

Revista del Foro Canario

78

Las Palmas de Gran Canaria, 1990



Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

LA COMPETENCIA EN MATERIA CIVIL A TRAVÉS DEL TÉRMINO “O ESPECIALES” DEL ART. 149.1. 8º DE LA CONSTITUCIÓN

M.^a DEL PINO SUÁREZ SÁNCHEZ

DOCTORANDO DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

FUE PROFESORA DE DERECHO CIVIL-I DURANTE LOS CURSOS 83/84 Y 84/85

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

I. FORMAS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

- A) Vías de atribución de competencia.
- B) Estudio del art. 149.1. 8º de la Constitución.
- C) En torno a la terminología del primer inciso del núm. 8º del art. 149.1 de la Constitución.

II. SENTIDO DEL TÉRMINO... “O ESPECIALES”

- A) Análisis del término “especiales” del art. 149.1. 8º de la Constitución.
- B) Estudio de la disyunción “o”.
- C) El término “especiales” en la Constitución.
- D) Término “especial” en el Código Civil

III. ¿TIENE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA CANARIA COMPETENCIA LEGISLATIVA EN MATERIA CIVIL?

A) La Constitución.

B) Estatuto de Autonomía.

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En la Constitución Española de 1978 se ha asignado al Estado en competencia exclusiva la materia sobre legislación civil. Pero a la vez, se ha hecho una salvedad sobre qué y a quién va dirigida: ¿a las Comunidades Forales?, o ¿es extensible a todas las Comunidades Autónomas?, ¿en auténtico principio de igualdad?

Son llamadas regiones forales aquellas que tienen derecho foral propio (“fuero” propio). En una ojeada rápida a las distintas regiones con derecho foral apreciamos que Canarias no se encuentra, ni se ha encontrado entre ellas.

El planteamiento que nos mueve a investigar es si la Comunidad Autónoma Canaria podría considerarse como “Comunidad Especial” al tener para su región leyes especiales. Y comenzamos con la pregunta ¿puede la Comunidad Autónoma Canaria a través de su Parlamento legislar en materia civil? Para intentar responder, empezaremos por conocer cómo se distribuyen las competencias a raíz del texto constitucional.

I. FORMAS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

Nos parece oportuno que un primer paso a realizar ha de ser reseñar brevemente las formas de atribución y distribución de competencias recogidas en la Constitución.

El objetivo de este apartado es encuadrar a la Comunidad Autónoma Canaria en el marco legislativo constitucional competencial. En un segundo paso, analizaremos a dicha Comunidad Autónoma en el contexto del art. 149.1.8º de la Constitución, concretamente llegar al análisis del término... “o especiales” que aparece en el mismo.

A) Vías de atribución de competencia

Observamos en el articulado de la Constitución cuatro formas posibles de atribución de competencias a las Comunidades Autónomas. Y también ob-

servamos, aunque no vamos a entrar a analizar, distinta extensión en la facultad legislativa atribuida al Estado, e, igualmente, en la atribuida a la Comunidad Autónoma, e incluso, a las Comunidades Autónomas entre sí.

Estas vías de distribución de competencia son:

1) El art. 148.1 Constitución, a través del cual “las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias” y hace una relación de materias, que podría decirse que inexcusable y directamente son autonómicas.

2) El art. 150.1 Constitución:

Las Cortes Generales, en materia de competencia estatal, podrán *atribuir* a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices, fijados por una ley estatal.

3) El art. 150.2 Constitución:

El Estado podrá *transferir* o *delegar* en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación.

4) El art. 149.3 Constitución:

Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán *corresponder* a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos.

Por su parte, el Estado tiene atribuida competencia exclusiva, a tenor del art. 149.1 Constitución sobre una serie de materias enumeradas en el mismo. Respecto a ellas se puede decir que resultan cuasi-exclusivas, pues, como a continuación expondremos, las Comunidades Autónomas adquieren competencia estatal.

Jugando con el art. 149.3 de la Constitución y el art. 149.1 de la Constitución se desprende que: primero, todo lo que el art. 149.1 de la Constitución no exprese, ni indique como propio, sin establecer “salvedades”, ni “excepciones”, y “sin perjuicios”, etc., ha de entenderse que la Comunidad Autónoma “podrá” reclamárselo como de su competencia; segundo, nos referimos, no sólo, al tratamiento exclusivo del Estado sobre las materias en su conjunto, sino, incluso, a parcelas de las mismas, que queden sin atribución exclusiva, o a aquellas partes que se exceptúen.

