

La suerte del Derecho civil valenciano tras los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional

The Fate of the Valencian Civil Law after the recent decisions of the Spanish Constitutional Court

por

ALEJANDRO VALIÑO ARCOS

Catedrático de Derecho Romano de la Universitat de València

RESUMEN: Este artículo tiene por objeto el análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional a propósito de la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar sobre derecho civil. Se revisan los distintos pronunciamientos habidos hasta la fecha y, en especial, los más recientes, que han traído consigo la declaración de nulidad de las Leyes de Régimen Económico Matrimonial Valenciano; la Ley de Parejas de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana (únicamente en sus aspectos estrictamente civiles); y la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, dictadas al amparo de la nueva configuración dada a la competencia por la Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana acometido en 2006. También se estudian los votos particulares emitidos por el Magistrado José Antonio XIOL RÍOS con ocasión del pronunciamiento de las tres Sentencias. El autor se muestra conforme con la interpretación que el Tribunal Constitucional ha sentado a propósito de los límites constitucionales para el ejercicio de la competencia y, en consecuencia, con los que delimitan la capacidad normativa de la Generalitat Valenciana en este campo.

ABSTRACT: *This paper analyses the doctrine of the Spanish Constitutional Court regarding the Generalitat Valenciana's competence to legislate on Civil Law. The author exams the different decisions until now, specially the most recents, which have avoid the Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, the Ley de Parejas de Hecho Formalizadas and the Ley de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, all of them from the Comunidad Valenciana. Also the author analyses the dissident vote of the Judge Mr. José Antonio XIOL RÍOS and shows his compliance with those sentences, which have established the constitutional boundaries regarding the competence to legislate in Comunidad Valenciana.*

PALABRAS CLAVE: Derecho civil foral. Competencia legislativa de las Comunidades Autónomas. Fueros de Valencia. Derecho consuetudinario. Declaración de inconstitucionalidad.

KEY WORDS: *Civil Law. Foral Law. Regional Law. Unconstitutional provisions. Competence to legislate. Customary law.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NACIENTE COMPETENCIA ESTATUTARIA PARA LEGISLAR SOBRE DERECHO CIVIL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—III. LA NUEVA FORMULACIÓN DE LA COMPETENCIA LEGISLATIVA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL TRAS LA REFORMA ESTATUTARIA DE 2006.—IV. UNA NOTA CRÍTICA SOBRE LA INVOCACIÓN A LOS FUEROS DE VALENCIA EN EL TEXTO ESTATUTARIO.—V. EL DERECHO CIVIL VALENCIANO A LA LUZ DE LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. SENTENCIA 82/2016, DE 28 DE ABRIL, DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2. SENTENCIA 110/2016, DE 9 DE JUNIO, DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3. SENTENCIA 192/2016, DE 16 DE NOVIEMBRE, DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 4. EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO JUAN ANTONIO XIOL RÍOS A LAS TRES SENTENCIAS: UNA NOTA CRÍTICA.—VI. CONCLUSIONES: PERSPECTIVA DE FUTURO PARA EL DERECHO CIVIL VALENCIANO.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta hace unas décadas, el derecho foral valenciano, con los Fueros de Valencia a la cabeza, era considerado un vestigio histórico, una reliquia del pasado, que representaba la tradición jurídica del Reino de Valencia a partir de

la primitiva *Costum de València* con el arribo del Rey Conquistador Jaime I. No extraña, por ello, que el derecho foral valenciano haya sido objeto de estudio principalmente por historiadores del Derecho¹. Sin embargo, de un tiempo a esta parte los Fueros de Valencia han cobrado una dimensión mucho más actual. Ya no son solo un vestigio de épocas pretéritas, cuyo estudio puede servir para conocer mejor la historia del pueblo valenciano, sino que se han convertido en un icono, en un exponente más sobre el cual construir lo que bien podría llamarse «la idiosincrasia de los valencianos» a modo de hecho diferencial que permita alcanzar las cotas de desarrollo estatutario y de autogobierno de que se viene haciendo gala en otras comunidades autónomas. Si a veces la Historia es denostada como algo caduco y trasnochado, como algo que urge superar de una vez por todas, otras, en cambio, se erige en instrumento de legitimación, en un elemento de reivindicación a partir del cual poder promover un cambio. Y esta función instrumental en los tiempos que corren, no sin ciertos tintes de romanticismo, le viene que ni anillo al dedo a los Fueros de Valencia dentro del contexto del ejercicio de la competencia legislativa de las Cortes Valencianas en materia de derecho civil desde la promulgación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana².

II. LA NACIENTE COMPETENCIA ESTATUTARIA PARA LEGISLAR SOBRE DERECHO CIVIL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Conviene recordar ahora, siquiera sea someramente, cuáles son las razones para esta renovada y reforzada emersión de los Fueros de Valencia tras la reforma estatutaria del año 2006, que ha impulsado la actividad legislativa de las Cortes Valencianas en materia de derecho civil desde el año 2007. La Constitución Española dispone en su artículo 149.1.8.^a que el «Estado tiene competencia exclusiva sobre legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». La Disposición Adicional Primera del texto constitucional señala también que «la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».

Respetuosa con el dictado constitucional, la Comunidad Valenciana hacía suya dentro de las limitaciones constitucionales (conservar, modificar, desarrollar) la competencia para legislar en materia de derecho civil en el artículo 32.1 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio: «la Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano». Ciertamente es que por en-

tonces, todo el mundo era consciente de la pérdida de los Fueros y del agravio que los valencianos sufrieron frente a catalanes, aragoneses y mallorquines. De ello se hará eco más tarde el Tribunal Constitucional en su Sentencia 121/1992 al decir que es «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». De todos los reinos de la antigua Corona de Aragón, el de Valencia fue el único que no recuperó con carácter general su derecho propio, del que fue despojado de un plumazo y de forma traumática hasta el punto de haberse convertido, no solo los Fueros, sino también su pérdida, en una constante identitaria³. Tan es así que los valencianos nunca cesaron en su reivindicación, bien sea a través de diversas iniciativas institucionales⁴, bien sea conservando de forma muy limitada una práctica negocial conforme con la tradición foral⁵.

Precisamente fue esta idea la invocada por el legislador autonómico valenciano para el estreno del ejercicio de la competencia estatutaria a través de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos Históricos Valencianos. Después de calificar en su Preámbulo al Derecho foral de «desaparecido», de «borrado de golpe, al menos sobre el papel, por los Decretos de Nueva Planta», subrayaba que «no obstante lo anterior, consuetudinariamente y en la práctica habitual y cotidiana, quedaron al menos vestigios o retazos del antiguo régimen foral, en buena medida amparados por el sistema de libertad de pactos y de formas que históricamente ha caracterizado el Derecho Castellano»⁶. Entre estos vestigios se contaba el contrato de arrendamiento rústico, que subsistía en la Vega de Valencia todavía en los siglos XIX y XX con peculiaridades y especialidades frente a los contratos de idéntica naturaleza propios del derecho común. En consecuencia, concluía el Preámbulo, «la Comunidad Valenciana puede legislar sobre arrendamientos rústicos en la medida en que cabe apreciar la existencia de un derecho consuetudinario especial». Era, por tanto, la Comunidad Valenciana la que proclamaba que el ejercicio de la competencia habría de discurrir forzosamente por la senda de la positivización de un derecho consuetudinario, cuya vigencia habría de acreditarse en cada caso concreto.

Cuestionada, sin embargo, la constitucionalidad de la Ley por sostenerse la inexistencia en territorio valenciano de un derecho foral o especial propio, hace veinticinco años el Tribunal Constitucional señalaba que dentro de la expresión “derechos civiles, forales o especiales” había de comprenderse, «no solo a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la 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»⁷. Con

semejante razonamiento, si bien salvaba el Tribunal Constitucional la primera manifestación del ejercicio de la competencia legislativa en materia civil de las Cortes Valencianas, al mismo tiempo la encorsetaba extremadamente para el futuro⁸, pues decía complementariamente el Tribunal Constitucional en idéntica Sentencia que «la competencia exclusiva que allí (art. 31.2 del Estatuto de Autonomía de 1982) se atribuye a la Generalidad 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 (la Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos de la Generalitat Valenciana), ordenara en dicho ámbito cualquier instituto civil de modo especial respecto al Derecho común»⁹. De esta forma, el ejercicio de la competencia legislativa venía a desencadenar una mutación cualitativa del derecho civil valenciano dentro de la jerarquía de fuentes, puesto que «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 de la Constitución y arts. 13 a 16 del Código Civil), y esa es precisamente la finalidad de la Ley impugnada (la de los Arrendamientos Históricos Valencianos): dar rango de Ley especial a reglas que hasta su adopción no habrían tenido existencia sino como costumbres de mera aplicación supletoria».

En consecuencia, el criterio del Tribunal Constitucional es que la competencia legislativa sobre derecho civil¹⁰, foral o especial, de las Comunidades Autónomas, además de estar prevista estatutariamente, ha de referirse al derecho vigente, sea compilado o de raigambre consuetudinaria, al tiempo de la promulgación y entrada en vigor de la Constitución¹¹. Y esa competencia legislativa ha de ejercitarse con las limitaciones contempladas en la Carta Magna, que se refieren únicamente a las operaciones normativas de «conservación, modificación y desarrollo» de un derecho particular propio. “Conservación” sería para el Alto Tribunal «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». “Modificación” de una institución o concepción del derecho civil foral o especial es concepto que presupone necesariamente una subsistencia anterior al tiempo de entrar en vigor la Constitución. “Desarrollo” del derecho civil especial o foral se identifica con toda «acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no solo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales», si bien «no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos (...) sino a fin de

garantizar, más bien, determinados derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios». En definitiva, «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 esta según los principios informadores peculiares del Derecho foral», sin que ello pueda entenderse como «una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar»¹².

III. LA NUEVA FORMULACIÓN DE LA COMPETENCIA LEGISLATIVA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL TRAS LA REFORMA ESTATUTARIA DEL 2006

La Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, operada por Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, ha reforzado más si cabe la formulación de la competencia legislativa de las Cortes Valencianas en materia de Derecho civil, lo que anticipaba un renovado impulso de la actividad normativa en tal dirección. Dice expresamente el Preámbulo del texto estatutario que uno de sus objetivos es «el impulso y desarrollo del Derecho civil valenciano», procurando «la recuperación de los contenidos de los Fueros del Reino de Valencia abolidos por la promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707 en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana». Asimismo destaca que la Comunidad Valenciana es «una nacionalidad histórica por sus raíces históricas, su personalidad diferenciada, su lengua y cultura y por su derecho civil foral».

Con independencia de la mayor o menor fortuna que pueda concederse a esta declaración de principios, es innegable que Valencia fue en tiempos pretéritos una nacionalidad, organizada políticamente como Reino, con raíces y personalidad propia (no sé si resultaría exagerado añadir diferenciada), y con una lengua, cultura y derecho foral particular¹³. De todo ello, quedan algunas cosas, pero no todas. Las huellas que el paso del tiempo deja indelebles conforman las raíces históricas y forjan la personalidad de un pueblo. La lengua y cultura valenciana, envueltas en mil y una peripecias, son una realidad pujante. Sin embargo, ¿qué podemos decir del «derecho civil foral valenciano»?¹⁴. La cuestión se planteó animadamente en los autos que antecedieron a la STC 121/1992, de 28 de septiembre en relación con la constitucionalidad de la Ley

reguladora de los arrendamientos históricos valencianos, hasta el punto de que se consideró acreditada «la existencia de un especial régimen consuetudinario para determinados arrendamientos rústicos en el actual territorio de la Comunidad Autónoma Valenciana», que tenía por ello el carácter de «costumbre especial» o, si se quiere, el de un *ius singulare* dentro del derecho arrendaticio rústico propio del derecho civil común. Paralelamente, el Alto Tribunal declaraba que era «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», lo que es una velada invocación a las consecuencias y efectos del Decreto abolicionista de 29 de junio de 1707.

La ilación que fácilmente puede establecerse es que la derogación de los Fueros de Valencia, en cuanto que también (no únicamente) albergaban buena parte del derecho civil propio y singular de los valencianos en su devenir histórico como Reino, se erigió en motor de arranque de un derecho consuetudinario valenciano operante *contra leges Castilianas* ante la imposibilidad de una más digna subsistencia como derecho legislado. Es decir, los Fueros de Valencia son fuente de un derecho consuetudinario integrado por un cúmulo de instituciones jurídico-privadas, cuya vigencia presente ha de acreditarse en cada caso concreto en el que se pretenda su positivización si se quiere desterrar absolutamente el riesgo de impugnación por inconstitucional. En su día, los servicios jurídicos de la Generalitat Valenciana (aportando «abundante documentación sobre la historia y la realidad de estos arrendamientos») fueron capaces de probar la realidad de ese vestigio histórico y, como es natural, otras instituciones podrían ser eventualmente objeto de regulación legal de acuerdo con idénticos parámetros¹⁵.

El propósito estatutario por lo que aquí respecta va, sin embargo, más allá: «el impulso y desarrollo del Derecho civil valenciano», elaborando disposiciones que regulen instituciones directa o tangencialmente vinculadas con las presentes en su día en los Fueros de Valencia con independencia de su vigencia actual. No otro puede ser el alcance interpretativo, pues, tal como establece el Preámbulo¹⁶, mediante «el desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat» se «procurará la recuperación de los contenidos de los Fueros del Reino de Valencia abolidos por la promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707»¹⁷, eso sí, «en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana»¹⁸.

