

# INCIDENCIA DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CIVIL VALENCIANO\*

RAFAEL VERDERA SERVER

---

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación de la Generalitat Valenciana GV99-134-1-08 ("Instituciones de Derecho civil valenciano: marco actual y perspectivas de desarrollo").

**INCIDENCIA DE LA COSTUMBRE  
EN EL DERECHO CIVIL VALENCIANO**

**I.- PRELIMINAR.**

**II.- LA FUNCIÓN DE LA COSTUMBRE EN EL ART. 149.1.8ª CE.**

**III.- DELIMITACIÓN TEMPORAL DE LOS DERECHOS CIVILES, FORALES O ESPECIALES, Y EN PARTICULAR DE LA COSTUMBRE.**

**IV.- DELIMITACIÓN ESPACIAL DE LOS DERECHOS CIVILES, FORALES O ESPECIALES, Y EN PARTICULAR DE LA COSTUMBRE.**

**V.- LA IDENTIFICACIÓN DE LAS COSTUMBRES RELEVANTES EN CUANTO A LA COMPETENCIA EN MATERIA CIVIL.**

**VI.- LA INCIDENCIA DE LA COSTUMBRE AUTONÓMICA EN EL ALCANCE DEL DERECHO ESTATAL.**

**BIBLIOGRAFÍA CITADA**

## **I.- PRELIMINAR.**

Como ha quedado expuesto en sesiones anteriores, las principales vías a cuyo través ha de manifestarse el futuro Derecho privado valenciano son dos:

a) por un lado, la utilización de títulos competenciales distintos al de la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano (art. 31.2 EACV) para regular indirectamente materias con incidencia en el Derecho privado.

b) por otro lado, el recurso a la costumbre valenciana como Derecho propio para legislar al amparo de la competencia prevista en el art. 31.2 EACV.

De la primera posibilidad nada hemos de decir, teniendo en cuenta que buena parte de las sesiones que integran este curso se encaminan resueltamente al análisis de aplicaciones concretas de ese fenómeno. Nuestra atención va a centrarse exclusivamente en la trascendencia de la costumbre desde el punto de vista de su proyección en cuanto a las posibilidades de profundización del Derecho civil valenciano.

No deja de ser llamativo que en unos tiempos en los que la costumbre es denostada como fuente del Derecho por sus especiales características y se nos abruma con un número cada vez mayor de leyes (en sentido amplio), la costumbre puede encontrar una cierta forma de revitalización en la medida que ciertas Comunidades Autónomas han de estar sumamente interesadas en su fijación, recopilación y perfeccionamiento como mecanismo para el ejercicio de (parte de) sus competencias en Derecho privado. No estamos diciendo, naturalmente, que ello vaya a significar un intento por parte de esas Comunidades Autónomas de creación de costumbres allí donde no existen, sino más sencillamente que podemos asistir a un cambio en la actitud de los poderes públicos (autonómicos): de una fase de ignorancia o de desprecio hacia las costumbres (lógicamente, en sentido jurídico) se puede pasar a otra fase en la que se fomente su investigación, su estudio y su difusión.

## **II.- LA FUNCIÓN DE LA COSTUMBRE EN EL ART. 149.1.8ª CE.**

La primera cuestión que debe quedar claramente asentada hace referencia a la admisión del Derecho consuetudinario en la locución "derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan" del art. 149.1.8ª CE. Obviamente, en la Comunidad Valenciana esta cuestión se ha revelado esencial ante la falta de normas compiladas en el momento de entrada en vigor de la Constitución de 1978.