Del conjunto de estas vías de distribución de competencias se extrae un tono permisivo en el legislador constitucional, de norma dispositiva⁽¹⁾. Al decir la Constitución que “podrá” el Estado atribuir, transferir, delegar, corresponder a las Comunidades Autónomas, les está facilitando, igualmente, adquirir competencia por otra vía que no sea el art. 148.1 de la Constitución. Tanto la doctrina administrativista como la constitucionalista, e incluso, la civilista, han elaborado clasificaciones, basándose en la mayor o menor competencia que sobre las materias se atribuye o bien en la vía de distribución de competencia⁽²⁾.

B) Estudio del art. 149.1. 8º de la Constitución

En una interpretación estricta, la legislación civil es materia exclusiva del Estado a tenor del art. 149.1.8º Constitución. Y en consecuencia las Comunidades Autónomas no pueden tener competencia, ni adquirirla a través de las vías descritas.

Ahora bien, con un razonamiento interpretativo amplio, lo anterior no es totalmente cierto, pues, analizando detenidamente encontramos una “excepción”, que se indica con la expresión “sin perjuicio”. De esta forma se está resando fuerza a la competencia del Estado. Automáticamente entra en juego la aplicación de las vías alternativas descritas de distribución de competencia.

Con esto queremos poner de manifiesto que toda la materia, de legislación civil, de este apartado nº 8 no es competencia exclusiva del Estado. Consecuencia inmediata es que, las Comunidades Autónomas quedan facultadas para legislar sobre temas civiles.

A partir de aquí nos hemos de plantear, qué aspectos de dicha materia civil es desgajable de la competencia estatal. Para ello hemos de volver al art. 149.1. 8º de la Constitución, donde se puede comprobar que el término “sin

(1) Torres del Moral advierte de la distinta naturaleza de la norma de atribución de competencia del sistema español vigente, “la norma referente a la Comunidad Autónoma es de Derecho dispositivo”, 1986, pág. 356.

En el mismo sentido, al caso del art. 149.1. 8º de la Constitución, Sánchez González, 1986, pág. 1.130.

(2) Véase, sobre normas básicas, normas de desarrollo; competencia compartida: García de Enterría, 1986, págs. 293 y 303; Torres del Moral, 1986, pág. 358; Leguina Villa, 1978, págs. 775 y ss.; Otto, 1987, págs. 278-9; Castán “está reconocida a las Comunidades Autónomas (arts. 148 y 150.1 de la Constitución) la facultad de dictar leyes dentro del ámbito de su respectiva competencia, o por atribución de las Cortes Generales dentro de la competencia estatal (art. 150.1 de la Constitución)”. 1986, págs. 425-26. Obsérvese, que Díez-Picazo y Gullón reenvían a los estudios administrativistas y constitucionalistas, 1986, pág. 113, también en la 114 y 115 del epígrafe “b) La jerarquía normativa y sus consecuencias jurídicas”. Sánchez González, 1986, pág. 1.131. Y, García-Amigo, 1983, pág. 437.

perjuicio” el legislador lo une a unas “Comunidades Autónomas” con unas características muy concretas: a) tengan “derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”; y, b) sólo para: “conservar, modificar y desarrollar”. De lo que se deduce que la competencia en materia civil no es extensible a todas las Comunidades Autónomas con el fin de legislar, como sí lo fue históricamente en el siglo XVIII.

Sólo las Comunidades Autónomas que reúnan los aspectos constitucionales impuestos son las que podrán asumir competencias. Inmediatamente las Comunidades que se asocian a los requisitos constitucionales son, como el mismo texto constitucional indica, las regiones con Derecho Foral. Hubiera sido más preciso indicar el nombre de las regiones forales que se quería designar. Sin embargo, el legislador ha optado por emplear una fórmula amplia, no circunscribiendo, ni acotando de antemano. Por una parte, el legislador es concededor del trato de favor, de privilegio que da y daría a tales Comunidades Autónomas forales al facilitarle la facultad de dictar leyes civiles en detrimento de las restantes Comunidades Autónomas no forales, en cuanto que al conservar, modificar y desarrollar lo que se está haciendo es legislar ineludiblemente, en otro caso no se podría realizar esa facultad de conservación, modificación y desarrollo.

Que si bien se prevé en la misma Constitución la solución, en base al art. 150.3 de ésta se podría, luego, armonizar, equilibrar la desigualdad creada al facultar a una Comunidad sí y a otra no en materia civil.

Es evidente que el legislador no ha comprometido el texto Constitucional con una visión estrecha de la realidad, al no mencionar directamente ni con una referencia clara el nombre de las regiones forales.

Por otra parte, se sigue la misma línea, la misma trayectoria anterior a la publicación de la Constitución. No rompe con la unificación legislativa en materia civil⁽³⁾.