De este modo, la reforma estatutaria de 2006, prescindiendo de las limitaciones sentadas por la doctrina del Tribunal Constitucional, anunciaba las líneas maestras por las que habría de discurrir la actividad normativa subsiguiente de la Generalitat en materia de derecho civil y, en consecuencia, se vislumbraban los peligros que acechaban al legislar sobre instituciones que, si bien algunas de ellas entroncadas con el derecho foral valenciano en su día derogado, no habían sobrevivido en la memoria y en el discurrir negocial de los valencianos tras el Decreto abolicionista de Felipe V.

El nuevo impulso normativo alimentado por las declaraciones de principios contenidas en la reforma estatutaria de 2006 en pro de la recuperación de los Fueros de Valencia permite diferenciar, por tanto, un doble “derecho civil valenciano”: uno que el Tribunal Constitucional reconoce como existente, como vigente en su dimensión consuetudinaria y sobre el cual caben las labores de impulso normativo para su preservación y desarrollo ante el hipotético riesgo de su desaparición¹⁹; otro que no existe más que como experiencia del pasado, puesto que ya no está vigente, representado por los Fueros del Reino de Valencia abolidos el 29 de junio de 1707, pero que se erige en un instrumento que legitima el ejercicio de la competencia legislativa en la formulación reforzada que recoge la reforma estatutaria. El legislador valenciano de 2006, fuertemente condicionado por el tenor de la STC 121/1992, se muestra confuso en su constante reclamo e invocación a los Fueros de Valencia: por un lado se pretende hacer uso de esa competencia para, con las debidas acomodaciones, recuperar el derecho contenido en los Fueros, símbolo de esa personalidad jurídica propia cercenada a comienzos del siglo XVIII; por otro, consciente el legislador valenciano de su falta de vigencia, sortea, sin embargo, tal obstáculo, pasando a la acción, esto es, proclamando instrumentalmente la recuperación de «la normativa foral del histórico Reino de Valencia»²⁰ en lo que parece una derogación del Decreto de 29 de junio de 1707 para hacer posible a partir de esta singular rehabilitación de los Fueros su actualización a través de la actividad legislativa de la Generalitat²¹.

IV. UNA NOTA CRÍTICA SOBRE LA INVOCACIÓN A LOS FUEROS DE VALENCIA EN EL TEXTO ESTATUTARIO

No parece, sin embargo, que con ello fueran a quedar desterrados los riesgos de declaración de inconstitucionalidad de las nuevas leyes resultantes de esta reforzada competencia estatutaria. La rehabilitación instrumental de los Fueros, tal como deja traslucir la fórmula empleada en la Disposición Transitoria Tercera del Estatuto, no puede concebirse con efectos retroactivos en modo de estimar vigente la tradición foral valenciana al tiempo de la promulgación de la Constitución. De este modo, el «allí donde existan» sigue haciendo del todo punto inviable un crecimiento objetivo de la competencia legislativa más allá de la mera positivización de los aislados vestigios de carácter consuetudinario²². Pretender componer un Código de Derecho civil valenciano²³, exigiría acreditar la vigencia de singularidades de carácter consuetudinario en todas o en muchas de las instituciones de derecho privado de las que hacen uso en su vida cotidiana los valencianos. Si hasta 1707 los valencianos se rigieron por un derecho diferenciado²⁴, a partir de entonces se terminaron por acomodar²⁵, no sin resistencia, al empuje del derecho castellano, que introducía nuevas concepccio-

nes, por ejemplo en materia de régimen económico matrimonial o de derecho de sucesiones. Lo mismo podría decirse tras la promulgación del Código Civil, que es también derecho de los valencianos y no creo que pueda sostenerse que hay o ha habido una resistencia de los valencianos a su aplicación²⁶, sino todo lo más fragmentarios alegatos en pro de nuestra diversidad jurídica que, por la conjunción de diversos elementos, no tuvieron la suficiente intensidad y continuidad como para contrarrestar el despotismo del siglo XVIII y el centralismo de los dos últimos siglos²⁷. Pueden traerse aquí a colación las palabras del Prof. Luis DíEZ-PICAZO: «no tiene sentido crear *ex novo* un derecho literario nunca vivido, nacido de las ocurrencias de juristas ociosos. Añádase a ello que en la Comunidad valenciana muchas de las normas de un Derecho civil común, que lo ha sido durante tantos decenios, aparecen interiorizadas por una gran parte de la población, como las que establecen (o establecían) la sociedad de gananciales o el sistema de legítimas entre los ascendientes, de manera que esta amenaza de un Derecho nuevo surgido únicamente de la cabeza de los juristas puede suponer un fraude en la confianza de los ciudadanos cuando, además, se puede intuir que no mejorará su suerte ni les atribuirá una vida mejor»²⁸.

Con esta afirmación solo pretendo deslizar muy tímidamente una nota crítica o discordante hacia un actual entusiasmado reclamo a la cuestión foral en nuestra Comunidad. Creo firmemente que la Ley es una declaración del que tiene poder, con independencia de si este es o no legítimo. Cuando la ley descende a regular las relaciones habidas entre particulares, es a estos a quien les corresponde dar el visto bueno, haciendo uso de ellas y siguiendo sus orientaciones. No siempre la ley es plasmación positiva de una práctica consuetudinaria anterior, no siempre es reconocimiento formal de lo que sus destinatarios tenían y usaban con anterioridad como propio. La ley se impone, guste o no guste, con independencia de las repercusiones políticas que puedan pesar sobre quien la introduce sin considerar el sentir de sus destinatarios. Leyes fueron los Fueros de Valencia, no inmutables, sino cambiantes y durante casi cinco siglos los valencianos se acogieron a ellos, aunque también la praxis notarial y judicial de la época foral nos muestra cómo en muchas ocasiones se aplicaban otras normas, entre ellas, muy frecuentemente, la doctrina del *ius commune* construida sobre la base de las fuentes justinianeas²⁹, pese a la prohibición de Jaime I en 1270³⁰. De leyes se componía también el derecho castellano que Felipe V impuso a los valencianos y, no sin cierta resistencia, a él se terminaron por acomodar, sin que nunca hayan faltado voces nostálgicas que, justamente, han reivindicado aquello que era propio y exclusivo: los Fueros de Valencia³¹.

Pero, ¿realmente puede hablarse de un derecho propio y exclusivo? Yo diría que en Derecho, propio y exclusivo apenas hay nada, si no se quiere sostener que el aire y el sol mediterráneo de Valencia dotan de una idiosincrasia radicalmente contrapuesta a la de otros pueblos de España, algunos también con aire y sol mediterráneo. Pero eso no resta validez a la evidencia de que los

hacedores de los Fueros de Valencia tuvieron su formación, esencialmente en Derecho romano justinianeo y canónico³², y ello sin duda condicionó su labor hasta el punto de poder advertirse una coincidencia literal de muchos Fueros de Jaime I con constituciones imperiales alojadas en el Código de Justiniano, aproximadamente del orden de dos terceras partes del total de 1.500 fueros que conformaban la obra, si bien aderezados con nueve capítulos iniciales donde se personalizaba en clave estrictamente valenciana el texto legal, con expresa referencia a los límites territoriales que habría de tener el Reino tras el proceso de conquista³³. No debe olvidarse que Pere ALBERT y Vidal de CANELLAS, dos de los posibles partícipes en la redacción de la *Costum*, estudiaron en la Universidad de Bolonia dentro del ambiente cultural que se ha denominado «Recepción del Derecho romano» en cuanto que giraba en torno al estudio del *Corpus Iuris* de Justiniano³⁴. Y precisamente se denomina a esta labor de acomodación del Derecho romano justinianeo a las exigencias de la época medieval «Recepción del Derecho común», porque a través de los juristas formados en Bolonia, procedentes de todos los rincones de Europa, también de Valencia, se gestó un sustrato común europeo en materia de derecho privado, que es, sin duda, el germen de la cultura jurídica occidental, precisamente hoy invocado como factor esencial para alcanzar la pretendida armonización del Derecho privado europeo.

Ello no implica afirmar que todo el derecho que partió de aquel tronco sea plenamente coincidente, sino que derivando dos tradiciones de un mismo tronco, pueden con el paso de tiempo tomar sendas distintas, acomodándose al modo de vivir de sus gentes. Y así puede constatarse, si comparamos el Derecho de Castilla y el derecho de una Valencia foral que se mostró siempre más ligada a un aperturismo comercial, sin duda por mor de su situación geográfica, que precisaba negocios ágiles y desprovistos de las solemnidades más presentes en la tradición castellana. Y este influjo iusromanista de los Fueros, especialmente patente en sus primeras ediciones, escritas en latín, no es un demérito ni un recorte para su pretensión de valencianía, sino una consecuencia de ser el Derecho una ciencia del hombre y para el hombre formulado por expertos en esta materia. Es natural, por tanto, que cuando en ellos se advierte una formación común y cuando las formas de organización política, social y económica no distan en demasía, las diferencias en el campo jurídico, como acontece entre los distintos pueblos de España, no sean tantas ni tan radicales como para impedir una rápida acomodación de las gentes a la nueva coyuntura³⁵. Creo que esto es lo que, muy paulatinamente, puede constatarse en la historia jurídica valenciana, un de menos a más en el abrazo a las concepciones del derecho castellano a medida que el recuerdo de la tradición foral se iba alejando³⁶.

Es un hecho que la desaparición del régimen foral no fue inmediata. Incluso después del Decreto de 29 de junio de 1707 siguieron celebrándose contratos, testamentos y donaciones con arreglo al derecho foral valenciano y, cuando de

ellos resultaba algún conflicto judicial, la Chancillería reconocía muchas veces su validez, ya que no a todas las ciudades, villas y lugares del Reino llegó de manera inmediata la noticia de la publicación del Decreto abolicionista. Lo mismo puede decirse de aquellos negocios jurídicos celebrados con anterioridad al Decreto de Nueva Planta, pero que habrían de desplegar sus efectos después de la abolición. Se sentó así el principio de irretroactividad de las normas, conforme al cual los negocios jurídicos nacidos al amparo de la legislación foral se regirían por ella y no por el derecho castellano. Ello no obstante, no faltan en la práctica casos de impugnación de testamentos por parientes a los que el testador había dejado simplemente la legítima formal valenciana (10 libras o 5 sueldos), reclamando el suplemento de legítima material que contemplaba el derecho castellano. De ahí que muchos testadores valencianos, ante el temor de ver anulado su testamento, volvieran a otorgarlo conforme a la legislación castellana, que no acogía el principio de libertad de testar, que es el que terminó por prevalecer en el derecho foral valenciano de la mano de Pedro el Ceremonioso³⁷.

Sea como fuere, lo cierto es que el Estatuto de Autonomía de 2006 ha querido cambiar ese estado de cosas a modo de desagravio histórico. Si el gran argumento para dejar prácticamente vacía de contenido la competencia legislativa en materia civil de los valencianos es que su derecho no existe, a salvo unas pocas y anecdóticas instituciones de corte consuetudinario, que no está vigente el cuerpo más expresivo del Derecho civil valenciano, como son sus Fueros, habrá que ponerse manos a la obra. Y ello se ha concretado, quizá de manera poco ortodoxa, en una simbólica e instrumental recuperación de los Fueros de Valencia en su Disposición Transitoria Tercera. Digo poco ortodoxa, porque recuperar lo derogado no parece estar dentro del alcance de la competencia legislativa de la Generalitat, sin que se haya invocado, como podría haberse hecho, la puerta que dejaba abierta el Tribunal Constitucional (en su Sentencia 88/93) para ampliar el campo sobre el que poder legislar, esto es, sobre «instituciones conexas». Ello no les daría tampoco una vigencia automática, pues sería presupuesto irrenunciable para ello proceder a su actualización para acomodarlos a la Constitución y a las exigencias de la sociedad valenciana actual. Es evidente que la Generalitat no ha pretendido convertir en derecho vigente los Fueros de Valencia, sino que, de forma instrumental, los recupera a los solos efectos de poder actualizarlos, sorteando así el obstáculo de su inexistencia. Se recuperan, por tanto, pero no son derecho vigente porque no pueden serlo por falta de armonización con la Constitución, si bien sitúan a la Generalitat en la línea de salida para un más amplio y equitativo ejercicio de la competencia legislativa en materia de derecho civil (en relación con otras Comunidades Autónomas que cuentan con un derecho civil propio). Y el primer ejemplo de este impulso, con un enganche directo con los Fueros de Valencia y su contenido, fue la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

A ello puede añadirse que el esfuerzo de acomodación del régimen jurídico foral a la Constitución hace que la pretendida idiosincrasia valenciana que encerraba, que en su caso será la de los valencianos de época foral, se haya en gran parte difuminado después de varios siglos de predominio y acomodación al derecho castellano en Valencia. O mejor habría que decir que esa idiosincrasia, que tantas veces se invoca cuando se trata de legislar en materia de derecho privado, ha cambiado y ya no es esencialmente distinta de la de otros pueblos de España, con independencia de que ello haya sido ocasionado por aquella afrenta borbónica en 1707. En definitiva, de esa tradición foral lo más que se ha retomado es la denominación de algunas de sus instituciones, pero es dudoso que solo por ello mejore, como reza el Preámbulo del Estatuto de Autonomía de 2006, la «calidad de vida de los valencianos y valencianas». En este sentido, anteponer la separación de bienes como régimen legal supletorio para regir las relaciones patrimoniales entre cónyuges no precisa de grandes justificaciones ni reivindicaciones históricas en una sociedad en la que han mudado notablemente los condicionantes sociológicos de la primacía de los regímenes de comunidad.

