

# Presente y futuro del Derecho Civil vasco

Sabino TORRE DÍEZ

Viceconsejero de Régimen Jurídico y miembro de  
la Comisión de Derecho Civil Vasco

El examen del tema debe llevarme de entrada a estudiar lo que puede dar de sí el título competencial previsto en el artículo 10.5 del Estatuto de Gernika (EAPV), puesto en relación con el artículo 149.1.8ª de la Constitución española (CE).

Lo haré trayendo aquí el comentario de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (COJUA) en su reciente dictamen 61/2023 (al anteproyecto de ley de la infancia y la adolescencia), en el que advierte que cabe recordar que han sido varias las ocasiones en que el Tribunal Constitucional ha analizado el alcance y significado del artículo 149.1.8ª de la CE, en particular, el del inciso relativo a la “conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales” (entre otras, ya desde SSTC 121/1992, 182/1992, 88/1993, 156/1993 y 226/1993).

El TC no ha tenido precisamente una postura uniforme en el tiempo.

Resumen su posición algunos de sus últimos pronunciamientos, como el de la STC 157/2021, respecto de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra o Fuero Nuevo, que, a efectos del presente análisis, incorpora unas precisiones de especial interés, en los siguientes términos:

El encuadramiento competencial sobre el art. 149.1.8ª CE atribuye en principio al Estado la legislación civil, con la única excepción que supone la conservación, modificación y desarrollo autonómico del Derecho civil especial o foral.

Asimismo, consta la reserva al Estado por el mismo art. 149.1.8ª CE, de determinadas regulaciones «en todo caso» sustraídas a la normación autonómica. El sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal, no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 79, citando la doctrina de la STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1).

Son por tanto como “acantonamientos” singulares en favor del Estado los relativos a las submaterias que se citan en el párrafo 2º de precepto constitucional, que determina que en todo caso le corresponden al Estado: “...las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho...”.

Por otra parte, el artículo 149.1.8ª CE solo permite legislar en materia de Derecho civil a aquellas Comunidades Autónomas que a la entrada en vigor de la Constitución tuvieran un Derecho civil propio y solo pueden hacerlo en atención a su conservación, modificación o desarrollo, pero no ampara la creación de un Derecho civil nuevo o instituciones jurídicas que nunca estuvieron presentes en su territorio (SSTC 82/2016, de 28 de abril; 110/2016, de 9 de junio, y 192/2016, de 16 de noviembre).

La vinculación de la noción de «desarrollo» con la garantía constitucional de los «derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos

territorios» y, más en concreto, con el reconocimiento constitucional de «la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales» (STC 88/1993, FJ 3) nos da la medida positiva y negativa de su alcance y extensión. De este modo, la noción constitucional de «desarrollo» permite, en positivo, «una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho» y, en negativo, «no significa [...] una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae*», sino ceñida necesariamente a la regulación de «instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta, según los principios informadores peculiares del Derecho foral» (STC 88/1993, FJ 3).

En conclusión —STC 95/2017, de 6 de julio, FJ 4 a)—, la competencia legislativa autonómica de desarrollo del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel Derecho, criterio de la conexión que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se pueda verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan.

Pues bien, a los efectos de reflexión que nos ocupan, nos viene bien seguir con el anteproyecto de ley sobre infancia y adolescencia, donde nos encontramos que su exposición de motivos contiene una mera cita del artículo 10.5 EAPV, añadiendo además las memorias, precisamente, que la labor de desarrollo de disposiciones de carácter civil se sustenta fundamentalmente al amparo de la competencia administrativa de atención social del artículo 10.12 EAPV.

En definitiva, en el plano de las intenciones, nos encontramos con un anteproyecto de ley que pretende adaptarse a las novedades de la legisla-

ción orgánica estatal en la materia —infancia y adolescencia— desde una perspectiva estrictamente administrativa y que calla, o no ofrece ninguna voluntad de abordar desarrollo alguno concreto del Derecho civil foral vasco, pudiendo haberlo hecho.

Es más, y sin que pretendamos ahora ninguna clase de reproche al decirlo, lo que tenemos es una opción, en todo caso posible, para asumir de partida la regulación del Código Civil.