Mas bien, lo que se ha pretendido, ha sido recoger “lo variopinto del paisaje español” existente. Sin embargo, aunque se ha dado un paso importante, no se ha favorecido la evolución de la sociedad por igual. Habría sido más aplaudido si en el texto Constitucional no se hubieran recogido excepciones,

(3) Criterio de unificación, véase: García-Amigo, 1983, págs. 442, 444, 451-2; Sánchez González, 1986, pág. 1.130.

Criterio contrario de diversidad, ha sido: “el recogido por la Constitución de 1931” cita García-Amigo, 1983, pág. 448.

como en la Constitución de 1931⁽⁴⁾ o haberse expuesto la intención del legislador sin ambigüedades. Lo cual lleva a la doctrina a decir que las Comunidades Autónomas que están en la mente del legislador de la Constitución de 1978 son las regiones forales (con Derecho Foral)⁽⁵⁾ y ello en base a dos artículos en concreto de la Constitución:

- El mismo texto del art. 149.1.8º Constitución.
- y la Disposición Adicional 1ª de la Constitución.

C) En torno a la terminología del primer inciso del núm. 8º del art. 149.1 de la Constitución

Nos preguntamos qué quiere decir el legislador cuando habla de:

— “Derechos”. Se refiere, ¿sólo a los derechos subjetivos? o ¿a leyes civiles: como facultad de crear nuevo o como en el último inciso del art. 149.1.8º de la Constitución, a reglas y a normas ya existentes?

— En cuanto a “foral” podríamos plantearnos desde cuándo se ha de entender la foralidad, si reciente o histórica. La Disposición Adicional 1ª de la Constitución nos aclara que se refiere a los derechos históricos de los territorios forales (siempre en el marco de la Constitución).

Esto exige una interpretación, por una parte, el art. 149.1. 8º de la Constitución al circunscribir únicamente a la conservación, modificación y desarrollo, “allí donde existan” y por otra parte, la Disposición Adicional 1ª de la Constitución al amparar y respetar “actualizando dentro de la Constitución y del Estatuto”, nos indican que la foralidad es la existente al momento actual de redacción del texto constitucional. Y el futuro de la foralidad se ha de seguir interpretando en el marco de la Constitución. De lo que se infiere que no hay más Derecho Foral, ni región foral, ni podrá haber otro Derecho Foral, ni otra región foral que las reconocidas con anterioridad: Navarra, Álava, Galicia, Cataluña, Baleares y Aragón. Y no habrá otro texto que amplíe el concepto de foralidad que la Constitución y el Estatuto, incluso éste se ha de sujetar a la Constitución, esto es, la competencia no se va a ampliar a otras Comunidades que no sean las llamadas forales.

(4) Como recoge Sánchez González, “el proyecto de Constitución de 1978 incluía a la legislación civil entre las facultades que podían asumir las Comunidades Autónomas”. 1986, pág. 1.126.

(5) Véase: Díez-Picazo (en prensa); Sánchez González, 1986, pág. 1.138; García-Amigo, 1983, págs. 442, 452.
Aunque el texto del primer inciso del párrafo 8º del apartado 1º del art. 149 de la Constitución expone amplia y separadamente a “derechos civiles, forales o especiales”.

— En cuanto a “*o especiales*”. ¿A qué se refiere? ¿a la región foral (al Derecho Foral), y por tanto sería una redundancia? o, ¿a las leyes especiales existentes? Nosotros vamos a centrar nuestra investigación en las leyes especiales ya existentes.

II. SENTIDO DEL TÉRMINO... “O ESPECIALES”

Lo primero que hemos de preguntarnos es qué nos quiere decir el legislador cuando se expresa con el término “especiales” y qué sentido le quiere dar al término cuando lo sitúa gramaticalmente en el texto con la conjunción disyuntiva “o”.

A) Análisis del término “especiales” del art. 149.1. 8º de la Constitución

Sintácticamente la oración, formada en el primer inciso del art. 149.1. 8º de la Constitución, es elíptica. Por lo que se da por hecho que el sentido de la oración se comprende, sin estar todas las palabras que hubieran sido necesarias para formar la oración gramatical correctamente.

De lo que se infiere que el lenguaje empleado en este texto, art. 149.1. 8º de la Constitución, pertenece a la jerga de técnicos-especialistas, juristas.

En base a esta inferencia descartamos la acepción vulgar de la voz “especial”.

El vocablo “especiales” en técnica-jurídica puede referirse a:

en un sentido amplio, a:

- *Derechos especiales* (según definición de Díez-Picazo y Gullón).
- *Leyes especiales* (serían las leyes Compiladas).

o bien, en un sentido restringido a:

- *Derechos Forales* (como Derecho Común).
- *Leyes especiales* (como las Leyes Canarias).