En su STC 121/1992, de 28 de septiembre, sobre la ley valenciana 6/1986, de 15 de diciembre, de arrendamientos históricos consuetudinarios, el Tribunal Constitucional considera (FJ 1º) que el amplio enunciado de la expresión "derechos civiles forales o especiales" contenida en el art. 149.1.8ª CE "permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos derechos ya legislados, sin duda, los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular, en este punto, las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos. Este entendimiento amplio del precepto constitucional es el que quedó plasmado, por lo demás, en el art. 31.2 EACV, pues la competencia exclusiva que allí se atribuye a la Generalitat en orden a la

'conservación, modificación y desarrollo del derecho civil valenciano' no puede estimarse referida sino al derecho consuetudinario que, tras la abolición de los fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita que, antes de la ley hoy impugnada, ordenara en dicho ámbito cualquier instituto civil de modo especial respecto al derecho común". Obsérvese cómo el Tribunal Constitucional se inclina por una interpretación conciliadora de la previsión estatutaria, pues la reconduce al derecho consuetudinario, excluyendo, por tanto, que pueda referirse al derecho foral derogado en el siglo XVIII y rechaza (implícitamente) que deba considerarse contraria a los criterios constitucionales.

De este modo, para el Tribunal Constitucional (FJ 2º), "la existencia de un especial régimen consuetudinario para determinados arrendamientos rústicos en el actual territorio de la Comunidad Autónoma valenciana se constituye en auténtico presupuesto ex art. 149.1.8ª CE para el válido ejercicio de la competencia conferida por el art. 31.2 EACV" y "dicha competencia sólo podrá ejercerse en la medida que tal régimen consuetudinario sea efectivamente reconocible sobre el objeto ordenado, hasta la adopción de la ley hoy impugnada, por la costumbre". En otras palabras, se admite que el derecho consuetudinario valenciano constituye el presupuesto y el límite de la competencia autonómica de la Comunidad Valenciana. Sin esa costumbre, la Comunidad Valenciana no tendría competencias en materia civil (problema de legitimación), pero a la vez esa costumbre determina, a través de su conservación, modificación y desarrollo, el alcance de la competencia autonómica. Como luego indicará en la STC 88/1993, de 12 de marzo, el Tribunal Constitucional considera que la actuación de la Generalitat valenciana respecto a los arrendamientos históricos representa un supuesto de "conservación", aunque la STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de enero de 1995 (*RGD*, 1995, pp. 1155 ss.) entiende que el legislador valenciano "procedió a modificar o desarrollar aquellos extremos de la institución que estimó oportuno, atendido el contexto socio-económico del momento".

En su Voto Particular a la STC 121/1992, de 28 de septiembre, el magistrado don Carlos de la Vega Benayas comparte la apreciación de la sentencia en cuanto que, en el caso valenciano, cabe referirlo "al derecho consuetudinario que, tras la abolición de los fueros, subsistiera en el territorio hasta nuestros días", pero apunta "el temor de que, con ello, se ha abierto o entornado peligrosamente la tapa de la caja de Pandora" ante las dificultades de caracterización de la relación en que se basa la Comunidad Valenciana para promulgar la ley, por lo que no se sabe si esta determinación de la ley valenciana es 'conservación' o creación, regulación *ex novo*. Pero obsérvese cómo este Voto Particular no cuestiona la competencia de la Comunidad Valenciana para legislar sobre su derecho consuetudinario, sino que manifiesta dudas acerca del verdadero contenido de éste y del riesgo que a partir de esta indefinición se exceda de la idea de conservación. Son, por tanto, problemas ya conocidos, derivados de las especiales características de toda norma consuetudinaria.

En cambio, en su Voto Particular a esa misma sentencia, el magistrado don José Gabaldón López estima que la ley valenciana supone una mutación en el sistema de fuentes y convierte "una institución de origen consuetudinario contractual en una normativa legal, seguramente reductora, que extravasa el alcance del precepto constitucional citado [art. 149.1.8ª CE] al introducir un derecho formulado por la ley en una Comunidad donde existe solamente un derecho consuetudinario, lo cual dista de la conservación, modificación o desarrollo del derecho existente".