La cuestión más crítica que también ahora tenemos que resaltar es que al promotor de la norma que pretendiera desarrollar el Derecho civil vasco se le exigiría, por mor del contexto en el que se desenvuelve el reparto competencial en la materia, que extreme su eventual claridad sobre el fundamento competencial, dado que los parámetros de contraste al que ha de someterse el anteproyecto pueden variar en función de aquella. Pues además, ha de insistirse en la singularidad de la competencia y la ineludible exigencia sobre la necesaria conexión, que deberá precisar la identificación de instituciones en el derecho foral vasco en relación con las que se quieran establecer, adaptar o modificar. Un vínculo tal que permita entender incluida su regulación dentro de la competencia de desarrollo del derecho civil ex artículo 10.5 EAPV.

No es el supuesto del anteproyecto examinado. Porque si observamos la forma de regular cuestiones como la adopción, la tutela, o la guarda, se constata que el texto incorpora continuas y numerosas reproducciones de la regulación del Código Civil, mezcladas con remisiones explícitas a preceptos de este, que difícilmente resultan conciliables con el ejercicio de la competencia para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral y especial.

A modo de ejemplo que permite aprehender de manera muy directa el modo natural de ejercer dicha competencia en otras Comunidades Autónomas, cabe citar la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del

Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia y la regulación que contiene, v. gr., de la guarda de hecho, la protección de los menores desamparados, el acogimiento familiar o la adopción. Otro ejemplo sería el que ofrece el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto refundido de las Leyes civiles aragonesas, en cuyo título III se regulan las relaciones tutelares referidas a menores —tutela, la curatela y el defensor judicial—, así como la guarda de hecho y la guarda administrativa sin tutela.

Pues bien, precisamente y con carácter previo, debe afirmarse que respecto de dicha institución civil se cumple el requisito de la conexión —sin perjuicio de la necesidad de su adecuada exteriorización y explicación—. Así lo entendió el Consejo de Estado en su Dictamen 3013/2003, referido al artículo 8 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. Y así lo ha señalado también el informe de la Comisión de Derecho Civil Vasco, que considera que en el supuesto de la adopción concurre la suficiente conexión con la tradición jurídica y el Derecho civil foral o especial preexistente, que —se dice— resultaría acreditada con la presencia en aquel derecho de prácticas de protección y salvaguarda de las personas menores desamparadas. A ello añade las referencias a dicha figura en la legislación vasca más reciente —el citado artículo 8 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, y el Decreto 114/2008, de 17 de junio, por el que se regula el procedimiento de actuación que deberán seguir las diputaciones forales en materia de adopción de personas menores de edad.

La descripción extensa de este análisis sobre el ejemplo reciente que ha manejado la COJUA nos permite sin duda extraer unas consecuencias sustanciales sobre el presente y futuro de la competencia vasca en materia de Derecho civil:

En primer lugar, destacamos la impresionante dificultad que impone la identificación singular de la materia objeto de normación como perteneciente a la esfera del Derecho civil.

Más allá de la sana controversia entre administrativistas y civilistas, lo cierto es que la traslación al mundo más real y operativo de las intenciones que directamente buscan satisfacer las políticas públicas, nos van a permitir advertir que no es nada usual encontrar como objetivo singular y aislado una regulación civil en su sentido más estricto, por la falta de tradición en ese quehacer, por la fuerza irresistible de la actividad de nuestras administraciones públicas para el bagaje de unos poderes autonómicos relativamente jóvenes, y en fin, por la propia dificultad conceptual de aislar las instituciones en un mundo completamente distinto a aquél en que fueron alumbradas.

Digamos que, en cuanto a la mera existencia de normas civiles o administrativas con proyección en el derecho civil, incluso aunque se dudara en principio de la naturaleza civil de la norma en vigor, pretender que tengan su correlato y complemento en sede civil para aclarar las consecuencias civiles de cualesquiera regímenes administrativos es altamente positivo, pues en todo caso, de forma, resulta más factible que se completen las previsiones legales y se clarifiquen los efectos.

En ese contexto, y desde la estricta perspectiva del encuadramiento competencial, huelga decir que siempre puede ser complejo y difícil el debate sobre la conexión con la tradición del Derecho civil foral o especial propio. Además, las posibilidades de conexión con la compilación foral, siendo la vasca, por primeriza, de lo más rígido, sin duda alguna que restringe mucho el campo de maniobra.

Cabe recordar también que ahora podríamos calificar quizás de auténticas leyendas urbanas los riesgos que muchos atribuyen al control político por el Estado y a la labor fiscalizadora del Tribunal Constitucional.

Viví en directo el sometimiento de la actual ley de Derecho civil vasco de 2015 a un posible recurso de inconstitucionalidad y parece que hay que confirmar todos los días que para nada estuvo en tela de juicio la conectividad de la ley con la tradición foral vasca, y ni tan siquiera hubo cuestionamientos competenciales con la singular cuestión de la extensión de su ámbito territorial de aplicación en toda la Comunidad Autónoma de Euskadi. Únicamente se debatió sobre una cuestión económica en relación con las situaciones abintestato, que se superó sin problemas.