Hay en la doctrina diversidad de formas de clasificar las normas. La elegida por nosotros no representa la más genuina, sólo representa aquella que nos parece más acertada. Así, según definición de Díez-Picazo y Gullón, es Derecho

Especial el que “*está constituido por normas cuya finalidad es regular materias o relaciones determinadas y concretas*”, por contraposición a Derecho Común que “*son normas que están destinadas a regular la realidad jurídica y social en todas sus facetas o aspectos, es decir, la vida social considerada en su totalidad*”⁽⁶⁾.

Derecho Civil Especial es la denominación que se adoptó para una serie de *Leyes que se agruparon en Compilaciones* ⁽⁷⁾. Dichas Compilaciones arrastran lo que no eran más que “*fueros o costumbres especiales*”⁽⁸⁾.

Como expone Díez-Picazo y Gullón, en el epígrafe “*Antecedentes y Estado de la llamada cuestión foral*” del “*Sistema de Derecho Civil*” (1986. 78 y ss.) “*a principios del siglo XIX existía en nuestro país una serie de ordenamientos jurídicos-privados de naturaleza especial o diferencial. Sus decisiones se remontaban por lo menos a cien años atrás y, en ocasiones, a un tiempo muy anterior, y sus fuentes de producción y de renovación se encontraban cegadas*”.

Un sentido de “*especial*” que no nos cuadra hoy, es el siguiente:

En el art. 5 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, del Código Civil se habla también de “*Leyes Especiales*” como aquellas normas que se venían dando en un “*territorio en que subsiste Derecho Foral*”, por tanto, se asocia Derecho Foral con “*el Derecho que tiene vigencia en una sola parte del territorio*”. Esta visión del Derecho del art. 5 de la Ley de Bases entra en la clasificación doctrinal del Derecho Particular (llamado también, regional, comarcal o local), normas que tienen vigencia en una sola parte del territorio” en contraposición a derecho común (llamado también general o territorial), que tiene validez en todo el territorio de un Estado”⁽⁹⁾.

Queremos recalcar que se está hablando en el art. 5º de la Ley de Bases del “*Derecho Foral que subsiste*”. Y, con esto, entendemos que Derecho Foral es el marcado por sus rasgos históricos, y es como ha dicho el profesor Martín-Ballester, los Derechos Forales, principalmente los de Aragón, Navarra y Cataluña, son sistemas de Derecho completos, autóctonos, que responden a unos principios generales y desarrollan sus consecuencias, aunque este desarrollo, por la antigüedad de los mismos y la época en que fueron cegadas sus fuentes legis-

(6) Díez-Picazo y Gullón, 1986, pág. 42.

(7) *Ibidem*, pág. 81.

(8) Véase en Castán 1986, pág. 297, nota 3; véase también nota 1 igual pág.

(9) *Ibidem*, pág. 407, obedece a la “*división de las normas por la esfera territorial de su aplicación*”, “*en orden a la extensión de su eficacia en el espacio*”. En igual sentido Díez-Picazo y Gullón, 1986, pág. 43.

lativas, se manifieste imperfecto⁽¹⁰⁾, y que actualizados a través de las compilaciones “forman, en sus respectivos territorios, un sistema jurídico análogo al del Código, aunque éste sea más amplio y más concreto”⁽¹¹⁾. De ahí que el sentido técnico jurídico actual de Derecho Foral le viene dado por sus rasgos históricos⁽¹²⁾.

No nos dirigimos hacia una distinción de la norma especial en razón del territorio, por el ámbito de aplicación, optamos por separar este sentido de “especial” y llevarlo a una razón temporal. Podemos dar un sentido al término “especial” enfocado a aquellas materias que en determinado tiempo fueron tratadas “concretamente”, y eran costumbres. Luego, el sentido de “especial” es histórico.

Esta historicidad que queremos destacar, está hoy englobada en lo conocido como Derecho Foral.

Entendemos por Derecho Foral, no aquel Derecho Especial frente a otro Derecho Común, ni el Derecho de una Comunidad frente al Derecho de otra Comunidad, pues entonces se autorizaría el derecho de las especialidades, sino como aquel Derecho propio *coexistente* con el Derecho Común. El Derecho Foral es Derecho Común en cuanto que mantiene una sistematización de las instituciones propias. Así para Lacruz⁽¹³⁾ “el Derecho Foral no es un *ius introductum*; una norma de carácter excepcional dentro de un régimen de Derecho Común. Al contrario, nace como Derecho propio independiente, y sigue teniendo igual carácter merced a las disposiciones que lo respetan, no sólo en su contenido, sino en su naturaleza. Forma unos sistemas aparte, independientes del sistema del Código Civil, el cual no representa frente a ellos un principio general, sino que, en tanto no haya de actuar como supletorio, les es perfectamente extraño”.

En definitiva, la idea de “especial” viene a calificar toda ley que regula una materia, la cual tiene legislación, para unos casos concretos que pueden ser por razón del territorio, de las personas, de las cosas, de la materia en sí.