V. EL DERECHO CIVIL VALENCIANO A LA LUZ DE LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Quedaba por ver cuál iba a ser la actitud del Gobierno de España ante lo que a todas luces constituía un avance, un repunte, una muestra más de particularismo jurídico dentro de España, esta vez proveniente de una Comunidad Autónoma que apenas se había mostrado beligerante en este terreno más allá de ciertas reivindicaciones históricas expresadas siempre desde la acción política. Pues bien, los tres productos normativos de las Cortes Valencianas (la referida Ley 10/2007, de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano; la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven fueron y la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana), en su momento objeto de recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Nación, han sido declaradas con mayor o menor amplitud inconstitucionales³⁸.

1. SENTENCIA 82/2016, DE 28 DE ABRIL, DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De entre sus fundamentos jurídicos, se ha de destacar en particular la consideración preliminar que hace el Alto Tribunal de que no puede admitirse «la existencia de un Derecho foral valenciano susceptible de actualización independiente de su preexistencia», que es tanto como sostener que el inciso “allí

donde existan” del artículo 149.1.8 de la Constitución no comprende los casos de vigencia pretérita, sino actual al tiempo de la promulgación de la Carta Magna. Recuerda asimismo la subordinación jerárquica de los Estatutos autonómicos a la Constitución Española, pues no son normas atributivas de las competencias del Estado ni tampoco lo son de ejercicio de competencias estatales previstas en el artículo 149.1, por lo que cualquier referencia que un Estatuto pueda contemplar en relación con el ejercicio de tales competencias estatales, ha de respetar el marco constitucional de atribución de competencias, que se verá vulnerado si las previsiones estatutarias vienen a «negar o impedir con ello el ejercicio de las competencias propias y exclusivas del Estado», puesto que la delimitación y distribución de competencias es cuestión indisponible «para el legislador estatutario, como poder constituido que es».

El Tribunal Constitucional, después de reconocer a la Generalitat «competencia legislativa en materia de Derecho civil valenciano», significa que «debe ejercerse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 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 Constitución Española», siendo que «el límite a dicha competencia se encuentra claramente señalado por el artículo 149.1.8 CE». Ello impone reiterar la interpretación de dicho artículo ofrecida en ocasiones anteriores, a saber, que «la expresión “allí donde existan” referida a los derechos civiles forales o especiales, como presupuesto indispensable para ejercer la competencia legislativa *ex* artículo 149.1.8 CE alude a la previa existencia de un Derecho civil propio (...), preexistencia que no debe valorarse además con referencia a cualquier coordenada temporal (...), sino muy precisamente al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución (...), sin que sea lícito remontarse a cualquier otro momento anterior». Y el Tribunal Constitucional recuerda que la Comunidad Valenciana contaba con un derecho civil propio en aquel momento, si bien limitado a ciertas «normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria», que conforman así el objeto sobre el que ha de discurrir el ejercicio de la competencia legislativa con vistas a su conservación, modificación o desarrollo, sin que la reforma del Estatuto de Autonomía de 2006 pueda servir para ampliar el techo competencial de las Cortes Valencianas hacia instituciones jurídico-civiles de vigencia en otro tiempo o con propósitos distintos de conservar, modificar o desarrollar instituciones que puedan reconocerse existentes. Lo que tiene encaje constitucional es que «reglas de su ordenamiento que quedaron cristalizadas en normas consuetudinarias puedan llegar a convertirse en normas legales en virtud del ejercicio de tal competencia», es decir, «a día de hoy el artículo 149.1.8 CE le reconoce competencia legislativa sobre aquellas materias civiles que forman parte de su acervo normativo o consuetudinario antes de la entrada en vigor de la Constitución Española», de modo que el juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad al que pueden quedar abocadas las leyes del Parlamento

valenciano pasa por la acreditación de que las instituciones jurídico-civiles objeto de regulación «pertenecen o no a su derecho consuetudinario» o, cuanto menos, guardan una conexión bastante como para apreciar que se trata de un desarrollo del Derecho civil propio vigente, por ser notoria, como ya se ha dicho, la inexistencia al tiempo de la promulgación de la Constitución de otras normas que ordenaran en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana cualquier instituto civil de modo especial respecto al derecho común.

Así las cosas, precisa el Tribunal Constitucional que «no basta la conexión entre los antiguos y derogados Furs del Reino de Valencia y las instituciones económico-matrimoniales reguladas en la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007, pues lo que debe probarse es la pervivencia de las costumbres que le sirven de punto de conexión»³⁹, circunstancia que en modo alguno ha quedado acreditada, a diferencia de lo acaecido en su día en relación con los Arrendamientos Históricos Valencianos⁴⁰, por lo que «ello debe conducir a declarar la nulidad de todos los preceptos» relacionados con la materia económico-matrimonial contemplados en la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, que, a juicio del Tribunal Constitucional, son todos los que en ella se contienen⁴¹.

2. SENTENCIA 110/2016, DE 9 DE JUNIO, DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La proximidad temporal de esta Sentencia con la que precedentemente hemos traído a colación ha contribuido a acentuar las coincidencias en el plano argumental. Con todo, el encuadre *ratione materiae* de la Ley de Parejas de Hecho trasciende del ámbito más restringido del derecho civil al regular también aspectos de derecho público sobre los que sí son más ampliamente competentes las Comunidades Autónomas, lo que fuerza limita el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de esta ley. No es discutible, sin embargo, que la regulación de los efectos personales y patrimoniales que derivan de una relación de convivencia afectiva análoga al matrimonio se integra en el ámbito del derecho civil, como preliminarmente, con cita de Sentencias precedentes, recuerda el Tribunal Constitucional, todo ello sin perjuicio de que la norma impugnada ofrezca también normas encuadrables sistemáticamente en otros ámbitos del derecho sobre los que, con mayor amplitud, puede versar la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas. De ahí que el Tribunal Constitucional, si bien anticipa que «la identidad de la materia y de las alegaciones de las partes obligan, en consecuencia, a seguir los criterios de ese precedente mencionado (la STC 82/2016, de 28 de abril)», habrán de hacerse «las matizaciones oportunas por razón del específico objeto de la Ley aquí impugnada».

En consecuencia, el Alto Tribunal reitera que el techo competencial en materia de derecho civil es el presente en el artículo 149.1.8 de la Constitución y no puede ser alterado por disposiciones estatutarias, jerárquicamente subordinadas

a la Carta Magna, que autoricen a un ejercicio más amplio de la competencia legislativa sobre derecho civil, esto es, más allá del conservar, modificar y desarrollar que pueden acometer aquellas Comunidades Autónomas donde existiera un derecho civil propio al tiempo de promulgarse la Constitución. De ahí que «la llamada a recuperar y actualizar los antiguos Fueros no autoriza al legislador autonómico a exceder la competencia en materia de legislación civil que el artículo 149.1.8 CE permite a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, más allá del cual se encuentra la competencia indisponible del Estado».

Recuerda a estos efectos el Tribunal Constitucional que existe un derecho civil propio en la Comunidad Valenciana, que se compone únicamente de algunas «normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria» que han subsistido «tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días». Por tanto, «la existencia de un régimen consuetudinario previo de una determinada institución se erige a la vez en presupuesto y límite para el ejercicio de la competencia en materia de Derecho civil». Ello obliga a «identificar una costumbre asentada en su Derecho civil efectivamente existente en su territorio (ya en 1978) y subsistente en el momento de la aprobación de la Ley (...), o bien otra institución consuetudinaria diferente a la regulada pero “conexa” con ella de manera que pueda servir de base para apreciar un “desarrollo” de su Derecho civil foral o especial. De no poder hacerlo, la norma civil valenciana debe reputarse inconstitucional y nula por falta de competencia (...)».

Ello permite anticipar el juicio de inconstitucionalidad por lo que concierne a los efectos puramente civiles de la ley impugnada, pues recuerda el Tribunal Constitucional que incluso su Preámbulo reconoce que «las formas de convivencia *more uxorio* han aparecido solamente en los últimos años», lo que hace innecesario «buscar en los antiguos fueros, o en las costumbres de ellos derivadas, una institución legitimadora de la regulación». Todo lo más se apunta a ciertas normas consuetudinarias conexas «como la “costumbre testamentaria de l’*une per l’altre*” o el “fideicomiso foral”», pero el Tribunal Constitucional las considera dudosas por falta de suficiente acreditación.

Por lo que respecta al alcance de la declaración de inconstitucionalidad, esta queda circunscrita a aquellas de sus disposiciones que tienen encaje con el ámbito jurídico-civil, esto es, los artículos 6 a 14 de la norma autonómica impugnada así como su artículo 2, que hacía depender su aplicación, conforme a la naturaleza preferentemente civil de las disposiciones que contenía, del criterio de aplicación subjetiva eminentemente civilista de la vecindad. Quedan, sin embargo, subsistentes aquellos preceptos que no invaden competencias del Estado como la prohibición de discriminación por razón del modelo de familia en el que un ciudadano se integre; algunas prohibiciones relacionadas con los requisitos para entender constituidas las uniones de hecho formalizadas; la regulación de un registro administrativo con fines de publicidad; y la equiparación al matrimonio como causa de atribución de ciertos derechos sociales (licencias,

permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo y ayuda familiar en el ámbito de la función pública autonómica así como indemnizaciones, subvenciones y tributos autonómicos).

3. SENTENCIA 192/2016, DE 16 DE NOVIEMBRE, DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional reitera sustancialmente en esta Sentencia los fundamentos ya expuestos en las dos anteriores, recordando que, si bien «la competencia autonómica en materia de Derecho civil foral valenciano tiene su origen en la transferencia efectuada por la LOTRAVA», «en ningún caso podía ir más allá de lo dispuesto en el artículo 149 CE, por lo que la competencia autonómica se debe situar necesariamente en el marco del artículo 149.1.8 CE, que permite a las Comunidades Autónomas legislar en orden a la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral o especial preexistente a la aprobación del texto constitucional, sin que la argumentación esgrimida por los recurrentes permita admitir la existencia de un derecho foral valenciano susceptible de actualización independiente de su preexistencia».

Se insiste en que el calificativo “foral” incluido en la reforma estatutaria de 2006 «no puede alterar el techo competencial establecido en el artículo 149.1.8 CE»; en que la expresión constitucional “allí donde existan” alude a la previa existencia de un Derecho civil propio, sin que tal preexistencia pueda valorarse con referencia a cualquier coordenada temporal, sino al tiempo de entrada en vigor de la Constitución. El único de esta suerte que preexistía en el territorio de la Comunidad Valenciana es el conformado por normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria por ser notoria la inexistencia de toda regla escrita que ordenara en dicho ámbito cualquier instituto civil de modo especial respecto al Derecho común⁴². En definitiva, las referencias constitucionales a la conservación, modificación y desarrollo de ese derecho civil previamente existente marcan la medida y límites de las competencias ejercitables, que es lo que habrá que examinar con vistas a apreciar la constitucionalidad o no de las normas promovidas por el legislador autonómico.

Así las cosas, siendo incuestionable que la Comunidad Valenciana posee competencia para positivizar su derecho consuetudinario, tal conversión normativa exige comprobar si las instituciones a las que se quiere dar rango legal pertenecen o no a su derecho consuetudinario. La carga de probar tal extremo (en el presente caso, la pervivencia y aplicación de especiales reglas en materia de relaciones paterno-filiales en vigor al tiempo de aprobarse la Constitución), que tiene por única excepción las costumbres notorias, ha de pesar sobre la propia Comunidad Valenciana, pudiendo hacer las veces la acreditación de la pervivencia de otra institución civil diferente a la regulada pero conexas a ella.

No es bastante, por tanto, una posible conexión entre los antiguos y derogados Furs del Reino de Valencia y las relaciones paterno-filiales reguladas en la ley impugnada, pues lo que debe probarse es la pervivencia en el año 1978 de las costumbres que pudieran servir de punto de conexión, cuestión que en modo alguno ha resultado demostrada, lo que conduce inevitablemente a la declaración de inconstitucionalidad del conjunto de la Ley.

En cuanto al alcance de la declaración, tiene efectos *ex nunc* al establecer que «no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues este Tribunal entiende que las decisiones adoptadas por los órganos judiciales durante la vigencia de la LCV 5/2011 que ahora se declara inconstitucional, en relación a la fijación de un determinado régimen de guardia y custodia para los hijos menores —independientemente de cuál fuera el régimen que indiquen como preferente o deseable los legisladores estatal y autonómico—, se fundaron en la recta aplicación del principio que rige esta materia que no es otro que el del beneficio y protección del interés del menor. Asimismo, conforme al principio constitucional de seguridad jurídica, procede el mantenimiento de las referidas situaciones ya consolidadas con anterioridad al momento de la presente Resolución».

4. EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO JUAN ANTONIO XIOL RÍOS A LAS TRES SENTENCIAS: UNA NOTA CRÍTICA

El Magistrado disidente, frente al criterio formulado por el resto, entiende que la competencia legislativa de la Comunidad Valenciana en materia civil se ha visto sustancialmente alterada a raíz de la reforma estatutaria de 2006, en esencia por el mandato de la Generalitat allí contemplado de que se recuperen los contenidos de los Fueros del histórico Reino de Valencia con la consecuente acomodación de su tenor a la Constitución española, lo que permite adicionar a la expresión Derecho civil valenciano el adjetivo “foral”. Ello trae consigo, a su juicio, una ampliación de la competencia en la medida en que la Disposición Transitoria Tercera del Estatuto de Autonomía, que en modo alguno ha sido declarada inconstitucional, impulsa precisamente «la recuperación de la normativa histórica de la Comunidad Valenciana vinculada a los antiguos fueros»⁴³. Y ese mandato de actualización de los derechos históricos en el campo del derecho privado tiene relevancia en orden al ejercicio de la competencia legislativa en la medida en que aparece contenido en el texto estatutario, como así se reconoció en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Quizá la objeción más contundente que puede hacerse al fundamento del triple voto particular radica en el hecho de que el derecho foral valenciano (propiamente los Fueros) no estaba vigente al promulgarse la Constitución por ser este el criterio uniforme exigido por la jurisprudencia constitucional. Sin em-

bargo, para XIOL RÍOS ello carece de relevancia, puesto que precisamente «el concepto general de actualización de los derechos históricos, una vez admitido por la jurisprudencia constitucional, carece de sentido alguno en el marco del Derecho privado si no se entiende que puede referirse a sistemas no vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, pues para los que se hallaban vigentes en esta fecha no cabe hablar de actualización o recuperación de derechos históricos, sino simplemente de conservación de sistemas vigentes».

Esta consideración es ciertamente discutible a la luz de la doctrina constitucional vertida sobre el sentido de los términos «conservación», «modificación» y «desarrollo», que simplemente dejan traslucir el propósito y fines de la acción normativa y que, en consecuencia, son perfectamente aplicables a sistemas jurídicos vigentes. En cambio, los términos presentes en el texto estatutario que trae a colación XIOL RÍOS («recuperación» y «actualización»), admitiendo el sentido que les da como asociados a sistemas jurídicos no vigentes, no están definidos por la Constitución como fines propios y autónomos de la acción normativa que puede acometerse desde las Comunidades Autónomas en sede de derecho civil. Podría establecerse todo lo más una equivalencia entre «modificación» y «actualización» (sí mencionada en la Disposición Adicional Primera de la Constitución), que desde luego puede también llevarse a cabo a propósito de sistemas jurídicos vigentes, siendo que uno de los fines de modificar algo es precisamente actualizarlo. Por el contrario, el propósito de «recuperación», que no contempla el texto constitucional, habría de quedar circunscrito a sistemas jurídicos no vigentes y la referencia de la Disposición Adicional Primera a que «la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales» nada hace pensar que comprenda los no vigentes. En este punto, por tanto, resulta patente que hay un exceso en la concreción de la competencia, que ha de circunscribirse solo a conservar, modificar y desarrollar, no a recuperar lo derogado.

Prosigue XIOL RÍOS su argumentación, significando que la interpretación constitucional del “allí donde existan” como equivalente a la vigencia de los derechos forales al tiempo de promulgarse la Constitución abona «una concepción restrictiva de los derechos civiles territoriales, entendidos como realidades históricas residuales que deben conservarse provisionalmente o “por ahora” en los territorios donde “subsistan” (...)», que en modo alguno se compadece con la Constitución, que concibe los derechos forales como parte de la competencia ordinaria de determinadas Comunidades Autónomas, frente a la competencia exclusiva que se reserva al Estado en ciertas materias frente a tales derechos.

Puede aceptarse desde luego que tal expresión destila «una concepción restrictiva de los derechos civiles territoriales» en el sentido de que el marco político y territorial de las actuales Comunidades Autónomas en modo alguno puede relacionarse con una identidad propia y diferenciada de todas y cada una de ellas (las diecisiete) en el ámbito del derecho civil. Territorios con derecho

civil propio, vigente o derogado, son solo unos pocos. Pero no creo que pueda sostenerse que la interpretación constitucional del “allí donde existan” abona una consideración de los derechos forales como algo residual y abocado en un futuro más o menos próximo a su desaparición, cuestión esta que dilató en su momento la promulgación del Código Civil y que quedó finalmente superada.

Concluye XIOL RÍOS su voto particular señalando que «no existe óbice alguno para admitir que no se opone al artículo 149.1.8 CE el reconocimiento de un sistema de Derecho privado foral por parte del Estatuto de Autonomía, aun cuando no estuviera vigente en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, siempre que sea posible calificarlo como sistema de Derecho privado efectivamente vigente en el ámbito histórico, geográfico y sustantivo propio de los Derechos forales, como, sin que quepa duda alguna razonable en términos historiográficos, es el caso del Derecho foral de Valencia».

Ciertamente, siendo que la función del artículo 149.1.8 de la Constitución no es precisamente dispensar o no reconocimientos a sistemas jurídicos forales, sino proclamar la competencia exclusiva del Estado para legislar en materia de derecho civil con las salvedades expuestas, podemos coincidir con XIOL RÍOS en que el reconocimiento que ha hecho el Estatuto de Autonomía al derecho privado foral valenciano no contraviene la Constitución. Otra cosa distinta es reconocerle un valor jurídico pleno a todo lo que la disposición encierra, donde se combinan realidades efectivas (la reserva de competencia legislativa sobre derecho civil foral valenciano a favor de la Generalitat, que se ejercerá al amparo de la Constitución Española) con aspiraciones programáticas de carácter político (recuperación de la normativa foral del histórico Reino de Valencia con el propósito de emprender su actualización). Nada de inconstitucional tiene reconocer la competencia que la Generalitat ostenta sobre la materia, máxime cuando se dice expresamente que se ejercerá al amparo de la Constitución, que es tanto como decir que se asume y respeta la doctrina constitucional vertida hasta la fecha sobre el derecho foral valenciano y sus límites; como tampoco merece el reproche de inconstitucionalidad una declaración tan insólita como la de tener por recuperado un conjunto normativo tan difuso como «la normativa foral del histórico Reino de Valencia», acto jurídica y políticamente tan trascendente que no se entiende el ropaje formal de una Disposición Transitoria para su formulación, sino fuera quizá con el propósito de que una semejante manifestación pudiera pasar discretamente de puntillas. Más bien el reproche de inconstitucionalidad, como ha acontecido, habría de quedar reservado para esas manifestaciones concretas de ejercicio de la competencia con vistas a la recuperación y actualización del contenido de los Fueros de Valencia carentes de vigencia al tiempo de promulgarse la Constitución. A este respecto, concluye su voto particular XIOL RÍOS, poniendo de relieve cómo el Tribunal Constitucional solo reconoce «un derecho consuetudinario valenciano que tiene el valor de Derecho foral desde el punto de vista del artículo 149.1.8 CE». Así

delimitado, resulta posible el ejercicio de la competencia normativa, no solo en términos de conservar y modificar ese derecho consuetudinario de raigambre valenciana, sino de desarrollarlo para hacer así posible su crecimiento orgánico, actualización y vitalidad hacia el futuro «mediante la regulación de materias que guarden una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados u otras normas integrantes del propio ordenamiento civil»⁴⁴. En modo alguno tiene encaje constitucional aquellas concreciones normativas que persigan la recuperación de un conjunto derogado carente de vinculación con el subsistente en el plano consuetudinario. Si así lo hubiera querido el constituyente, hubiera añadido el sustantivo «recuperación» al artículo 149.1.8 de la Constitución.

VI. CONCLUSIONES: PERSPECTIVA DE FUTURO PARA EL DERECHO CIVIL VALENCIANO

I. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional tan contundentes en tan breve plazo de tiempo permiten anticipar la suerte de las normas de derecho civil que las Cortes Valencianas puedan gestar en el ejercicio de su competencia estatutaria en el futuro, si no orientan sus esfuerzos por la senda de la conexión de su contenido normativo con un derecho consuetudinario que hubiera podido subsistir al decreto abolicionista de los Fueros de Valencia, habiendo asimismo conservado su vigencia hasta nuestros días⁴⁵.

II. La competencia que el Tribunal Constitucional reconoce atribuida a las Cortes Valencianas puede considerarse ya agotada con la promulgación de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias, siendo que no es previsible la emersión repentina de nuevas prácticas consuetudinarias subsistentes de alcance local o regional que pudieran ser objeto de positivización. Queda solo la vía de las instituciones conexas, que puede ser terreno propicio para el estudio y aportación de la ciencia jurídica regional.

III. Con independencia de consideraciones de orden político que puedan hacerse con un propósito eminentemente reivindicativo y, hasta si se quiere, de justicia material en pro de la superación de aquella afrenta de la que los valencianos de comienzos del siglo XVIII fueron víctimas⁴⁶, el criterio del Tribunal Constitucional formulado en las dos últimas Sentencias comentadas me parece impecable⁴⁷. Ciertamente, el largo lapso de tiempo transcurrido entre la reforma estatutaria de 2006, que no mereció por entonces el reproche de inconstitucionalidad en lo relativo a la ampliación de la competencia que se aventuraba, alimenta en el momento presente la incomprensión hacia sus consecuencias, que, sin embargo, consciente el Tribunal Constitucional de tan tardío pronunciamiento⁴⁸, quedan paliadas con una más que discutible declaración de inconstitucionalidad de inusitados efectos *ex nunc*, que salva de la incertidumbre

a los muchos matrimonios que vieron nacido *ex abrogata lege* el régimen de separación de bienes como regulador de sus relaciones económicas⁴⁹.

IV. No parece que pueda ser otro, a la luz del vigente texto constitucional, el alcance de la competencia de la Generalitat para legislar en materia civil⁵⁰, en esencia conservar el vigente derecho civil valenciano consuetudinario a través de su formalización legal, dejando de ser derecho consuetudinario para convertirse en derecho legislado, sin perjuicio de las ulteriores modificaciones y desarrollos que, también en forma de leyes, puedan acometerse en el futuro para atender las exigencias que imponga la realidad económica y social de los valencianos. Aquel camino emprendido por el legislador autonómico en 2006, que perseguía dejar atrás viejas ataduras y miedos encastrados por los condicionantes políticos que rodearon la génesis del Estatuto de Autonomía de 1982, en definitiva sacudirse el complejo de inferioridad al que había abocado la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/1992 en torno a la entidad de nuestro derecho foral (de raigambre consuetudinaria por la falta de Compilación), queda ahora irremisiblemente truncado.

V. Considerando algunas de las ideas de Álvaro D'ORS sobre el derecho foral que tanto amaba («es inútil discurrir sobre si hay que mantener o prohibir los derechos forales. Si no hay ciencia jurídica regional, el derecho foral desaparecerá por sí solo; si la hay, las prohibiciones legales no harán más que volver la espalda a la realidad inmovible»⁵¹), el cegamiento de las fuentes de producción del derecho foral valenciano y la imposición del derecho castellano ha traído por consecuencia la casi completa desaparición de aquellas particularidades. La potestad ordenancista, con el alcance expresamente derogatorio de sus decisiones, impulsó en su día, no sin resistencia, el paulatino cambio de objeto en la dedicación de los juristas valencianos hasta el punto de hacer de esa tradición jurídica valenciana una reliquia del pasado cultivada por muchos años por historiadores del Derecho. Esa resistencia puede reconocerse fruto de la integración combinada del deseo de las personas privadas de seguir celebrando ciertos negocios jurídicos arraigados en la conciencia social y, probablemente, del asesoramiento cautelar de los prudentes del momento para su adecuado encauzamiento, haciendo así posible la conservación consuetudinaria de prácticas de la tradición foral valenciana que no vulneraban el derecho castellano por la vigencia del principio de libertad de pactos, más presente en el campo del derecho de obligaciones que, por ejemplo, en el que tiene por objeto regular los efectos personales y patrimoniales del matrimonio y de la progeñe. De ahí que en este preciso ámbito no haya sido posible la supervivencia de singularidades jurídicas que poder conservar, modificar o desarrollar desde el ejercicio de la competencia legislativa en materia de derecho civil.

ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- STC 121/1992, de 28 de septiembre.

- STC 88/1993, de 12 de marzo.
- STC 156/1993, de 6 de mayo.
- STC 28/2012, de 1 de marzo.
- STC 81/2013, de 11 de abril.
- STC 93/2013, de 23 de abril.
- STC 98/2013, de 23 de abril.
- STC 31/2010, de 28 de junio
- STC 82/2016, de 28 de abril.
- STC 110/2016, de 9 de junio.
- STC 192/2016, de 16 de noviembre.

BIBLIOGRAFÍA

- BARÓ PAZOS, J. (1993). *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*. Santander: Editorial Universidad de Cantabria.
- BARRERO GARCÍA, A. M. (1971). El derecho romano en los «Furs» de Valencia de Jaime I. *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 41, 639-664.
- BENEYTO PÉREZ, J. (1985). Una explicación sociológica de la no-devolución del Derecho civil valenciano. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 43, 159-164.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2016). Alto al Derecho civil valenciano. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 23-26.
- BERNÍ Y CATALÀ, J. (1764). Privilegio XV. Sobre el empleo de Fiscal de su Magestad, en favor del Colegio de Abogados. En: *Resumen de los Privilegios, Gracias, y Prerogativas de los Abogados Españoles*, Valencia: Imprenta de Joseph Thomàs Lucas.
- BLASCO GASCÓ, F. (2008). El desarrollo del Derecho civil valenciano: la Ley de Régimen Económico Matrimonial valenciano. *Revista Jurídica de Navarra* núm. 46, 45-68.
- (2017). Comentario jurídico-político a las sentencias político-jurídicas del Tribunal Constitucional sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materia de derecho civil valenciano (o el artificio de cómo reconocerte todo y no darte nada). *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 61, pp. 5-29.
- BLASCO GIL, Y. (2009). Constitución, codificación y doctrina jurídica del XIX. Acerca de la cuestión foral. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, 59-89.
- BOIX, V. (1855). *Apuntes históricos sobre los Fueros del antiguo Reino de Valencia*. Valencia: Imprenta de D. Mariano de Cabrerizo.
- CARRIÓN OLMOS, S. (2011). Consideraciones en torno al Derecho civil foral valenciano. En: F. Blasco Gascó (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 483-512.
- CHABÁS, R. (1902). *Génesis del derecho foral de Valencia*. Valencia: Imprenta de Francisco Vives Mora.
- CORREA BALLESTER, J. El Derecho civil valenciano histórico, en *Introducción al derecho foral y al Derecho civil valenciano. Estudios*. [En línea], disponible en <http://derehocivilvalenciano.com>.
- DÁNVILA y COLLADO, M. (1905). *Estudios críticos acerca de los orígenes y vicisitudes de la legislación escrita del antiguo Reino de Valencia*. Madrid: Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés.