Se comprende que la exposición a la labor del TC resulta crucial y peligrosa. Pero hemos visto pasar sin problemas dos cuestiones de inconstitucionalidad en relación con temas de familia y todo esto hace pensar más bien en que hay un espacio ilusionante y amplio por explorar, que no puede quedar obstruido por el temor a ningún pronunciamiento. Porque es más lo que se pierde con el vacío que con el debate. Nuestra conclusión no puede ser otra que la de aceptar que del contraste saldrá el crecimiento real, y aceptado por toda la comunidad jurídica, sobre la idea de nuevos contenidos de Derecho civil vasco.

Podríamos decir que el presente de nuestro Derecho civil vasco está garantizado y con buena salud, a pesar de la dificultad de concebirlo como un debate en sí mismo, con muchas más perspectivas de aportarnos algo relevante, y sin miedos o sin tanta comparativa con la posición de la legislación civil estatal.

Lo vimos incluso con la reciente ley vasca del recurso de casación civil, que se aprobó sin problemas y que no ha causado ninguno de los males que algunos auguraban. No llegan noticias de ningún desastre y tampoco de conflictividades extraordinarias con las siempre posibles reformas procesales estatales, con las que conviviremos.

Pero otra cuestión es el futuro, pues sin duda que requiere de una iniciativa y de un trabajo de campo y de preparación para el que opino que muy posiblemente carecemos de las herramientas necesarias.

Ya hemos visto el debate reducido sobre un anteproyecto de ley concreto, relativo a la infancia y adolescencia. El remate del mismo acaba en el episodio de que el departamento promotor de la iniciativa entiende, digamos ahora que con total legitimidad, que no quiere desarrollar una regulación propia diferenciada del Código Civil. Incluso opina abiertamente que su prioridad es más bien revisar y reforzar la acción administrativa que permite la política pública de protección de las personas, sin que haya conocido posición interesante alguna que le invite a pensar que hubiera podido diseñar un anteproyecto más acabado adentrándose en regulaciones alternativas sobre las instituciones civilistas referentes de la infancia y adolescencia. Y ni que decir tiene que dice no conocer foro o ámbito activo que le hubiera suministrado conocimiento al respecto, lo que remite al departamento competente en la estricta materia civil.

Y así llegamos a mi departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno. Digamos de entrada que al mismo no le puede cabalmente corresponder en solitario una iniciativa legislativa sectorial que pretenda un desarrollo alternativo del Derecho civil.

Tengamos en cuenta que hay que distinguir con mucha mayor claridad lo que le pueden aportar las instituciones jurídicas civiles al Derecho. La funcionalidad del Derecho privado y su eventual convivencia y en su caso integración con el Derecho público es un reto difícil de entender y mucho más difícil de aplicar.

Desde la COJUA sólo quisimos decir que no resulta factible pretender una regulación sobre la infancia que se ampare en la competencia exclusiva en materia de atención social, lo que resulta patente desde la comprensión de los objetivos de protección de las personas desde la

perspectiva de la intervención pública, y que además se diga a título de apostilla que también se pretende el amparo en un proceso de desarrollo del Derecho civil propio, lo que no ocurre materialmente y no puede quedar como un mero comentario, sino que requiere conectar con una tradición foral que no está expuesta ni espera el debate.

La respuesta muy digna del departamento promotor, que nos interpela sobre manera, es que tiene que citar su apoyatura en la misión de desarrollo del Derecho civil propio porque también lo han hecho las leyes vascas sobre las parejas de hecho o sobre la regulación de las situaciones filiales en caso de ruptura de la relación entre progenitores.

Lógicamente hay expertos que no son partidarios de extender de cualquier manera el ámbito material del Derecho civil. No comparten la dinámica de la ampliación de espacios con el evidente riesgo de mezclarse con el Derecho administrativo.

Les podríamos citar la curiosa controversia competencial sobre la ley estatal de vivienda y una previa iniciativa parlamentaria que pretendió antes regular los alquileres mediante ley del Parlamento Vasco que se amparara en el desarrollo del Derecho civil vasco, en concreto en relación con un desarrollo concreto de la función social de la propiedad, lo que ya pretendió infructuosamente el propio Estado ante el TC, alegando entonces exclusividad en poder desarrollar el derecho de propiedad, tesis que no obtuvo razón del TC. Ahora podríamos contrastar si lo que cabe es una regulación civil ex artículo 149.1.8<sup>a</sup> CE, o una regulación administrativa de ordenación general de la economía ex artículo 149.1.13<sup>a</sup> CE, que es lo que tenemos, y por esta vía, volvamos a admitir que el Estado regule la función social de la vivienda.