Para García-Amigo (1983, 440) ser “especial” sería por razón de la materia y del territorio, y, se “podría interpretar o bien designar una realidad diferente a derechos forales, en cuyo caso la realidad que se designe no puede referirse

(10) Castán 1986, pág. 300 epígrafe “Rasgos históricos”.

(11) *Ibidem.* pág. 300.

(12) *Ibidem.* pág. 297.

(13) *Ibidem.* pág. 297-8, epígrafe “Relaciones actuales entre el Derecho Común y los Derechos Forales” redactada por de los Mozos. Véase también Lalaguna, 1978, pág. 474.

a las leyes civiles especiales por razón de la materia que tengan ámbito de aplicación general, sino a aquellas otras que, aun *siendo especiales por razón de la materia y no siendo Derecho Foral, tengan ámbito de aplicación no general, sino limitado a una región o comarca o provincia...* que se apliquen y que están vigentes: entre ellas, la de heredamientos o heredades de aguas en Canarias de 27-XII-1956’.

En definitiva, el Derecho Foral no es especial por sí mismo: a) Al Derecho Foral se le califica de especial cuando se le compara y se le contrapone al Derecho Común, de aquí se concluye que es especial; b) Derecho Foral sí es Derecho Común, propio. Damos un paso más con Encarna Roca para la cual con la Constitución desaparece definitivamente el Derecho Foral, que pasa a ser Derecho Civil de la Comunidad Autónoma de que se trata... La utilización del término Derecho Foral en la Constitución se debe a reminiscencias históricas más que a la propia organización constitucional⁽¹⁴⁾. Hemos de precisar que discrepamos de Encarna Roca respecto a que el Derecho Foral “desaparezca”, entendemos que lo que hace el Derecho Foral es “evolucionar”, tomar auténtico sentido.

En todo caso la posible especialidad del Derecho Foral sería histórica. El Derecho Foral en sí es Derecho Civil propio.

Hemos de decir que la doctrina, ante el art. 149.1. 8º de la Constitución, no separa “Foral” de “Especial”, e identifica lo regulado en dicho art. 149.1. 8º de la Constitución con los territorios con Derecho Foral⁽¹⁵⁾.

Por último, orientamos el tema a dos conceptos:

— Leyes especiales serían aquellas que regularían materias concretas y que se aplicarían en un territorio, en este caso Comunidad Autónoma determinada; como las establecidas en este siglo XIX.

— Derechos especiales estarían formados por conjuntos de normas sobre materias sistemáticamente ordenadas y que se aplicarían en una Comunidad Autónoma con exclusión de otras; como las leyes recogidas y conservadas en compilaciones (forales) hasta la época actual.

Pero también, se pueden situar entre derechos especiales, los derechos autonómicos, hoy; y, entre leyes especiales la de ‘heredamiento o heredades de aguas en Canarias de 27-XII-1956’.

(14) Sánchez González, 1986, pág. 1.140.

(15) Sánchez González, 1986, pág. 1.138, passim; Díez-Picazo en prensa; Castán 1986, 344, reducta de los Mozos.

B) Estudio de la disyunción “o”

En el texto Constitucional el legislador ha creído conveniente separar la palabra “especiales” de su antecesora por la letra “O”. Creemos necesario seguir esta línea marcada por el legislador y pararnos en su análisis.

Morfológicamente, la letra “o” es conjunción disyuntiva, por lo que denota separación, diferencia o alternativa. Pero también la última acepción de la letra “o” es de equivalencia significando: “o sea”, “es lo mismo”. Ésta es la forma en la que la ha venido interpretando la doctrina, así Foral es considerado sinónimo de especial. Descartamos esta acepción por la forma elíptica elegida por el legislador para expresarse; significaría, como ya hemos expuesto, una redundancia; entraría el legislador en la necesidad de definir qué entiende por foral, definición que no tiene cabida. Según la función que cumple en la oración en la que está inserta, se puede concluir que el legislador ha querido distinguir lo “foral” de lo “especial”. En otras palabras, para el legislador lo “foral” no es sinónimo de “especial”.

En el sentido de alternativa de la disyunción “o” hace hincapié García-Amigo (1983, 440).

De lo que se puede inferir que el legislador está dando todo el sentido técnico, ya expuesto, al término especial, es decir, el legislador da cabida en este texto 149.1. 8º de la Constitución a aquellas leyes que se han dictado para casos concretos... (supra).