- DÍEZ-PICAZO, L. (2011). A vueltas con el Derecho civil valenciano. ¿Una milagrosa resurrección? En: F. Blasco Gascó (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 875-878.
- DOMÍNGUEZ CALATAYUD, R. (2007). La competencia exclusiva de la Generalitat sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral valenciano. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 18, 323-344.
- (2008). La competencia legislativa civil de la Generalitat. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics* núm. 51, 36-69.
- (2009). Una aproximación a la ley valenciana de sucesiones. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, núm. 53, 130-181.
- D'ORS PÉREZ-PEIX, A. (1973). De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y al Derecho foral. En: A. D'ORS PÉREZ-PEIX, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*. Madrid: CSIC. Delegación de Roma, 55-73 (Publicación original en *Información Jurídica*, núm. 35, 1947, 63-81).
- DURÁN GUDIOL, A. (1973). Vidal de Canellas, Obispo de Huesca. *Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón*, núm. 9, 267-369.
- FERNÁNDEZ DE MESA, T. M. (1747). *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano de España y de interpretar aquel por este, y por el propio origen*, Valencia: Imprenta de la viuda de Jerónimo Conejos.
- FERRAN I PLANAS, E. (2006). *El jurista Pere Albert i les «Commemoracions»*. Barcelona: Institut d'Estudis Catalans.
- GARCÍA EDO, V. (1996). La redacción y promulgación de la Costum de Valencia. *Anuario de Estudios Medievales*, núm. 26, 713-728.
- (2008). Orígenes del derecho foral valenciano. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, núm. 51, 147-161.
- GARCÍA-GALLO, A. (1980). El derecho local y el común en Cataluña, Valencia y Mallorca. En: H. Coing (Ed.), *Diritto comune e diritto locali nella storia dell'Europa. Atti del Convegno di Varenna (12-15 giugno 1979)*, Milano: Giuffrè, 229-249.
- GARCIA I SANZ, A. (1996). *Institucions de dret civil valencià*. Castellón: Universidad Jaime I.
- LÓPEZ ELUM, P. (2001). *Los orígenes de los Furs de València y de las Cortes en el siglo XIII*. Valencia: Biblioteca Valenciana.
- MARTÍNEZ RODA, F. (2014). El derecho común y la supresión de los Fueros de Valencia. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, 101-124.
- MARZAL RODRÍGUEZ, P. (1993-94). El *ius commune* como derecho supletorio en Valencia. *Glossae. Revista de Historia del Derecho europeo*, núm. 5-6, 399-414.
- MASFERRER DOMINGO, A. (2008). *La pervivencia del derecho foral valenciano tras los Decretos de Nueva Planta. Contribución al estudio de la práctica forense del siglo XVIII*. Madrid: Dykinson.
- (2015). Del fracaso recopilatorio a la pérdida definitiva del derecho foral valenciano (1707-1804). *Revista de Dret Històric Català*, núm. 14, 243-272.
- MAYANS I SISCÀR, G. (1773). *Cartas morales, militares, civiles i literarias de varios autores españoles*, Tomo IV, Valencia: Salvador Faulí.
- MOLINER NAVARRO, R. (2007). Las competencias en materia de Derecho civil foral a la luz del artículo 49.1.2.^a del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* núm. 18, 345-365.

- MONTÉS PENADÉS, V. (2007). El derecho foral valenciano. Un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho civil. En: A. Baño León (Coord.), *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Tomo VIII, Madrid: Editorial Tirant lo Blanch, 261-322.
- PALAO GIL, J. (2008). Del derecho foral al Derecho civil valenciano: historia y evolución de una reivindicación secular. *Revista Valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 51, 162-199.
- (2010). Abolición y reintegración del derecho foral valenciano en la perspectiva del Antiguo Régimen. En: F. RAMÓN FERNÁNDEZ (Coord.), *El Derecho civil valenciano tras la reforma del Estatuto de Autonomía*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 13-66.
 - (2011). La insuficiencia de la costumbre como vía para el desarrollo del derecho civil valenciano. En: F. BLASCO GASCÓ (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1885-1903.
 - (2013). La reivindicación de un derecho civil propio de los valencianos desde la abolición de los fueros: bases históricas. En: V. DOMÍNGUEZ CATALAYUD (Coord.), *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de Derecho civil*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 37-99.
 - (2016). Para una vez que no somos “meninfots”: tres siglos de conflicto en torno al Derecho civil valenciano. *Diario Valencia Plaza* (2.2.2016) [En línea], disponible en <http://valenciaplaza.com/para-una-vez-que-no-somos-meninfots-tres-siglos-de-conflicto-en-torno-al-derecho-civil-valenciano>.
- PÉREZ PUCHAL, P. (1962). La abolición de los Fueros de Valencia y la Nueva Planta. *Saïtabi* núm. 12, 179-198.
- PESET REIG, M. (1972). Notas sobre la abolición de los Fueros de Valencia. *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 42, 657-716.
- (1989). Furs de Valencia: su sentido y vigencia. En *En torno al 750 aniversario: antecedentes y consecuencias de la conquista de Valencia*, Tomo I, Valencia: Monografies del Consell Valencià de Cultura, 361-378.
- SÁNCHEZ FÉRRIZ, R. (2008). El Estado de las autonomías antes y después de 2006. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics* núm. 51, 14-35.
- SAN VALERO, J. (1987). *El pueblo del Reino de Valencia (configuración de la personalidad valenciana)*, Valencia: Editorial Del Cenja al Segura.
- SIMÓ SANTONJA, V. L. (2002). *Derecho histórico valenciano: presente, pasado y futuro*. Valencia: Editorial Universidad Cardenal Herrera-CEU.
- TORRENT RUIZ, A. (2014). El Código Civil español en la secuencia comparativista de los fundamentos del derecho europeo. *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 12, 137-192.
- VALIÑO ARCOS, A. (2016). La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho civil valenciano. *Diario La Ley*, núm. 8883.
- VILLARROYA, J. (1789). *Disertacion sobre la justicia y utilidad de una ley, que declare á favor del Real Fisco la pertenencia de bienes de Realengo situados en el Reyno de Valencia, que se destinan á manos muertas, á quienes falta la habilitacion del Principe*. Valencia: Oficina de D. Benito Monfort.

- (1804). *Apuntamientos para escribir la historia del derecho valenciano y verificar una perfecta traducción de los Fueros*, Valencia: Oficina de Joseph de Orga.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2014). Los excesos autonómicos en el Derecho civil y la ortopédica solución de la huida al Derecho mercantil (1). *Diario La Ley* 8439.
- (2016). ¿Por qué Cataluña puede y Valencia no? *El Notario del Siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 68, 22-24.

NOTAS

¹ Sin ánimo exhaustivo, *vid.* BOIX, V. (1855). *Apuntes históricos sobre los Fueros del antiguo Reino de Valencia*. Valencia: Imprenta de D. Mariano de Cabrerizo, pp. 1 y sigs.; CHABÁS, R. (1902). *Génesis del derecho foral de Valencia*. Valencia: Imprenta de Francisco Vives Mora, pp. 16 y sigs.; DÁNVILA Y COLLADO, M. (1905). *Estudios críticos acerca de los orígenes y vicisitudes de la legislación escrita del antiguo Reino de Valencia*. Madrid: Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, pp. 29 y sigs.; PESET REIG, M. (1989). *Furs de Valencia: su sentido y vigencia*. En *En torno al 750 aniversario: antecedentes y consecuencias de la conquista de Valencia*, Tomo I, Valencia: Monografies del Consell Valencià de Cultura, pp. 361 y sigs.; GARCÍA EDO, V. (1996). La redacción y promulgación de la Costum de Valencia. *Anuario de Estudios Medievales*, núm. 26, pp. 713 y sigs.; GARCIA I SANZ, A. (1996). *Institucions de dret civil valencià*. Castellón: Universidad Jaime I; LÓPEZ ELUM, P. (2001). *Los orígenes de los Furs de València y de las Cortes en el siglo XIII*. Valencia: Biblioteca Valenciana, pp. 37 y sigs.; GARCÍA EDO, V. (2008). Orígenes del derecho foral valenciano. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, núm. 51, pp. 147 y sigs.; y CORREA BALLESTER, J. El Derecho civil valenciano histórico, en *Introducción al derecho foral y al Derecho civil valenciano. Estudios*. [En línea], disponible en <http://derechocivilvalenciano.com>.

² El artículo 31.2 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana señalaba inicialmente que «la Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano», precepto al que se añadió el adjetivo «foral» en la versión plasmada en el artículo 49.3 por efecto de la Ley 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de dicho Estatuto autonómico. Esta Reforma integral del texto estatutario contemplaba asimismo en la Disposición Transitoria Tercera una referencia al derecho foral valenciano al decir que «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».

³ Digo con carácter general porque al Decreto abolicionista siguieron algunas excepciones de carácter personal o territorial así como ciertas promesas de restablecimiento en la medida en que no perjudicasen la soberanía y regalías. *Vid.*, al respecto PESET REIG, M. (1972). Notas sobre la abolición de los Fueros de Valencia. *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 42, pp. 677 y sigs.; MASFERRER DOMINGO, A. (2008). *La pervivencia del derecho foral valenciano tras los Decretos de Nueva Planta. Contribución al estudio de la práctica forense del siglo XVIII*. Madrid: Dykinson, pp. 35 y sigs.; y MASFERRER DOMINGO, A. (2015). Del fracaso recopilatorio a la pérdida definitiva del derecho foral valenciano (1707-1804). *Revista de Dret Històric Català*, núm. 14, pp. 248 y sigs.

⁴ De ello se hace eco BENEYTO PÉREZ, J. (1985). Una explicación sociológica de la no-devolución del Derecho civil valenciano. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 43, pp. 159 y sigs.; PALAO GIL, J. (2008). Del derecho foral al Derecho civil valenciano: historia y evolución de una reivindicación secular. *Revista Valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 51, pp. 167 y sigs.; PALAO GIL, J. (2010). Abolición y reintegración del derecho foral valenciano en la perspectiva del Antiguo Régimen. En: F. Ramón Fernández (Coord.), *El Derecho civil*

valenciano tras la reforma del Estatuto de Autonomía. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 30 y sigs.; PALAO GIL, J. (2011). La insuficiencia de la costumbre como vía para el desarrollo del Derecho civil valenciano. En: F. Blasco Gascó (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 1886; PALAO GIL, J. (2013). La reivindicación de un derecho civil propio de los valencianos desde la abolición de los fueros: bases históricas. En: V. Domínguez CaLaTayud (Coord.), *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de derecho civil*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 44 y sigs.; y PALAO GIL, J., Para una vez que no somos «meninfots»: tres siglos de conflicto en torno al Derecho civil valenciano. *Diario Valencia Plaza* (2.2.2016) [En línea], disponible en <http://valenciaplaza.com/para-una-vez-que-no-somos-meninfots-tres-siglos-de-conflicto-en-torno-al-derecho-civil-valenciano>.