Más allá de la controversia competencial en materia de vivienda, nos gustaría reproducir un pasaje de la iniciativa parlamentaria que quiso amparar en la competencia de desarrollo del Derecho civil vasco una

regulación sobre el precio de los alquileres de las viviendas. Decía la iniciativa que

«...hemos de entender el Derecho Civil Vasco como una norma abierta. Teniendo en cuenta que las diferentes instituciones vascas han mostrado reiteradamente el compromiso de desarrollar nuestro derecho civil, debemos situarnos ante los retos que tenemos. A través de esta proposición de ley, se hace una propuesta para la regulación del ámbito del arrendamiento urbano por parte del Derecho Civil Vasco, atendiendo a dichas necesidades. El Derecho Civil Vasco ha de extenderse progresivamente a nuevos ámbitos, por medio de las leyes aprobadas por el Parlamento Vasco. En el futuro, los contenidos de estas leyes vendrán guiados por las necesidades de la ciudadanía y por los propósitos de dar respuesta de manera directa a los problemas que tenemos como sociedad. Aun partiendo de las costumbres y de los principios del derecho civil vasco, es imprescindible actualizarlo y extenderlo, para dotarlo de un carácter lo más amplio y útil posible, porque, si no, acabarán siendo reliquias del pasado o normas obsoletas que solo servirán a historiadoras e historiadores. Es hora de extender y profundizar en el ámbito del derecho civil propio, tal y como se ha hecho en otras comunidades, y de elaborar, en un periodo de tiempo concreto, una formulación lo más amplia posible del derecho civil vasco, desarrollando al máximo las competencias que nos reconoce el Estatuto vigente. Por ejemplo, la compilación del derecho civil foral de Navarra o el Fuero Nuevo es un texto completo, que recoge disposiciones relativas a todas las materias que conforman por tradición el derecho civil o privado: la persona, la familia, las sucesiones, la propiedad y los contratos».

Sin duda, esa es la honda que debiera ocuparnos. Aunque en otra reciente experiencia nos encontraremos con quienes no comparten ampliar el espacio del Derecho civil en cuanto a sus contenidos propios de

una subespecie de derecho patrimonial, porque temen mezclarse con el Derecho mercantil.

*La cuestión siempre es la misma: ¿cómo identificar un espacio socialmente atractivo para que se desenvuelva con tino y con eficacia una iniciativa de desarrollo del Derecho civil vasco, que no merezca una injusta vitola de oportunista, y que pueda llegar a ser apreciada por la sociedad?*

A ello sólo es preciso añadir dos aspectos formales. Uno que se trata de auspiciar leyes especiales que ocupen un espacio claro y necesario en el panorama social. Y segundo, que sólo tras una dilatada experiencia sería factible la tarea de compilar, se supone que diversos contenidos dispersos con el fin de dar coherencia y sentido al conjunto: no estamos quizás tampoco en un contexto de determinación primaria de bases de las que alumbrar un futuro Código.

La tarea por ahora es más simple pero mucho más compleja: saber si hubiera sido posible analizar si una regulación alternativa sobre la adopción, distinta a la que deriva del Código civil, pudiera haber aportado más y mejores perspectivas para los objetivos de protección de los menores.

Pues permítannos sorprendernos de que tal misión no acabe de ser identificada como reto posible y propio por ni uno sólo de los colectivos que integran nuestra Comisión de Derecho Civil Vasco, que es el foro que diseñamos para que surjan y se puedan desenvolver los debates sobre ese incierto futuro del Derecho civil.

No resulta fácil y quizás ni posible su gestión eficaz y transparente, pues juntar a más de 30 profesionales multidisciplinares y debatir sobre una iniciativa legislativa pionera, llamada a cambiar un espacio social relevante, como son todas las que versan sobre el Derecho civil, no está al alcance de muchos. Es más voluntarioso que posible, aunque nunca será tarde si la dicha es buena.

El futuro requiere de buenas y muy concretas evaluaciones reflexivas sobre nuestro Derecho civil, que nos permitan avanzar en la cobertura de nuestros objetivos y deseos como sociedad. En esa idea, modestamente pienso que está todo por determinar, no sólo el actor, sino sobre todo el método.