

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DECLARA NULOS TODOS LOS ARTÍCULOS DE LA LEY 10/2007, DE 20 DE MARZO, DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL VALENCIANO

THE CONSTITUTIONAL COURT DECLARED THE WHOLE LAW 10/2007, OF MARCH 20, ON VALENCIAN MATRIMONIAL ECONOMIC REGIME, AS UNCONSTITUTIONAL

MARIANO YZQUIERDO TOLSADA

*Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense*

Recibido: 19.07.2016 / Aceptado: 27.07.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3263>

Resumen: La Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2016 ha declarado inconstitucional la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, respetando los efectos que la misma ha desplegado durante su vigencia. El Tribunal entiende que si no existían normas escritas ni costumbres que regulasen esa materia (ni tampoco otras conexas) y estuvieran vigentes cuando la Constitución de 1978 entró en vigor, la Comunidad Valenciana no tenía competencia legislativa. Eso sí, el mismo mensaje valdría para combatir los excesos legislativos catalanes en materia de Derecho civil.

Palabras clave: fueros medievales, *Furs*, Comunidad Valenciana, régimen económico matrimonial, competencias en Derecho civil.

Abstract: The Constitutional Court ruling of 28 April 2016 declared the Law 10/2007 of March 20, on Valencian Matrimonial Economic Regime, as unconstitutional, without altering the effects that it has displayed during its term. The Court understands that if there were no written rules or customs that regulated such matter (nor other related or connected to them) and were in force when the Constitution of 1978 came into effect, Valencia had no legislative competence. Nevertheless, the same doctrine would be worth to combat Catalan legislative excesses in civil law.

Keywords: Charters, medieval *Furs*, Valencian Community, matrimonial economic regime.

Sumario: I. Los antecedentes. II. Los antecedentes de los antecedentes. III. La doctrina de la Sentencia de 28 de abril de 2016. IV. ¿Rebobinamos? El inventario de excesos autonómicos. 1. ¿Tolerancia cero con Valencia y permisividad con otras Comunidades Autónomas? 2. La premisa ofrecida por la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC). 3. La trampa de las instituciones conexas. 4. ¿«Allí donde existan» o «allí donde hayan existido»? 5. Las extralimitaciones oblicuas. 6. Las extralimitaciones frontales. 7. ¿Una batalla perdida? V. Conclusión.

I. Los antecedentes

1. La cuestión comenzó cuando el Proyecto de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana decía en su Exposición de Motivos 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*». Pero la

Constitución dice a las claras en ese artículo 149.1.8ª, del que tanto se ha escrito, que las Comunidades Autónomas en las que exista Derecho civil foral («Derechos civiles especiales, allí donde *existan*», en presente de subjuntivo), pueden proceder a su «*conservación, modificación y desarrollo*». Ello pudiera permitir que en Valencia se legislase en orden a la preservación, si no de un Derecho foral escrito vigente cuando la Constitución se aprobó (pues el mismo fue, en efecto, derogado por Felipe V en ese conocido Decreto de 1707), sí del Derecho consuetudinario que estuviera efectivamente vigente allí en 1978.

2. La promulgación de la *Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano* había dejado boquiabierto a mucho lector no acostumbrado a estos sustos. De hecho, no fue 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 saltarse a la torera los informes previos que había de dar la Comisión de expertos (expertos entre los que estaban varios magníficos civilistas que pasaron a ser dimisionarios tras el desplante). A la hora de legislar en Derecho civil autonómico de espaldas a la Constitución, el Presidente Camps no quería ser menos que los impulsores del nuevo Estatuto de Cataluña.

3. Pero es que la grandilocuente frase transcrita del Proyecto del nuevo *Estatut* (aunque después se suavizó un poco en el texto definitivamente aprobado) no iba referida a un Derecho civil, escrito o consuetudinario que pudiera encontrarse vigente, sino, precisamente, al que no lo estaba cuando la Constitución se promulgó. Y eso no es «conservar», ni «modificar» ni «desarrollar», sino más bien «recuperar» 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 la ley valenciana 10/2007, que en las Universidades de Valencia, Alicante y Castellón han tenido que estudiar durante estos últimos años 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 prácticamente nada de constitucionalmente impecable, pues todo él se basaba en esas dos ideas centrales.

4. ...Y entonces, al legislador no le quedó más salida que *idear* un régimen económico matrimonial nuevo. ¿Que el Fuero de Jaime el Conquistador decía que la mujer no podía tener derecho alguno 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. Como dice el profesor BLASCO GASCÓ, los valencianos no solían pactar separación de bienes en mayor número que los castellanos o los andaluces. Yo nunca me cansaré de recomendar separación de bienes a los matrimonios cuyos miembros ejercen profesiones u ocupaciones que tienen elevado riesgo de responsabilidad civil (médicos, arquitectos, abogados, empresarios), pero no porque sea ése precisamente el régimen *natural* de Valencia o de la Conchinchina. Por eso dice algo más Blasco: «*No he visto en las notarías 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*». Y si encima el modelo resultante es una copia del que ya contenía el Código civil, pues para este viaje no hacían falta alforjas.

II. Los antecedentes de los antecedentes

5. 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.

6. 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 llamativa. 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. La pregunta es sencilla: ¿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? Semejante *jugada* estaría igual de justificada que la urdida 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.

7. Y ya puestos, el Parlamento andaluz se podría también dedicar a dictar su propia ley de régimen económico matrimonial basando su competencia para hacerlo en las costumbres holgazanas de Córdoba (dadas por Isabel la Católica y según las cuales, como las mujeres cordobesas no participaban en el sostenimiento de las cargas familiares, tampoco podían participar en los gananciales adquiridos durante el matrimonio), y que fueron suprimidas por Carlos IV en 1801.