En su STC 182/1992, de 16 de noviembre, sobre la ley gallega 2/1986, de prórroga en el régimen de arrendamientos históricos, el Tribunal Constitucional afirma

(FJ 3º) que, aunque la Compilación gallega no contiene norma alguna, directa y expresa, acerca de los arrendamientos rústicos, la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo del propio derecho civil puede dar lugar "a una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico". Esta posibilidad resulta aún más clara, para el Tribunal Constitucional, por cuanto el art. 27.4 EAG alude a la idea de "institución" jurídica, donde "se integran o pueden integrar, con naturalidad, posibles normas consuetudinarias". De este modo, el problema resulta aún más concretado: ¿existe un régimen consuetudinario gallego para los arrendamientos rústicos que merezcan la calificación de "históricos"? De existir ese régimen, podrá en su caso ser conservado, modificado o desarrollado por ley (gallega). El Tribunal Constitucional considera que sí concurre ese régimen, pues se trata de una institución dotada de identidad diferenciada e integrante del derecho propio de Galicia, caracterizada "por su origen (consuetudinario), por su forma (predominantemente verbal), por la figura del arrendatario (en la que prima su condición de jefe de familia), por su objeto (lugar acasado), por su duración (prácticamente indefinida en virtud del derecho de sucesión), por el intenso sentimiento dominical que tienen los arrendatarios y, en definitiva, por la imprecisión de su naturaleza jurídica tan cercana al censo enfitéutico".

En cambio, R. BERCOVITZ duda de la existencia de un derecho consuetudinario gallego al margen de la Compilación, dadas las disp. fin. 1ª y 2ª de ese cuerpo legal en su redacción original y sugiere que hubiera sido más correcto reconducir la competencia de la Comunidad gallega al desarrollo de su derecho civil foral, en especial en lo relativo a la aparcería. En nuestra opinión, la argumentación del Tribunal Constitucional se explica porque le permite referirse expresamente a la doctrina ya establecida con la STC 121/1992, de 28 de septiembre, y porque, además, esas disposiciones finales no excluyen necesariamente (aunque sí dificultan) la existencia de una costumbre configurada tras la vigencia de la Compilación.

En todo caso, buscar un fundamento consuetudinario a ciertas instituciones civiles no puede servir de excusa para resucitar prácticas ya abandonadas (que, posiblemente, por alguna buena razón se han dejado de seguir), sino para adecuar a los tiempos presentes y completar el contenido de unos usos que han demostrado su validez precisamente a través de su pervivencia.

La pretensión de limitar la competencia autonómica en función de la existencia, contenido y alcance de la costumbre tendría sentido, como dice R. BERCOVITZ, si el art. 149.1.8ª CE sólo admitiera la conservación del derecho civil foral, pero aceptada la modificación y el desarrollo esos límites se difuminan considerablemente. La conclusión de otros autores aún resulta más contundente: con la admisión del derecho consuetudinario a los efectos del art. 149.1.8ª CE "es de prever que la carrera por un derecho civil propio no tendrá en el futuro más obstáculos que la propia oportunidad política de quererla ejercitar" (Á. CARRASCO PERERA).

### **III.- DELIMITACIÓN TEMPORAL DE LOS DERECHOS CIVILES, FORALES O ESPECIALES, Y EN PARTICULAR DE LA COSTUMBRE.**

Parece bastante claro, como demuestra la utilización del verbo "existir" en presente de indicativo (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE), que el art. 149.1.8ª CE se está refiriendo a aquellas Comunidades Autónomas donde, en el momento de entrada en vigor la Constitución, hubiera un derecho civil, foral o especial. Con ello, la coordinada temporal fundamental sería el momento de entrada en vigor de la Constitución. De esta

afirmación se desprende otra conclusión: no pueden resucitarse derechos civiles ya derogados (sólo existe lo que está vigente), porque de lo contrario, se llegaría a la solución autonomista que la Constitución no recoge (R. BERCOVITZ). En consecuencia, se exige la existencia en ese momento de un derecho civil propio para que una Comunidad Autónoma pueda asumir competencias en virtud del art. 149.1.8ª CE. De lo contrario, ni puede asumirlas ni podrá hacerlo en el futuro. Por consiguiente, el derecho civil es curiosamente la única materia en la que la Constitución ha discriminado entre Comunidades Autónomas por una causa distinta al modo en que se accedió a la autonomía (Á. CARRASCO PERERA).

