprano. De la doctrina del Tribunal Constitucional se deduce con claridad que la propiedad privada carece de garantía constitucional en lo que se refiere a la configuración de los límites de la función social. Si entonces ha de ser el legislador ordinario quien la delimite, y todas sus Señorías convienen, como ha pasado en Cataluña, en que ese legislador ordinario no ha de ser el estatal sino el autonómico, estará en manos de cada Comunidad Autónoma definir qué significa cumplir o incumplir con la función social de la propiedad. Y si hay Gobiernos que padecen los espasmos intervencionistas de los señores Montilla y Carod-Rovira (21),

(20) Continuaba el texto: “A tales fines, el Gobernador civil de la provincia, comprobando sumariamente las denuncias que se le formulen, concederá al propietario el plazo de un mes para que se ocupen, precisamente como casa-habitación y no como escritorio, oficina, depósito, almacén o local de negocio. Y transcurrido dicho plazo sin hacerlo, dentro de los quince días que sigan, acordará aquella autoridad que sea ocupada por el primer aspirante a inquilino, en turno riguroso de antigüedad, que se hallare dispuesto a pagar como renta la exigida por el arrendador, si no fuera superior a la última declarada a fines fiscales o a la que sirva de base al tributo, de no haberse formulado declaración, y el aspirante advendrá inquilino de la vivienda, con los derechos y deberes que le impone esta ley, aunque el arrendador se niegue a otorgarle contrato, en cuyo caso la renta se determinará conforme a los datos fiscales que se expresan”.

(21) Ambos mostraban una enorme satisfacción en aquellas fechas, relacionando el asunto con el problema de los okupas y expresando que el derecho a una vivienda digna está en la Constitución colocado más o menos a la misma altura que el de propiedad privada. Y la Ministra de Vivienda advirtió que el movimiento okupa no deja de ser “una forma de vida alternativa”. Los gobernantes catalanes se equivocaban y demostraban una ignorancia mayúscula, y la segunda no tanto. En efecto, en la Constitución, el derecho de propiedad se encuentra enmarcado en la sección titulada “De los derechos y los deberes de los ciudadanos”, pero el derecho a una vivienda digna se presenta en el capítulo “De los principios rectores de la política social y económica”, que contiene una lista de principios presentada como desideratum, y nunca como encarnaciones de derechos subjetivos de los ciudadanos. O si se prefiere, la propiedad privada se puede defender ante los Tribunales, algo que no le pasa, de momento, al derecho a la vivienda digna o al medio ambiente adecuado. Otra cosa es que los poderes públicos tengan que llevar a cabo políticas que tiendan a cumplir tales buenos deseos.

Otro juicio merece María Antonia Trujillo. La ya ex Ministra, profesora de Derecho constitucional, tenía razón. Los okupas hacen uso de una alternativa cultural y vital. Pero una alternativa que, casualmente, es delictiva, con arreglo a lo que establece el artículo 245 del Código penal. Y es justo lo que suele pasar con los delincuentes... Efectivamente, una alternativa es respetar al prójimo, respetar la propiedad de los demás, pagar los impuestos y trabajar para poder comprar lo que a uno le dé la gana. La otra es ma-

pero hay otros que son algo más sensatos, no es difícil vaticinar que el inversor inmobiliario habrá de situar el punto de mira en la Comunidad Autónoma que le resulte más conveniente. Por el momento, tenemos a fecha de hoy ese Proyecto de ley catalán, pero también tenemos al Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno vasco abogando por una Ley de Vivienda que grave con un mínimo de 9 euros el IBI de los inmuebles desocupados, entendiéndose por tales aquellos que, sin ser segunda residencia y sin pertenecer a alguien que los haya desocupado temporalmente por causa debidamente justificada, se encuentren sin morador durante un solo año ininterrumpido, conclusión a la que se llegará combinando indicios que el borrador de ley expresa: si no hay nadie empadronado; si no existen facturas de consumo de suministros o las cuantías son ridículas; si el domicilio a efectos de notificaciones judiciales o administrativas es otro.

Y también tenemos al Ayuntamiento de Sevilla aprobando la medida de gravar con un recargo del 50 por 100 a “los inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente” (Ordenanza Fiscal Reguladora del Impuesto sobre Bienes Inmuebles de 2 de noviembre de 2006) (22), que considera que son todas aquellas que no se encuentran en las siguientes situaciones: la habitual (o el domicilio social, en caso de persona jurídica) del propietario; la ocupada por un miembro de la unidad familiar o un descendiente; la que esté afectada a una explotación económica; o la que esté cedida o en uso a terceros (artículo 15).

“Vivienda desocupada (catalana)”, “inmueble desocupado (vasco)”, “inmueble (sevillano) desocupado de uso residencial”... Y mientras tanto, *Ley Reguladora de las Haciendas Locales* (aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo) dispone de una previsión muy clara en su artículo 72.4, p^o 3^o: “Tratándose de inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente, por cumplir las condiciones que se determinen reglamentariamente, los Ayuntamientos podrán exigir un recargo de hasta el 50 por ciento de la cuo-

tar, robar, defraudar a Hacienda o, como plantea la señora Trujillo, ocupar una vivienda ajena sin pagar un céntimo. Es, en efecto, una simple cuestión de “formas alternativas de vida”.

Pocos días después, el Grupo del Ayuntamiento de Barcelona de *Izquierda Unida-Els Verts*, en boca de su tercera teniente de alcalde Inma Mayor, clamaba por la despenalización (puede consultarse el Diario El Mundo de 19 de enero de 2007, pág. 16), añadiendo que la invasión de los pisos desocupados ha de ser cuestión a regular por el Código civil —es de suponer que se refería al Código civil catalán, claro—.

(22) Boletín Provincial de 30 de diciembre de 2006.

ta líquida del impuesto". Pero el legislador estatal, único cabalmente competente para hacerlo, continúa mostrando una irritante pasividad cuya consecuencia es que la ley siga huérfana de un desarrollo reglamentario que defina el concepto de desocupación y permita la aplicación uniforme por los distintos Ayuntamientos.

En la misma dirección, la propiedad horizontal era materia que se hallaba presente en la Propuesta de Estatuto alumbrada en el Parlamento de Cataluña y que, como ya he dicho, fue suprimida en el texto definitivo. Sin embargo, el Libro Quinto del Código civil presume de presentarla como "una de las novedades de más trascendencia social del Código" (apartado III, p^o 11 de la Exposición de Motivos). El régimen, contenido en nada menos que 59 artículos (número en que se divide el artículo 553), es magnífico, pero tal vez habría que recordar que la bondad de las leyes comienza por la necesidad de que quien las aprueba tenga competencia para hacerlo. Y es que lo mismo podría pasar con el resto de las competencias que desaparecieron del *Estatut* a su paso por las Cortes Generales.

Y, desde luego, no conviene dar ideas, pero hagamos un poco de "legislación de ficción". Pensemos por un momento qué aspecto tendría la responsabilidad civil en nuestro país si, siguiendo el modelo de la Propuesta catalana e investidas las Comunidades Autónomas de una genérica competencia legislativa en materia civil, los Parlamentos autonómicos se lo tomaran en serio, y una desafortunada legiferación trajese consigo, dentro de unos pocos años:

a) Que en Madrid, la responsabilidad de padres y tutores no fuese directa, sino siempre y sólo subsidiaria, pasando por alto en el Código civil la responsabilidad es directa (artículo 1903, p^o 2^o), y subsidiaria en el Código penal (artículo 120.1^o), y ello porque los especialistas consultados por el legislador autonómico sugirieran la necesidad de unificar, cuando menos en este ámbito de la responsabilidad por el hecho ajeno, la responsabilidad civil pura y la responsabilidad civil derivada del delito;

b) Que en Castilla y León se prefiriese un sistema de responsabilidad del médico de naturaleza objetiva, porque allí se considerase que no basta con la responsabilidad objetiva del prestador del servicio sanitario (artículo 28.2 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios), sino que la responsabilidad del facultativo concreto también se debe gobernar sin necesidad de discutir si el médico ha sido negligente, que es como lo quiere algún sector minoritario de la doctrina que emana de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de espaldas a lo que dice el Código civil y la recta razón;

c) Que en la Comunidad Valenciana el legislador autonómico entendiera que, diga lo que diga la Ley de Ordenación de la Edificación, la competencia legislativa en materia de Derecho civil (pretendidamente basada en la necesidad de recuperar los Fueros del Reino de Valencia abolidos por Felipe V en 1707) permite que, para las edificaciones situadas en aquel territorio, es preferible atribuir la responsabilidad por los vicios ruínógenos siempre y sólo al promotor, y que luego éste se las entienda con constructor, subcontratista, director de obra, etc.;

d) Que en la Región de Murcia o en el Principado de Asturias se dijera que los accidentes de circulación se deben resolver sin sujeción a baremos indemnizatorios de ninguna clase.

e) Que en Cataluña tuvieran la ocurrencia de transponer la Directiva 85/374 CEE de 25 de julio de 1985 sobre Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos de modo diferente a como lo hizo el legislador estatal, con el objeto de que sí hubiera exoneración del fabricante de productos farmacéuticos defectuosos cuando lograra demostrar que el estado de los conocimientos científicos no había permitido conocer la existencia del defecto en el momento en que el fármaco fue puesto en circulación (a diferencia de lo que sucedería en el resto de España, gracias a lo que establece el artículo 6.3 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los Daños causados por Productos Defectuosos).

Desde luego, habrá quien piense que, sólo por plantear semejantes interrogantes, el autor de estas líneas ha perdido la razón, siquiera sea momentáneamente. Pero para que estos ejemplos fueran reales, bastaría con que las Comunidades Autónomas quisieran seguir el ejemplo que Cataluña nos ha ofrecido con su nuevo Estatuto de Autonomía, y todo parece indicar que no van a ser pocas las Comunidades Autónomas que van, en efecto, a seguir el mal ejemplo. Y es que no se puede decir, como ya se ha dicho, que la Constitución limita la cuestión a Cataluña, Aragón, Baleares, Navarra, Galicia y País Vasco: si se justifican las competencias de los respectivos Parlamentos por el hecho de ser históricamente Comunidades con Derecho civil foral o especial, pero a continuación se sobredimensiona la competencia, se huye de la historia, y se acaba defendiendo que el Derecho civil es, como el turismo, la artesanía, los museos o las bibliotecas, una competencia de las Comunidades Autónomas “salvo para las materias expresamente reservadas al Estado”... entonces la cuestión ya no es de respeto al Derecho foral sino de reparto competencial. Una vez entendido el artículo 149.1.8ª como lo quieren hacer los detractores del foralismo y amantes de la tesis autonomista, el mismo derecho que tiene Cataluña para regular los

arrendamientos urbanos o los contratos de consumo (23) lo tiene la ciudad de Ceuta o la Comunidad Autónoma de La Rioja. Pero mientras tanto, a nuestros políticos se les llena la boca de las excelencias de la unidad de mercado.