8. No quiero con esto decir que sean comparables en importancia las viejas normas cántabras, conquenses, sepulvedanas o cordobesas con los *Furs* de Jaime I. Y es indiscutible que los Decretos de Felipe V fueron injustos con Valencia, y que fue ése el precio que se vieron obligados a pagar en esas tierras por su apoyo explícito al Archiduque de Austria en la sucesión al trono de España, por mucho que se empeñara el primer Borbón en convencer a propios y extraños de que las castellanas fueran leyes «tan loables y plausibles en todo el Universo». También es cierto que las restantes regiones forales sí acabaron recuperando, más tarde o más temprano, los Fueros que habían sido objeto de abolición. Y es en ellas en las que pensaba Alonso Martínez con sus bellas palabras que explicaban un propósito del Ministro de Gracia y Justicia que fue el que condujo al anhelado desbloqueo de la codificación civil española: «*Lo declaro franca y noblemente: mi sueño dorado es la publicación del Código civil; y sin embargo, renunciaría a esta ilusión de mi vida, la que más ambiciono en el puesto que hoy ocupo, y la que he acariciado más en la Comisión de Codificación, si para realizarla hubiera de pasarse de pronto el nivel sobre todas las provincias españolas, sometiénolas a viva fuerza a una ley totalmente idéntica, siendo como es diferente en puntos esenciales de su organismo jurídico, con el riesgo inminente de producir en su seno una honda perturbación*»¹.

9. Y, lamentablemente, también es cierto, a la contra, que hubo regiones como Galicia que, ya en el siglo XX y en la etapa de las Compilaciones forales, no tenía ni siquiera un Derecho foral escrito, sino que solamente contaba con las costumbres del agro gallego, pero quién sabe por qué extraña razón se sumaron al proceso compilador –hay quien destaca el dato del origen gallego del Ministro de Justicia Álvarez Bugallal en la época de promulgación de la Compilación gallega²–. Y otras como Extrema-

¹ ALONSO MARTÍNEZ, «De las dificultades que se oponen a la publicación del Código civil», en *El Código civil en sus relaciones con las Compilaciones forales*, t. I, 1884. Consultado el texto en Rogel y Vattier (coords.), *Alonso Martínez. Vida y obra*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, pg. 1177.

² LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, 1, 21ª edic, Madrid, 2015, pg. 21.

dura, en cuyo territorio había y sigue habiendo dos docenas de pueblos en los que se encuentra vigente el sistema de comunidad universal en el matrimonio conocido como Fuero del Baylío, que no llegó a compilarse, pero que continuó vigente cuando se promulgó la Constitución de 1978 y de ahí la indiscutible competencia del Parlamento extremeño para su desarrollo³. Y mientras tanto, otras, como Valencia, continuaron con sus Fueros sepultados.

10. Pero lo que no se puede ignorar es que unos Fueros del siglo XIII, abolidos en el siglo XVIII y que nunca fueron recuperados, no constituyen plataforma suficiente para considerar que, cuando llegó la promulgación de la Constitución de 1978, la Comunidad Valenciana estaba incluida en la expresión «*allí donde existan*». ¿Y reconocer eso constituye una herida lacerante, ya en pleno siglo XXI, para el pueblo valenciano? Dice PIQUERAS que «*todo parece indicar que por lo menos en la época de redacción de los primeros Furs, a las hijas se las dotaba y ahí acababa su participación en la herencia familiar. Para la mayoría, la dote fue posiblemente su única posesión material*»⁴. ¿Anhelaban en Onteniente y en Alcira, en Morella y en Vinaroz, buscar en el régimen dotal un *aggiornamento* que lo hiciera «constitucionalmente impecable»? Dice también, al respecto de la intervención de los progenitores en los matrimonios, que «*contraer esponsales como matrimonio sin consentimiento paterno se castigó, desde 1332 con la pena de decapitación*»⁵. ¿Querían en Altea y en Calpe, en los tiempos que corren, buscar una intervención, por suave que fuera para así superar el filtro constitucional de la dignidad de la persona (art. 10 CE), del padre de la hija contrayente del matrimonio (y de la madre, para que fuera también «constitucionalmente impecable»)? No es de extrañar, en fin, que el recurso de la Abogacía del Estado hablara de que la Generalitat quería una «recuperación romántica o indiscriminada del Derecho foral valenciano».

III. La doctrina de la Sentencia de 28 de abril de 2016

11. Y eso es lo que ahora ha dicho la **STC de 28 de abril de 2016**. No es posible remontarse a un momento anterior para entender el significado de la expresión «allí donde existan»: esa preexistencia «*no debe valorarse con referencia a cualquier coordenada temporal, como se pretende desde la Comunidad Autónoma, sino muy precisamente al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución*». Nada nuevo, pues ello ya se había dicho hace un cuarto de siglo en la STC 121/1992, de 28 de septiembre. Se trata de conservar, modificar y desarrollar el Derecho que estaba vigente cuando la Constitución se aprobó, y no vale que las Comunidades Autónomas legislen sobre instituciones que no formaban parte de ese Derecho vigente en 1978. Y tampoco vale decir, como hace el Voto Particular de Don Juan Antonio Xiol, que la competencia valenciana para aprobar esta ley se hallaba en el Estatuto de Autonomía, que desde su reforma de 2006 (Ley Orgánica permitía «*la recuperación de los contenidos correspondientes del histórico Reino de Valencia*», y que si contra el Estatuto que no se intentó recurso alguno, no pueden anularse las leyes dictadas a su amparo.

12. La Sentencia prefiere pensar que un Estatuto de Autonomía «*no es una norma atributiva de las competencias del Estado*». En efecto, el ámbito competencial de un Estatuto de Autonomía, a modo de lo que los americanos denominan «*lower Law*», no puede ser más amplio de lo que el «*higher Law*» de la Constitución permita, pues, como sostenía la Abogacía del Estado, los Estatutos de Autonomía están jerárquicamente subordinados a la Constitución, y lo que resulta es que la Ley impugnada «*no refleja una realidad consuetudinaria efectivamente existente (...), sino que la crea ex novo*, sin conexión alguna con sus usos vigentes, tratando además de resucitar prácticas ya abandonadas por haber sido formalmente derogadas». Es cierto que la Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto, de transferencia de competencias de titularidad estatal a la Comunidad Autónoma Valenciana (LOTRAVA, en lo sucesivo) sirvió para que

³ Puede verse YZQUIERDO TOLSADA, «El Fuero del Baylío, vigente pero no viable», *Actualidad Civil*, nº 19, 1991, pgs. 239 y ss.

⁴ PIQUERAS JUAN, «Contratos matrimoniales en régimen dotal, 1381-1491: una aproximación a la sociedad del reino medieval de Valencia». *En la España Medieval*, 2012, vol. 35, pg. 104.