Este carácter esencial que se confiere al momento de entrada en vigor de la Constitución no deja de plantear ciertas dificultades. ¿Qué sucederá si tras ese momento puede llegar a afirmarse la formación y la consolidación de una costumbre en materia civil, por ejemplo, en ciertas comarcas andaluzas? ¿Cabrá, tras una modificación del Estatuto andaluz, asumir competencia en esa materia? ¿O se debería rechazar por tratarse de una costumbre postconstitucional?

#### **IV.- DELIMITACIÓN ESPACIAL DE LOS DERECHOS CIVILES, FORALES O ESPECIALES, Y EN PARTICULAR DE LA COSTUMBRE.**

Parte de la doctrina (L. DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE y P. DE ELIZALDE) entiende que, en la medida que el foralismo constituye el elemento esencial de la atribución de la competencia a las Comunidades Autónomas en materia civil, esa competencia debe restringirse al ámbito territorial de aplicación y vigencia efectiva de cada derecho foral o especial. Por tanto, se considera que, en aquellas Comunidades Autónomas donde el derecho civil foral o especial rige sólo en parte de su territorio, no cabe la extensión a otras zonas distintas.

El problema se suscita ahora ante las previsiones (de dudosa constitucionalidad) de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del derecho civil foral del País Vasco, destinadas a extender la legislación del Infanzonado o Tierra Llana a las villas no aforadas.

Sin embargo, este planteamiento doctrinal se enfrenta a dos elementos sobre los cuales el Tribunal Constitucional ha mantenido una interpretación ampliamente favorable a las Comunidades Autónomas: por una parte, la admisión del derecho consuetudinario como derecho civil, foral o especial; y, por otra, la interpretación de la noción de desarrollo de ese u otro derecho.

El problema de si mediante estas vías se puede llegar a una igualdad en el contenido de cualquier derecho civil territorial presenta un gran interés dadas las diferencias de contenido que actualmente muestran esos ordenamientos.

En algunas poblaciones de la provincia de Badajoz (y, para otros, también en Ceuta) tiene vigencia el llamado Fuero del Baylío, que está reconocido por una Pragmática de Carlos III de 1778, recogida en la Novísima Recopilación. En materia de derecho privado, prevé una única institución: la comunidad universal de bienes en el matrimonio. Ante esta situación, cabe preguntarse, con F. SOTO NIETO, si esa simple y aislada presencia del Fuero del Baylío justifica la atribución a la Asamblea de Extremadura de competencia en materia civil para la regulación propia de cualesquiera instituciones. La cuestión sólo puede responderse en función de qué debe entenderse por conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales.

En otras palabras, cualquier derecho civil, foral o especial, legal o consuetudinario, cumple, por fragmentario o anacrónico que sea, la función de permitir

la asunción de competencias en materia civil. El problema radica a continuación en determinar el contenido de esa competencia.

Por referirnos sólo a la decisión fundamental, recuérdese que en la STC 88/1993, de 12 de marzo, sobre la ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de hijos adoptivos, el Tribunal Constitucional rechaza (FJ 2º) rotundamente que la regulación parcial de la adopción (no prevista ni en la Compilación preconstitucional, ni tras su reforma por ley 3/1985, de 21 de mayo) constituya un supuesto de "conservación": "[e]l concepto constitucional de 'conservación... de los derechos civiles, forales o especiales', permite, por lo que ahora importa, la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial (STC 121/1992, FJ 1º), pero ninguna de estas operaciones normativas es aquí reconocible (...) Lo que la Constitución permite es la 'conservación', esto es, el mantenimiento del derecho civil propio, de modo que la mera invocación a los precedentes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a los efectos de lo dispuesto en el art. 149.1.8ª CE". También niega el Tribunal Constitucional que nos hallemos ante un caso de "modificación" del derecho especial aragonés preexistente, "visto que en el mismo no se contenía regla alguna, directa y expresa, sobre la adopción y sus efectos". Con carácter general, DELGADO ECHEVERRÍA considera que la noción de modificación carece de entidad propia en el art. 149.1.8ª CE, por cuanto toda actividad de modificación entraña también desarrollo; pero su mención no es inútil, porque evita una interpretación restrictiva del término clave, es decir, el de desarrollo.