3. ... y la peor reacción de los demás Parlamentos autonómicos

El problema Derecho común/Derechos forales ya se había convertido en uno bien distinto y basado desde hace diez o quince años en la idea, por completo acientífica, acrítica y ahistórica del Derecho civil autonómico. La novedad está en que esa idea amenaza con sacramentalizarse en los nuevos Estatutos de Autonomía. De acuerdo con el modelo ensayado en el nuevo Estatuto catalán, Comunidad Autónoma, foral o no, podrían legislar en cualquiera de las materias que no se hallen reservadas expresamente al Estado en el artículo 149.1.8ª de la Constitución, y se contengan o no tales materias entre las reconocidas por los Estatutos de Autonomía. Los ejemplos más próximos están en los campos previstos en la Propuesta de Estatuto que luego desaparecieron en el texto definitivamente aprobado (arrendamientos, determinación de quién debe ser considerado consumidor y usuario, secreto profesional o responsabilidad civil extracontractual), pero éstos son solamente ejemplos. Ya puestos, podrían legislar hasta en algunos de los aspectos reservados al Estado, si la extensión de la lista de reservas tiene la raquítica extensión a la que ha quedado reducida a lo largo de los años de *diarrea* legislativa autonómica –disculpe el lector mi licencia literaria, desde luego muy poco grata–, de jurisprudencia constitucional alocadamente permisiva o de recursos que no llegan a puerto porque el Gobierno de la nación cambia de signo y se da la orden a la Abogacía del Estado para que retire los recursos planteados por el Gobierno anterior.

Sólo utilizaré algunos nuevos ejemplos, por ahora limitados al contexto estatutario:

a) En el artículo 121.1.1) de la Propuesta de reforma del Estatuto de Canarias (24), la Comunidad Autónoma se atribuye competencia legis-

(23) Son las dos áreas con las que concluye el editorial de Joan EGEA, "El nuevo Estatut y el Codi civil de Catalunya", *Indret*, nº 4 de 2006, que muestra su deseo de que el Parlament legisle sobre el particular a fin de que los ciudadanos perciban el Derecho civil de Cataluña "como un derecho que no se encuentra anclado en las instituciones históricas, sino que se ocupa de los problemas cotidianos".

(24) Proposición de Ley 127/000007, BOCG núm. 261-1 de 22 de septiembre de 2006.

lativa (siquiera sea competencia compartida) en materia de responsabilidad civil por daños al medio ambiente; por su parte, el artículo 47.5 del nuevo Estatuto de Andalucía (aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo), reconoce a la Comunidad Autónoma “facultades para incorporar a su legislación aquellas figuras jurídico-privadas que fueran necesarias para el ejercicio de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución” (artículo 47.5, precepto sobre el que habrá que volver después; vid *infra*, III.2.). Dos buenos ejemplos de competencia legislativa que rezuman inconstitucionalidad, pues ni Canarias ni Andalucía son Comunidades Autónomas que pudieran presumir de tener un Derecho foral preexistente y vivo cuando la Constitución se promulgó.

b) A tenor de lo que establece el artículo 28.27 de la Propuesta de reforma del Estatuto de las Islas Baleares (25), el área en la que se habrá de mover el legislativo autonómico no será la que ocupaba el Derecho foral balear sino la totalidad de las materias no reservadas expresamente al Estado en la Constitución. Modelo de reparto exquisitamente conforme con la Constitución... republicana, se entiende.

c) En el colmo del retorcimiento, ahí tenemos también una Exposición de Motivos de lo que era la Proposición de Ley Orgánica de reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana presentada por las Cortes Valencianas, en la que se leía que “es necesario que a través de la recuperación de los Fueros del Reino de Valencia, recupere también nuestra Comunidad la dignidad perdida como consecuencia de la abolición llevada a cabo por la injusta promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707” (26). En el nuevo Estatuto valenciano, aprobado por Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, la Disposición Transitoria tercera ordena que la competencia civil se ejerza a partir de esa normativa foral derogada en 1707: “La competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valen-

(25) Proposición de Ley 127/000005, BOCG núm. 251-1 de 30 de junio de 2006.

(26) En el texto definitivamente aprobado se ha suprimido lo de la “necesidad de recuperar la dignidad perdida”. En tono menos victimista, pero de idéntico alcance, se lee ahora: “Pretende también esta reforma el impulso y desarrollo del Derecho Civil Foral Valenciano aplicable, del conocimiento y uso de la lengua valenciana, de la cultura propia y singular de nuestro pueblo, de sus costumbres y tradiciones [hasta aquí, idéntico al texto de la proposición]. Por eso el desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat, en plena armonía con la Constitución Española, procurará la recuperación de los contenidos de los «Los Fueros del Reino de Valencia», abolidos por la promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707.

cia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución Española". Pero, para que no haya dudas sobre qué reducida amplitud tenían las instituciones forales valencianas en aquel comienzo del siglo XVIII, ahí tenemos a una Comisión de Codificación del Derecho Civil Valenciano, dispuesta a trabajar sobre las legítimas y la posesión, y al Partido Popular presentando a las Cortes y sin contar con la referida Comisión toda una Proposición de ley (no un Proyecto, por cierto) de régimen económico matrimonial para los valencianos. Al curioso episodio valenciano de la flamante Ley 10/2007, de 20 de marzo, habrá que dedicarle después más atención (*infra*, III.4). Pero vaya de antemano que no estoy utilizando el término "flamante" en la primera acepción que al mismo asigna el Diccionario de la Real Academia ("lúcido, resplandeciente"), sino en la cuarta ("que arroja llamas").

4. Las extralimitaciones "oblicuas" de los legislativos autonómicos

En el fondo, y como ya he dicho con anterioridad, esta situación era completamente previsible, si hemos de estar a lo que ha venido siendo en la última década del pasado siglo una legislación civil autonómica dictada de espaldas a la Constitución sin ninguna clase de disimulo. Y no se piense que el fenómeno se localiza solamente en las maravillosas tierras catalanas.

A) La competencia civil "por conexión"

De una manera constante hemos vivido un proceso a lo largo y ancho de la geografía española, en el que cualquier pretexto ha servido para hablar sin ningún problema de "instituciones conexas". Cuando el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 88/1993, de 12 de marzo, declaró conforme a la Constitución la Ley de Cortes de Aragón 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de hijos adoptivos, dio por bueno el argumento el argumento de que la competencia de desarrollo del Derecho foral aragonés de familia, aunque no contuviera ninguna regulación específica de la filiación cuando la Constitución se promulgó, permitía también regular un aspecto general de los efectos de la adopción. En realidad no hacía ninguna falta, pues la Ley estatal 21/1987, de 11 de noviembre, ya se había ocupado con anterioridad de la equiparación de los hijos adoptivos y de la modificación de determinados preceptos del Código civil. Y que el legislador aragonés era consciente de que el De-

recho foral nada decía de los hijos adoptivos, se deduce a las claras de sus propias palabras, pues la Exposición de Motivos de la Ley 3/1988 comenzaba diciendo: “La legislación histórica aragonesa centró la participación en los derechos familiares y sucesorios prácticamente en sólo los antes llamados hijos legítimos. Ello suponía la exclusión en los beneficios forales no solamente de los hijos nacidos fuera de la unión conyugal (los hoy llamados «extramatrimoniales»), sino también de los adoptados”.

Pero el Tribunal Constitucional sentó una doctrina que marcó el rumbo que iba a tomar la cuestión:

*“Sin duda que la noción constitucional de “desarrollo” permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación”. El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen **instituciones conexas** con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.*

Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada “ratione materiae” dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar”.

Y, la verdad sea dicha, creo que habría poco que objetar a lo que la doctrina sentada en esta Sentencia entiende que el término “desarrollo” da de sí, pues, en teoría (o más bien, a primera vista), impide dejar el Derecho foral limitado a los estrictos términos que tenía en 1978 y, al mismo tiempo y en el extremo contrario, impide también considerar que el único límite de la competencia legislativa de los Parlamentos autonómicos es el de la lista de materias reservadas explícitamente al Estado en el precepto constitucional:

“(…) es aún necesario realizar otra puntualización a propósito de determinado argumento expuesto por las representaciones de la Comunidad Autónoma, según el cual la reserva “en todo caso” al Estado, por aquel precepto, de

determinadas regulaciones vendría a suponer, a contrario, la permisión para las Comunidades Autónomas de desplegar sus competencias estatutarias para el “desarrollo” del Derecho civil, foral o especial, en todo el campo no cubierto por aquellas específicas reservas, por ajena que fuera la legislación a introducir al ámbito regulado, cuando entró en vigor la Constitución, por el respectivo Derecho civil. Esta interpretación de lo dispuesto en el art. 149.1.8 no puede ser, sin embargo, compartida por el Tribunal.

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

La ulterior reserva al Estado, por el mismo art. 149.1.8, de determinadas regulaciones “en todo caso” sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél -vale reiterar- la Constitución le atribuye ya la “legislación civil”, sin más posible excepción que la “conservación, modificación y desarrollo” autonómico del Derecho civil especial o foral.

El sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del Legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del art. 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho”.

Pero para que el resultado fuera impecable, haría falta entender que, si las Comunidades con Derecho foral pueden regular también instituciones conexas, habrá de tratarse de una verdadera y genuina conexión. Así por ejemplo, Cataluña se tomó muy en serio el desarrollo del Derecho foral en materia de accesión: si el artículo 278 de la Compilación regulaba la incorporación de materiales propios en suelo ajeno, no hay nada que impidiese a la Comunidad Autónoma legislar sobre ése y otros supuestos de accesión, inmobiliaria y mobiliaria. Nada se puede

objetar entonces a que la *Ley 25/2001, de 31 de diciembre, de la Accesión y de la Ocupación* establezca para Cataluña normas que decidan qué hacer cuando una persona efectúa en terreno ajeno plantaciones o cultivos, distinguiendo entre los que se prolongan más allá del año agrícola y los que no tienen habitualmente tanta duración (artículo 5), o preceptos que regulen las construcciones extralimitadas distinguiendo los casos en que el valor del suelo invadido es superior al de la construcción de los casos en que el valor de lo construido es superior al del suelo (arts. 8 y 9). Pero lo que no vale es que se aproveche que se está regulando la accesión para, de paso, regular la ocupación, como si se tratara de instituciones conexas.