⁵ PIQUERAS JUAN, ob. cit., pg. 106.

la Comunidad Valenciana asumiera la competencia para legislar en materia de Derecho civil. Esa asunción competencial se confirmó después en las reformas operadas en el Estatuto de Autonomía de 1994 y de 2006. En definitiva, la Sentencia examina el art. 1 LOTRAVA y el art. 7.1 y la Disposición transitoria tercera del Estatuto (versión vigente debida a Ley Orgánica 1/2006, de 10 abril, en adelante EACV):

Art. 1 LOTRAVA: «*Por la presente ley, el Estado, de acuerdo con el artículo 150.2 de la Constitución, transfiere a la Comunidad Autónoma Valenciana todas aquellas competencias correspondientes a materias de titularidad estatal comprendidas en el Estatuto de la Comunidad Valenciana que excedan de las competencias configuradas en el artículo ciento cuarenta y ocho de la Constitución, de acuerdo con los siguientes criterios:*

(...)

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

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

Finalmente, la disposición transitoria tercera EACV establece: «*La competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución Española».*

13. El Tribunal, haciendo suya la calificación dada por la Abogacía del Estado, entiende el art. 7.1 del Estatuto es un precepto *competencialmente neutro*, o lo que es lo mismo, no atribuye competencias a la *Generalitat*, sino que se limita a sentar un principio de actuación conforme a la Constitución que habrá de ser lo que informe el ejercicio de las competencias autonómicas. Y la misma interpretación habrá de merecer la disposición adicional tercera EACV cuando se refiere a la recuperación y actualización de la «*normativa foral del histórico Reino de Valencia*», dado que ello lo hace «*en los términos establecidos por este Estatuto*», es decir, por el art. 49.1.2 y «*al amparo de la Constitución Española*». En resumidas cuentas, todo con plena sujeción al art. 149.1.8 CE cuando se trata de conocer qué superficie tiene la competencia estatutaria cuando se presenta para acometer la «*conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano*». Terminantemente, afirma la Sentencia que un Estatuto de Autonomía no es norma atributiva de las competencias estatales prevista en el art. 149.1 CE, pues tales competencias son indisponibles para el legislador estatutario, como poder constituido que es ⁶.

14. Y si la competencia se obtuvo en la Comunidad Valenciana a través de la LOTRAVA, ello no evita la conclusión: «*si bien la Comunidad Autónoma Valenciana posee competencia legislativa en materia de derecho civil valenciano, tal y como expresa su EACV, ésta, como cualquier otra Comunidad Autónoma con derecho civil propio, debe ejercerse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, es decir, con la finalidad de conservar, modificar o desarrollar las normas legales o consuetudinarias que formen parte de su acervo jurídico a la entrada en vigor de la CE*». No cabe, en fin, pensar en una preexistencia referida a «*cualquier coordinada temporal, como se pretende desde la Comunidad Autónoma, sino, muy precisamente, al tiempo de entrada en vigor de la Constitución*». Por lo tanto, si no se ha aportado la prueba de que en la Comunidad Valenciana existía ley o costumbre vigente, la

⁶ Discurren en contra, razonando en todo momento con base en la premisa de que el *Estatut* es la norma atributiva de la competencia civil desde la cual pueden legislar las Cortes Valencianas, legítimamente y sin que haya que mirar el techo impuesto por la Constitución en materia civil, los trabajos contenidos en PALAO GIL, DOMÍNGUEZ CALATAYUD, MOLINER NAVARRO Y TORREJÓN PUCHOL, *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de Derecho civil*, ed. Titant lo Blanch, Valencia, 2013.

inconstitucionalidad es palmaria. Y no basta con aducir cualquier suerte de conexión entre los antiguos *Furs* del Reino de Valencia y las instituciones económico-matrimoniales reguladas en la Ley impugnada, pues lo que hacía falta era probar la pervivencia de las concretas costumbres que pudieran servir de punto de conexión: «*Por lo que se refiere a cualquier institución jurídico civil, haya sido recogida por norma positiva o consuetudinaria, hay que señalar que, para el ejercicio de la competencia legislativa, la acreditación de su existencia en el momento de entrada en vigor de la CE se erige en presupuesto indispensable*».

15. Eso sí, los valencianos que desde la entrada en vigor de la ley ahora anulada celebraron matrimonio y no hayan otorgado capitulaciones matrimoniales, se entiende por la sentencia que lo que deseaban era regir su economía por el régimen de separación de bienes, previsto en aquélla como régimen supletorio de primer grado. Y añadido yo, si no sabían que ése estaba siendo su régimen, no está mal que lo sepan ahora, pues si les disgusta, tendrán que manifestar su voluntad contraria mediante capitulaciones matrimoniales postnupciales.

IV. *¿Rebobinamos?* El inventario de excesos autonómicos

1. *¿Tolerancia cero con Valencia y permisividad con otras Comunidades Autónomas?*

16. La Sentencia constituye una buena noticia. Y no solamente se declaran inconstitucionales los preceptos impugnados por el Gobierno de la Nación, sino, en aplicación del artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la totalidad de los artículos de la Ley. Inconstitucionalidad por extensión, pues. Pero tan decidida y valiente sentencia ha de interesar tanto por lo que dice como por lo que calla. Dice que habría hecho falta probar la preexistencia de la norma, legal o consuetudinaria, cuando la Constitución de promulgó. Naturalmente. Pero calla algo que no había más remedio que callar, pues el Tribunal no puede ir más allá. Y es que no deja de llamar la atención que Cataluña tenga a día de hoy un Código civil repleto de normas sobre instituciones que ni de lejos formaban parte del Derecho que estaba vivo en ese territorio cuando llegó la Constitución. Ni en ese «acervo normativo o consuetudinario» previo ni en «otra institución civil diferente a la regulada pero conexa con ella» encontrábamos allí normas sobre clases de posesión, o sobre el derecho de retención, o sobre las categorías de bienes o de frutos.