En un examen más detenido, el Tribunal identifica el concepto constitucional y estatutario de "desarrollo" a partir de la *ratio* de la garantía autonómica de la foralidad que establece el art. 149.1.8ª CE. De aquí deduce (FJ 3º) que la Constitución permite que los derechos civiles forales o especiales preexistentes puedan ser objeto "de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención (...) a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 CE) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término 'allí donde existan' a que se refiere el art. 149.1.8ª CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas".

El Tribunal Constitucional sienta de este modo una aproximación a la noción de desarrollo: "[s]in duda que la noción constitucional de 'desarrollo' permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel derecho [civil foral o especial], pues lo contrario llevaría a la inadmisibles 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". Esta idea no significa "una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8ª CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar".

## **V.- LA IDENTIFICACIÓN DE LAS COSTUMBRES RELEVANTES EN CUANTO A LA COMPETENCIA EN MATERIA CIVIL.**

El problema de la calificación de una norma o de una institución civil como foral o especial se complica con la relevancia reconocida por el Tribunal Constitucional a la costumbre. La certeza en su contenido y origen, propias de la ley, se desvanece al penetrar en el ámbito consuetudinario. Sin embargo, el planteamiento del Tribunal Constitucional obliga a analizar en virtud de qué criterios puede la costumbre considerarse foral o especial. Y no podemos olvidar la importancia de este elemento en el caso valenciano.

M. CLEMENTE MEORO resuelve el problema entendiendo que corresponde el carácter de costumbre especial a las costumbres vigentes en la Comunidad Valenciana en el momento de entrada en vigor de la Constitución (en igual sentido, C. CLIMENT DURÁN). Su especialidad se manifiesta en dos elementos: su ámbito de aplicación y su contenido material, distinto al del derecho común.

Añade M. CLEMENTE MEORO que las costumbres valencianas son normalmente más antiguas que el Código civil y que no fueron derogadas por el art. 1976 CC, ya que éste sólo derogó los cuerpos legales, usos y costumbres que constituían el derecho civil común, no los de derecho civil especial.

Naturalmente, el problema es entonces determinar qué costumbres subsisten, con carácter autonómico o local, en la Comunidad Valenciana. C. CLIMENT DURÁN señala el interés de establecer el régimen de la compraventa de las cosechas de naranjas a ojo o por alfarrazar, de los espigueos de arroz, de los deslindes de los campos de cultivo o de las limitaciones del derecho de propiedad.

El criterio de la vigencia territorial, con ser de interés, no deja de plantear ciertas dudas. Desde esta perspectiva, el ámbito territorial de una costumbre resulta decisivo. Pero ¿cuál es el ámbito que legitima la competencia de la Comunidad Autónoma? Territorialmente la costumbre puede ser estatal, autonómica (antes, regional), provincial, comarcal o local. ¿Cuál de esas situaciones justifica la asunción de competencias en materia civil? Si se exige que se trate de una vigencia exclusiva, habrá que descartar la costumbre estatal, pero también las que, sin serlo, se apliquen en diferentes Comunidades Autónomas (por ejemplo, una costumbre en orden al cultivo de naranjos que se aplique en toda la Comunidad Valenciana, pero también en algunas zonas del sur de Tarragona). El problema no ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional.