Y lo que tampoco vale es que la *Ley 13/1990 de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad* se sustituya once años después por otra en la que se regula, de nuevo, la servidumbre pero, de paso, y sin disimulo, también del derecho de superficie, y el de opción, y el de tanteo, y el de retracto. Y digo “sin disimulo” porque en el Preámbulo de la *Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbre y de Adquisición Voluntaria o Preferente*, se puede leer que esta regulación, junto con la contenida en otras anteriores a las que cita, “puede constituir la parte correspondiente a los «derechos reales limitados» del futuro Código civil de Cataluña”. Finalmente, la *Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a Derechos Reales* *Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a Derechos Reales*, parece haber procedido con ese discurso tan tramposo y facilón. Si la ocupación es modo de adquirir la propiedad, regulemos de paso la tradición y así los tenemos todos. Y como la tradición es habitualmente posesoria, pues regulemos la posesión. Y la propiedad, y las limitaciones de ésta. Y el objeto del derecho de propiedad, incluida la clasificación de los bienes y las clases de frutos. Con semejante procedimiento, no es difícil entender que la Ley aragonesa de Derecho de la persona de 2006 no se limite a desarrollar las clásicas especificidades forales en materia de minoría de edad, sino que también disponga qué edad han de tener los aragoneses para alcanzar la mayoría de edad (*infra*, III.1).

B) La competencia encontrada en títulos competenciales distintos al del Derecho civil

El escenario de otra clase de extralimitación oblicua, muy bien conocido de todos –tanto que no conviene hacer aquí sino un breve resumen

argumental— ha consistido en que, allí donde las Comunidades Autónomas hacían uso para regular determinadas que, según la Constitución, les corresponde a ellas regular desde la perspectiva del marco general jurídico-público (turismo, comercio interior, caza, cultura, medio ambiente, reforma agraria, sanidad y asistencia social, urbanismo y vivienda, etc.), han aprovechado, de paso, para abordar en la regulación cuestiones de estricto Derecho civil. Haciendo uso de un título competencial distinto al contenido en el artículo 149.1.8ª, han logrado convertir una competencia legislativa arbitrada en dirección vertical para hacerla jugar con eficacia horizontal o *inter privatos*: es así que se legisla en materia de ordenación del comercio minorista, pues entonces se aprovecha para incluir en la regulación determinados preceptos sobre responsabilidad contractual; es así que existe competencia autonómica en materia de turismo, pues entonces se incluye también el derecho de resolución del contrato en los aprovechamientos turísticos a tiempo compartido; es así que hay que regular la actividad de la caza (licencias, terrenos cinegéticos, etc.), pues regulemos también la responsabilidad civil del cazador. Y así sucesivamente.

A veces el Tribunal Constitucional ha puesto las cosas en su sitio, como pasó con la STC 264/1993, de 22 de julio, que, ante el recurso planteado por el Gobierno de la nación, declaró contrario a la Constitución el artículo 35 de la *Ley de 5 de octubre de 1989, de la Actividad Comercial de Aragón*, que establecía, para las irregularidades derivadas de la venta automática, la responsabilidad solidaria del titular del establecimiento donde se encuentre ubicada la máquina expendedora y del titular de la explotación comercial de la misma. Curiosamente, el artículo 43 de la *Ley 16/2002, de 19 diciembre, de Comercio de Castilla y León* establece exactamente lo mismo, pero nadie ha intentado recurso o cuestión de inconstitucionalidad contra el mismo. ¿Se trata de que preceptos de idéntico contenido son inconstitucionales si los promulgan los aragoneses, pero no si son aprobados por las cortes castellano-leonesas?

Hace un año, el profesor José María de la Cuesta utilizaba dos manifestaciones concretas como banco de pruebas. Lo hacía en la lección de apertura del curso 2006/2007 de la Universidad de Burgos (27). La elección está muy bien hecha, pero conviene profundizar en ambas para hacer ver lo particularmente llamativo que es el resultado.

La primera arroja un resultado que solamente se puede calificar de

(27) DE LA CUESTA SÁENZ, *El Derecho civil español y su diversidad legislativa*, Universidad de Burgos, 2006, y allí, págs. 42 y ss.

caótico: es el régimen de la responsabilidad civil por los daños causados por las especies cinegéticas cuando cruzan una carretera y provocan un accidente de tráfico. Sucede que la Ley de Caza estatal (Ley 1/1970, de 4 de abril) hace responsables a los titulares de los aprovechamientos cinegéticos, y subsidiariamente, a los propietarios de los terrenos (artículo 33.1). Pero me he tomado la molestia de revisar toda la legislación autonómica, y resulta, por ejemplo, que esa responsabilidad subsidiaria no aparece en la Ley 8/1990, de 21 de diciembre, de Extremadura, como tampoco en la de Castilla y León (Ley 4/1996, de 12 de julio); que la responsabilidad del dueño de los terrenos no cinegéticos aparece solamente en la Ley 5/2002, de 4 de abril, de Aragón (artículo 71.3), pero en el único artículo que la ley cántabra dedica a este tipo de responsabilidad civil (artículo 63.1 de la Ley 12/2006, de 17 de julio), se dice que en relación con esos terrenos habrá que estar “a lo dispuesto en la legislación civil” (¿es que acaso no es legislación civil la contenida en ese artículo?), en tanto que la ley riojana hace responsable a la Comunidad Autónoma (artículo 13, p^o 2^o de la Ley 9/1998, de 2 de julio). Mientras tanto, la norma navarra añade un dato enternecedor, al establecer que el titular del aprovechamiento del coto no será responsable si los daños causados por la fauna se producen mientras la misma “se comporte naturalmente, deambule libremente o no estuviera siendo inquietada o perseguida” (artículo 35.1 del Decreto Foral 390/1993, de 27 de diciembre).

Además, “y por si éramos pocos”, en la nueva Ley de Tráfico y Seguridad Vial de 2005 (recuérdese que la competencia en materia de tráfico sí es estatal: artículo 149.1.21^a C.E.) se limita la responsabilidad de los titulares de los aprovechamientos cinegéticos a los casos de accidentes debidos directamente a la acción de cazar (Disposición Adicional novena de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, modificada por la 17/2005, de 19 julio, de Circulación Urbana e Interurbana). Desde luego, resulta difícil de digerir el contrasentido de una competencia sobre la actividad de la caza que se hace residir por la Constitución en las Comunidades Autónomas (artículo 148.1.11^a) para a continuación ser astutamente recuperada por el Estado en la Ley de tráfico, que entra a gobernar la responsabilidad por los accidentes de tráfico que sean debidos precisamente a la acción de cazar o a una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. Y sobre todo, alguien tendrá que explicar lo que hay que hacer si una ley autonómica, como sucede en la de Castilla y León o en la canaria, se remite a “la legislación civil estatal” ¿A cuál: a la de caza o a la de tráfico? Un dato que en cambio, la Ley gallega 6/2006, de 23 de octubre, que

reforma la Ley de Caza de Galicia, sí deja claro, pues el artículo 23 remite a “la normativa estatal en materia de seguridad vial”.

Sea como fuere, si el lector me permite la broma y también tiene previsto emprender un viaje por las provincias limítrofes con Portugal, puestos a que uno esté predestinado a que le tenga que saltar un ciervo a la calzada, mejor que no sea en Extremadura. Es preferible que espere a Salamanca para que el incidente le ocurra allí, porque lo que en Extremadura es voluntario (que la Junta sea tomadora de una póliza de seguro de responsabilidad civil, artículo 74.3 de la ley correspondiente), en Castilla y León es obligatorio (artículo 12.2). Ello, por no hablar de lo que puede suceder cuando el terreno comprende superficies que pertenecen a distintas Comunidades Autónomas (cosa no infrecuente), y haya entonces que determinar –permítame también el lector que describa de manera tan impropia la *lex loci*, correspondiente al lugar del accidente– si se trataba de un ciervo cacereño, toledano o salmantino.

Es una perplejidad que recuerda al escenario que ofrecen –segunda de las manifestaciones ofrecidas por De la Cuesta– las once leyes autonómicas sobre parejas no casadas (28), dictadas al abrigo de competencias más bien evanescentes. En efecto, todos los poderes públicos deben procurar protección social, económica y jurídica de la familia para así cumplir con lo dispuesto por el artículo 39 de la Constitución, pero la previsión constitucional tiene una inequívoca dirección vertical: administraciones y ciudadanos. No es difícil pensar que el legislador constituyente no pensaba precisamente en que cada legislador autonómico pudiera organizar la vida jurídico-privada de la pareja. Pero si además caemos en la cuenta de que cada ley autonómica tiene previsto un diferente ámbito subjetivo de aplicación, el resultado es realmente patético.

Así, las leyes asturiana (Ley 4/2002, de 23 de mayo) y canaria (Ley 5/2003, de 6 de marzo) exigen para ser de aplicación que los dos miembros de la pareja estén empadronados en los respectivos territorios; a la Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana, le basta con que lo esté uno de los dos; las leyes balear (Ley 18/2001, de 19 de diciembre), catalana (Ley 10/1998, de 15 de julio) y navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio) se aplican cuando al menos uno tiene la vecindad civil correspondiente a cada una; a la Ley 2003/178, de 7 mayo, de la Comunidad del País Vasco, le es suficiente con que uno de los miembros de la pareja tenga vecindad administrativa vasca; la ley andaluza (Ley

(28) No cuento la regulación gallega, que no es la propia de una ley específica, sino que se halla comprendida en la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, a la que me referiré *infra*, III.3.

5/2002, de 16 de diciembre) se aplica si uno de los dos reside en Andalucía, pero para la extremeña (Ley 5/2003, de 20 de marzo) hace falta que uno de los miembros de la pareja, no solamente resida, sino que esté empadronado allí, lo mismo que pasa en la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la Comunidad de Madrid.