17. Resulta entonces extraordinariamente llamativo que la STC 82/2016, cuando sale al paso de la muy lógica denuncia que formula la Generalitat Valenciana acerca de la diferencia de trato con otras Comunidades Autónomas, diga lo siguiente: «*d) En relación con los conocidos antecedentes históricos que proporcionan el sustrato de legitimidad de la reivindicación y la denuncia que hace la Generalitat Valenciana acerca de su discriminación y desigualdad de trato en comparación con otras Comunidades Autónomas con competencias más amplias en materia de Derecho civil, hemos de aclarar que si han podido asumir esas competencias más amplias es precisamente por cumplir las condiciones establecidas en el art. 149.1.8 CE, recordando en todo caso que la igualdad de trato ex arts. 14 y 139.1 CE no es predicable de las Comunidades Autónomas, ni puede permitir alterar el régimen de distribución de competencias resultante de la CE y del bloque de la constitucionalidad (por todas, STC 20/2013, de 31 de enero, FJ 10)*».

18. No quiero que se enfade ningún colega o amigo, ya sea legislador, asesor de legislador, juez, abogado o profesor de muchas Comunidades Autónomas distintas de la Valenciana si digo que la frase me hizo esbozar algo más que una leve sonrisa: Cataluña, Aragón, Galicia, el País Vasco, y también Castilla y León o Andalucía, han venido cometiendo mastodónticos excesos legislando en Derecho civil durante los últimos veinte años, pero es que en esos territorios –dice ahora el Tribunal Constitucional–, «*si han podido asumir esas competencias más amplias es precisamente por cumplir las condiciones establecidas en el art. 149.1.8 CE*».

19. Con alguna frecuencia he tenido que evacuar alguna consulta que me ha obligado a diferenciar las normas aplicables según sea de aplicación la norma civil de una Comunidad Autónoma, sea de aplicación la de otra, o lo sea, en fin, el Código civil (español, se entiende). Particularmente llamativo es que puedan encontrarse normas sobre Derecho (privado, se entiende también) de consumidores y usuarios que rigen en unos lugares pero en otros no porque, aun teniendo idéntico contenido, han sido declaradas inconstitucionales solamente las de una Comunidad Autónoma pero no las de otra. Por ejemplo, la STC 264/1993, de 22 de julio, ante el recurso planteado por el Gobierno de la nación, declaró contrario a la Constitución el art. 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. En cambio, el art. 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? Pero supongo que el director de estos *Cuadernos*, mi buen amigo Alfonso L. CALVO CARAVACA, me dirá que esta pregunta no debe formularse –y menos todavía contestarse– en una publicación de esta naturaleza...

20. Nuestro país cuenta con un amplio inventario de normas inconstitucionales en materia de contratos, promulgadas sin competencia para hacerlo por algunas Comunidades Autónomas. Hace unos años tuve que evacuar una consulta interesante: ¿qué se puede hacer con esos vehículos de alta gama que, una vez reparados o mejorados, no pasaban a ser recogidos por las empresas que contrataron la reparación o mejora con los concesionarios? Naturalmente, hubo que contestar que el artículo 1600 del Código civil español confiere el derecho a retener el vehículo mientras no se pague la factura, pero que en el Código civil de Cataluña ese derecho de retención se ha configurado con carácter de pleno derecho real de garantía: el concesionario podría proceder a la ejecución del automóvil, por enajenación directa o por subasta pública notarial, una vez transcurridos dos meses desde la notificación notarial de la decisión de retener hecha a los deudores y a los propietarios sin que se haya producido la oposición judicial (artículo 569-7 del Libro V). Si la norma aplicable a ese contrato de obra es la correspondiente al lugar de celebración del mismo –algo que será lo más normal–, el dueño del coche se puede encontrar con que su propiedad se ha esfumado, que es, en fin, lo que pasa con los objetos pignoralizados cuando las deudas garantizadas con ellos no se cumplen...

21. Conviene, para que la argumentación no resulte más complicada de lo que ya es de por sí el problema planteado, partir de una premisa con la que nos obsequia el propio Tribunal Constitucional y, a continuación, ordenar de manera mínimamente sistemática los excesos autonómicos cometidos.

2. La premisa ofrecida por la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC)

22. La Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 31/2010 de 28 de junio, dice que «*el art. 129 EAC no se refiere, ni podría hacerlo, a la totalidad del Derecho civil español, sino sólo al Derecho civil privativo de Cataluña, respecto del que la Generalitat puede perfectamente ostentar una competencia exclusiva que tenga por objeto la conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho, (...) en la que se comprenda la determinación de su propio sistema de fuentes. Determinación que, como función normativa, sólo puede tener el alcance que es propio de las funciones de “conservación, modificación y desarrollo” del Derecho civil existente en Cataluña al constituirse ésta en Comunidad Autónoma, que son las que constitucionalmente le reconoce y garantiza el art. 149.1.8 CE*».

23. Las Comunidades Autónomas a las que el precepto constitucional se refiere son las que tenían Derecho foral cuando la Constitución se promulgó, y la competencia legislativa en materia civil de los Parlamentos autonómicos correspondientes se circunscribe, en su extremo más elástico, al desarrollo de las instituciones que constituían ese Derecho propio. Pero lo que no cabe es inventar otras nuevas. Es

decir, 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. Antes bien, las posibilidades han de ser más amplias, y la función de 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 o en los índices 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*».

24. Pero 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. Me explicaré con algunos ejemplos:

25. Si en Galicia la Compilación de 1963 regulaba la aparcería pero no el arrendamiento rústico, no es criticable que la Ley gallega se ocupara en 1995 de tal arrendamiento. pero no el arrendamiento rústico, nada impide que el Derecho civil gallego postconstitucional se ocupe con detalle de tal arrendamiento. En la actualidad, de la aparcería se ocupan los arts. 127 y ss. de la Ley 2/2006 de 14 de junio, del Derecho civil de Galicia, y del denominado arrendamiento del lugar acasado, los arts. 119 y ss.

26. Si el art. 278 de la Compilación catalana de 1960 regulaba la incorporación de materiales propios en suelo ajeno, no hay nada que impidiese 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* estableciera para Cataluña normas que deciden 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 (art. 5), o contuviera 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). Estos preceptos han ido a desembocar en los actuales arts. 542-1 y ss. del Libro quinto del Código civil de Cataluña.

27. De la misma manera, si dos artículos de aquella Compilación regulaban el usufructo sobre árboles o sobre bosques maderables, desarrollar el Derecho foral supone admitir que la ley establezca normas sobre tales cuestiones (así, arts. 561-25 y ss. del Libro quinto del Código civil catalán), pero también vale que contenga soluciones para el usufructo de dinero (art. 561-33) o de participaciones en fondos de inversión (art. 561-34). En general, el usufructo se regula en su plenitud en los arts. 561-1- y ss.