C) El término “especiales” en la Constitución

Nos parece que para llegar a un estudio de aquello que sea “especial”, hemos de indagar en el texto Constitucional. En general, en el texto de la Constitución se habla de las Comunidades Autónomas⁽¹⁶⁾; de un principio de la igualdad, art. 1.1; de un Derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones, art. 2; de una organización en Comunidades Autónomas... art. 137; gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses;... las diferencias entre... las Comunidades Autónomas no podrán implicar... privilegios..., art. 138.2. También habla en el art. 143 de historicidad, para constituir Comunidad Autónoma (adviértase que no habla de foralidad); la historicidad, también, está en la Disposición Adicional 1ª unida a la idea de foralidad.

(16) Sánchez González, 1986, págs. 1.126 y 1.136, apoyándose en Delgado Echevarría, dice que en el art. 149.1. 8º de la Constitución se dio paso al foralismo.

Nos parece acertado que en esta disposición adicional se haga un inciso referido a la “actualización...” dado que el “régimen foral” como dice el texto Constitucional está anquilosado, agotado, si no en desuso. Pero como también se puede advertir no alude expresamente al art. 149.1. 8º de la Constitución, que sería lo lógico para indicarnos cómo habría de realizarse esa actualización y en qué sentido, sino que la fórmula es mucho más amplia, es un reenvío a todas las vías y posibilidades que la Constitución permite. Por otra parte, hace en el apartado 1º un reconocimiento elogiabile, de un auténtico Estado democrático que da cabida al carácter e idiosincrasia de sus regiones.

El texto Constitucional, pues, no dice en ningún momento qué entiende por “especiales”.

En general, se habla de Autonomía. Por una parte, se desprende del texto Constitucional una igualdad de trato para todas las Comunidades Autónomas prescindiendo de que sean o no forales. Por otra, principio de Autonomía e igualdad que parece contradecirse con la actual redacción del primer inciso del art. 149.1. 8º.

D) Término “especial” en el Código Civil

En el Código Civil se emplea el término especial, pero no se le da el mismo sentido. Así en el art. 4.3 hace referencia al concepto de Derecho Civil Especial; en el 13.2 a Derecho Foral, bajo los términos de “Derechos especiales” y “normas especiales”⁽¹⁷⁾. Tanto en el art. 14 apartados 1 y 2, como en el art. 15 apartados 1 y 2 del Código Civil se separa especial de foral por la conjunción “o”. Significando, por un lado, equivalencia, Derecho Foral es Derecho Especial; y por otro lado, enfrentamiento, es decir, Derecho Foral “frente” a Derecho Común. Con la Constitución se han perdido ambos significados, ya que para sendos derechos las fuentes de legislación están abiertas. La interpretación que se desprende de los arts. 14 y 15 del Código Civil, no puede ser predicada del texto constitucional, art. 149.1. 8º, primer inciso, porque con la Constitución se permite legislar a otros órganos que no son los estatales y por tanto el enfrentamiento desaparece, en la medida que el mismo art. 149.1. 8º lo permite. Y, por otra parte, la conjunción “o” adquiere valor de separación, diferencia, alternativa.

⁽¹⁷⁾ Véase, distintos conceptos de especiales en Albaladejo, 1983.

III. ¿TIENE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA CANARIA COMPETENCIA LEGISLATIVA EN MATERIA CIVIL?

De entrada, tendríamos que decir que no.

Mas nuestra investigación está movida por la existencia en la Comunidad Autónoma Canaria de leyes especiales (como apunta García-Amigo, 1983, 440). Y nuestra pregunta se formula de la siguiente manera: ¿Tiene la Comunidad Autónoma Canaria competencia en materia de legislación civil? ¿Hace alusión la voz “especial” del texto Constitucional, art. 149.1. 8º a las leyes especiales?

A) La Constitución

A tenor de la Constitución las Comunidades Autónomas tienen competencia legislativa en materia civil. Pero, al ser una competencia compartida, Comunidad Autónoma-Estado, la parte que corresponde a la Comunidad Autónoma se circunscribirá a todo aquello que no sea exclusivo del Estado y teniendo en cuenta que la parte asignada al Estado es lo básico, en todo lo demás le compete a la Comunidad Autónoma el desarrollarlo.

Por tanto, la Comunidad Autónoma Canaria tendría competencia legislativa en materia civil. Pero, el art. 149.1. 8º de la Constitución exige que las Comunidades Autónomas reúnan unos requisitos, los ya aludidos, que se le escapen a la Comunidad Autónoma Canaria, cual es ser región con Derecho Foral. Y las Comunidades que nunca han tenido Derecho Foral menos posibilidades tienen de legislar⁽¹⁸⁾.

Esta exigencia constitucional es más aparente que real, pues, de ser cierta, se estaría sentando un principio de discriminación, en detrimento de las Comunidades Autónomas no forales. A la vez que se estaría atentando al principio de igualdad constitucional art. 1.1.