Pues bien, pensemos por un momento en que la ley catalana atribuye derechos en la sucesión intestada al otro miembro de la pareja, pero siempre que se trate de una pareja de homosexuales (artículo 35). Por el momento, no hay allí previstos derechos sucesorios abintestato en la pareja estable heterosexual: si sus miembros quieren tener derechos hereditarios, que otorguen testamento o que se casen. Desde luego, la discriminación ya carece de razón de ser desde el momento en que en España se permitió el matrimonio de personas del mismo sexo (Ley 13/2005, de 1 de julio), pero, mientras la reforma legal no se produzca, ¿qué pasaría si él es de Tudela y ella de Esplugues de Llobregat? ¿Ley navarra o ley catalana? Sabemos que con arreglo al Código civil la ley que rige la sucesión ha de ser la ley personal del causante (artículo 9.1), y también es claro que las normas sobre conflictos de leyes son, por fortuna, una de las competencias claramente reservadas al estado. Pero no me extrañaría nada que algún pleito tuviera lugar porque el supérstite alegue la ley autonómica diferente a la del causante que permite llamar a la sucesión a unos o a otros.

Y por otra parte, eso de que la competencia que atribuye a las Administraciones autonómicas las políticas de protección de las familias permite también organizar el régimen jurídico privado de la pareja trae consigo que haya Comunidades Autónomas que han dictado leyes inconstitucionales por triple concepto. Primero, porque “estas normas autonómicas sobre materia civil carecen de todo respaldo, tanto constitucional, como autonómico” (29). Segundo, porque al convertir la dirección vertical con la horizontal de la competencia, no se limitan a prever cuestiones sobre acreditación de la convivencia como presupuesto de su aplicación, o sobre pensiones de viudedad, o sobre las actuaciones de las Administraciones públicas en el ámbito del empleo público, sino que irrumpen de lleno en los aspectos de Derecho privado, pasando a regular el régimen sucesorio, la atribución de la vivienda familiar, las compensaciones económicas en caso de ruptura, etc. Y tercero, porque

(29) Así, BERCOVITZ, R., “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, en *Derecho privado y Constitución*, nº 17, 2003, págs. 69 y ss., que habla de flagrante inconstitucionalidad.

a veces hasta se permitan el lujo de discriminar negativamente al matrimonio. Así, en el Código civil, el viudo tiene un derecho de predecesión sobre las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, sin que ello se compute en su haber hereditario (artículo 1321), pero en la *Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho*, el sobreviviente también tiene derecho a residir un año en la vivienda.

5. *Las extralimitaciones frontales contra la lista tasada de competencias exclusivas del Estado*

Junto a las razones de inconstitucionalidad basadas en la invención de “instituciones conexas”, ya sea conexas a otra institución civil, ya sea por derivación hacia el terreno civil de una competencia de orden administrativo, no han faltado, por último, los motivos de inconstitucionalidad directos, frontales y clamorosos, es decir, los que suponen que una normativa autonómica entre de lleno en la lista de competencias “en todo caso” atribuidas expresamente al Estado por la Constitución.

Así, existe en el artículo 149.1.8ª de la Constitución una reserva expresa para el Estado en lo que se refiere al régimen de las “bases de las obligaciones contractuales”, pero *Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble*, introdujo en Cataluña un derecho de retención configurado como un auténtico derecho real, oponible como tal frente a terceros y con posibilidades de ejecución de la cosa retenida. La fábula con la que comenzaron estas reflexiones trata de preguntar si no es acaso el derecho de retención, configurado desde Roma como mera facultad de retención posesoria, una de esas bases de las obligaciones contractuales. Si no es así, y una Comunidad Autónoma puede convertir el derecho de retención en verdadero derecho de prenda, imagino que también podrá darle carácter de comiso privado o de algo peor.

Parecidamente, de poco sirvió que la Constitución reserve al Estado la “ordenación de los registros e instrumentos públicos”, porque el Parlamento de las Islas Baleares se permitió incidir de manera directa en el régimen del otorgamiento notarial del testamento para suprimir la intervención de los testigos, con el débil argumento de que el otorgamiento de un testamento ante Notario no es tema de Derecho notarial reservado al Estado merced al título competencial “Registros e instrumentos públicos”, sino tema de Derecho sucesorio, en el cual, por lo tanto, podía entrar el legislador autonómico. Débil argumento el que con-

siste en decir que la necesidad o no de un requisito de forma en el otorgamiento de los testamentos notariales, capaz de provocar, en su caso, la nulidad de los mismos, es tema de puro y estricto Derecho de sucesiones que no toca al régimen del otorgamiento del instrumento público, como si fuera posible separar una cosa de la otra (30). Pero no le pareció tan débil al Tribunal Constitucional, pues la STC 156/1993, de 6 de mayo declaró conforme a la Constitución el artículo 52 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre).

Otra manifestación palmaria del mismo fenómeno: al Estado le quedan reservadas igualmente las “reglas sobre aplicación y eficacia de las normas jurídicas”, pero el Libro Primero del Código civil de Cataluña contiene normas sobre interpretación del Derecho civil (artículo 111-2), sobre autonomía de la voluntad (111-6), sobre las doctrinas de la buena fe y de los actos propios (111-7 y 111-8) o sobre la equidad (111-9). Habría sido interesante conocer la postura del Tribunal Constitucional, pero el recurso planteado por el Gobierno de la Nación fue retirado por la Abogacía del Estado tan pronto como en 2004 las elecciones trajeron un Gobierno de distinto signo (31). Ciertamente es que la polémica consistente en determinar el alcance de las competencias reservadas “en todo caso” al Estado tiene un contenido institucional de menor interés –no deja de ser la excepción de la excepción– que la que trata de dar con el alcance de la regla general que establece la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil. Una buena ocasión para que el Tribunal Constitucional se hubiera extendido sobre cuestión tan importante fue en su momento la aprobación de la Ley catalana 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones, que fue recurrida por el Gobierno de U.C.D. Pero en octubre de ese año hubo cambio de Gobierno y de Partido en el poder. Como puede verse, desde los primeros años ochenta nos hemos tenido que

(30) Así BERCOVITZ, R., “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, en *Derecho privado y Constitución*, nº 1, 1993, pág. 81. También BELLO JANEIRO, *El desarrollo del Derecho civil gallego en el marco constitucional*, Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, La Coruña, 2006, pág. 120.

(31) BELLO JANEIRO, *El desarrollo...*, cit., pág. 20. Unas semanas después de pronunciada la conferencia cuyo texto tiene el lector en sus manos, publiqué otro artículo en *La Tribuna del Derecho* (segunda quincena de diciembre de 2006, pág. 19) titulado “Por una reforma legal que impida que un cambio de Gobierno provoque la retirada de un recurso de inconstitucionalidad”. Sencillamente, la ley no debería permitir que un recurso de inconstitucionalidad presentado por un órgano del Estado se pueda retirar, al menos si ya ha sido aceptado a trámite.

acostumbrar a ver cómo se utiliza la retirada de los recursos de inconstitucionalidad como elemento al servicio de la negociación política.

III. LAS NOVEDADES DE LOS ÚLTIMOS AÑOS

1. *¿Hacía falta este Derecho de la persona aragonesa?*

Tuve noticia de su aprobación la mañana del 14 de diciembre pasado, cuando me encontraba dictando una conferencia en el Colegio de Abogados de Zaragoza, en la que precisamente estaba desarrollando el gravísimo asunto de la amenaza que se cierne sobre el Derecho civil español con la aprobación de los nuevos Estatutos de Autonomía. Cuando me dijeron allí que la nueva ley aragonesa consta de 168 artículos, pensé que eran demasiados para desarrollar lo que de especial había existido sobre Derecho de la persona en el Derecho foral de Aragón. Que tal vez el nacido aragonés, para tener personalidad jurídica, no iba ahora a necesitar 24 horas enteramente desprendido del seno materno, sino que allí iban a ser necesarias 48 horas o sólo media hora...

Bromas aparte, me tranquilizó luego comprobar que la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de las Cortes de Aragón, que entró en vigor el 23 de abril, desarrolla todas las materias que hasta ahora estaban comprendidas en el Libro I de la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967, que en realidad no solamente eran normas de estricto Derecho de la persona, sino también de Derecho de la familia. Se contiene el régimen de la mayoría y minoría de edad (naturalmente, con desarrollo de las especialidades que durante siglos existieron en Aragón para el mayor de catorce años o en materia de autoridad familiar –recuérdese que allí no se conocía la patria potestad como la conocemos en el resto de España, y como se encarga de enfatizar el Preámbulo de la ley–) así como el régimen de la incapacidad y de la incapacitación, de la ausencia legal, de las relaciones entre ascendientes y descendientes, de las instituciones tutelares (tutela, curatela y defensor judicial) y fórmulas próximas (guarda de hecho y guarda administrativa sin tutela), y de la Junta de Parientes.

Pero la Ley se encuentra plagada de artículos que se limitan a repetir innecesariamente reglas que ya estaban en el Código civil. Que el aragonés es mayor de edad cuando cumple dieciocho años (artículo 1.1.a), o que para el cómputo de los años se ha de incluir completo el día del nacimiento (artículo 8), o que el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil (artículo 1.2), o que la filiación determi-

na los apellidos (artículo 54.1), o que son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma, o que las sentencias de incapacitación deben contener la extensión y límites de la misma (artículo 35)... son, en fin, normas que ya contenía el Código civil español o la Ley de Enjuiciamiento Civil, y lo más importante no es que resulte inútil (y supongo que bastante caro) que haya que crear una comisión de expertos para alumbrar un texto que diga estas cosas, sino que, atribuyéndose un Parlamento autonómico competencia para decirlas, no habrá forma de evitar que en un futuro se terminen aprobando normas que digan cosas distintas. Y quejarse entonces ya no tendrá remedio. ¿Qué hacer, por ejemplo, si en una Comunidad Autónoma se aprobara que del cargo de tutor se puede uno excusar aunque no concurra una causa justificada de excusa? ¿Qué diríamos si en vez de copiarse el Código para decir que la curatela no es un mecanismo de representación sino de asistencia para los actos que el sometido a ella no puede realizar por sí solo, esta nueva ley aragonesa hubiera conferido al curador la plena condición de representante legal? Si Aragón tiene competencia para decir que un aragonés es mayor de edad a los dieciocho años, también la tiene para decir que a los diecisiete o a los diecinueve...

No faltan tampoco en la Ley de Derecho de la persona algunas normas que, al tener reserva de ley orgánica, tendrían muy dudosa justificación constitucional. Así, ¿qué se puede hacer con las Leyes Orgánicas de Protección Jurisdiccional del Derecho al Honor (1982) o de Protección Jurídica del Menor (1996) cuando una ley autonómica como ésta incide en el régimen de las intromisiones ilegítimas en el honor o la intimidad de los menores de edad (artículos 17 y 21)? ¿Acaso van a poder ahora las Comunidades Autónomas también dictar o modificar leyes orgánicas?

Debo confesar que cuando leí el Proyecto de reforma del Estatuto de Aragón me pareció muy sensato que la región que tiene un Derecho foral de mayor solidez, y de la que cabría haber esperado una vocación legiferante mayor, se limitara a decir en el artículo 65.2^a que la competencia exclusiva se ha de limitar a la "*conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes*". A día de hoy, y aunque la reforma del Estatuto ya haya sido aprobada (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril) y el artículo 71.2^a contenga idéntico texto, la Ley de Derecho de la persona, extralimitada por los cuatro costados de lo que era auténtico Derecho foral, me permite deducir que aquella primera impresión favorable estaba basada en un triste espejismo jurídico.

2. ¿Y un Derecho civil andaluz?

En la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía que se aprobó por el Parlamento de Andalucía (32) se podía leer: “*La Comunidad Autónoma ostenta facultades normativas en materia de legislación civil cuando ello fuera necesario para el ejercicio de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.8ª de la Constitución*” (artículo 46.5). Habría sido bueno que alguien nos hubiera explicado qué interpretación hace el Parlamento andaluz de ese precepto de la Constitución para deducir que Andalucía tiene alguna facultad en materia de legislación civil.

No teniendo, en fin, Andalucía, la condición de Comunidad Autónoma con Derecho civil foral o especial, su competencia legislativa en materia de Derecho civil, lisa y llanamente, no existe. Eso de “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.8ª” no puede significar otra cosa. La Constitución no deja margen de maniobra alguno. Cuando la Propuesta fue presentada a las Cortes Generales, eso lo sabían Sus Señorías (las Señorías que lo supieran, se entiende), y por ello al final el trámite parlamentario trajo consigo una redacción algo más tímida, de apariencia casi acomplejada, que confiere a la Comunidad Autónoma andaluza “*facultades para incorporar a su legislación aquellas figuras jurídico-privadas que fueran necesarias para el ejercicio de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.ª y 8.ª de la Constitución*” (artículo 47.5).

Pero, bien mirado, semejante texto significa una cristalización del escenario general que nos han venido ofreciendo todas las Comunidades Autónomas en los últimos tiempos, y al que me he referido *supra*, II.4.B). Ninguna ha resistido la tentación: allí donde se trataba de regular determinadas cuestiones que son básicamente de Derecho público y que, conforme a la Constitución, les corresponde regular a los Parlamentos autonómicos, éstos han aprovechado, de paso, para incluir en la regulación cuestiones de estricto Derecho civil. ¿Para qué limitarse las leyes de parejas no casadas a prever cuestiones sobre acreditación de la convivencia como presupuesto de su aplicación, o sobre pensiones de viudedad, o sobre las actuaciones de las Administraciones públicas en el ámbito del empleo público? Mejor irrumpir de lleno en los aspectos de Derecho privado y regular el régimen sucesorio, la atribución de la vivienda familiar, las compensaciones económicas en caso de ruptura, etc.. La inconstitucionalidad es flagrante.

(32) Proposición de Ley 127/000004, BOCG núm. 246-1 de 12 de mayo de 2006.

Da la impresión que el Estatuto trata, en efecto, de describir en lenguaje de norma jurídica esta maniobra que trata de convencer con aquello de “aprovechando que el Pisuega pasa por Valladolid”. No hay novedad de fondo, pero con el nuevo Estatuto, curioso producto de un curioso consenso parlamentario que lleva a admitir en Andalucía lo que no se admite para Cataluña, lo que tenemos es una norma general habilitante. “Incorporar las figuras jurídico-privadas que fueran necesarias para el ejercicio de las competencias” es fórmula de la cual hay que sospechar que el Parlamento andaluz terminará legislando, no solamente “en materia de promoción de las familias y de la infancia” (artículo 61.4), sino que también se sacará de la chistera normas sobre régimen económico matrimonial (ya lo ha hecho con la pareja no casada); no solamente se legislará “en materia de juegos, apuestas y casinos” (artículo 81.1), sino que también se dictarán normas que permitan deducir la naturaleza y régimen de la obligación civil nacida del juego y la apuesta. No sólo habrá normas andaluzas sobre planificación en materia de vivienda (artículo 56.1.a), sino puede que hasta normas sobre arrendamientos urbanos. Y así sucesivamente, hasta tener también un Código civil andaluz.

3. El matrimonio “por lo militar” de Galicia y su corta duración

En la varias veces mencionada *Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia*, una sorprendente disposición adicional tercera no se limita a equiparar al matrimonio las aquellas relaciones maritales capaces de ser consideradas como “pareja de hecho” (horrible manera de denominarlas, por cierto, pues todas las parejas, por definición, son de hecho) para concretos y determinados efectos legales (pensiones de viudedad, tratamiento sucesorio, derechos de subrogación *mortis causa* en el arrendamiento urbano, etc.). Antes bien, la equiparación es total y absoluta: “a los efectos de aplicación de la presente ley se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo cual se extienden, por tanto, a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que esta ley reconoce a los cónyuges”. Naturalmente, una genérica remisión a los efectos previstos “en la presente ley”, cuando ésta no tiene el propósito de regular una ni dos instituciones, sino todo un sistema de Derecho civil, es realmente mucha remisión. Supone, por ejemplo, que, al no tener previsto la pareja un régimen económico –porque si lo tuvieran previsto, lo más seguro es que no fueran simple pareja de hecho–, se les aplicaría el de ganancia-

les por ser el régimen previsto como común y supletorio en el artículo 171.

Semejante norma se debe curiosamente a una enmienda planteada por el Partido Popular gallego. Da la impresión de que los parlamentarios gallegos compitieron para saber quién era más *progre*, y el resultado es absolutamente increíble. Un matrimonio en el que ni siquiera hace falta consentimiento libre y expreso. Casados por sorpresa. Por lo militar. Y sin banquete ni regalos. Un matrimonio que, probablemente, sin quererlo, coloca a Galicia en la época anterior al Concilio de Trento, casi medio milenio después de que incluso el ordenamiento escocés haya *pasado por el aro* de considerar a la forma del matrimonio como requisito esencial.

Y sobre todo, una norma que pasa por alto que a lo mejor hay parejas que, no es que no se hayan planteado ningún extremo acerca de si les conviene o no ser equiparadas con los matrimonios, sino que incluso puede que directamente no lo deseen. Por ello, hay que felicitarse de que el legislador gallego ha caído en la cuenta, aunque haya sido algo más de un año después, de que convenía matizar un poco las cosas. En efecto, la *Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio*, expresa en su Exposición de Motivos que “no fue intención del legislador establecer la equiparación ope legis de quienes no desearan ser equiparados”, y que “se quería preceptuar con claridad en el texto la concurrencia necesaria y acumulativa de dos requerimientos para que pudiera introducirse dicha equiparación: de un lado, que los miembros de la unión expresasen su voluntad de equiparación al matrimonio, y de otro, que acreditasen un tiempo mínimo de convivencia estable”.

Si es verdad que se quería preceptuar con claridad la necesidad de los dos requisitos, no se podía haber hecho peor. Sonroja entonces seguir leyendo la explicación, que además tiene aspecto de auténtica *excusatio non petita*, a tenor de la cual, en el texto aprobado en 2006, “la redacción de la disposición adicional tercera aprobada por el Parlamento de Galicia podría no reflejar la auténtica voluntad del legislador”, y es ésa la razón por la que, manteniéndose la redacción anterior como primer apartado, se añaden varios apartados en la mentada disposición adicional, exigiéndose en el nº 2 la inscripción en el registro y la efectiva expresión de voluntad de ser equiparados:

“2. Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban

en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio” (33).

De no ser porque me parece extremadamente dudosa la competencia misma de la Comunidad de Galicia para dictar norma alguna en materia de régimen civil de la pareja no casada, mostraría mi plena satisfacción por esta reciente modificación de lo que fue la aprobación de una norma frívola, fruto de la improvisación y muy poco meditada.

Y ello, aunque ahora viene la segunda parte. La ley gallega pide lo que no pide ninguna de las diez restantes leyes autonómicas en materia de parejas no casadas: no basta que sus miembros se inscriban como pareja en el Registro correspondiente, sino que han de expresar su voluntad de ser tratados como matrimonio. ¿Habrá alguien en los registros gallegos encargado de contarles que con la equiparación al matrimonio no todo son derechos? Hoy por hoy, como ningún legislativo autonómico ha querido dictar leyes que pudieran resultar impopulares, resulta que las leyes de parejas de hecho se limitan a efectuar equiparaciones sólo en el terreno de las ventajas y no en el de las obligaciones que conlleva el estado civil de casado. Es mérito de la profesora CUENA CASAS haber llevado a cabo un análisis pormenorizado sobre cuáles son esos inconvenientes (34), y ahí van dos de los ejemplos que propone para demostrar la flagrante discriminación en contra del matrimonio:

a) Según establece el Código civil, se presume matrimonial al hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges, pero al hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a que una pareja de hecho se disuelva, la ley no le presume hijo de nadie (salvo en Cataluña, por cierto).

b) Con arreglo al Código civil, un testador puede imponer a su consorte, como condición para heredarle, que no se vuelva a casar: si el viudo se casara, perdería lo heredado. La solución (no casarse pero sí constituir pareja de hecho) la conoce una famosa tonadillera que estuvo casada con un famoso torero que “algo” le dejó del tercio de libre

(33) El precepto añade una relación de los impedimentos para la constitución de la pareja (de parentesco y de vínculo), y la innecesaria referencia a la posibilidad de pactos que rijan la economía de la pareja, a fin de evitar que la manifestación de desear ser equiparados al matrimonio signifique, necesariamente y en todo caso, la aplicación del régimen económico matrimonial supletorio.

(34) CUENA CASAS, “Uniones de hecho y abuso del derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio”, *Diario La Ley*, 15 de marzo de 2005.

disposición con la condición de permanecer viuda, y que luego formó pareja de hecho con quien acabó siendo un famoso Alcalde, hoy en horas bajas y carcelarias.

En fin, en su voto particular a la sentencia 47/1993 de 8 de febrero, Rodríguez Bereijo ponía el dedo en la llaga, cuestionando la constitucionalidad de cualquier ley que, invocando el derecho constitucional a la igualdad ante la Ley y el principio constitucional de protección a la familia, pretenda la equiparación de las uniones de hecho con las uniones matrimoniales “tan sólo en lo que toca a los beneficios y ventajas que se derivan de su régimen jurídico, pero no en los inconvenientes (cargas y deberes)”.

Con la nueva regulación gallega, pocas serán las parejas estables que, estando bien informadas, quieran acogerse al régimen legal ideado para ellas. Y si esto sucede nos encontraremos al final con los tres colectivos que vaticinaba la citada profesora: parejas casadas, parejas no casadas sujetas al régimen de parejas de hecho, y parejas no casadas que no quieren acogerse a dicho régimen. Pero es éste un tema que no procede tratar aquí.

4. El régimen económico matrimonial de los valencianos

En el caso de la Comunidad Valenciana, en cambio, no se aprecia voluntad de rectificar los efectos del acontecimiento del pasado 20 de abril, fecha en que se publicaba en el Boletín Oficial del Estado la *Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano*, una ley que habrá dejado boquiabierto a mucho lector no acostumbrado a estos sustos. No es fruto de un Proyecto de ley presentado a las Cortes valencianas por el Gobierno de la Generalidad, sino de una Proposición de ley presentada por el Grupo Popular de aquel Parlamento, para así no *padece* los informes previos que había de emitir la Comisión de expertos. A la hora de legislar en Derecho civil autonómico de espaldas a la Constitución, en la Comunidad Valenciana parece que no quieren ser menos que Cataluña.

Y el caso es que el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, como dije *supra*, II.3., coloca sus ojos en los primeros años del siglo XVIII, cuando Felipe V derogó los viejos Fueros del Reino de Valencia, castigando a “todos sus habitantes por el rebelion que cometieron” (*Novísima*, II.III.1). Estoy plenamente convencido de que la opción foralista tomada por la Constitución de 1978 permite que la “conservación, modificación y desarrollo” lo sea también de aquellas nor-

mas de Derecho foral que tuvieran efectiva vigencia cuando la Constitución se promulgó, porque es esa vigencia la que las hace entrar sin dificultad en la locución “allí donde existan”. Los territorios que no ensayaron la fórmula de las Compilaciones forales tienen abierta la posibilidad de legislar sobre su Derecho foral consuetudinario, siempre que el mismo estuviera efectivamente vigente en 1978 (35).

Pero es que la grandilocuente frase transcrita del nuevo *Estatut valenciano* no va referida a un Derecho civil, escrito o consuetudinario que pudiera encontrarse vigente, sino, precisamente, al que no lo estaba cuando la Constitución se promulgó, pues los Fueros abolidos por Felipe V no llegaron a recuperarse ni tan siquiera a base de la observancia de unas costumbres más o menos parecidas (que a la fuerza habrían sido costumbres *contra legem*, pues la abolición borbónica comprendió la totalidad de los Fueros, escritos o no escritos) (36). Y eso no es “conservar”, ni “modificar” ni “desarrollar”, sino más bien “recuperar” o “resucitar” un Derecho que llevaba trescientos años sin aplicarse. Resucitar los viejos *Furs* que, tras la conquista de Valencia por el Rey Jaime I, fueron concedidos en el año 1261, primero a la ciudad de Valencia y después a todo el territorio que en aquella época integraba el Reino de Valencia. El Preámbulo de esta ley valenciana, que en las Universidades de Valencia, Alicante y Castellón tendrán que estudiar los alumnos como ejemplo de heterodoxia jurídica, dice que no se trata de resucitar la dote o la subordinación de la mujer al marido, sino que sólo hay que salvar “lo constitucionalmente impecable”. Pero es que da la casualidad de que el viejo Derecho matrimonial de los *Furs* no tiene casi nada de constitucionalmente impecable, pues todo él se basaba en esas dos ideas centrales.

... Y entonces, al legislador no le ha quedado más salida que construir un régimen económico matrimonial nuevo. ¿Que el Fuero de Jaime el Conquistador decía que la mujer no podía tener derecho alguno

(35) Precisamente eso es lo que sucedió en Galicia con los arrendamientos rústicos. Y probablemente también sería el caso de las costumbres asturianas acerca de tales arrendamientos, o de la *andecha* o la *antoxana*, figuras de notable dinamismo en el mundo rural asturiano, lo mismo que las *serventías*, que también las hay en Canarias y en la propia Galicia. Más competencia que la Comunidad Valenciana para regular el régimen económico de los matrimonios tendrían también el Parlamento de la Región de Murcia para legislar sobre el *Alporchón* de Lorca, o el andaluz para hacer lo propio con el *Alporchón* de Vélez Blanco, que sí constituyen unos régimen consuetudinario en materia de aguas de efectiva vigencia en aquellos lugares.

(36) Ese dato llevó a dos Magistrados a formular votos particulares discrepantes a la STC 121/1992.

sobre aquello que el marido ganara? Pues entonces, se establece la separación de bienes como régimen económico común en ausencia de pactos entre los cónyuges. Como si eso tuviera algo que ver con la recuperación del Fuero “en clave constitucional”. Y sobre todo, como si la práctica de los últimos trescientos años hubiera demostrado que, en efecto, es el de separación de bienes el comúnmente practicado por las parejas valencianas. Yo nunca me cansaré de recomendar separación de bienes a los matrimonios cuyos miembros ejercen profesiones u ocupaciones que tienen un elevado riesgo de responsabilidad civil (médicos, arquitectos, abogados, empresarios), pero no porque sea ése precisamente el régimen “natural” de Valencia o de Madrid. Y si el legislador se hubiera tomado la molestia de efectuar estudios de campo, habría visto, como dice el profesor Blasco Gascó (37), que los valencianos no suelen pactar separación de bienes en mayor número que los castellanos o los andaluces. Pero si encima el modelo resultante es una copia del que ya contenía el Código civil, el resultado es bastante patético.

No me cabe ninguna duda que la misma maniobra podría utilizarse para organizar todo un régimen económico matrimonial allí donde viejos Fueros hayan conocido hace siglos las figuras que existían en el Reino de Valencia u otras diferentes. Es el caso, por ejemplo, del Fuero de Vicedo dado por Don Alonso VIII a ciertos pueblos de Cantabria y confirmado por Don Juan I y II: “Casándose en Laredo y pasado año y día, queden o no hijos de aquel matrimonio, todos los bienes, no sólo los adquiridos, sino también los que entraron al matrimonio y durante él, heredasen marido y mujer, se les comuniquen y adquieran por mitad recíprocamente, si no es que en las capitulaciones matrimoniales expresamente se renuncie al Fuero”. La misma norma se aplicaba en los pueblos de Ampuero, Seña, Marrón, Udalla y Cereceda, y los protocolos notariales dan fe de su aplicación durante varios siglos, y al menos hasta 1855.

De la misma manera, la responsabilidad de una esposa en relación con las deudas de su marido en el viejo Fuero de Cuenca es muy llama-

(37) Muy interesante su trabajo “Despropósitos de la proposición de ley de régimen económico matrimonial valenciano”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº 21, 2007, págs. 5 y ss. Con ironía dice BLASCO: “No he visto en las notarias valencianas filas de valencianos queriendo pactar, como pueden hacerlo desde hace muchos años, un régimen de separación de bienes; y quienes lo han hecho, constante matrimonio, no ha sido henchidos de valencianía, sino por otros motivos, digamos, más materiales; y quienes lo han hecho antes de contraer matrimonio, o al contraerlo, podemos decir que son más previsores, pero no más valencianos”.

tiva. La esposa había de localizar a su marido si éste había huido de la ciudad con el fin de que compareciera ante el juez, y en el caso de que ella se negara, el acreedor podía ir a la casa y coger cualquier cosa en pago. En el caso de que el marido desapareciera sin pagar, la mujer había de pagar el doble de la deuda, y en el caso de muerte del esposo, toda la deuda recaía sobre la viuda. Para estas normas se aduce que si ella compartió la buena fortuna, también tenía que compartir sus problemas. ¿Qué hace la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha? ¿Por qué no aprovecha y propone legislar sobre el pasivo y la gestión de la sociedad de gananciales? No vendría mal tampoco hacerlo sobre régimen económico matrimonial del concursado, y así se evitaría que en Cuenca tengan que digerir algún artículo tan poco meditado de la Ley Concursal como el artículo 77 (38). Semejante estupidez estaría igual de justificada que la cometida en Valencia, pues dos de los más importantes Fueros extensos, los de Sepúlveda y Cuenca, se publicaron en el crucial periodo que va entre la caída del califato de Córdoba en 1031 y la derrota de los almohades en 1212 en las Navas de Tolosa.

No me cabe la menor duda de que los valencianos de a pie desconocen la precipitación en forma de ley a la que me estoy refiriendo. Y que lo desconocen –lo cual es mucho más grave– quienes se hayan casado después de la entrada en vigor de la Ley de Régimen Económico Matrimonial. No será de extrañar que algunos sepan que su régimen económico es el de separación de bienes no antes del día que quieran separarse o divorciarse. Será entonces cuando, lo que no va a entrar en el Tribunal Constitucional en forma de recurso de inconstitucionalidad (cuando estas líneas se escriben, ya han transcurrido los tres meses previstos para la interposición del recurso en el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), lo acabe haciendo por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, porque el juez de familia se encuentre ante una pretensión de partir por la mitad un patrimonio ganancial... ¿inexistente?

IV. LA PEREZA DEL LEGISLADOR ESTATAL

Es difícil saber hasta dónde pueden llegar los despropósitos cuando las Comunidades Autónomas aspiran a desarrollar unos sistemas más

(38) Sobre el particular, CUENA CASAS, *La declaración de concurso de persona casada en régimen de comunidad*, Madrid, 2008.

o menos completos de Derecho civil, de espaldas a lo que establece la Constitución, y siguiendo el mal ejemplo catalán.