28. Y otro buen ejemplo de desarrollo correcto es el ocurrido en Cataluña con la servidumbre, institución que tenía una cierta presencia en la Compilación de 1963, pero la suficiente para que se promulgara la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiónes, servidumbres y relaciones de vecindad. Es decir, una ley que reguló las figuras próximas o conexas y hasta las acciones protectoras del derecho en cuestión (ahora presente todo ello en los arts. 566-1 y ss.).

3. La trampa de las instituciones conexas

29. Pero lo que no vale es aprovechar que se está regulando la accesión para, de paso, regular la ocupación (arts. 542-20 y ss.). O que se aproveche que se legisla sobre servidumbre para, de paso, y sin disimulo, regular el derecho de superficie (arts. 564-1 y ss.), y el de opción (arts. 568-8 y ss.), y los de tanteo y retracto (arts. 568-13 y ss.). Y si en la Compilación había un artículo que se limitaba a remitirse al Código civil para todo lo relativo a la tradición de la cosa vendida, no vale regular *ex novo* la tradición como modo de adquirir (arts. 531-2 y ss.). Y como la tradición es habitualmente posesoria, pues ¿por qué

no regular de paso la posesión (arts. 521-1 y ss.)? Y la propiedad (arts. 541-1 y ss.), y las restricciones y limitaciones al derecho de propiedad (arts. 545-1 y ss.). Y el objeto del derecho real, incluida la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles (art. 511-2) o las clases de frutos y la forma de hacerse con ellos (arts. 541-3 y 4). Y la prenda (arts. 569-12 y ss.).

30. Y a veces las instituciones conexas sirven para que el legislador autonómico se limite a desarrollar normas estatales, a veces limitándose a copiarlas. Con semejante procedimiento, no es difícil entender lo que ha sucedido en Aragón con la *Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona*. En ella se contiene –no podía ser de otro modo– 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 el problema es que 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, que el mayor de edad aragonés es capaz para todos los actos de la vida civil (art. 1), o que para el cómputo de los años se ha de incluir completo el día del nacimiento (art. 8), o que la filiación determina los apellidos (art. 54), 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 (art. 35)... son, en fin, normas que ya contenía el Código civil español o la Ley de Enjuiciamiento Civil.

31. 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 (art. 135), esta nueva ley aragonesa hubiera conferido al curador la plena condición de representante legal? ¿Y si de repente deciden que en Aragón la mayoría de edad no se alcance antes de cumplirse los veinticinco años?

32. Y no faltan tampoco en esta 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 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Jurisdiccional del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen 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 (art. 17)? ¿Acaso van a poder ahora las Comunidades Autónomas dictar o modificar leyes orgánicas?

4. ¿«Allí donde existan» o «allí donde hayan existido»?

33. Estas páginas las estoy dedicando al período «allí donde existan» y a su significado. Y no se piense que estas reflexiones tienen a la Comunidad Valenciana como único exponente. Lo que ha sucedido en el País Vasco es verdaderamente curioso, pues, si lo que el constituyente quiso decir es que la Comunidad Autónoma puede desarrollar el Derecho foral o especial allí donde el mismo exista (esto es, allí donde se viniera aplicando cuando la Constitución se promulgó), la *Ley 3/1992 de 1 de julio, del Derecho civil foral del País Vasco* prefirió entender que la expresión «allí donde existan» permite extender el Derecho foral vigente en una determinada zona de una Comunidad Autónoma al resto del

territorio de dicha Comunidad. Ahí está, en efecto, el art. 10-1: «*los Municipios en los que rige la legislación civil general podrán optar por la aplicación de este Fuero Civil en todo su término, en virtud de la Concordia de 1630...*». Y el art. 11: «*si a resultas de la voluntad expresada por sus vecinos, con los trámites del artículo anterior, este Fuero en su integridad pasa a regir en el territorio no aforado de una Villa, aquellos, por tal hecho, ganarán de inmediato la vecindad civil foral*».

34. Y es que, como se señala en el Preámbulo de esa ley, la Compilación había dejado sin valor ni alcance la Concordia de 1630, que autorizaba a las Villas de Vizcaya a reclamar la vigencia de la Ley Foral en su territorio y en virtud de la cual los municipios de Elorrio, Bermeo, Ochandio y Areacha se acogieron al fuero, en todo o en parte. Me pregunto: ¿se puede resucitar ahora una norma que en 1610 hablaba de cuatro municipios como pretexto para extender a los naturales de la totalidad del territorio la nueva vecindad civil? Pues parece que sí. Y por si hubiera dudas, la nueva *Ley 5/2015, de 25 de junio, del Derecho civil foral del País Vasco* establece en su art. 8 que «*La presente ley se aplicará en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, salvo aquellos preceptos en que expresamente se declare su vigencia en un territorio concreto*».

35. No tendría nada de extraño, por ejemplo, que pronto la Comunidad Autónoma de Extremadura viniese a extender el ámbito de aplicación del Fuero del Baylío, desde los veintitrés pueblos en que rige, a la totalidad de las provincias de Cáceres y Badajoz. Y si «juntamos los estilos» valenciano y vasco en la interpretación de la expresión, tampoco resultaría extraño que la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha hiciera uso del Fuero de Cuenca para regular un régimen económico matrimonial para todo el territorio de la Comunidad (toda la provincia de Cuenca y además Guadalajara, Ciudad Real, Toledo y Albacete, pues).

5. Las extralimitaciones oblicuas

36. Hemos vivido un proceso a lo largo y ancho de la geografía española, y particularmente visible en la última década, en el que cualquier pretexto sirve para hablar sin ningún disimulo de las «instituciones conexas». El escenario ha consistido en que, allí donde las Comunidades Autónomas regulan determinadas cuestiones que son básicamente *de Derecho público* y que, según la Constitución, les corresponde a ellas regular (turismo, comercio interior, caza, cultura, medio ambiente, reforma agraria, asistencia social, urbanismo y vivienda, etc.), han aprovechado, de paso, para abordar en la regulación cuestiones de estricto *Derecho civil*. La deliberada confusión entre las dimensiones vertical y horizontal del Derecho es muy visible (es decir, la utilización de un título competencial autonómico del art. 148 CE para hacerlo jugar *inter privados*), y valgan solamente algunos ejemplos:

37. Es así que los Parlamentos Autonómicos pueden y deben legislar en materia de atención y protección de menores desamparados, pues entonces se aprovecha desde Aragón para regular los requisitos de la adopción, aunque su Derecho foral de familia no contuviera ninguna regulación específica de la filiación cuando la Constitución se promulgó. Y ello, con la bendición del TC (STC 88/1993, de 12 de marzo).