⁵ Entre las instituciones forales subsistentes tras el Decreto abolicionista, PALAO GIL, J. (2011), pp. 1893 y sigs., menciona en relación con el derecho privado diversas modalidades de censos y el testamento mancomunado, que son un escaso muestrario que se explica por la inexistencia de un derecho consuetudinario altomedieval y por el celo con el que se llevó a cabo la implantación del derecho castellano en tierras valencianas a fin de evitar su contaminación por contacto con el derecho foral valenciano. En todo caso, resulta patente que la abolición no pudo producir la completa desaparición de un derecho foral a cuya luz habrían nacido un sinfín de relaciones y situaciones jurídicas merecedoras de protección en años venideros conforme a las disposiciones o el marco regulatorio que las vio nacer. En ese sentido, *vid.*, el testimonio de FERNÁNDEZ DE MESA, T. M. (1747). *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano de España y de interpretar aquel por este, y por el propio origen*, Valencia: Imprenta de la viuda de Jerónimo Conejos, expresado en el prólogo: «todavía quedan de nuestros antiguos Fueros muchas reliquias, y se camina a oscuras entre sus ruinas, y entre los tropiezos de las nuevas plantas, y edificios de Estilos, leyes, y Juzgados, y como, y quando hemos de regirnos por lo antiguo, ò por lo moderno, no lo podíamos alcanzar sin estàr bien impuestos en los derechos de entrambos tiempos, y en los Decretos Reales con que se nos ha mandado, yà seguir el uno, yà el otro, y tal vez à ninguno de ellos, sino un medio acomodado à la mixta composicion de las presentes cosas de este Reyno, dando normas diferentes à las Jurisdicciones, las quales ordenes se hallan encerradas en Archivos, donde no pueden registrarse sin muchisima costa (...)»; o el de BERNÍ Y CATALÀ, J. (1764). Privilegio XV. Sobre el empleo de Fiscal de su Magestad, en favor del Colegio de Abogados. En: *Resumen de los Privilegios, Gracias, y Prerogativas de los Abogados Españoles*, Valencia: Imprenta de Joseph Thomàs Lucas, pp. 36 y sigs.: «en el año 1707, era Fiscal Civil, en esta Audiencia, el Señor D. Damian Cerdà, no por razon de que este Empleo fuesse annexo à la Abogacia, sino porque las classes de negocios requería, que uno de los Fiscales fuesse Valenciano. El Empleo de Fiscal en este Reyno, es el mas pesado, y dificil: Lo primero, por la multitud de Causas, que no serà facil hallar igual numero en otro Tribunal de España. Lo segundo, porque casi todos los Expedientes dimanen de antiguos Fueros; deforma, que el hombro mas docto en Jurisprudencia, que venga de otra parte, ha de tener la paciencia de instruirse de los Fueros, y de la Pràctica antigua: assunto muy dificil, y requiere muchos años (...)»; o el de VILLARROYA, J. (1804). *Apuntamientos para escribir la historia del derecho valenciano y verificar una perfecta traduccion de los Fueros*, Valencia: Oficina de Joseph de Orga: «el Rey D. Felipe V en 29 de junio de 1707 derogó absolutamente los Fueros que gobernaban al Reyno de Valencia, pero en 7 de Setiembre del mismo año declaró, que su Real ánimo era de mantener todas sus Regalías y Jurisdicción, Real uso de la potestad económica para con lo Eclesiástico, como los demás Fueros, usos y costumbres favorables á sus Regalías. Despues de esto, los Vínculos fundados en los tiempos en que regian los Fueros, deben entenderse, interpretarse y juzgarse por ellos. Los Derechos enfitéuticos están sujetos á sus disposiciones. Las contenciones, competencias y recursos de fuerza del Eclesiástico no se gobiernan en el Reyno de Valencia por las leyes de Castilla. Lo mismo sucede respecto de las causas decimales, de las de los contratos, y disposiciones de aquellos tiempos, y de las de otros infinitos asuntos. Por otra parte, está abandonado entera-

mente el Cuerpo de la Legislación Valenciana, que se mira con mucha indolencia, y acaso con desprecio como sino respirase por todas partes máximas saludables, preceptos los mas conformes á equidad, justicia y razón, y una jurisprudencia muy fina, exquisita y delicada (...) A esto se llega, que de cada día se va olvidando mas y mas la propiedad de la lengua Lemosina, y como estas leyes no están ilustradas con notas y comentarios, se presentan tan obscuras y confusas que acedan el gusto de estudiarlas. Y finalmente, los Ministros que la justificación del Rey elige para el Senado de Valencia son de otros Reynos, á excepción de los nacionales, y por lo mismo no se les debe presumir instruidos en el lenguaje Lemosin por mas literatos que se consideren, é ilustrados en la ciencia legal, y en otras artes y estudios. ¿Pues cómo han de juzgar con acierto por unas Leyes cuyo idioma ignoran absolutamente? ¿Cómo podrán conocer el valor de las expresiones, la fuerza de las cláusulas, y el verdadero espíritu y sentido de las palabras?».

⁶ Pese a que, como ya se ha dicho, Felipe V, no solo introdujo excepciones postreras a la contundencia inicial del Decreto abolicionista, sino que incluso se comprometió a la devolución de los fueros municipales que no fuesen contrarios a su soberanía y regalías, lo cierto es que en el ámbito del derecho privado la abolición resultó completa. *Vid.*, sobre el particular PALAO GIL, J. (2008), p. 177.

⁷ Así se expresaba a propósito del alcance de la competencia legislativa de la Generalitat Valenciana en materia de derecho civil la referida STC 121/1992, de 28 de septiembre.

⁸ Con independencia del reconocimiento de un derecho consuetudinario vigente en tierras valencianas al que alude el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el hecho de que el legislador valenciano se reservase en el Estatuto de Autonomía la competencia legislativa en materia de Derecho civil podía también acomodarse a la Constitución por la vía del artículo 150.2, que facultaba al Estado para transferir mediante Ley Orgánica a la Comunidad Valenciana (Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto) competencias de titularidad estatal indebidamente incorporadas al Estatuto, entre ellas la del artículo 31.2, con lo que se salvaba así el vicio de inconstitucionalidad que sobre él pesaba.

⁹ Este reconocimiento constitucional de un derecho consuetudinario en territorio valenciano tras la abolición de los Fueros ha sido objeto de severas críticas por parte de BLASCO GASCÓ, F. (2008). El desarrollo del Derecho civil valenciano: la Ley de Régimen Económico Matrimonial valenciano. *Revista Jurídica de Navarra* núm. 46, pp. 48 y sigs., pues no se explica cómo puede haber sobrevivido a la cláusula derogatoria del artículo 1976 del Código Civil o a su prelación de fuentes así como no parece adecuado que adopten forma de ley general aplicable en todo el territorio de la Comunidad Valenciana costumbres, cuyo ámbito territorial es mucho más restringido. Por lo que se refiere a la última consideración, es claro que se ofrecía una regulación del arrendamiento histórico valenciano para aquellos contratos, cuya vigencia pudiera acreditarse, correspondiendo al cultivador la carga de probarla mediante dictamen pericial que recogiese la oportuna investigación histórico-jurídica a fin de obtener la declaración administrativa de su reconocimiento oficial, de modo que difícilmente hubiera sido posible semejante constatación en comarcas de la Comunidad Valenciana bien distantes del marco territorial de tradicional desenvolvimiento de la institución. En cuanto a la cláusula derogatoria del artículo 1976, esta se proyecta únicamente sobre las leyes, usos y costumbres del Derecho civil común, mientras que los arrendamientos históricos valencianos, tal como reza el Preámbulo de su ley reguladora, hoy derogada, constituyen, según la doctrina decimonónica que les prestó atención, una modalidad arrendaticia que se aleja de los postulados del derecho común, por lo que, a mi juicio, queda a salvo del alcance derogatorio del artículo 1976 del Código Civil, encontrando la conservación de estas particularidades forales valencianas su fundamento en el principio de autonomía privada. *Vid.* a propósito, MOLINER NAVARRO, R. (2007). Las competencias en materia de Derecho civil foral a la luz del artículo 49.1.2.^a del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* núm. 18, p. 358. Por su parte, DOMÍNGUEZ CALATAYUD, R. (2007). La competencia exclusiva de la Generalitat sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral valenciano. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 18, pp. 331

y sigs.; DOMÍNGUEZ CALATAYUD, R. (2008). La competencia legislativa civil de la Generalitat. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics* núm. 51, pp. 56 y sigs.; y DOMÍNGUEZ CALATAYUD, R. (2009). Una aproximación a la ley valenciana de sucesiones. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, núm. 53, pp. 134 y sigs. entiende, sin embargo, que estos vestigios consuetudinarios, aunque puedan enraizar en el derecho foral, han de entenderse como parte del derecho común que les dispensó reconocimiento antes de ser derogados con la entrada en vigor del Código Civil.

¹⁰ Parece oportuno significar «desde la perspectiva del orden constitucional de distribución de competencias» entre el Estado y las Comunidades Autónomas que al ámbito del derecho civil pertenecen todas aquellas regulaciones que afectan a la esfera personal y patrimonial *inter privados*. Así lo tiene declarado el Tribunal Constitucional en sus STC 28/2012 de 1 de marzo; STC 81/2013 de 11 de abril; STC 98/2013 de 23 de abril; y STC 110/2016 de 9 de junio, lo que veda que aquellas Comunidades Autónomas carentes de un derecho civil especial o foral propio puedan regular los aspectos iusprivatísticos de las uniones de hecho o de las fundaciones, en particular lo que concierne a las «prescripciones que han de observar los pactos suscritos por los integrantes de la unión de hecho dirigidos a regir sus relaciones económicas y patrimoniales, tanto constante la convivencia como con ocasión de su cese» (STC 81/2013, de 11 de abril), pues es cuestión reservada a las que ostentan esa tradición jurídica diferenciada (STC 93/2013, de 23 de abril).

¹¹ Así se reitera en las STC 88/1993 de 12 de marzo; STC 156/1993 de 6 de mayo; y STC 31/2010 de 28 de junio, al hablar de derechos civiles especiales o forales de Comunidades Autónomas «en cuyo territorio aquellos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución».

¹² STC 88/1993 de 12 de marzo; STC 156/1993 de 6 de mayo; y STC 31/2010 de 28 de junio.

¹³ Esto encaja con lo que SAN VALERO, J. (1987). *El pueblo del Reino de Valencia (configuración de la personalidad valenciana)*, Valencia: Editorial Del Cenja al Segura, pp. 9 y sigs., llama «conciencia de la valencianidad», que sitúa entre los años 1200 y 1500 de nuestra era, ligada «al hecho de que el pueblo valenciano puede ejercitar su autonomía política». Es el periodo que denomina «edad clásica» de la historia del pueblo valenciano, marcada por distintos substratos culturales (el preponderante cristiano junto con el islámico y judío), que precede a su inserción en la cultura hispánica de los siglos subsiguientes hasta el momento presente.

¹⁴ Señalaba BOIX, V. (1855), VII: «¿qué resta ya del antiguo régimen foral del reino de Valencia? El tribunal de los acequeros, ó de las aguas; algunas costumbres populares; restos de trages en nuestros labradores, y nada más. Todo ha ido desapareciendo desde que Felipe V abolió despóticamente la libertad de Valencia». Más de 150 años después es previsible que aquellos pocos vestigios del régimen foral valenciano hayan ido decayendo aún más. *Vid.* a propósito PALAO GIL, J. (2011), 1896 y sigs.

¹⁵ De hecho algunas instituciones (modalidades especiales del contrato de compraventa, censos forales valencianos y el *tornallom*) ya lo han sido, junto a los arrendamientos históricos valencianos, a través de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias, en cuyo Preámbulo se expresa, tal como se hizo en el de la Ley de arrendamientos históricos valencianos, que «la acción legislativa de la Generalitat» se orienta a «la finalidad de positivizar la costumbre»; a «la de adaptarla a las nuevas realidades socioeconómicas»; y a la «de protegerla frente a determinadas prácticas abusivas». Se trata, por tanto, de una norma altamente respetuosa con la doctrina constitucional vertida a propósito del Derecho civil valenciano, al que se le reconoce desde las Cortes Valencianas todo lo más una dimensión consuetudinaria susceptible de ser transformada en leyes autonómicas.

¹⁶ Y, en términos semejantes, se recoge en el artículo 7.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana tras la reforma de 2006.

¹⁷ Con todo, hay que significar que el actual artículo 49.1.2.^a no es producto de una osadía sobrevenida del legislador estatutario del 2006. Ya en el Preámbulo del Estatuto de Autonomía

de 1982 se aludía a «la tradición valenciana proveniente del histórico Reino de Valencia» antes de proclamar en el artículo 32.1 que «la Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano».

¹⁸ No muy afortunada y en cierta medida contradictoria me parece, sin embargo, la redacción de la Disposición Transitoria Tercera del texto estatutario al decir que «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». No sé si soy excesivamente puntilloso por lo que al uso del lenguaje se refiere, pero, con unas pocas páginas de separación, el Estatuto de 2006 ha pasado de «procurar recuperar los contenidos de los Fueros» a «recuperar y actualizar la normativa foral» como si tal Disposición Transitoria se tornase en Disposición derogatoria expresa del Decreto de 29 de junio de 1707. *Vid.* CARRIÓN OLMOS, S. (2011). Consideraciones en torno al derecho civil foral valenciano. En: F. Blasco Gascó (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 519, quien califica la recuperación y actualización de un conjunto normativo incontestablemente derogado de «absurdo jurídico».

¹⁹ Exponente de esta verdadera formalización y positivización de la costumbre es la referida Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias.

²⁰ Así lo hace en la Disposición Transitoria Tercera del Estatuto de Autonomía reformado en el 2006. Esta expresión se formula en términos mucho más amplios, comprendiendo quizá, no solo el contenido de los Fueros estrictamente considerados, sino una tradición jurídica de carácter consuetudinario concretada en algunas instituciones que incluso gozan desde hace ya casi veinticinco años del reconocimiento jurisprudencial y legal. Es este ese derecho foral que el Tribunal Constitucional autoriza a desarrollar y actualizar, pues desarrollar y actualizar lleva implícita su existencia, mientras que recuperar deja traslucir lo contrario, esto es, que algo ha dejado de existir, que una normativa o un conjunto de instituciones jurídicas fue en su día derogado. En definitiva, lo que destila la doctrina del Tribunal Constitucional es que cabe ejercitar la competencia legislativa para conservar, modificar y desarrollar aquello que está vigente, pero no para recuperar aquello que está derogado.

²¹ El texto estatutario refleja aquí más una aspiración política que una verdadera disposición derogatoria rehabilitadora del contenido de los Fueros de Valencia que repare aquel agravio histórico, puesto que el «allí donde existan» comporta una condición de vigencia al tiempo de la promulgación y entrada en vigor de la Constitución, que difícilmente puede sortearse por declaraciones institucionales reflejadas en el texto estatutario. De este modo, lo inconstitucional no es la mera formulación de esta aspiración política de recuperación de los Fueros de Valencia (de ahí que la constitucionalidad del Estatuto no haya sido en este aspecto cuestionada), sino la ejecución concreta de esa aspiración en forma de leyes reguladoras de instituciones civiles, bien desconectadas de la realidad foral, bien conectadas con ella en su exclusiva dimensión histórica y, por tanto, carentes de pervivencia al tiempo de la proclamación de la Constitución Española.