Al margen las manifestaciones aquí expuestas, algunas más próximas al delirio narcisista o al trastorno alucinatorio que al recto procedimiento legislativo, hay que decir que una virtud fundamental se da cita, en general, en el propósito de algunas de las modernas leyes civiles dictadas en las Comunidades Autónomas. Todas tratan, con mayor o menor acierto (o a veces, con ninguno), de dar respuesta a las necesidades del tiempo presente, frente a un Código civil que, en lo sustancial, parece inamovible. Pensemos, por ejemplo, en el nuevo sistema de legítimas previsto en la *Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia*, en el que los descendientes, frente al 66 por 100 que tenían antes en virtud de la remisión que se hacía al Código civil, han visto ahora reducida su porción al 25 por 100 del haber hereditario líquido (artículo 243). No podía ser otra la tendencia. Decía el maestro Lacruz que el Código civil español, como “hijo de su tiempo”, es el Código de una España cuya población vivía en sus cuatro quintas partes alejada de la gran ciudad, el Código del consenso liberal-conservador, el Código que ignoraba los núcleos incipientes de proletariado industrial (39). Y también era el Código –puede añadirse– de *unos españoles que no llegaban a viejos*, y que cuando otorgaban testamento, tenían aún niños a su cargo, unos niños a quienes había que proteger de las tentaciones de un padre de familia que a lo mejor habría querido dejar toda su herencia a su esposa, o del viudo que estaba tentado de favorecer en la sucesión sólo a su primo o a una entidad benéfica.

Hoy en día no hay civilista serio que se aproxime a cualquier tema sucesorio sin haber hecho previamente una toma de partido acerca de la conveniencia de que todo siga como está o de instaurar un modelo sucesorio en el que la libertad de testar contenga unas limitaciones más suaves que las que establece el Código civil español. Los hijos de familia ya no abandonan el hogar paterno hasta que no tienen la vida resuelta, muy cumplidos los treinta años, y muchos lo hacen porque ya tienen independencia económica, pero desde luego, siempre dispuestos a llevar a su madre, dos veces a la semana, una bolsa de deportes llena de ropa para lavar y planchar (algo que, además, a muchas les agrada bastante, pues les da la sensación de que “el niño” no se les ha ido del todo). Pues bien, ¿tiene algún sentido que el padre que otorga testa-

(39) LACRUZ-DELGADO, *Elementos de Derecho civil, I, Parte general. Introducción*, pág. 72.

mento se encuentre obligado siempre a no disponer libremente de dos tercios de la herencia? ¿Tiene sentido que la ley los tenga previamente adjudicados a su hijo, un futbolista profesional de los buenos o un altísimo cargo directivo de uno de los mayores fabricantes de *software*, o de una promotora inmobiliaria de las grandes de Marbella o de una empresa eléctrica de las que salen diariamente en *Expansión* y de vez en cuando en el *Hola* y hasta en *Newsweek*?

“Una buena obra española”. Cuatro palabras con las que De Castro resumía su juicio crítico sobre el Código civil español. Los autores del Código –decía don Federico– “merecen respeto y agradecimiento porque, a pesar de lo desfavorable de los tiempos y circunstancias en que se redactó, han sabido conservar la esencia tradicional de nuestro Derecho y hacer elegantemente, con los mínimos medios, una buena obra española” (40). Y esto sigue siendo verdad, pero lo que nuestro país no se merece es que cuando hay que reformar el Código (esa buena obra española), la Comisión General de Codificación no reciba encargo alguno para que cumpla con su altísima labor asesora, o que la Ley de Ordenación de la Edificación **se elaborara desde el Ministerio de Fomento y no desde el de Justicia, eliminándose toda mención sobre la derogación o no del régimen de vicios en la construcción previsto en el artículo 1591 para con todo ello evitar que la Comisión de Codificación tuviera que informar (41).

En fin, que si el legislador estatal continúa instalado en su impenitente pereza y en su intolerable comodidad, no es de extrañar que las Comunidades Autónomas den un paso al frente para hacer ellas los deberes que no hacen los obligados a hacerlos. Pero para que esto fuera lícito haría falta modificar la Constitución, porque la primera virtud que ha de reunir una buena ley es que quien la promulga tenga competencia para hacerlo. Y la diferencia entre el diseño de la Constitución de 1978 y el de la Constitución de nuestra Segunda República en materia de legislación civil está meridianamente clara. Tal vez la lectura de la Constitución de 1978 con las lentes de la Constitución republicana de 1931 responde, también aquí, a ese nada disimulado deseo de convertir a la España de los primeros años 30 del siglo pasado en el templo de las esencias democráticas y de la convivencia que hemos escuchado de

(40) Conocidísima conclusión que se puede encontrar en DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I, vol. 1º, Madrid, 1949, pág. 210.

(41) Así, PANTALEÓN PRIETO, F., “Responsabilidades y garantías en la Ley de ordenación de la edificación”, *Materiales del II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro*, Córdoba, 3 y 4 mayo de 2001.

labios de un Presidente del Gobierno de España que proclama sin rubor que tenemos un Rey “bastante republicano”...

V. REFLEXIONES FINALES

1. *Un apunte sobre los otros excesos*

Encontrándose esta publicación reservada a temas de Derecho privado, no conviene entrar a desarrollar otros excesos que padecen los nuevos Estatutos de Autonomía, pero sí conviene destacar dos aspectos de los que se dan cita en los recursos de inconstitucionalidad presentados por los parlamentarios del Grupo Popular y por el Defensor del Pueblo:

1. Cuando el Estado ejerce su potestad legislativa, no puede estar condicionado jurídicamente por lo que disponen los artículos de un Estatuto de Autonomía. Pero es que esto lo dicen, además de los recurrentes, ¡el propio dictamen del Consejo Consultivo de Cataluña! Hemos oído y leído durante los últimos meses que el efecto más perverso del *Estatut* consiste en que más de una treintena de leyes estatales habrían de ser reformadas para que Cataluña pudiera funcionar como su Estatuto prevé. Sin comentarios.

2. No cabe que en un Estatuto de Autonomía se contengan catálogos de derechos y deberes fundamentales o de principios rectores que limiten, orienten y condicionen la actividad de las Administraciones autonómicas. Como puede leerse en el recurso del Defensor, todas las Comunidades Autónomas han funcionado hasta ahora con normalidad absoluta sin necesidad de otra tabla de derechos y deberes que los que para todos los españoles establece el Título I de la Constitución.

En clave constitucional, son intolerables cosas como que los aragoneses, las aragonesas, los valencianos y las valencianas (?) tengan también su propia tabla de derechos y deberes, o que en Andalucía o en las Islas Baleares se reconozca un derecho al medio ambiente seguro y sano, a una vivienda digna o un capítulo de principios rectores de las políticas públicas. No hay Comunidad Autónoma que esté resistiendo la tentación. Un Estatuto como el catalán que contiene catálogos de derechos fundamentales de los ciudadanos, de derechos económicos y sociales o una de principios rectores de la actividad de las Administraciones autonómicas, remedando el Título I de la Constitución Española de 1978, ha sido copiado en las restantes Comunidades. Ya a finales de 2005 el Alcalde de La Coruña, Francisco Vázquez, advertía que el Proyecto de Estatuto gallego era, no sólo un “exabrupto muy pobre, muy

intransigente y muy intolerante”, sino una “copia mimética del Estatuto catalán, pero agravada en muchas cuestiones”.

Y si se contesta que nada en los nuevos Estatutos se otorga a los ciudadanos de las Comunidades Autónomas que no esté ya otorgado previamente en la Constitución Española, habrá que responder, con la propia doctrina del Tribunal Constitucional, que “la reproducción de normas estatales por Leyes Autonómicas es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades” (Sentencia del TC 162/1996, de 17 de octubre), y también que no sólo hay peligro de invasión de competencias, sino de que la excesiva tala de árboles para fabricar papel en el que imprimir tan interminables Estatutos termine provocando la completa desertización de España. Y entonces ya todo dará lo mismo.

2. Cavilaciones sobre posibles declaraciones de inconstitucionalidad

Resulta poco tolerable que cuando los desafueros del Estatuto de Cataluña aparecen en otros Estatutos, el que para la aprobación de los mismos sí haya existido consenso de, al menos, los dos grandes Partidos nacionales, determine que nadie haya entablado recurso de inconstitucionalidad contra los mismos. Pero, si nos adentramos en el terreno puramente jurídico, ¿qué pasaría si el Tribunal Constitucional acabara declarando la inconstitucionalidad de algún precepto del nuevo Estatuto catalán –hasta es bastante probable que, en fase de composición de imprenta de estas páginas, ya haya recaído sentencia–, y se tratara precisamente de alguno de esos artículos cuya redacción es idéntica o parecida a la contenida en otros Estatutos?

He oído decir últimamente que la declaración de inconstitucionalidad habría de incluir una suerte de pronunciamiento “erga omnes”, porque no sería de recibo que lo que es inconstitucional en Cataluña fuera concorde con la Constitución en Andalucía o en Valencia. Yo creo que semejante solución está por completo fuera de lugar. El artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece: “*Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia*”. O lo que es lo mismo, si ninguno de los varios recursos planteados contra el *Estatut* planteara la inconstitucionalidad de un hipotético artículo, podría el Tribunal acordar la inconstitucionalidad del mismo si lo considerara suficientemente conectado con precep-

tos de los que sí fueron impugnados. Pero esa “inconstitucionalidad por conexión” solamente puede tener lugar dentro de la misma ley.

El resultado será, en efecto, un completo disparate, que a veces tendrá pleno contenido jurídico material, pero en cualquier caso, será un disparate de pura *elegantia iuris*. Podría ocurrir, a título de ejemplo, que el derecho a un medio ambiente seguro y sano lo tuvieran que encontrar los catalanes en la Constitución, porque el Tribunal Constitucional dijera que ese derecho no puede establecerlo el Estatuto de Cataluña, pero que en cambio el artículo 23 del Estatuto de las Islas Baleares sí pudiera establecer ese derecho porque nadie ha intentado que el Constitucional se pronuncie sobre él.