38. Es así que se legisla en materia de ordenación del comercio minorista, pues entonces se aprovecha para incluir en la regulación determinados preceptos sobre la oferta de contrato.

39. Es así que existe competencia autonómica en materia de turismo, pues entonces se regula también el régimen de determinados aspectos de los contratos por los que se constituye determinado derecho de aprovechamiento turístico a tiempo compartido.

40. Es así que hay que regular la actividad de la caza (licencias, terrenos cinegéticos, etc.), pues regulemos también la responsabilidad civil. Y así sucesivamente.

41. A veces el Tribunal Constitucional ha puesto las cosas en su sitio, como pasó con la STC de 1993 antes mencionada (*supra*, nº 19) que declaró contrario a la Constitución un precepto de la *Ley de la Actividad Comercial de Aragón*, sobre responsabilidad por las irregularidades derivadas de la venta automática. Curiosamente, en la *Ley de comercio de Castilla y León* se establece exactamente lo mismo, pero nadie ha intentado recurso de inconstitucionalidad contra el mismo.

42. Particularmente caótico es el resultado que ofrece el régimen de responsabilidad civil por los daños causados por las especies cinegéticas cuando irrumpen en 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 (art. 33.1). Pero si se revisa toda la legislación autonómica, 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 (art. 71.3), pero en el único artículo que la ley cántabra dedica a este tipo de responsabilidad civil (art. 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 (art. 13, pº 2º de la Ley 9/1998, de 2 de julio). Mientras tanto, la norma navarra añade un dato enterneador, 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» (art. 35.1 del Decreto Foral 390/1993, de 27 de diciembre).

43. Además, y por si éramos pocos, en la Ley de Tráfico y Seguridad Vial de 2005 (reformada después en 2014, y recuérdese que la competencia en esta materia sí es estatal) se limitó 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). Se hace difícil digerir el contrasentido de una competencia sobre la actividad de la caza que se hace residir en las Comunidades Autónomas para a continuación ser hurtada y recuperada por el Estado en la Ley de tráfico, que entra a gobernar la responsabilidad por el accidente de tráfico debido precisamente a la acción de cazar. A veces he dicho que, si se emprende un viaje por las provincias limítrofes con Portugal, si a uno le tiene que saltar un ciervo a la calzada, mejor será que no se trate de un ciervo extremeño. Mejor que sea salmantino, porque en Extremadura, la Junta puede ser tomadora de una póliza de seguro de responsabilidad civil (art. 74.3 de la Ley extremeña correspondiente), pero en Castilla y León es obligatorio que lo haga (art. 12.2 de la Ley 4/1996).

44. Otro buen escenario es el de las doce leyes de parejas no casadas que tenemos en nuestro país, dictadas al abrigo de competencias evanescentes, como es la derivada de que son todos los poderes públicos los que deben procurar protección social, económica y jurídica de la familia, para así cumplir con lo dispuesto por el art. 39 CE. Una previsión constitucional de inequívoca dirección vertical: administraciones y ciudadanos. Pero no: las leyes regulan la vida jurídica de la pareja, y cada una tiene previsto un diferente ámbito subjetivo de aplicación, con un resultado realmente patético:

45. 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 bastaba con que lo esté uno de los dos, aunque con posterioridad, la Ley 5/2012, de 15 de octubre prefirió pedir la vecindad civil de ambos, si bien pudiera ser aplicable también si sólo un miembro de la pareja la tenía y los criterios de resolución de conflictos de leyes del Código civil desembocaran en esa conclusión; las leyes balear (Ley 18/2001, de 19 de diciembre), catalana (Ley 10/1998, de 15 de julio) se aplican cuando al menos uno tiene la vecindad civil correspondiente a cada una; lo mismo pasaba en la Ley Foral 6/2000, de 3 de ju-

lio, de navarra, si bien el art. 2.3 fue declarado inconstitucional por STC 93/2013 de 23 abril por invadir la competencia exclusiva del Estado en materia de normas para resolver los conflictos de leyes; 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 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.

46. Pues bien, pensemos por un momento en que el art. 34 de la ley catalana estuvo atribuyendo derechos en la sucesión intestada al otro miembro de la pareja, pero siempre que se trate de una pareja de homosexuales. Ello ha sido así hasta que la *Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones*, derogó la diferencia de trato. Hasta entonces, no había allí previstos derechos sucesorios abintestato en la pareja estable heterosexual: si sus miembros querían tener derechos hereditarios, debían otorgar testamento o casarse. Desde luego, la discriminación pasó a carecer 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, durante el tiempo de vigencia de ese art. 34 de la Ley de Uniones Estables de Pareja, ¿qué pasaba si él era 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 (art. 9.1), y también es claro que las normas sobre conflictos de leyes son, por fortuna, una de las competencias claramente reservadas al Estado en el art. 149.1.8ª. Pero no me extrañaría nada que algún pleito haya tenido lugar porque el supérstite alegó la ley autonómica diferente a la del causante que permite llamar a la sucesión a unos o a otros.

47. 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»⁷. 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 a veces hasta se permitan el lujo de discriminar negativamente al matrimonio.

48. En efecto, en la *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 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 gananciales por ser el régimen previsto como común y supletorio en el artículo 171.

⁷ Así, R. BERCOVITZ, “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, en *Derecho privado y Constitución*, nº 17, 2003, págs. 69 y ss., donde se habla de la flagrante inconstitucionalidad.

49. Semejante norma se debió 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 claudicado de sus tradiciones, pasando a considerar a la forma del matrimonio como requisito esencial⁸. 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 felicitar a que el legislador gallego terminara cayendo en la cuenta, aunque fuera 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».

50. 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».⁹

51. 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.

52. 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 legislador 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, y ahí van dos de los ejemplos que propone para demostrar la flagrante discriminación en contra del matrimonio¹⁰:

⁸ ARECHEDERRA ARANZADI, *Los matrimonios irregulares en Escocia*, ed. Dykinson, Madrid, 2004.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

- 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 de no casarse pero sí constituir pareja de hecho –añado yo– la conoce una famosa tonadillera que estuvo casada con un famoso torero que «algo» le dejó del tercio de libre disposición con la condición de permanecer viuda, y que luego formó pareja de hecho con quien acabó siendo un famoso Alcalde, que acabó en horas bajas y carcelarias.

53. En fin, en su voto particular a la STC 47/1993 de 8 de febrero, el Magistrado 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 profesora CUENA: 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.

54. Y eso que Galicia, al fin y al cabo, es región foral. Pero veamos lo que sucede en Andalucía. Si en el Código civil el viudo tiene un derecho de predetracción sobre las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, sin que ello se compute en su haber hereditario (art. 1321), en la *Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho*, el sobreviviente también tiene derecho a residir un año en la vivienda (art. 13). Valga un ejemplo: si estaban casados, le dan al viudo los muebles y los cuadros, pero si no lo estaban, no es que haya atribución de titularidad alguna, pero sí un derecho a poseer la vivienda que a lo mejor implica poner en la calle a los niños habidos de un anterior matrimonio de uno de los miembros de la pareja... Así que, puestos a que haya leyes autonómicas que contienen indebidamente normas civiles, a veces hasta se permiten el lujo de discriminar negativamente al matrimonio. En Andalucía el viudo «de hecho» está mucho mejor tratado que el viudo «de derecho».

55. Y mientras escribo estas líneas, ha sucedido que una nueva Sentencia ha negado que pueda haber normas civiles sobre parejas no casadas en la Comunidad Valenciana. En efecto, la STC de 9 de junio de 2016 (recurso núm. 4522/2013) ha utilizado la misma argumentación que se lee en la Sentencia que es objeto de este trabajo: podrán ser conformes con la Constitución los preceptos de la *Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas* que tienen «dimensión vertical» (constitución de la pareja formalizada, prohibiciones, extinción, cancelación de la extinción, función pública, licencias, permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo, ayuda familiar, normas presupuestarias, indemnizaciones, subvenciones, tributos autonómicos, etc.), pues a eso va referido el art. 39 CE cuando compromete a los poderes públicos (a todos) a la protección de la familia; pero es competencia del Estado en aquella Comunidad todo cuanto tiene que ver con el derecho civil, esto es, con los derechos y deberes de los miembros de la pareja en su vida de relación (efectos de la extinción entre las partes, regulación de la convivencia, régimen económico, gastos de la unión, alimentos, vivienda y ajuar, responsabilidad, representación, régimen sucesorio, etc.). Desde luego, que la Generalitat alegara que había normas consuetudinarias previas y vigentes en 1978 al respecto (la costumbre testamentaria *«de l'une per l'altre»* o el fideicomiso foral) parecía casi de chiste. Y tampoco existe competencia autonómica para hacer depender el ámbito de aplicación de la ley de la vecindad civil de las partes, pues ello vulnera la competencia del Estado en materia de normas para resolver los conflictos de leyes.

56. Y nada tengo que objetar a esta nueva Sentencia. Pero entiendo el malestar de muchos juristas valencianos, pues el resultado es que en Andalucía una ley sobre parejas no casadas sí puede contener normas de naturaleza sucesoria, pero en la Comunidad valenciana no puede haber ninguna. Eso sí, hay que decir para mitigar estas discriminaciones que el Tribunal Constitucional, en materia de parejas de hecho, había declarado contrarios a la Constitución determinados artículos de la ley de Madrid y también de la ley de Navarra (*vid supra*, nº 45, para la concreta identificación de ambas). La STC 81/2013, de 11 de abril, decidió la inconstitucionalidad de determinados artículos de la ley madrileña por invadir la competencia exclusiva del Estado en materia civil, ya que contenían normas sobre pactos suscritos por la pareja dirigidos a regir sus relaciones personales, económicas y patrimoniales. Y pocos días después, la STC 93/2013 de 23 abril declaró también que concretos preceptos de la ley navarra transgredían la competencia del Estado en materia de resolución de los conflictos de leyes.

6. Las extralimitaciones *frontales*

57. Finalmente, y 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, las inconstitucionalidades clamorosas y flagrantes, es decir, las que entran de lleno también en la lista cerrada de competencias atribuidas al Estado por la Constitución española.

58. La Constitución reserva al Estado la «ordenación de los registros e instrumentos públicos», pero el Parlamento de las Islas Baleares se permitió incidir de manera directa en el 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, sino tema de Derecho sucesorio, en el cual, por lo tanto, podía entrar el legislador autonómico. Débil argumento, pero que no le pareció tan débil al TC cuando en STC de 1993 declaró conforme a la Constitución esa normativa balear.

59. Al Estado se reserva también el régimen de «bases de las obligaciones contractuales», pero ley catalana ideó en 1991 un derecho de retención configurado como derecho real, oponible como tal frente a terceros y con posibilidades de ejecución de la cosa retenida. A ello me he referido *supra*, nº 20. Cuando viene al caso, me gusta contar a mis alumnos una especie de parábola. Es la fábula de Ambrosio, un imaginario industrial malagueño que se fue de vacaciones a la Costa Brava desde Fuengirola, recorriendo la autopista del Mediterráneo de principio a fin. Disfrutaban él, su mujer y sus dos pequeñas hijas de una mañana de sol en Cadaqués tras haber dado buena cuenta de unas anchoas de L'Escala y una escalibada sobresaliente, 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. La pelea entre las dos compañías de seguros determinó que el mecánico, para cobrar el arreglo del automóvil (4.500 euros), ejercitara un derecho de retención que en Cataluña está configurado desde 1991 con plenas facultades ejecutivas (ahora, art. 569-7 del Libro quinto del Código civil catalán: subasta notarial o incluso enajenación directa), así que el coche se vendió en subasta y Ambrosio se quedó sin él. Con razón estaba el taller en la calle Monturiol, cerca del número 20, donde un 11 de mayo de 1904 viera la luz el admirado artista.

60. Caigamos en la cuenta, en fin, de la gravedad de la situación: ¿no es acaso el derecho de retención, configurado desde Roma como mera facultad de retención posesoria, una de esas bases de las obligaciones contractuales («*melius est possidere quam in personam experiri*»: «*mejor es retener que tener que pedir*»)? Si no es el derecho de retención una de las bases de las obligaciones contractuales (como tales, reservadas al Estado), 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. Figúrese mi amable lector el panorama que se abre, o la panoplia de posibilidades, teniendo en cuenta que Ambrosio atravesó en su viaje cuatro Comunidades Autónomas. Si el accidente le ocurre

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 cobrarse, o lo vende directamente. Pero podría suceder que si le ocurriese en Murcia, el mecánico se lo quedase para él, o que si sucediera en Alicante, a Ambrosio se lo devolvieran pintado de otro color. Son sólo dos bromas, en fin...

61. Y puedo asegurar que la fábula solamente lo es en parte. Hace unos años 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. 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 (art. 453, pº 1º), además de, en su caso, un crédito privilegiado (art. 1922.4º), 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 art. 569.2 del Código civil de Cataluña, donde tan singular derecho de retención comprende también la referida facultad de realización del valor del bien

62. 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 de las normas (art. 111-2), sobre autonomía de la voluntad (art. 111-6), sobre las doctrinas de la buena fe y de los actos propios (arts. 111.7 y 111.8), o sobre la equidad (art. 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 que necesitaba pactar cosas con Esquerra Republicana. Debo decir que eso de que, una vez planteado un recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno, el recurso se retira por el propio Gobierno porque éste cambia de signo como resultado de unas elecciones generales, ha sido una obscenidad que han practicado todos los Gobiernos que ha conocido la democracia española.

7. ¿Una batalla perdida?

63. En resumen: hay extralimitaciones que consisten en inventarse instituciones conexas que en realidad son instituciones nuevas; hay extralimitaciones de Comunidades Autónomas que no pueden legislar en materia de Derecho civil; hay extralimitaciones oblicuas que confunden la dimensión vertical del Derecho con la horizontal y hay hasta extralimitaciones frontales que chocan contra la lista de materias expresamente reservadas al Estado en la Constitución. ¿Es esto una batalla perdida?

64. El *Estatut*, 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 Generalitat competencias legislativas en materia de arrendamientos urbanos, propiedad horizontal, responsabilidad civil extracontractual o secreto profesional. Se reservaba a la Comunidad Autónoma nada menos que la definición del término «consumidor» (y el de «consumidora» también, pues no supieron en el *Parlament* sustraerse a la horterada al uso propia de cualquier legislador español). ¿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 los dos años de garantía de la venta de bienes de consumo 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 consumidores)?

65. Y quede claro que mi crítica a los excesos autonómicos no lo es necesariamente a la calidad intrínseca de las normas civiles dictadas por unas u otras Comunidades Autónomas. Antes bien, una virtud fundamental se da cita, en general, en tales leyes. Todas tratan de responder a las necesidades del tiempo

presente, frente a un CC que, en lo sustancial, parece inamovible. Pensemos, por utilizar un ejemplo que no sea el catalán, en el nuevo sistema de legítimas previsto en la ley gallega, en el que los descendientes, frente al 66% 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. Buena idea. Decía el maestro LACRUZ BERDEJO 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 las grandes ciudades, el Código del consenso liberal-conservador, el Código que ignoraba los núcleos incipientes de proletariado industrial. 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, o al Ayuntamiento de su pueblo.

66. 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. 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 testamento 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?

67. Nuestro país no se merece que cuando hay que reformar el Código civil –esa «buena obra española» a la que se refería Federico DE CASTRO–, la Comisión General de Codificación no reciba encargo alguno para que cumpla con su altísima labor asesora, o que el encargo se reciba, pero luego el trabajo se archive sin más. En fin, que si el legislador estatal continúa instalado en su pereza, 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.

68. Cuando comenzó esa *epidemia* de los denominados «Estatutos de Autonomía de nueva generación», el señor Rodríguez Zapatero decía que quienes nos mostrábamos recelosos no entendemos *la España plural*. Pero es que ser *progre* no puede consistir en volver al particularismo jurídico medieval. Claro, que como parece que todos quieren jugar a ver quien presenta propuestas más *retroprogresistas*, ahí tuvimos el disparate ideado por el Parlamento gallego a propuesta del Partido Popular y al que se sumaron todas sus Señorías. Como relaté *supra*, nº 48 a 53, y aunque después de un año se modificó la ley, en su versión inicial la Ley de Derecho civil de Galicia de 2006 arrojaba como resultado que, por ejemplo, esas dos personas que llevaban conviviendo un año, al no haber pactado nada sobre régimen económico, tenían su economía de pareja gobernada por el régimen de gananciales. Un matrimonio, en fin, en el que ya ni siquiera hace falta consentimiento libre y expreso. Casados por sorpresa. Ni por lo civil ni por lo canónico. Por lo militar. Y sin banquete ni regalos. Un matrimonio que colocaba a Galicia en la época anterior al Concilio de Trento, casi medio milenio después de que incluso el ordenamiento escocés hubiera preferido considerar a la forma del matrimonio como requisito esencial.

V. Conclusión

69. Al cierre de este trabajo, como he dicho *supra*, nº 55, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de las normas de derecho civil sobre parejas no casadas de la Comunidad Valenciana, y tal vez mientras apague el ordenador, lo haya hecho ya sobre la tercera

cuestión pendiente en el Derecho civil valenciano: la *Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*.

70. ¿Qué dirá el Tribunal Constitucional cuando se presenten recursos de inconstitucionalidad contra el libro VI del Código civil de Cataluña (cuya elaboración se encuentra ya muy avanzada, por lo que me cuentan) si éste regulara, por ejemplo, los elementos esenciales o la nulidad de los contratos? ¿Y si se regulara la responsabilidad civil extracontractual? ¿Se le contestará al recurrente, haciendo uso de la doctrina de esta STC 82/2016, de 28 de abril, que una producción legislativa semejante no cumple las exigencias del art. 149.1.8ª CE porque la acreditación de la existencia de un régimen propio para cualquier institución civil «*se erige en presupuesto indispensable*»? ¿Y si a algún juez se le ocurriera plantear la inconstitucionalidad de los preceptos de la ley aragonesa de Derecho de la persona (vid. *supra*, nº 30) que se limitan a reproducir artículos de la Constitución vulnerando la doctrina de la STC 162/1996, de 17 de octubre, a cuyo tenor «la reproducción de normas estatales por Leyes Autonómicas es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades»?