²² No puede obviarse que se han deslizado otras interpretaciones de la locución, alguna de ellas comprensiva de su vigencia pretérita, que es posición que se defiende aun con más encono al ser hecho indiscutido las circunstancias de la aniquilación del derecho foral valenciano. *Vid.* sobre la cuestión BLASCO GASCÓ, F. (2008), 46 y sigs. Críticas a la interpretación de la locución como «allá donde estén vigentes» en SÁNCHEZ FÉRRIZ, R. (2008). El Estado de las autonomías antes y después de 2006. *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms* núm. 51, p. 35.

²³ La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano disponía en su Preámbulo que «esta ley es el primer paso en la recuperación del Derecho foral valenciano, con el objetivo y la intención de poder desarrollar en el futuro un Código de Derecho foral valenciano que englobe las distintas leyes sectoriales que se promulguen». La reciente declaración de su inconstitucionalidad operada por la STC 82/2016

de 28 de abril es la prueba palpable de la imposibilidad de un ejercicio de la competencia legislativa de la Generalitat en materia civil más allá de las limitaciones contempladas en la STC 121/1992.

²⁴ Es obligado referir cómo la idiosincrasia mediterránea fue modelando el derecho de los Fueros, no tan distante de las Partidas al tiempo de su elaboración, para conformar un cuadro de instituciones y concepciones jurídico-civiles más ágil y menos formalista que el derecho castellano que se impuso tras el Decreto abolicionista. *Vid.* a propósito PALAO GIL, J. (2011), 1900 y sigs.

²⁵ Así lo significaba PÉREZ PUCHAL, P. (1962). La abolición de los Fueros de Valencia y la Nueva Planta. *Saitabi* núm. 12, pp. 195 y sigs., tras constatar ciertas protestas iniciales; y BENEYTO PÉREZ, J. (1985), 161 y sigs.

²⁶ Señalaba en este orden de cosas MONTÉS PENADÉS, V. (2007). El derecho foral valenciano. Un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia de derecho civil. En: A. Baño León (Coord.), *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Tomo VIII, Madrid: Editorial Tirant lo Blanch, p. 266 como causas de esa falta de resistencia a la penetración del derecho castellano un cierto letargo y el repunte económico del que sacó partido la burguesía mediterránea.

²⁷ Algunos de aquellos reclamos, según refiere SIMÓ SANTONJA, V. L. (2002). *Derecho histórico valenciano: presente, pasado y futuro*. Valencia: Editorial Universidad Cardenal Herrera-CEU, pp. 75 y sigs., tenían por objeto «poder fallar y resolver por ellos los actos y contratos antiguos». Así, en la carta del Rector y Claustro de la Universidad de Valencia al rey Carlos III en 1759 que recoge MAYANS I SISCÀR, G. (1773). *Cartas morales, militares, civiles i literarias de varios autores españoles*, Tomo IV, Valencia: Salvador Faulí, pp. 165 y sigs., se manifiesta que «en lo que pertenece al Gobierno Político, tambien suplicamos a U. Mag. que tenga presente: que su gloriosissimo Padre, i Señor nuestro, Don Felipe Quinto, con su gran prudencia, i sabiduria ordenò: que en la Real Audiencia del Reino de Valencia aya siempre a lo menos cierto numero de Ministros, que sean Valencianos, para que mejor se entiendan los Fueros de èste Reino, segun los quales se han de juzgar en lo Civil las Controversias ocasionadas de los Contratos, i Testamentos antiguos: i absolutamente en lo Eclesiastico sugeto al Derecho Foral, todas las otras Controversias, en que alguna de las Partes se oponga a lo pactado, i convenido en las Cortes de los tres Brazos del Reino, el Eclesiastico, Militar, i Real: porque los Fueros de èste Reino entre los otros de España son los mas favorables a la justa Libertad de la Jurisdiccion Real. I con tan prudente precaucion puede tener U. Mag. Ministros habiles en èsta su Real Audiencia: i promoviendolos segun su Merito al Supremo Consejo de Castilla; èste (como los avia antes en el Consejo de Aragon) tendrà (como ha tenido siempre) Ministros llenamente instruidos en los Fueros, i Privilegios de èste Reino». Por su parte, VILLARROYA, J. (1789). *Disertacion sobre la justicia y utilidad de una ley, que declare á favor del Real Fisco la pertenencia de bienes de Realengo situados en el Reyno de Valencia, que se destinan á manos muertas, á quienes falta la habilitacion del Principe*. Valencia: Oficina de D. Benito Monfort, Prologo, XI y sigs., expresaba que «quedarían satisfechos mis buenos deseos, si viese una nueva edicion de los que fueron preservados de su general abolicion, y en el dia rigen y gobiernan los negocios, y que se ciñesen á ellos las ilustraciones y notas. Estos Fueros deberian traducirse al mismo tiempo con mucha exactitud, pulso y cuidado, y sin defraudarles en manera alguna de su verdadero sentido, espíritu, pureza y estilo. De otra suerte acaso variarían los conceptos, y pensando acertar nos desviaríamos mucho de la verdad» (...). Sin olvidar las reivindicaciones de Francesc Xavier Borrull en las Cortes de Cádiz frente a la pretensión de codificar uniformemente para toda España y de Vicent Boix frente al Proyecto de Código Civil de García Goyena; o las más intensamente políticas durante la Segunda República y durante la transición por parte de los partidos de izquierdas y nacionalistas, que abogaban por mayores cotas de descentralización y autogobierno. Precisamente significaba MONTÉS PENADÉS, V. (2007), 274 y sigs., la similitud de formación del derecho propio de Galicia y Valencia una vez incorporada esta a la Corona de Castilla por la carencia en Galicia de órganos productores de un derecho propio. Pese a ello, Valencia no

fue llamada a integrarse en la Comisión de Codificación creada por Decreto de 2 de febrero de 1880 ni sus aspiraciones foralistas merecieron atención alguna en el Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946. *Vid.*, al respecto, MOLINER NAVARRO, R. (2007), 351 y sigs.

²⁸ Díez-PICAZO, L. (2011). A vueltas con el Derecho civil valenciano. ¿Una milagrosa resurrección? En: F. Blasco Gascó (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 878.

²⁹ Decía GARCÍA-GALLO, A. (1980). El derecho local y el común en Cataluña, Valencia y Mallorca. En: H. Coing (Ed.), *Diritto comune e diritto locali nella storia dell'Europa. Atti del Convegno di Varenna (12-15 giugno 1979)*, Milano: Giuffrè, 241 que «Valencia es el primer reino español que recibe ampliamente el Derecho romano y lo nacionaliza».

³⁰ MARZAL RODRÍGUEZ, P. (1993-94). El *ius commune* como derecho supletorio en Valencia. *Glossae. Revista de Historia del Derecho europeo*, núm. 5-6, pp. 401 y sigs.

³¹ A este respecto, *vid.*, también MARTÍNEZ RODA, F. (2014). El derecho común y la supresión de los Fueros de Valencia. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, pp. 108 y sigs., que refiere cómo «en el propio Reino de Valencia no se tenía claro que era beneficioso volver al Derecho foral civil».

³² MARTÍNEZ RODA, F. (2014), 104 lo explica en la preparación común que recibían los juristas medievales procedentes de distintos enclaves de Europa en el ambiente culto de las nacientes Universidades, siendo «la clave de su expansión (...) el que «era un derecho “culto”, es decir un Derecho cuyas reglas e instituciones son susceptibles de ser explicadas y debatidas teóricamente».

³³ *Vid.* a propósito el trabajo de BARRERO GARCÍA, A. M. (1971). El derecho romano en los «Furs» de Valencia de Jaime I. *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 41, pp. 639 y sigs.

³⁴ En particular, sobre Pere Albert y su posible formación boloñesa, *vid.* FERRAN I PLANAS, E. (2006). *El jurista Pere Albert i les «Commemoracions»*. Barcelona: Institut d'Estudis Catalans, pp. 82 y sigs. Sobre la presencia de Vidal de Canellas en Bolonia, *vid.* DURÁN GUDIOL, A. (1973). Vidal de Canellas, Obispo de Huesca. *Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón*, núm. 9, p. 274.

³⁵ Una de las diferencias más sustanciales es la relativa al régimen legal habido en Castilla y en Valencia (el de comunidad frente al de separación de bienes), si bien tanto uno como otro podían ser sorteados por los contrayentes a través del otorgamiento de capítulos.

³⁶ Con todo, ahonda MARTÍNEZ RODA, F. (2014), 110 y sigs. en el hecho de que no hubo realmente un clamor popular de las gentes valencianas, demandando el restablecimiento de los Fueros en la medida en que las instituciones jurídico-sociales más recurrentes no experimentaron cambios sustanciales con la introducción del derecho castellano: «las instituciones que más afectaban a la vida cotidiana (...) eran tan parecidas a las castellanas que los valencianos se adaptaron rápidamente a la nueva situación», siendo ello «consecuencia de que los *Furs* y *Las Partidas* estaban impregnadas de Derecho común, por lo que en muchas ocasiones el Derecho aplicable estaba basado en ambos casos en la tradición romanística y el Derecho canónico». Las similitudes las encuentra el autor en lo que hace a la regulación del matrimonio, condicionada por los principios de vigencia universal formulados por el derecho canónico; los derechos sucesorios de la descendencia, circunscritos a aquellos que tengan la consideración de legítimos; en el régimen de la propiedad y los derechos reales, con pequeñas diferencias en el tratamiento jurídico de los mayorazgos y en la ausencia de *traditio* para que se produzca el efecto adquisitivo de la propiedad; y en los principios rectores de la sucesión *ab intestato*.

³⁷ El sistema foral de legítimas hacia los descendientes introducido por Jaime I dependía, por influjo justiniano, del número de hijos del causante. Con Pedro el Ceremonioso se introduce en 1358 (Furs 6.4.51) la siguiente disposición: *totes aquelles persones les quals poden fer testament o altra darrera volentat, puxen donar o lexar los lurs béns, en tot o en partida, en son testament, codicil o altra darrera volentat, a fills, filles, o altres persones, parents o estrayns, sens contrast e embarch de qualsevol altra persona, axí que no sien ten-*

gudes de donar o leixar lurs béns a fills o a filles, si n'auran, si fer no-u volran legítima o alguna altra part de lurs béns, ans puxen fer de aquells totes lurs pròpies voluntats. E gens per ço los dits fills, filles, parents, o altres qualsevol persones no puxen contradir o anul·lar lo dit testament, codicil, o altra darrera volentat, ans les coses en aquels contengudes sien exsiguides e complides segons que en aquells a la letra serà contengut e ordenat; en axí que ls dits testaments, codicils o altres derreres voluntats per alguna manera, causa, o rahó, o per omisió de solemnitat, no puxen ésser anul·lats furs o privilegis contra açò faents, o dients en alguna cosa no contrastants.

³⁸ En vía muerta se halla desde hace mucho tiempo la Ley Valenciana de Sucesiones, en buena medida propiciada por las vicisitudes habidas durante su tramitación en las Cortes Valencianas, especialmente las severas críticas sufridas en la fase de Anteproyecto por sendos informes del Colegio Notarial de Valencia (de 25 de septiembre de 2009) y del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana (de 14 de octubre de 2009), de la que como vestigio queda el Borrador de Proyecto de Ley Valenciana de Sucesiones de 26 de abril de 2010. Si la Ley del Régimen Económico Matrimonial Valenciano, al decir de muchos, se quedó corta desde la exclusiva perspectiva de su conexión con la tradición foral, como no podía ser de otro modo dada la antitética posición de aquella sociedad y la nuestra de hoy en día en orden a regular las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio, la Ley Valenciana de Sucesiones ha sido en este campo mucho más ambiciosa y atrevida. En consecuencia, si a la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano se le achacó su cortedad en relación con lo que constituía la regulación que ya ofrecía a los valencianos el derecho común, al Proyecto de Ley de Sucesiones se le ha imputado todo lo contrario: su excesiva pretensión de vincularse con una realidad (la de época foral) que tanto se aleja de los presupuestos políticos y sociológicos de nuestros días, al margen de regular plenamente, con todas las distorsiones que pueda comportar en el campo de los operadores jurídicos, una materia tan trascendente como la sucesoria (con un total de 278 arts.), lo que comportaría prácticamente la derogación del Código Civil en esta sede. El juicio de inconstitucionalidad para el caso de que este proyecto pudiera llegar a buen puerto está servido.

³⁹ En este ámbito concreto del derecho civil, la recuperación de los Fueros de Valencia es difícilmente justificable, siendo que, como menciona explícitamente el Preámbulo, el régimen económico matrimonial de época foral giraba en torno a presupuestos que notoriamente se alejan de nuestros valores constitucionales: «la subordinación de la mujer al marido, a quien competía, fundamentalmente, la responsabilidad económica del matrimonio y de la familia» y, en consonancia con esa preponderancia, la necesidad de constituir una dote que ayudara al marido a sobrellevar las cargas económicas del matrimonio. Así las cosas, ejercer la competencia con respeto al marco constitucional, es decir, para conservar o desarrollar semejantes concepciones ultramontanas es del todo punto inaceptable. Y si la pretensión es recuperar para modificar principios que se antojan inasumibles en el momento presente, más vale dejarlos dormir el sueño de los justos y, en su caso, identificarlos con una idiosincrasia propia muy particular de un momento concreto de la historia del pueblo valenciano, que es bien distante de sus inquietudes actuales. En parecidos términos, *vid.* YZQUIERDO TOLSADA, M. (2014). Los excesos autonómicos en el Derecho civil y la ortopédica solución de la huida al Derecho mercantil (1). *Diario La Ley*, núm. 8439, p. 7, poniendo de relieve que la Constitución española permite conservar, modificar y desarrollar, pero no resucitar ni recuperar.

⁴⁰ A ello se orientó la labor del Observatorio de Derecho civil valenciano desde el momento de su creación en 2002, entre cuyas funciones se halla la de «realizar y actualizar periódicamente un inventario de usos y costumbres vigentes en el ámbito del Derecho Foral Civil Valenciano que pueda apoyar el trabajo prelegislativo de la Comisión de Codificación» (art. 21.c) del Decreto 218/2007, de 26 de octubre, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión de Codificación Civil Valenciana y su órgano asesor, el Observatorio de Derecho Civil Valenciano).

⁴¹ Ello no obstante, el Tribunal Constitucional, consciente de la efectiva vigencia de la ley impugnada por espacio de casi una década, ha considerado conveniente pronunciarse a

propósito de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad que proclamaba. Entiende el Tribunal que su pronunciamiento «no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues este Tribunal entiende que si durante la vigencia de la Ley de régimen económico matrimonial valenciano, que ahora se declara inconstitucional, los cónyuges sujetos al Derecho civil foral valenciano no han hecho uso de su facultad de capitulación, se debe a su voluntad de someterse al régimen subsidiario en primer grado que aquella establece», siendo que el derecho civil «es eminentemente un derecho creado por y para los particulares, que resuelve los problemas que puedan surgir en sus relaciones privadas. Es el derecho de la autonomía de la voluntad por antonomasia que surge como máxima expresión de la libertad y, por ello, es un ordenamiento conformado en su mayor parte por normas de carácter dispositivo, es decir, primero rigen los pactos y subsidiariamente la norma legal. Dada la naturaleza y la primacía de la autonomía de la voluntad que rige esta disciplina, los particulares deben seguir alcanzando libremente sus pactos de autorregulación, sometiéndose a la reglamentación que estimen más acorde a sus intereses. Por tal motivo, rigiendo en esta materia el principio capitular y siendo respetuoso con las libertades individuales, tras la publicación de esta Sentencia, seguirán rigiéndose por el mismo régimen económico matrimonial que hubiera gobernado sus relaciones, salvo que su voluntad contraria sea manifestada mediante las oportunas capitulaciones».

⁴² Dice expresamente la Sentencia que «el artículo 149.1.8 CE extiende la garantía de foralidad a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de entrada en vigor de la Constitución Española, pero no a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria cuya vigencia hubiera decaído antes de dicha fecha», de modo que en la Comunidad Valenciana «la costumbre es susceptible de legislarse, de tal modo que mediante el ejercicio de la competencia legislativa autonómica el derecho consuetudinario puede pasar a ser derecho legislado», si bien «es indispensable que cualquier institución jurídico civil, haya sido recogida por norma positiva o por norma consuetudinaria, respecto a la cual se pretenda emprender la tarea legislativa sin exceder de la competencia contemplada en el artículo 149.1.8 CE, tenga previamente acreditada su existencia en el momento de entrada en vigor de la Constitución Española».

⁴³ De la misma idea se muestra MOLINER NAVARRO, R. (2007), 363 y sigs. Es claro, sin embargo, que la delimitación de las competencias viene marcada por el Tribunal Constitucional y que a los Estatutos de Autonomía no queda más función que concretarla dentro de aquellos límites. Si la Constitución dice que solo se puede legislar para conservar, modificar y desarrollar el derecho civil propio que sea existente en una determinada Comunidad Autónoma, las muchas declaraciones que contiene el Estatuto de Autonomía no son bastante para alterar la realidad histórica de una derogación que nadie cuestiona y que circunscribe la acción legislativa de la Generalitat a aquella parte de su derecho efectivamente vigente al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución. El adjetivo “foral” no permitía adivinar de entrada que se pretendía legislar sobre los contenidos de los antiguos Fueros, pues bien podría entenderse su inclusión a la luz del reconocimiento que el Tribunal Constitucional hizo de un derecho foral (de época foral) valenciano, si bien de raigambre consuetudinaria.

⁴⁴ A este respecto, apunta el magistrado de forma un tanto sorprendente que «no cabe descartar que pudiera encontrarse alguna conexión de esta naturaleza con las instituciones consuetudinarias valencianas ya reconocidas como Derecho foral y que han pasado a ser Derecho legislado». ¡Qué duda cabe que esto hubiera salvado a la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano y subsiguientes de la declaración de inconstitucionalidad! Lo cierto es que XIOL RÍOS no deja caer la más mínima ilación que pudiera establecerse entre la disciplina del régimen económico matrimonial y las materias de entronque consuetudinario que hasta la fecha han sido objeto de positivización y reconocimiento constitucional. E incluso a ello han visiblemente renunciado los servicios jurídicos de la Generalitat Valenciana en su intento de obtener la desestimación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Nación, por lo que la observación ha de tenerse por ociosa.

⁴⁵ Por lo que se refiere a las normas declaradas inconstitucionales, no había en su parte sustantiva ninguna vinculación con la cuestión foral ni tampoco invocación alguna a una

supuesta idiosincrasia diferenciada y subsistente de los valencianos para disciplinar estos particulares aspectos atinentes al derecho de familia. Tan solo en la Exposición de Motivos de la Ley autonómica que regulaba la custodia compartida se reiteraba el «salto cualitativo en materia competencial» que había supuesto la reforma del Estatuto de Autonomía, con explícita referencia a los renovados bríos con los que se hacía valer esta competencia para legislar sobre Derecho civil valenciano, todo ello con la pretensión última de elaborar «un futuro Código de Derecho civil foral valenciano que englobe las distintas leyes que se promulguen». Se hace así evidente cómo la invocación de los Fueros tiene un componente instrumental y legitimador con la pretensión, ahora frustrada, de regular, no solo instituciones jurídico-privadas tradicionales subsistentes en vía consuetudinaria y con difuso anclaje en época foral, sino de ejercitar en pie de igualdad y plenitud la competencia legislativa en materia de derecho civil, tal como vienen haciendo otras Comunidades Autónomas, que evidentemente han ido más allá de un conservar, modificar y desarrollar un derecho civil propio. *Vid.*, a este respecto las críticas a estos excesos de YZQUIERDO TOLSADA, M. (2014), 6 y sigs., y YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). ¿Por qué Cataluña puede y Valencia no? *El Notario del Siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 68, pp. 22 y sigs.

⁴⁶ La expectativa de un cambio en la doctrina del Tribunal Constitucional con vistas a ampliar y dignificar el ejercicio de la potestad legislativa de los valencianos en materia de derecho civil a partir de un cambio de enfoque de la cuestión, orientándola quizá por la vía del respeto al principio de igualdad en el tratamiento que se ha de dispensar a todos los pueblos de España, no ha tenido lugar. Es más, el argumento es abiertamente rechazado en la STC 82/2016, de 28 de abril al decir que «la igualdad de trato ex artículos 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 Constitución Española y del bloque de la constitucionalidad». Sobre esta invocación al principio de igualdad decía DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V. (2008), 42 que «tal conclusión es, muy en particular para Valencia, contraria a la igualdad, como valor constitucional, y al respeto al desarrollo de la identidad de los pueblos de España como base y fundamento político de su condición de región o nacionalidad, y de su estructuración en Comunidades Autónomas titulares de la autonomía y el autogobierno constitucionales en el seno de la indisoluble unidad de la Nación española».

⁴⁷ Este juicio de valor lo expresaba en Valiño Arcos, A. (2016). La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho civil valenciano. *Diario La Ley*, núm. 8883, p. 9. Críticas a esta opinión, calificada de formalista y dogmática, en BLASCO GASCÓ, F. (2017). Comentario jurídico-político a las sentencias político-jurídicas del Tribunal Constitucional sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materia de derecho civil valenciano (o el artificio de cómo reconocerte todo y no darte nada). *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 61, p. 6. Aunque no es menos formalista y dogmática la consideración que el Prof. Blasco desliza de ser las leyes impugnadas consecuencia de normas estatutarias (art. 7.1, art. 49.1.2ª y Disposición Transitoria Tercera) no declaradas inconstitucionales. Nada de inconstitucional tiene, en efecto, proclamar en el artículo 7.1 que «la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia»; ni proclamar en la Disposición Transitoria Tercera que «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». La anomalía viene con la locución «que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución Española». ¿Cómo interpretarla? La expresión es, ciertamente, desafortunada. Podría pasar el «que se recupera», que es tanto como derogar el Decreto abolicionista de Felipe V. Pero, ¿puede aceptarse el «que se actualiza»? ¿Habrá que ponerse manos a la obra para ello, institución foral por institución foral, digo yo! Y en el caso de que pueda admitirse que la varita mágica de las Cortes Valencianas, al tiempo que recupera, también actualiza un derecho inmovilizado hace tres siglos, tal recuperación y actualización habrá de situarse en el año 2006 y no en 1978, que es cuando ha de cumplirse la condición de vigencia para el ejercicio de la competencia para legislar en materia de derecho civil. Es evidente que la ex-

presión habrá de entenderse como «que se pretende recuperar y actualizar», lo que enlaza con el artículo 7.1 al disponer que «el desarrollo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia (...)». Pero esta recuperación habrá de hacerse «en plena armonía con la Constitución» (art. 7.1), «al amparo de la Constitución Española» (Disposición Transitoria Tercera). Y es la Constitución la que contiene (en presente de subjuntivo y no en tiempo pasado) el «allí donde existan». El tiempo presente apoya que la condición de vigencia de ese derecho foral se sitúe en 1978. El modo subjuntivo permite que la Generalitat Valenciana pueda acreditar, con vistas a legislar sobre la materia, la subsistencia en 1978 de instituciones jurídicas de raigambre foral entre los valencianos, como hizo con los arrendamientos históricos y como ha hecho con otros contratos agrarios. Por tanto, el juicio de inconstitucionalidad quedaba inevitablemente aplazado a las manifestaciones concretas de ese deseo («procurará la recuperación», «que se pretende recuperar y actualizar») y no, por tanto, a la mera manifestación de un deseo o aspiración política (y también jurídica) de recuperación y actualización, que es lo que, a mi juicio, encierran el artículo 7.1 y la Disposición Transitoria Tercera del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

⁴⁸ No podemos más que coincidir en este punto con BLASCO GASCÓ, F. (2017), p. 7 y 24 y sig. Todo el tiempo transcurrido entre la promulgación de las normas impugnadas y la resolución de los recursos que las han declarado inconstitucionales alimenta sin duda la confianza legítima de que la reforma estatutaria comportó una ampliación de la competencia legislativa sobre derecho civil más allá de los estrechos límites establecidos por la STC 121/1992.

⁴⁹ *Vid.*, a este respecto las críticas que se comparten de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2016). Alto al Derecho civil valenciano. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, p. 26. En fundamento distinto se apoya, sin embargo, la eficacia *ex nunc* de la declaración de inconstitucionalidad que afecta a la ley autonómica de la custodia compartida («el beneficio y protección del interés del menor»).

⁵⁰ En estos términos se expresaba el magistrado disidente en una entrevista en el Diario Valencia Plaza accesible en el siguiente enlace: <http://valenciaplaza.com/la-comunitat-no-podra-tener-derecho-civil-propio-si-no-se-cambia-la-constitucion>.

⁵¹ D'ORS PÉREZ-PEIX, A. (1973). De la prudentia iuris a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y al Derecho foral. En: A. D'ORS PÉREZ-PEIX, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*. Madrid: CSIC. Delegación de Roma, p. 71, sin dejar de reconocer al propio tiempo cómo las decisiones de orden político pueden condicionar este estado de cosas, favoreciendo el ahogamiento de la ciencia jurídica regional en favor de un mal entendido pragmatismo centralista. De eso, sabemos un rato los valencianos, a quienes se nos impuso uniformemente el derecho castellano a través del Decreto de Felipe V de 29 de junio de 1707 (Novissima Recopilación, Libro III, Título III, Ley I), mediante el que el monarca pretextaba, entre otras cosas, «mi deseo de reducir todos mis Reynos de España á la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla tan loables y plausibles en todo el Universo»; y a través del de 29 de julio de 1707 (Novissima Recopilación, Libro III, Título III, Ley II), con el que subrayaba que «en el modo de gobernarse los Reynos y pueblos no debe haber diferencia de leyes y estilos, que han de ser comunes á todos para la conservación de la paz y humana sociedad», puesto que «mi Real intención es, que todo el continente de España se gobierne por unas mismas leyes (...)». Asimismo, el Estatuto afrancesado de Bayona de 7 de julio de 1808 dado por José Bonaparte marcaba en su artículo 96 la orientación centralista que tendrían en el futuro las Constituciones del siglo XIX: «las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales», que no es esencialmente distinta de la salida de las Cortes de Cádiz en 1812 en su artículo 258 («el Código Civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes»), lo que marcaría la dirección antiforalista de los proyectos de Código Civil del siglo XIX. *Vid.*, sobre las vicisitudes de la codificación civil en

España BARÓ PAZOS, J. (1993). *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*. Santander: Editorial Universidad de Cantabria, pp. 16 y sigs.; BLASCO GIL, Y. (2009). Constitución, codificación y doctrina jurídica del XIX. Acerca de la cuestión foral. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, pp. 63 y sigs.; y TORRENT RUIZ, A. (2014). El Código Civil español en la secuencia comparativista de los fundamentos del derecho europeo. *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 12, pp. 149 y sigs.

*(Trabajo recibido el 8-12-2016 y aceptado
para su publicación el 13-1-2016)*