3. Por una reforma legal que impida que un cambio de Gobierno provoque la retirada de un recurso de inconstitucionalidad

Como ya he señalado con anterioridad (2.5.), existen leyes contra las que el Gobierno de España ha recurrido ante el Tribunal Constitucional sin que éste haya podido pronunciarse, porque los recursos fueron retirados tan pronto como cambió el Partido político que sustentaba al Gobierno de turno. Ya sucedió con la Ley catalana de Fundaciones de 1982, recurrida por el Gobierno de Unión de Centro Democrático y que, una vez el Partido Socialista ganó con holgura las elecciones de aquel mes de octubre, fue retirado por el nuevo Gobierno, manejando tal actuación como signo de “buena voluntad” hacia la Comunidad Autónoma implicada. Más llamativos, en cambio, han sido los casos de las leyes catalanas 29/2002, de 30 de diciembre, primera del Código civil de Cataluña, y 25/2001, de 31 de diciembre, de la accesión y la ocupación. En la primera se contienen materias que invaden de lleno la competencia en materia de “reglas sobre aplicación y eficacia de las normas jurídicas”, atribuida inequívocamente al Estado en el artículo 149.1.8^a C.E. En la segunda se regula algo tan extraño a la tradición foral catalana como la ocupación, y el recurso planteado por el Gobierno del Partido Popular el 18 de abril de 2002 fue aceptado a trámite el 21 de mayo de 2002, pero tan pronto como las elecciones trajeron un Gobierno de distinto signo, la Abogacía del Estado lo retiró. La diferencia es que en este caso el Partido gobernante sí necesitaba el apoyo parlamentario de sus socios catalanes para que la legislatura 2004-2008 no comenzara con desavenencias poco cómodas.

El Defensor del Pueblo, Don Enrique Múgica, en rueda de prensa de 20 de septiembre, pidió “humildemente y con respeto” al Tribunal Constitucional que resuelva cuanto antes este recurso y solicitó a todos

los ciudadanos confianza en las instituciones, de las que el Tribunal constituye “un factor importantísimo”. Pero, visto lo visto, no habría que descartar lo que sucedería si expirara el mandato del actual Defensor del Pueblo antes de que el Tribunal Constitucional dictara sentencia (42). Desde luego, los ciudadanos tendríamos, en efecto, confianza en instituciones como el Tribunal Constitucional si el que éste tome decisiones, de un tipo o de otro, no dependiera de que el signo político de los Gobiernos cambie por los avatares electorales. O de que nuevos juegos de mayorías trajeran consigo que las instituciones legitimadas para plantear recurso de inconstitucionalidad estén menos próximas a los argumentos dados para recurrir por el anterior titular del cargo. Sencillamente, un recurso de inconstitucionalidad que ya ha sido admitido a trámite ha de terminar con sentencia, y no debería permitirse que los cambios de color provoquen la retirada o desistimiento. Eso se llama fraude de ley y mala fe procesal. Si la ** de la Jurisdicción Contencioso-administrativa prevé que el juez no acepte el desistimiento cuando aprecie daño para el interés público (artículo 74.4), algo parecido debería decir la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

4. El riesgo de desvertebración del Derecho civil

Pero, retomando las reflexiones sobre estricto Derecho civil, conviene traer a colación algo bellísimo que se ha dicho acerca del Código ci-

(42) De hecho, resulta sintomático que, por el solo hecho de plantear su recurso, el Defensor del Pueblo ha tenido que sufrir toda clase de reprobaciones. Soflamas procedentes de los nacionalistas de ERC fueron éstas: “Múgica es un aprendiz de Milosevic que está jugando con fuego”, un “enemigo de la convivencia” que persigue “la limpieza étnica” por medio de un recurso de inconstitucionalidad formulado con “partidismo, negligencia y desviación de poder”. El 14 de febrero de 2007 se escenificó la segunda parte de la agresiva campaña, cuando el Partido Socialista de Cataluña, dentro del Grupo de la Entesa, votaba a favor de la reprobación y destitución de Múgica como Defensor del Pueblo, una iniciativa que había sido planteada por *Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya els Verts*, y *Convergència i Unió*. Esta vez fue el senador socialista ilerdense Josep María Batlle Farrán quien adujo que el recurso presentado es “perverso en el fondo y partidista en las formas”. La destitución no pudo tener lugar, y entre otras cosas gracias a que el Grupo Socialista se opuso. Lo llamativo es que el portavoz del PSOE limitó la “defensa del Defensor” a votar negativamente, pero añadiendo que el recurso presentado por Múgica era “llamativamente extravagante” y sin otro interés último que el de “llamar la atención”. Tales fueron las palabras de Juan Luis Rascón, un Diputado socialista cordobés que quería evitar que se escenificara una nueva confrontación entre PSOE y PSC, de esas que tanta indigestión están provocando en la legislatura que venimos padeciendo.

vil: “El Código encarna la idea de progreso. Ante todo, de progreso en sentido político. Es la plasmación de los principios de libertad individual y de igualdad de todos los ciudadanos. Se piensa que sea el vehículo para estabilizar los principios de la revolución y para extenderlos. Es la mochila de todos los soldados de Napoleón, que propagan la buena nueva por el continente; además de un bastón de mariscal, hay un Código civil” (43).

Es el presente un momento en el que no se debe olvidar que el Derecho civil tenía en España el dato precioso y sugestivo de contener un Derecho común y unos Derechos forales parcialmente diferentes, y a los que la Constitución quería ver desarrollados y reforzados. Nada menos, pero sobre todo y en lo que aquí interesa, nada más. Al marco resultante hasta hace pocos años también resultaba factible proyectar la idea que el profesor Díez-Picazo expresaba de manera antológica con la frase transcrita. A los civilistas nos corresponderá seguir recordando lo que este autor, junto con Gullón Ballesteros, han expresado desde hace años: que las auténticas Constituciones hay que buscarlas en los Códigos, pues es en ellos (y no en las, por así llamarlas, “Constituciones formales”) donde se detectan los valores sociales con vigencia efectiva y la efectiva distribución de las fuerzas sociales (44). El elenco de derechos reconocidos por las Constituciones es muy semejante de unas a otras en el mundo moderno en los países democráticos, y siempre ha sido con el Derecho civil era como la Historia venía tomando el pulso de las sociedades, pues es gracias a él donde descubríamos cómo los ciudadanos compran, venden, prestan, se casan, se endeudan, se divorcian, deslindan sus propiedades, ejercitan la patria potestad... viven, en una palabra. El Derecho civil como elemento vertebrador. La única disciplina jurídica en la que el *cives* no interesa por su condición de comerciante, o de administrado, o de contribuyente o de delincuente, sino que interesa porque es eso: *cives*, sin necesidad de puntos de referencia externos y más o menos contingentes.

Y por eso es muy grave lo que está sucediendo. Se dirá que quienes decimos estas cosas no entendemos eso que se ha dado en llamar “la España plural”. Pero es que estamos regresando en Derecho civil a lo que hace unos años el profesor Lasarte Álvarez, lamentándose, calificaba con singular acierto como “particularismo jurídico medie-

(43) DÍEZ-PICAZO, “Codificación, descodificación y recodificación”, *Anuario de Derecho Civil*, 1992, págs. 473 y ss.

(44) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 1984, pág. 55.

val" (45). Pero es que ser *progre* nunca puede consistir en que en los próximos años podamos ver los escaparates de las librerías jurídicas poblados de monografías sobre el servidor de la posesión de Extremadura, la responsabilidad civil del poseedor de animales en Castilla y León, la usucapión ceutí o la Ley de Arrendamientos Urbanos de Murcia.. Muy oportunamente recordaba José María de la Cuesta en la lección de apertura del curso 2006/2007 de la Universidad de Burgos, la civilística europea se encuentra comprometida desde hace casi veinte años en un proceso de unificación parcial del Derecho civil y mercantil de la Unión Europea, del que han surgido varias iniciativas metodológicas y hasta Resoluciones del Parlamento Europeo sobre unificación del Derecho de contratos. Mientras tanto, en nuestro país preferimos hacer nuestra aquella declaración malévola atribuida al Presidente De Gaulle durante la Guerra Fría, acerca de que su amor a Alemania le hacía preferir que hubiese dos Alemanias (46). Nuestro país, en fin, es algo más que diecisiete autonomías unidas por El Corte Inglés y por Pau Gasol.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BELLO JANEIRO, D. (2006), *El desarrollo del Derecho civil gallego en el marco constitucional*, Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, La Coruña.

BLASCO GASCÓ, F. de P. (2007), "Despropósitos de la proposición de ley de régimen económico matrimonial valenciano", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº 21, págs. 5 y ss.

BERCOVITZ, R. (1993), "La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan", en *Derecho privado y Constitución*, nº 1, págs. 15 y ss.

BERCOVITZ, R. (2003), "La competencia para legislar sobre parejas de hecho", en *Derecho privado y Constitución*, nº 17, págs. 69 y ss.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1949), *Derecho civil de España*, t. I, vol. 1º, Madrid, Instituto de Estudios Políticos..

CUENA CASAS, M. (2005), "Uniones de hecho y abuso del derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio", *Diario La Ley*, 15 de marzo de 2005.

CUENA CASAS, M. (2008), *La declaración de concurso de persona casada en régimen de comunidad*, Madrid, 2008.

(45) LASARTE, *Principios de Derecho civil*, t. I, Madrid, 1992, pág. 58.

(46) DE LA CUESTA SÁENZ, *El Derecho civil español y su diversidad legislativa*, cit., pág. 58.

DE LA CUESTA SÁENZ (2006), *El Derecho civil español y su diversidad legislativa*, Universidad de Burgos.

DÍEZ-PICAZO, L. (1992), "Codificación, descodificación y recodificación", *Anuario de Derecho Civil*, págs. 473 y ss.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1984), *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, ed. Tecnos.

EGEA GONZÁLEZ (2006), "El nuevo Estatut y el Codi civil de Catalunya", *Indret*, nº 4 de 2006.

LACRUZ-DELGADO (2002), *Elementos de Derecho civil, I, Parte general. Introducción*, Madrid, ed. Dykinson.

LASARTE, C. (1992), *Principios de Derecho civil*, t. I, Madrid, ed. Trivium.

LORENZO MERINO (1994), "El Derecho civil de Galicia y la Constitución de 1978", *Derecho privado y Constitución*, nº 2, págs. 83 y ss.

MALUQUER DE MOTES BERNET (1993), "Del artículo 149.1.8ª de la Constitución al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas", *Derecho privado y Constitución*, nº 1, págs. 129 y ss.

PANTALEÓN PRIETO, F. (2001), "Responsabilidades y garantías en la Ley de ordenación de la edificación", *Materiales del II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro*, Córdoba, 3 y 4 mayo de 2001.

ROCA TRÍAS, E. (1979), "El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2006), "De cómo Ambrosio de quedó sin coche (o el Derecho civil ante el Estatut)", *La Tribuna del Derecho*, 15 a 30 de abril, pág. 8

YZQUIERDO TOLSADA, M. (1991), "El Fuero del Baylío, vigente pero no viable", *Actualidad Civil*, nº 19, pág. 244).