Y, reconocido es por la doctrina que, la intención del constituyente es la unidad legislativa civil. Sin embargo, opinamos que: 1º no se justifica en la tolerancia⁽¹⁹⁾ el conceder a la Comunidad Autónoma foral facultad normandi en materia civil; 2º es un hecho la diversidad legislativa civil⁽²⁰⁾.

(18) Díez-Picazo, en prensa.

(19) García-Amigo, 1983, pág. 451, opina que se da la existencia de tolerancia.

(20) Díez-Picazo y Gullón, 1986, pág. 87; y cita supra.

El constituyente, al facilitar a las Comunidades Autónomas la facultad de dictar leyes, les está permitiendo realizar una labor legislatora. Luego, ya no son las Cortes Generales las únicas para dictar leyes si no también los Parlamentos Autónomos.

Por otra parte el legislar⁽²¹⁾ supone crear, aunque el texto constitucional especifique y enfoque a tres campos: conservar, modificar y desarrollar; el primero de estos tres campos, conservar, no entraña polémica, los otros dos sí, pues tanto el modificar como el desarrollar implican cambio⁽²²⁾.

B) Estatuto de Autonomía

Pero de hecho en la Comunidad Autónoma Canaria nos encontramos que del estudio de su Estatuto no se dice nada en cuanto desarrollar la legislación básica del Estado, art. 32 del Estatuto de Autonomía de Canarias. Tampoco en el art. 34.A). Sí se recogen instituciones que están englobadas en el campo civil, aunque las reclama para sí el Derecho Administrativo, como son las llamadas propiedades especiales, a caballo entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo: aguas, montes, minas.

El Estatuto no se adjudica de una manera clara materia civil, como propias para su desarrollo legislativo, aun teniendo la Comunidad Autónoma Canaria un carácter insular, histórico, e incluso, actual con leyes especiales, que podría haber prevalecido (caso de Valencia)⁽²³⁾.

Así mismo, en el Estatuto de Autonomía se elude hablar de las competencias que pueda asumir la Comunidad Autónoma cuando el Estado no las asume. Sí se trata el tema en la Ley de Transferencia, en el art. 1º, b).

La potestad legislativa, en cuanto no se encuentre reservada al Estado por la Constitución, podrá ser ejercida por la Comunidad con toda la amplitud prevista en el art. 150 de aquélla.

Pero lleva a una interpretación negativa, ésta es: partiendo del art. 1º de la Ley de Transferencia

Se transfieren a la Comunidad Autónoma de Canarias las facultades sobre las materias de titularidad estatal contenidas en los artículos de su Estatuto de Autonomía,...

hemos de ir a buscar otra vez en el Estatuto de Autonomía.

(21) *Op. cit.* pág. 86, legislar es innovar.

(22) Véase, en Sánchez González, 1986, pág. 1.134.

(23) Nota 26, comentado en Díez-Picazo (en prensa).

Se puede concluir que al no estar prevista competencia en materia civil (en cuanto al desarrollo) en el Estatuto de Autonomía de Canarias la misma pasa a ser Estatal, según la Constitución, art. 149.3:

... La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado...

Es el mismo Estatuto de Autonomía de Canarias el que hace ineficaz la aplicación del apartado b) del art. 1º de la Ley de Transferencia (supra); y, por extensión, la legislación civil establecida en el art. 149.1, 8º de la Constitución (materia cuya competencia es compartida Estado-Comunidad Autónoma, reservada al Estado la legislación base, y la legislación desarrollo a la Comunidad Autónoma). Con esta interpretación se cierra la posibilidad que la vía del art. 150 de la Constitución permite a la Comunidad Autónoma asumir competencia, vía recogida en la Ley de Transferencia.

Ahora bien, no nos cabe que a través del art. 149.1, 8º de la Constitución se esté favoreciendo unas Comunidades Autónomas que por llamarse forales se les puedan reconocer mayores facultades normandi, esto es, sean creadoras de Derecho, aun cuando sólo sea para conservar, modificar y desarrollar.

Lo que nos lleva al campo estudiado de las vías de atribución de competencias a las Comunidades Autónomas. En esta línea vemos una salida a favor de asumir competencia la Comunidad Autónoma Canaria pues en el art. 35, a) del Estatuto de Autonomía de Canarias se recoge como uno de los procedimientos a utilizar por la Comunidad Autónoma Canaria para asumir competencia, el que esa iniciativa de asumirlas parta de “*del Parlamento de Canarias*”, además, del “Gobierno de la Nación, del Congreso de los Diputados o del Senado”.

Luego, “podrá” el Parlamento de Canarias, recabar de las Cortes Generales (art. 150.1 de la Constitución), del Estado (art. 150.2 de la Constitución) que se le atribuya a la Comunidad Autónoma Canaria la facultad de dictar “para sí misma normas legislativas en el marco de los principios, base y directrices fijados por una ley estatal” art. 150.1, y que se le transfiera o delegue “facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación” art. 150.2.