De lo que no cabe duda es que, a efectos de su conservación ex art. 149.1.8ª CE, el ámbito territorial de una costumbre influye en las potestades de la Comunidad Autónoma: sólo a través de la noción de modificación y, sobre todo, de desarrollo, cabrá una ampliación de su ámbito territorial (por ejemplo, de local a comarcal).

Pero otro problema se suscita, como ha subrayado J. DELGADO ECHEVERRÍA: "[e]n qué se diferencian --a los efectos de la competencia autonómica-- estas costumbres valencianas de las que, con toda probabilidad, podemos encontrar en el ámbito de la contratación agrícola o ganadera en, por ejemplo, Andalucía, ambas



Castillas, o, incluso, la Comunidad Autónoma de Madrid; lo que quizá pueda concretarse más preguntando por qué las costumbres valencianas eran 'forales o especiales' mientras que, por ejemplo, las madrileñas carecían de estos atributos".

En nuestra opinión, esta pregunta sólo tiene una respuesta: no hay auténticamente diferencias previas entre las mismas; la razón por la que la Comunidad Valenciana puede legislar en materia civil, a partir de esas costumbres, se deriva de la previsión estatutaria del art. 31.2 EACV (y, naturalmente, del art. 149.1.8ª CE).

Ahora bien, no puede dejar de observarse que la consideración como foral o especial de estas costumbres supone una alteración de su posición jerárquica. En efecto, en cuanto norma autonómica en materia de su competencia, prevalece frente a las disposiciones legales de carácter estatal. De ahí la importancia de establecer el mecanismo por el que una costumbre puede ser considerada como foral o especial. La Constitución de 1978 no parece tener nada que ver en esa calificación, que se basa en criterios ajenos a la misma.

En el diverso contenido de los derechos civiles, forales o especiales, se encuentra uno de los factores que más contribuyen a enturbiar la claridad del análisis doctrinal. El desigual contenido de las Compilaciones y las diferentes actitudes en torno a la identidad propia propician que la actitud de los juristas de los distintos territorios sea profundamente dispar. Los problemas que les afectan no son siempre los mismos y por ello sus preocupaciones y sus remedios son divergentes. No todas las Compilaciones tenían el mismo contenido en el momento de entrar en vigor la Constitución y, dadas las causas de esa diversidad, cabe preguntarse en qué medida el alcance futuro del derecho civil de una Comunidad Autónoma debe estar rígidamente condicionado a ese lastre predemocrático.

Admitir, a través de la noción de desarrollo, una cierta vinculación de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia civil a la previa existencia de un derecho foral o especial lleva a la conclusión de que no todas las Comunidades pueden legislar con igual alcance. El factor histórico impone aquí unos límites que no pueden ser alterados por la Comunidad ni siquiera mediante su Estatuto. Esta es la consecuencia más importante de la llamada opción "foralista" de la Constitución, pues no sólo limita las Comunidades Autónomas que pueden tener competencia en materia civil sino también su alcance: el derecho civil, foral o especial, es a la vez presupuesto y contenido de la competencia autonómica.

## **VI.- LA INCIDENCIA DE LA COSTUMBRE AUTONÓMICA EN EL ALCANCE DEL DERECHO ESTATAL.**

La admisión de la costumbre autonómica a los efectos del art. 149.1.8ª CE incide también en la aplicación supletoria del derecho estatal. La cuestión parece plantearse de diferente modo en función de si esa costumbre se ha convertido o no en ley (autonómica), ya que siendo ley autonómica no hay duda alguna de su carácter preferente. El problema fundamental es, por tanto, determinar si una costumbre autonómica es de preferente aplicación a una ley estatal, en una materia de competencia autonómica.

a) Si se afirma la preferencia de la costumbre autonómica, cabe preguntarse si así se respeta la jerarquía normativa del art. 1 CC y, en particular, la subordinación de la costumbre a la ley.

En su Voto Particular a la STC 182/1992, de 16 de noviembre, sobre la ley gallega 2/1986, de prórroga en el régimen de arrendamientos históricos, el magistrado

don Carlos de la Vega Benayas considera que "si esos arrendamientos históricos gallegos se integran en su derecho civil propio, el invasor competencial es el Estado". En su opinión, "la Comunidad Autónoma gallega no tiene necesidad de establecer prórrogas con referencia a una ley estatal (...) Dado, pues, que la Comunidad Autónoma de Galicia tiene exclusiva competencia sobre su propio derecho civil, podría haber dispuesto, mediante ley, la modificación del plazo (prórroga de 'sus' arrendamientos rústicos históricos), transformando la fuente de su derecho, de costumbre a ley", pero "lo que no pudo hacer (...) es modificar una ley estatal, chocando frontalmente con una competencia ajena (...) Incluso, apurando la lógica, podría la Comunidad de Galicia haber requerido al Estado de incompetencia".

b) Si se afirma la preferencia de la ley estatal, la conversión de la costumbre autonómica en ley autonómica supone una alteración de la posición jerárquica de esa norma.

Para R. BERCOVITZ, con la transformación de la costumbre en ley, la norma contenida en la costumbre pasa de ser supletoria a ser preferente, y la contenida en la ley estatal pasa de ser preferente a ser supletoria. Mas esa transformación requiere que se trate de una costumbre que pueda calificarse de derecho civil foral. Y, para este autor, en materia de arrendamientos históricos, la costumbre valenciana no constituía previamente derecho foral, porque, a partir del Decreto de Nueva Planta de Felipe V en 1707, el derecho foral fue suprimido en todas sus manifestaciones.

El planteamiento constitucional de 1978 y la necesidad de delimitar las competencias atribuidas al Estado y a las Comunidades Autónomas significa que debe afirmarse la preferencia de la costumbre autonómica en una materia atribuida a las Comunidades Autónomas: no en tanto costumbre, sino en cuanto (norma) autonómica. El principio de jerarquía queda, en este punto, subordinado a los criterios derivados del principio de competencia. Como dice, con toda claridad, DELGADO ECHEVERRÍA, "no es un problema de jerarquía entre ley y costumbre, sino de ámbitos competenciales". Claro está que el problema inmediato es calificar esas costumbres como derecho civil, foral o especial.

La postura del Tribunal Constitucional no coincide plenamente con la que aquí se defiende, aunque, al referirse a una costumbre ya legalizada, no cambie el resultado final. En la STC 121/1992, de 28 de septiembre, sobre la ley valenciana 6/1986, de 15 de diciembre, de arrendamientos históricos consuetudinarios, el Tribunal Constitucional afirma (FJ 2º), rechazando explícitamente la argumentación de la Abogacía del Estado en orden al necesario respeto de la jerarquía de fuentes, que "el ejercicio de la competencia legislativa autonómica, atribuida por la Constitución y el Estatuto supone una alteración sustancial en la posición de la norma en la jerarquía de fuentes, ya que la regla que, como costumbre, venía rigiendo sólo en defecto de ley aplicable, esto es, como fuente de carácter secundario e inoponible a los dictados del derecho común (art. 1.3 CC), al ser incorporada a la ley autonómica se torna en ley especial de aplicación preferente a la legislación civil del Estado que deviene así, y en ese momento, derecho supletorio (art. 13.2 CC) (...) Mediante el ejercicio de la competencia legislativa autonómica el anterior derecho consuetudinario especial valenciano cambia pues de naturaleza, adquiriendo sus normas la condición de derecho legislado de aplicación preferente, en su ámbito propio, respecto del derecho civil común (art. 149.3 CE y arts. 13 a 16 CC), y ésa es precisamente la finalidad de la ley impugnada: dar rango de ley especial a reglas que hasta su adopción no habrían tenido existencia sino como costumbres de mera aplicación supletoria".

Pero es evidente que una ley de estas características no sólo legaliza la costumbre sino que, desde el planteamiento del Tribunal Constitucional, altera

profundamente su aplicabilidad, por cuanto antes era meramente supletoria de la legislación estatal (en sentido también crítico, J. DELGADO ECHEVERRÍA). Acaso deba ponerse de manifiesto la necesidad de tener en cuenta, tras la promulgación de la Constitución de 1978, el alcance del principio de competencia, conforme al cual los problemas de aplicabilidad normativa no puede resolverse con un criterio rígidamente jerárquico.

El problema ha sido estudiado en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de enero de 1995 (*RGD*, 1995, pp. 1155 ss.) tratando de determinar la posición en el ordenamiento jurídico de la ley valenciana 6/1986, de 15 de diciembre, de arrendamientos históricos. El tribunal considera (FJ 3º) que la ley valenciana, "en cuanto que norma de derecho civil valenciano, es de aplicación preferente a las normas estatales de derecho civil común, por cuanto la regulación de estos arrendamientos históricos valencianos, en cuanto que derecho civil valenciano es de la competencia de la Comunidad Valenciana. El régimen jurídico de estos arrendamientos está integrado (FJ 4º), en primer lugar, por la ley valenciana, en su defecto, por las normas consuetudinarias valencianas que no han sido alteradas por ese texto; y en último término, será de aplicación supletoria el conjunto normativo de derecho civil común en la materia.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de derecho civil", en AA.VV., *Primer Congreso de Derecho vasco: la actualización del derecho civil*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1983, pp. 73-109; "Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8ª de la Constitución", en AA.VV., *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas. Ponencias y comunicaciones a las Jornadas de Granada, mayo de 1988*, Bernardo MORENO QUESADA (coord.), Tecnos-Parlamento de Andalucía-Coordinadora de Civilistas Andaluces, Madrid, 1989, pp. 98--119; "La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan", *Derecho Privado y Constitución*, 1993, pp. 15-82; y "Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil", *Juris. Quaderns de política jurídica*, 1994, nº 1, pp. 77-110
- CARRASCO PERERA, Ángel (director), *Derecho Civil. Introducción, Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad*, Tecnos, Madrid, 1995
- CLEMENTE MEORO, Mario E., "Las competencias de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil", *Revista General de Derecho*, 1994, pp. 4923-4945
- CLIMENT DURÁN, Carlos, "El contenido del Derecho civil especial valenciano", *Revista General de Derecho*, 1996, pp. 1605-1619
- DE ELIZALDE Y DE AYMERICH, Pedro, "Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas", en AA.VV., *La Constitución española y las fuentes del derecho*, Dirección general de lo contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, t. II, pp. 723-782; y "El derecho civil en los Estatutos de Autonomía", *Anuario de Derecho Civil*, 1984, pp. 389-436
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "Los derechos civiles forales en la Constitución", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, pp. 643-667; "La potestad legislativa de la Generalidad de Cataluña sobre el derecho civil catalán", en AA.VV., *Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya-Col·legi d'Advocats de Catalunya-Col·legi de Notaris de Catalunya-Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona-Facultat de Dret de la Universitat Autònoma de Barcelona-Càtedra "Duran i Bas" de Dret Català, Barcelona, 1980, pp. 39-56; y "Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de derecho civil", *Juris. Quaderns de política jurídica*, 1994, nº 1, pp. 37-76
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, "Constitución y fuentes del derecho", en AA.VV., *La Constitución española y las fuentes del derecho*, cit., t. I, pp. 649-665; y "Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de derecho civil", en AA.VV., *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas. Ponencias y comunicaciones a las Jornadas de Granada, mayo de 1988*, cit., pp. 13-21
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Notas para la interpretación del inciso '...allí donde existan' del artículo 149.1.8ª de la Constitución", en AA.VV., *Primer Congreso de Derecho vasco: la actualización del derecho civil*, cit., pp. 231-239
- SOTO NIETO, Francisco, "Especialidades legislativas, sustantivas y procesales, en Cataluña. Alcance de las reglas 6ª y 8ª del artículo 149.1 de la Constitución", *Revista de Derecho Privado*, 1984, pp. 115-148