En consecuencia “podrá” el Parlamento de Canarias para las materias recogidas en leyes especiales y con incidencia civil, en base al art. 149.1, 8º de la Constitución interpretando el término “especiales”, legislar desarrollando

sus leyes especiales, aun sólo fuese en cuanto a conservar, modificar y desarrollar dicha ley.

No estamos en posición de manifestar una postura definitiva sobre el tema, puesto que exige un estudio en profundidad del mismo y nuestra investigación se circunscribe a apuntar un matiz de los muchos que se puede extraer del art. 149.1. 8º de la Constitución. Pero sí hemos de aventurarnos a opinar que las Comunidades Autónomas no forales, pero sí especiales también pueden legislar en materia civil. Cuando el texto Constitucional en el art. 149.1. 8º inciso primero habla de “especiales”, hemos de eliminar la postura que identifica especial con foral, desvirtuando toda otra aplicación; y conducirlo independientemente de foral, enlazándolo con “allí donde exista”. Y si en la Comunidad Canaria al tiempo de la aprobación de la Constitución existían leyes especiales, sin ser la Comunidad Autónoma Canaria una región con Derecho Foral, ha de inferirse que le es de aplicación el art. 149.1. 8º, que permite legislar en materia civil, y la competencia sobre esta materia la “podrá” adquirir por cualquiera de las vías descritas para asumir competencia la Comunidad Autónoma.

De no ser así, vulneraría el principio de igualdad constitucional, actuándose en detrimento de unas Comunidades que por carecer de historia hispánica, no han instaurado un sistema legislativo que reconozca su singularidad.

Resumiendo:

1º. Las Comunidades Autónomas podrán recabar del Estado (que “podrá” atribuirles, transferirles, delegarles, corresponderles) competencias asignadas a éste, utilizando las vías Constitucionales de atribución-distribución de competencia, arts. 148.1, 150.1, 150.2, 149.3 de la Constitución. La Comunidad Autónoma Canaria puede adquirir competencia a través de dichas vías.

2º. En el art. 149.1. 8º de la Constitución con la expresión “sin perjuicio” se faculta a las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil. Pero siguiendo el contenido dictado en dicha salvedad, a modo de requisito.

3º. El término “o especiales”: la conjunción “o” indica que Foral no es sinónimo de especial; el término “especial” indica que la norma regula materia “concreta”. Con la Constitución el Derecho Foral evoluciona, y toma sentido de Derecho Civil propio. Con la Constitución no hay unos derechos frente a otros sino derechos que coexisten.

4º. La Comunidad Autónoma Canaria “podrá” tener competencia legislativa en materia civil, a raíz de la interpretación del término “especiales”

del art. 149.1. 8º de la Constitución y del art. 35.a) del Estatuto de Autonomía de Canarias, a propuesta del Parlamento Autónomo de Canarias, recabando del Estado competencia para la conservación, modificación y desarrollo de las Leyes especiales existentes.

BIBLIOGRAFÍA

1978. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: "VI. La aplicación del Código Civil en el ámbito de las legislaciones forales". Comentario al art. 13 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo I. Edersa, 1978, s.l., págs. 473 y ss.
1980. *La Constitución Española de 1978. Estudio Sistemático*, dirigido por los profesores Alberto PREDIERI y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. 1ª Edic. 1980. Madrid, Edit. Civitas.
1983. ALBALADEJO, Manuel: *Compendio de Derecho Civil*. 5ª Edic. 1983. Barcelona. Bosch. págs. 10 y ss.
1983. GARCÍA-AMIGO, Manuel: "La competencia legislativa civil según la Constitución", *Revista de Derecho Privado*, 1983, págs. 435 y ss.
1986. CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo I, vol. 1º. 12ª Edic. 1986. Madrid. Reus, revisada y puesta al día por José Luis de los MOZOS.
1986. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. 5ª Edic. 1986. Madrid, Tecnos.
1986. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*. I. 1986. Madrid. Civitas.
1986. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª Paz: "Competencia de los Parlamentos Autónomos en la elaboración del Derecho Civil: Estudio del artículo 149.1. 8º de la Constitución". *A.D.C.* 1986, págs. 1.121 y ss.
1986. TORRES DEL MORAL, Antonio: *Principios de Derecho Constitucional*. 2. 1986. Madrid. Átomo Ediciones.
1987. OTTO, Ignacio de: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. 1987. Barcelona. Ariel.
- En prensa. (Jornadas sobre Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas. Días 19, 20 y 21 de mayo de 1988. Granada).
- DÍEZ-PICAZO, Luis: Ponencia: "Las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil".